



**Federal Courts
Reports**

**Recueil des
décisions des Cours
fédérales**

2015, Vol. 2, Part 2

2015, Vol. 2, 2^e fascicule

Cited as [2015] 2 F.C.R., 267–692

Renvoi [2015] 2 R.C.F., 267–692

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.

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

NATHALIE LALONDE

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

NATHALIE LALONDE

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, 2015.

Cat. No. JU1-2-1-PDF
ISSN 1714-371X

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.

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.

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

Le *Recueil des décisions des Cours fédérales* est publié conformément à la *Loi sur les Cours fédérales*. L'arrêtiſte 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, 2015.

N° de cat. JU1-2-1-PDF
ISSN 1714-371X

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.

Les demandes de permission de reproduire ces éléments du Recueil doivent être adressées à : L'arrêtiſte 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.

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

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

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

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

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

CONTENTS

Judgments 267–692

Apotex Inc. v. Sanofi-Aventis (F.C.A.) 644

Patents—Infringement—Appeal from Federal Court decision finding that Sanofi-Aventis' (appellant) Canadian Patent No. 1336777 ('777 patent) invalid for lack of utility on basis that promise of patent not demonstrated nor soundly predicted—Also finding that invention described in patent obvious—While Federal Court finding that Apotex Inc. (respondent) infringing appellant's '777 patent, finding overtaken by conclusion that patent invalid—Appellant developing, patenting, marketing Plavix, anti-coagulant drug—Active ingredient in Plavix clopidogrel bisulfate (clopidogrel)—Respondent applying for notice of compliance for own version of clopidogrel—Appellant successfully applying to Federal Court for order prohibiting issuance of notice of compliance to respondent—Respondent commencing action in Federal Court to invalidate appellant's '777 patent—Federal Court justifying conclusion concerning utility on basis that since appellant's genus patent (Canadian Patent No. 1194875 or '875 patent) containing reference to use in humans, '777 patent would fail as selection patent unless explicit promise for use in humans also read therein—Finding that '777 selection patent could not promise less than appellant's '875 genus patent—Whether Federal Court erring in reading into '777 patent explicit promise that invention could be used in humans; whether erring in holding that invention obvious; whether any restrictions existing on appellant's right to seek damages for infringement in this case—Per Pelletier J.A. (Noël J.A. concurring): Federal Court erring in law when concluding that words of '777 patent containing explicit promise for use in humans—Properly construed, '777 patent making no such promise—Court's reasoning problematic—Allegation patent invalid for lack of utility should have been dismissed—As to obviousness, Federal Court concluding that resolution of PRC 4099,

Continued on next page

SOMMAIRE

Jugements 267–692

Apotex Inc. c. Sanofi-Aventis (C.A.F.) 644

Brevets—Contrefaçon—Appel à l'encontre d'une décision de la Cour fédérale qui a conclu à l'invalidité du brevet canadien n° 1336777 (le brevet '777) de Sanofi-Aventis (l'appelante) pour cause d'absence d'utilité au motif que la promesse du brevet n'a ni été démontrée ni fait l'objet d'une prédiction valable—La Cour fédérale a également conclu que l'invention décrite dans le brevet était évidente—Bien que la Cour fédérale ait conclu qu'Apotex Inc. (l'intimée) avait contrefait le brevet '777 de l'appelante, cette conclusion a été écartée par sa conclusion selon laquelle le brevet était invalide—L'appelante a développé, breveté et commercialisé le médicament Plavix, un anticoagulant—Le principe actif de Plavix est le bisulfate de clopidogrel (clopidogrel)—L'intimée a fait une demande d'avis de conformité pour sa propre version de clopidogrel—L'appelante a sollicité auprès de la Cour fédérale une ordonnance interdisant de délivrer à l'intimée un avis de conformité—L'intimée a intenté une action devant la Cour fédérale pour faire invalider le brevet '777 de l'appelante—La Cour fédérale a justifié sa conclusion concernant l'utilité en déclarant que, puisque le brevet de genre de l'appelante (le brevet canadien n° 1194875 ou le brevet '875) faisait référence à une utilisation chez l'humain, le brevet '777 ne saurait constituer un brevet de sélection à moins qu'une promesse explicite d'utilisation du composé chez l'humain en fasse implicitement partie—La Cour a conclu que le brevet de sélection '777 ne pouvait promettre moins que le brevet de genre '875 de l'appelante—Il s'agissait de savoir si la Cour fédérale a commis une erreur en intégrant dans le brevet '777 une promesse explicite que l'invention pouvait être utilisée chez l'humain; si la Cour fédérale a commis une erreur en concluant que l'invention était évidente et si des restrictions existaient quant au droit de l'appelante de demander des dommages-intérêts pour contrefaçon

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

compound coming within terms of '875 patent, "obvious to try" but properties of enantiomers of PCR 4099 not known—Failing to recognize that unknown nature of properties of enantiomers of PCR 4099 or of any other compounds of '875 patent fatal to "obvious to try" analysis—Respondent submitting that appellant limited in right of recovery for infringement—Federal Court correct in failing to give respondent benefit of experimental, regulatory use exemption found in *Patent Act*, s. 55.2(1)—With respect to limitation period, Federal Court finding *Federal Courts Act*, s. 39(2) applying—However, erring to extent basing conclusions on place where cause of action arising or where damages occurring—In present case, infringing acts of importing, exporting clopidogrel taking place other than in province—Therefore, none of appellant's claim statute barred—Court reaching correct conclusion concerning effect of U.S. settlement reached by parties—Appeal allowed—Per Gauthier J.A. (concurring): As to utility, statement at issue in '777 patent could not be construed as promise of specific result even assuming Federal Court correctly construing statement as referring to human use—Regarding obviousness, Federal Court's analysis incomplete because only focussing on resolution of PCR 4099—Not really weighing extent, nature, amount of efforts required to arrive at decision to actually develop PCR 4099—Thus, conclusion regarding obviousness could not stand.

Canada (Attorney General) v. Johnstone (F.C.A.) 595

Human Rights—Appeal from Federal Court decision dismissing judicial review of Canadian Human Rights Tribunal (Tribunal) decision that Canada Border Services Agency (CBSA) discriminating against respondent Johnstone (respondent) on ground of family status contrary to *Canadian Human*

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

en l'espèce—Le juge Pelletier, J.C.A. (le juge Noël, J.C.A., souscrivant à ses motifs) : La Cour fédérale a commis une erreur de droit en concluant que les mots du brevet '777 contenaient une promesse explicite d'utilisation chez l'humain—S'il est interprété correctement, le brevet '777 ne fait aucunement une telle promesse—Le raisonnement de la Cour était problématique—L'allégation d'invalidité du brevet pour absence d'utilité aurait dû être rejetée—Quant à l'évidence, la Cour fédérale a conclu qu'il « allait de soi » que la résolution du PCR 4099, un composé qui relève du brevet '875, serait fructueuse, mais les propriétés des énantiomères du PCR 4099 ne sont pas connues—La Cour a fait défaut de reconnaître que la nature inconnue des propriétés des énantiomères du PCR 4099 ou de tout autre composé du brevet '875 faisait échouer l'analyse de « l'essai allant de soi »—L'intimée a soutenu que le droit de l'appelante de recouvrer des dommages-intérêts pour contrefaçon était limité—La Cour fédérale a eu raison de ne pas accorder à l'intimée l'exonération pour utilisation expérimentale et réglementaire énoncée à l'art. 55.2(1) de la *Loi sur les brevets*—En ce qui concerne la prescription, la Cour fédérale a conclu que l'art. 39(2) de la *Loi sur les Cours fédérales* s'appliquait—Cependant, la Cour a commis une erreur dans la mesure où elle a fondé ses conclusions sur le lieu où la cause d'action a pris naissance ou le lieu où les dommages sont survenus—En l'espèce, les contrefaçons que constituent l'importation et l'exportation de clopidogrel se sont produites ailleurs que dans la province—Par conséquent, aucune réclamation de l'appelante n'était prescrite par la loi—La Cour en est arrivée à une conclusion adéquate concernant l'effet de l'accord américain de règlement conclu par les parties—Appel accueilli—La juge Gauthier, J.C.A. (souscrivant à ses motifs) : Quant à l'utilité, la déclaration en cause dans le brevet '777 ne pouvait pas être interprétée comme une promesse de résultat spécifique, même en supposant que la Cour fédérale ait correctement interprété la déclaration comme faisant référence à l'utilisation chez l'humain—En ce qui concerne l'évidence, l'analyse de la Cour fédérale était incomplète parce qu'elle ne mettait l'accent que sur la résolution du PCR 4099—La Cour fédérale n'a pas réellement évalué l'étendue et la nature des efforts requis pour parvenir à la décision de mettre effectivement au point le PCR 4099—Par conséquent, la conclusion concernant l'évidence ne pouvait être maintenue.

Canada (Procureur général) c. Johnstone (C.A.F.) 595

Droits de la personne—Appel interjeté à l'encontre d'une décision de la Cour fédérale rejetant la demande de contrôle judiciaire d'une décision du Tribunal canadien des droits de la personne (le Tribunal) selon laquelle l'Agence des services frontaliers du Canada (l'ASFC) avait agi de façon

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Rights Act, s. 10—Work schedule of full-time employees of CBSA occupying positions similar to that of respondent, husband, built around rotating shift plan—CBSA having unwritten policy allowing employee with childcare obligations to work fixed schedules, but only insofar as employee agreeing to be treated as having part-time status—CBSA denying respondent's request for static shifts on full-time basis in order to accommodate childcare needs—Respondent filing complaint with Canadian Human Rights Commission—Tribunal holding that, inter alia, prohibited ground of discrimination on family status including family, parental obligations such as childcare obligations, respondent making out case of *prima facie* discrimination—Federal Court dismissing judicial review but remitting matter back to Tribunal as to award of lost wages, benefits for period during which respondent opting for unpaid leave—Respondent also excluded as party to be consulted with respect to development of written remedial policy by CBSA—Principal issues whether Tribunal erring in concluding that family status including childcare obligations; in identifying legal test for finding *prima facie* case of discrimination on ground of family status; in finding that *prima facie* case of discrimination on ground of family status made out; with respect to remedial orders—Childcare obligations contemplated under family status in Act those having immutable or constructively immutable characteristics, e.g. those forming integral component of legal relationship between parent, child—Individual advancing claim having to show (i) child under his or her care, supervision; (ii) childcare obligation at issue engaging individual's legal responsibility for that child; (iii) reasonable efforts made to meet those childcare obligations but no alternative solution reasonably accessible; (iv) impugned workplace rule interfering in more than trivial or insubstantial manner with fulfillment of childcare obligation—Respondent clearly making out *prima facie* case of discrimination on ground of family status resulting from childcare obligations; Tribunal committing no reviewable error in so finding—As to remedies, Federal Court judgment varied slightly with respect to award for lost wages, consultation regarding remedial policies—Appeal allowed in part.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

discriminatoire envers l'intimée Johnstone (l'intimée) relative à sa situation de famille en violation de l'art. 10 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*—L'horaire de travail des employés à temps plein de l'ASFC occupant des postes similaires à celui de l'intimée et de son mari fonctionne selon un quart de travail rotatif—L'ASFC s'est dotée d'une politique non écrite qui permet aux employés ayant des obligations liées à la garde de leurs enfants d'avoir un horaire de travail fixe, mais seulement dans la mesure où l'employé visé accepte d'être traité en tant qu'employé à temps partiel—L'ASFC a rejeté la demande de l'intimée de travailler à temps plein selon un quart de travail fixe pour répondre aux besoins de garde de ses enfants—L'intimée a déposé une plainte auprès de la Commission canadienne des droits de la personne—Le Tribunal a statué, entre autres, que le motif de distinction illicite fondé sur la situation de famille comprend les obligations familiales et parentales telles que les obligations liées à la garde d'enfants—Il a également statué que l'intimée avait établi une preuve *prima facie* de discrimination—La Cour fédérale a rejeté la demande de contrôle judiciaire, mais a renvoyé l'affaire devant le Tribunal quant à la perte de salaire et d'avantages sociaux pour la période durant laquelle l'intimée avait choisi de prendre un congé sans solde—L'intimée a été également exclue à titre de partie devant être consultée quant à l'élaboration d'une politique écrite visant à corriger les actes discriminatoires par l'ASFC—Il s'agissait principalement de savoir si le Tribunal a commis une erreur en concluant que la situation de famille comprenait les obligations liées à la garde d'enfants, en déterminant le critère juridique pour conclure à l'existence d'une discrimination *prima facie* fondée sur la situation de famille, en concluant que la preuve *prima facie* de discrimination fondée sur la situation de famille avait été établie, et en ce qui concerne les ordonnances réparatrices—Les obligations liées à la garde d'enfants prévues en ce qui a trait à la situation de famille dans la Loi sont celles ayant des caractéristiques immuables ou considérées immuables, c'est-à-dire celles faisant partie intégrante de la relation légale entre un parent et un enfant—La personne qui fait valoir la plainte doit établir i) que l'enfant est sous sa garde et sa surveillance; ii) que l'obligation liée à la garde d'enfants en cause engage sa responsabilité juridique pour cet enfant, par opposition à un choix personnel; iii) qu'elle a fait des efforts raisonnables pour respecter ces obligations liées à la garde d'enfants, mais qu'aucune solution de rechange n'est raisonnablement accessible; et iv) que la règle en milieu de travail contestée nuit d'une manière plus que négligeable ou insignifiante à l'exécution des obligations liées à la garde d'enfants—L'intimée a clairement établi une preuve *prima facie* de discrimination fondée sur la situation de famille découlant des obligations liées à la garde d'enfants; le Tribunal n'a commis aucune erreur

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Administrative Law—Judicial Review—Standard of Review—Federal Court dismissing judicial review of Canadian Human Rights Tribunal decision that Canada Border Services Agency discriminating against respondent Johnstone on ground of family status contrary to *Canadian Human Rights Act*, s. 10—Presumption of reasonableness rebutted—Standard of correctness applied with respect to meaning, scope of “family status”, to legal test under which finding of *prima facie* discrimination may be made under prohibited ground.

Canadian Doctors for Refugee Care v. Canada (Attorney General) (F.C.) 267

Citizenship and Immigration—Interim Federal Health Program—Judicial review of 2012 orders in council (OICs) reducing level of health care coverage for refugee claimants through Interim Federal Health Program (IFHP or Program), all but eliminating it for others pursuing risk-based claims—IFHP reformed to: modernize, clarify, reaffirm original intent as temporary, interim, short-term *ex gratia* program; ensure fairness to Canadians; protect public health, safety; defend integrity of refugee determination system; contain costs—2012 IFHP providing three tier coverage—Type of coverage depending, *inter alia*, on whether individual from designated country of origin—Whether 2012 OICs *ultra vires* executive branch of government; whether Governor in Council breaching duty of procedural fairness; whether 2012 changes to IFHP violating Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 12, 15; whether any breaches of Charter rights saved under Charter, s. 1—2012 OICs not *ultra vires* prerogative powers of Governor in Council—Crown prerogative not displaced or extinguished by *Immigration and Refugee Protection Act* or *Canada Health Act*—No duty of procedural fairness owed by government in exercise of legislative functions—No legitimate expectation that stakeholders be accorded participatory rights—Charter, s. 7 claim dismissed—However, 2012 OICs inconsistent with Charter, ss. 12, 15, of no force or effect—Charter, s. 24 remedy appropriate, notwithstanding granting of declaratory remedy under *Constitution Act, 1982*, s. 52—Application allowed.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

susceptible de révision en arrivant à cette conclusion—Quant à la réparation, le jugement de la Cour fédérale a été quelque peu modifié en ce qui concerne l’indemnité pour perte de salaire et la consultation relative aux politiques visant à corriger les actes discriminatoires—Appel accueilli en partie.

Droit administratif—Contrôle judiciaire—Norme de contrôle judiciaire—La Cour fédérale a rejeté la demande de contrôle judiciaire d’une décision du Tribunal canadien des droits de la personne selon laquelle l’ASFC avait agi de façon discriminatoire envers l’intimée Johnstone relativement à sa situation de famille en violation de l’art. 10 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*—La présomption de raisonabilité a été réfutée—La norme de la décision correcte s’appliquait, à l’égard du sens et de la portée de l’expression « situation de famille », au critère juridique en vertu duquel une conclusion de discrimination *prima facie* peut être rendue en vertu d’un motif illicite.

Médecins canadiens pour les soins aux réfugiés c. Canada (Procureur général) (C.F.) 267

Citoyenneté et Immigration—Programme fédéral de santé intérimaire—Contrôle judiciaire à l’encontre de décrets pris en 2012 (décrets de 2012), ayant pour effet de diminuer le degré de couverture de soins de santé dont peuvent bénéficier les demandeurs d’asile dans le cadre du Programme fédéral de santé intérimaire (le PFSI ou le Programme), et de pour ainsi dire éliminer cette couverture pour les demandeurs d’asile dont la demande est fondée sur le risque auquel ils sont exposés—Le PFSI a fait l’objet d’une réforme afin de : moderniser, clarifier et réitérer sa mission initiale, soit d’être une mesure temporaire, à court terme et à titre gracieux; de garantir que le Programme soit équitable pour les contribuables canadiens; de protéger la santé et la sécurité publiques; de préserver l’intégrité du système d’octroi de l’asile au Canada; de limiter les coûts financiers—Le PFSI de 2012 prévoit maintenant trois niveaux de couverture—Le niveau de couverture dépend, entre autres, de la question de savoir si l’intéressé est ressortissant d’un pays d’origine désigné—Il s’agissait de savoir si l’exécutif a outrepassé sa compétence en prenant les décrets de 2012; si le gouverneur en conseil a manqué à son obligation d’équité procédurale; si les modifications apportées au PFSI en 2012 sont contraires aux art. 7, 12 et 15 de la Charte canadienne des droits et libertés; si l’atteinte aux droits garantis par la Charte peut être justifiée au regard de l’article premier de la Charte—Les décrets de 2012 n’outrepassent pas les pouvoirs découlant de la prérogative du gouverneur en conseil—La prérogative de la Couronne n’a pas été écartée ou éteinte par la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* ou la *Loi canadienne sur la santé*—Le gouvernement n’est tenu à

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Crown—Prerogatives—2012 orders in council reducing level of health care coverage for refugee claimants through Interim Federal Health Program—Whether executive branch authorized to spend money for health care to refugees as exercise of Crown prerogative, whether such prerogative extinguished by *Immigration and Refugee Protection Act (IRPA)*, *Canada Health Act*—Crown prerogative not displaced or extinguished by IRPA or *Canada Health Act*—Only abolished or exhausted by clear wording in statute—IRPA not dealing with health care—Federal government not required to provide health care to refugees—Crown’s prerogative power to spend in area not addressed by statute remaining intact.

Constitutional Law—Charter of Rights—Life, Liberty and Security—2012 orders in council reducing level of health care coverage for refugee claimants through Interim Federal Health Program (IFHP)—Whether 2012 changes to IFHP violating Charter, s. 7—Charter, s. 7 claim dismissed—Applicants seeking to impose positive obligation on government—Law not recognizing s. 7 Charter right to state-funded health care—Charter not imposing positive obligations on governments to provide social benefits programs—Decision of Governor in Council not engaging s. 7 Charter rights—Case law rejecting argument that decision to cut IFHP benefits reviewable under s. 7—Discretionary power of Governor in Council in enacting IFHP not reviewable under Charter—2012 IFHP not limiting ability of refugees to pay for own health care.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

aucune obligation d'équité dans le cadre de l'exercice de ses fonctions législatives—Les intéressés ne pouvaient légitimement s'attendre à se voir accorder des droits de participation—L'allégation fondée sur l'art. 7 a été rejetée—Cependant, les décrets de 2012 ont été jugés comme contrevenant aux art. 12 et 15 de la Charte et sont inopérants—Il convenait d'octroyer une réparation fondée sur l'art. 24 de la Charte, et ce, malgré le fait qu'une mesure en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* ait été prise—Demande accueillie.

Couronne—Prérogatives—Des décrets pris en 2012 ont eu pour effet de diminuer le degré de couverture de soins de santé dont peuvent bénéficier les demandeurs d'asile dans le cadre du Programme fédéral de santé intérimaire—Il s'agissait de savoir si le pouvoir exécutif fédéral a le pouvoir, à titre d'exercice de la prérogative de la Couronne, de consacrer des fonds à la prestation de soins de santé à des demandeurs d'asile et si cette prérogative a été éteinte par l'adoption de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (LIPR) et de la *Loi canadienne sur la santé*—La prérogative de la Couronne n'a pas été écartée ou éteinte par la LIPR ou la *Loi canadienne sur la santé*—Elle ne peut être abolie ou épuisée que par les dispositions claires d'une loi—Rien dans la LIPR ne porte sur la prestation de soins de santé—Le gouvernement fédéral n'est pas tenu d'assurer des soins de santé aux demandeurs d'asile—La prérogative de la Couronne de dépenser dans un domaine non prévu par la loi demeure intacte.

Droit constitutionnel—Charte des droits—Vie, liberté et sécurité—Des décrets pris en 2012 ont eu pour effet de diminuer le degré de couverture de soins de santé dont peuvent bénéficier les demandeurs d'asile dans le cadre du Programme fédéral de santé intérimaire (le PFSI)—Il s'agissait de savoir si les modifications apportées au PFSI en 2012 sont contraires à l'art. 7 de la Charte—L'allégation fondée sur l'art. 7 de la Charte a été rejetée—Les demandeurs visent à imposer au gouvernement une obligation positive—Le droit à des soins de santé financés par l'État en vertu de l'art. 7 de la Charte n'est pas actuellement reconnu en droit—La Charte n'impose pas aux gouvernements l'obligation positive de fournir des programmes sociaux—La décision du gouverneur en conseil ne déclenche pas l'application des droits garantis par l'art. 7 de la Charte—La jurisprudence rejette la thèse voulant que la décision d'éliminer les prestations du PFSI soit susceptible de contrôle en vertu de l'art. 7—L'exercice par le gouverneur en conseil de son pouvoir discrétionnaire en adoptant le PFSI ne peut faire l'objet d'un examen fondé sur la Charte—Le PFSI de 2012 n'entrave pas la capacité des demandeurs d'asile de payer pour leurs propres soins de santé.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Constitutional Law—Charter of Rights—Criminal Process—2012 orders in council (OICs) reducing level of health care coverage for refugee claimants through Interim Federal Health Program (IFHP)—Whether those seeking protection of Canada subjected to “treatment” within meaning of Charter, s. 12, whether such treatment cruel, unusual—2012 modifications to IFHP violating Charter, s. 12—Those modifications intentionally targeting vulnerable, poor, disadvantaged group—2012 OICs meant to deter abuse of refugee system—Making life harder for refugees—Actions of executive branch constituting cruel, unusual “treatment”—Not shown that 2012 changes to IFHP necessary to achieve government’s aims—IFHP cuts arbitrary, of limited social value—2012 IFHP not conforming to Convention on the Rights of the Child—Denying health care to children as means of affecting behaviour of parents, others cruel, unusual treatment—Putting individuals affected by 2012 cuts in position of having to beg for lifesaving medical treatment, demeaning, cruel, unusual—Such intentional targeting outside realm of ordinary Charter challenges to social benefit programs.

Constitutional Law—Charter of Rights—Equality Rights—2012 orders in council (OICs) reducing level of health care coverage for refugee claimants through Interim Federal Health Program (IFHP)—2012 IFHP providing three tier coverage—Type of coverage depending, inter alia, on whether individual from designated country of origin (DCO)—2012 IFHP violating Charter, s. 15(1)—Singling out refugee claimants from DCOs for adverse differential treatment—Governor in Council obliged to provide IFHP in non-discriminatory manner once choosing to provide such benefit—Eligibility requirements of 2012 OICs resulting in unequal access to IFHP based on claimant’s nation of origin—Terms “national”, “ethnic” origin in s. 15(1) not synonymous—Term “national origin” broad, including people not only born in particular country, but who come from that country—Such interpretation consistent with *Immigration and Refugee Protection Act*, s. 109.1, United Nations Convention Relating to the Status of Refugees, Art. 3—Concept of DCO not insulating 2012

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

Droit constitutionnel—Charte des droits—Procédures criminelles et pénales—Des décrets pris en 2012 (décrets de 2012) ont eu pour effet de diminuer le degré de couverture de soins de santé dont peuvent bénéficier les demandeurs d’asile dans le cadre du Programme fédéral de santé intérimaire (le PFSI)—Il s’agissait de savoir si les personnes qui demandent la protection du Canada sont victimes d’un « traitement » au sens de l’art. 12 de la Charte et si ce traitement est cruel et inusité—Les modifications apportées en 2012 au PFSI violent l’art. 12 de la Charte—Ces modifications font délibérément subir un traitement défavorable à un groupe de personnes vulnérables, pauvres et défavorisées—Les décrets de 2012 avaient pour but de dissuader le recours censément abusif au système de protection des réfugiés—Les modifications compliquent les choses pour les demandeurs d’asile—Les actions de l’exécutif constituent un « traitement » cruel et inusité—Il n’a pas été démontré que les modifications apportées en 2012 au PFSI sont nécessaires pour atteindre les objectifs du gouvernement—Les compressions apportées au PFSI sont arbitraires et ont une valeur sociale limitée—Le PFSI de 2012 n’est pas conforme à la Convention relative aux droits de l’enfant—Refuser d’accorder une couverture des soins de santé à des enfants innocents dans le but d’influencer le comportement de leurs parents et d’autres personnes constitue un traitement cruel et inusité—Placer des personnes qui sont touchées par les compressions apportées en 2012 au PFSI, dans une situation où ils doivent supplier afin d’obtenir un traitement médical essentiel à leur survie est humiliant, cruel et inusité—Le fait de cibler intentionnellement un tel groupe fait en sorte que cette situation déborde du cadre des revendications typiques d’avantages sociaux fondées sur la Charte.

Droit constitutionnel—Charte des droits—Droits à l’égalité—Des décrets pris en 2012 ont eu pour effet de diminuer le degré de couverture de soins de santé dont peuvent bénéficier les demandeurs d’asile dans le cadre du Programme fédéral de santé intérimaire (le PFSI ou le Programme)—Le PFSI de 2012 prévoit maintenant trois niveaux de couverture—Le niveau de couverture dépend, entre autres, de la question de savoir si l’intéressé est ressortissant d’un pays d’origine désigné (POD)—Le PFSI de 2012 viole l’art. 15(1) de la Charte—Le PFSI de 2012 isole certains demandeurs d’asile provenant de POD en leur faisant subir une différence de traitement préjudiciable—Le gouverneur en conseil est obligé de fournir le PFSI sans discrimination, à partir du moment où il décide d’accorder un tel avantage—Les exigences en matière d’admissibilité établies par les Décrets de 2012 ont donné lieu à une inégalité d’accès au PFSI, en fonction du pays d’origine du demandeur d’asile—Les expressions « origine nationale » ou « ethnique » visées à l’art. 15(1) de la Charte ne sont pas

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

IFHP from scrutiny under Charter, s. 15—Difficult to characterize DCO/non-DCO distinction as ameliorative—No evidence that IFHP tiered coverage corresponding to reality of claimants from DCO—Distinction not saved as “ameliorative program”.

Constitutional Law—Charter of Rights—Limitation Clause—2012 orders in council (OIC) reducing level of health care coverage for refugee claimants through Interim Federal Health Program (IFHP)—2012 IFHP violating Charter, ss. 12, 15(1)—Whether breaches of Charter rights saved under Charter, s. 1—Rights violations resulting from 2012 changes to IFHP not justified under Charter, s. 1—Some 2012 OIC objectives (cost containment, protecting integrity of Canada’s immigration system) pressing, substantial, impairment of rights proportional to importance of objectives—However, as to minimal impairment, no reliable evidence of extent of cost savings—Respondents not showing no alternative to cutting IFHP benefits that would achieve goal of cost containment—With respect to protecting integrity of Canada’s immigration system, possible to achieve objective of faster refugee departures through additional resources—Charter, ss. 12, 15 rights of refugees receiving lower health insurance coverage not minimally impaired—Consequently, not demonstrated that IFHP changes minimally impairing Charter rights of those seeking protection of Canada—Beneficial impacts of 2012 changes to IFHP outweighed by negative impact thereof on constitutional rights of those seeking protection.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

synonymes—Le sens ordinaire de l’expression « origine nationale » est suffisamment large pour inclure des personnes qui ne sont pas seulement nées dans un pays en particulier, mais qui proviennent de ce pays—Une telle interprétation est compatible avec l’expression utilisée à l’art. 109.1 de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* et à l’art. 3 de la Convention relative au statut des réfugiés—La notion de « pays d’origine désigné » ne peut soustraire les modifications apportées au PFSI en 2012 à l’examen au titre de l’art. 15 de la Charte—Il est difficile de comprendre comment la distinction effectuée entre les pays d’origine désignés et les pays qui ne sont pas d’origine désignée peut être qualifiée « d’amélioratrice »—Il n’y a aucun élément de preuve qui démontre que la structure de couverture à différents niveaux du PFSI correspond à la réalité des demandeurs d’asile provenant de POD—Cette distinction ne saurait se justifier à titre de « programme destiné à améliorer ».

Droit constitutionnel—Charte des droits—Clause limitative—Des décrets pris en 2012 ont eu pour effet de diminuer le degré de couverture de soins de santé dont peuvent bénéficier les demandeurs d’asile dans le cadre du Programme fédéral de santé intérimaire (le PFSI)—Les modifications apportées en 2012 au PFSI violent les art. 12 et 15(1) de la Charte—Il s’agissait de savoir si l’atteinte aux droits garantis par la Charte peut être justifiée au regard de l’article premier de la Charte—Les violations des droits découlant des modifications apportées au PFSI en 2012 ne sont pas justifiées au regard de l’article premier de la Charte—Certains des objectifs des Décrets de 2012 (limitation des coûts; préservation de l’intégrité du système d’immigration au Canada) étaient urgents et réels, et l’atteinte aux droits est proportionnelle à l’importance des objectifs—Cependant, quant à l’atteinte minimale, aucune preuve digne de foi quant à la mesure des économies au niveau fédéral n’a été présentée—Les défendeurs n’ont pas réussi à démontrer qu’il n’existe pas de mesure de remplacement à la diminution des avantages du PFSI qui pourrait raisonnablement atteindre l’objectif de limitation des coûts—Concernant la question de la protection de l’intégrité du système d’immigration du Canada, il est possible, en allouant des ressources supplémentaires, d’atteindre l’objectif relatif aux départs plus rapides—On ne peut pas affirmer qu’on a porté atteinte de façon minimale aux droits conférés par les art. 12 et 15 de la Charte des demandeurs d’asile—Par conséquent, les défendeurs n’ont pas démontré que les modifications apportées au PFSI portaient atteinte de façon minimale aux droits conférés par la Charte à ceux qui sollicitaient la protection du Canada Il n’a pas été démontré que l’incidence favorable des modifications apportées au PFSI en 2012 l’emporte sur l’incidence défavorable de celles-ci sur les

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Practice—Parties—Standing—2012 orders in council reducing level of health care coverage for refugee claimants through Interim Federal Health Program—Applicants Canadian Doctors for Refugee Care, Canadian Association of Refugee Lawyers, Justice for Children and Youth (JFCY) meeting test for public standing articulated in *Canada (Attorney General) v. Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence Society*: case raising serious justiciable issues; applicant JFCY engaged with issues raised by application herein, granting standing best allowing for reasonable, effective litigation of issues.

Voltage Pictures LLC v. John Doe (F.C.) 540

Copyright—Infringement—Motion for Norwich order seeking names, addresses of subscribers of Internet service provider TekSavvy Solutions Inc. (TekSavvy)—Plaintiff pursuing litigation against subscribers for unauthorized copying, distribution of copyrighted cinematographic works over peer-to-peer networks—Arguing, inter alia, that principles in *BMG Canada Inc. v. John Doe* (BMG) met, TekSavvy having to release information on subscribers—Whether order should be made granting plaintiff right to examine TekSavvy as non-party to litigation; what protections should be built into order to minimize invasion of privacy of subscribers—Order warranted as plaintiff demonstrating *bona fide* case of copyright infringement, meeting criteria of *Federal Courts Rules*, r. 238—Privacy considerations not shield for wrongdoing, must yield to request for information—Intellectual property ipso facto worthy of protection—Plaintiff meeting principles enunciated in BMG—Enforcement of plaintiff’s rights outweighing privacy interests of subscribers—However, privacy rights to be invaded minimally—Court wary of spectre of copyright trolls, flood of cases involving subscribers—Intent to enforce intellectual property rights essential requirement in commencing proceedings—U.K., U.S. courts imposing safeguards against misuse of Norwich orders—Considerations flowing from case law including that moving party must demonstrate *bona fide* case; that safeguards be put in place; that Court retain authority to ensure Norwich order not abused—Action herein was to proceed as specially managed action, case management judge to be appointed, draft demand letter to be reviewed by Court—Motion granted.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

droits constitutionnels des personnes qui sollicitent une protect.

Pratique—Parties—Qualité pour agir—Des décrets pris en 2012 ont eu pour effet de diminuer le degré de couverture de soins de santé dont peuvent bénéficier les demandeurs d’asile dans le cadre du Programme fédéral de santé intérimaire—Les demandeurs Médecins canadiens pour les soins aux réfugiés, l’Association canadienne des avocats et avocates en droit des réfugiés et Justice for Children and Youth (JFCY) satisfaisaient au critère applicable à la qualité pour agir dans l’intérêt public formulé à l’occasion de l’affaire *Canada (Procureur général) c. Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence Society* : l’affaire soulevait des questions justiciables sérieuses; le demandeur JFCY était interpellé par les questions soulevées dans la demande et la reconnaissance de la qualité pour agir permettra de déferer les questions à la Cour de façon plus raisonnable et efficace.

Voltage Pictures LLC c. Untel (C.F.) 540

Droit d’auteur—Violation—Requête en ordonnance de type Norwich visant à obtenir le nom et l’adresse d’abonnés d’un prestataire de services Internet TekSavvy Solutions Inc. (TekSavvy)—La demanderesse souhaitait poursuivre les abonnés pour copie et distribution non autorisées de ses œuvres cinématographiques protégées en recourant à un réseau de pairs—Elle a soutenu entre autres que tous les principes énoncés dans l’arrêt *BMG Canada Inc. c. John Doe* (BMG) ont été respectés et que TekSavvy doit communiquer toute l’information dont elle dispose sur les abonnés—Il s’agissait de savoir s’il fallait délivrer une ordonnance accordant à la demanderesse le droit de procéder à l’interrogatoire préalable de TekSavvy en tant que non partie et quelles mesures de protection on devait l’assortir pour réduire au minimum l’atteinte au droit à la vie privée des abonnés—L’ordonnance était justifiée, car la demanderesse a démontré disposer d’une véritable cause d’action en violation du droit d’auteur et qu’elle respectait les critères énoncés à la règle 238 des *Règles des Cours fédérales*—Le principe du respect de la vie privée ne doit pas servir d’écran aux actes fautifs, et il doit céder le pas aux demandes de renseignements—Les droits de propriété intellectuelle sont ipso facto présumés mériter une protection juridique—La demanderesse a respecté tous les principes énoncés dans l’arrêt BMG—Il importe davantage de faire respecter les droits de la demanderesse que le droit au respect de la vie privée des abonnés—Toutefois, la Cour doit s’assurer qu’il y ait atteinte minimale du droit au respect de la vie privée—La Cour craint les « pêcheurs à la traîne de droits d’auteur » ainsi que le danger d’un nombre énorme d’affaires

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Privacy—Motion for Norwich order seeking names, addresses of subscribers of Internet service provider—Plaintiff seeking to pursue litigation against subscribers for unauthorized copying, distribution of copyrighted cinematographic works over peer-to-peer networks—Whether order should be made granting plaintiff right to examine TekSavvy as non-party to litigation; what protections should be built into order to minimize invasion of privacy of subscribers—Order warranted—Privacy considerations not shield for wrongdoing, must yield to request for information—Enforcement of plaintiff's rights outweighing privacy interests of subscribers—However, privacy rights to be invaded minimally—Action herein was to proceed as specially managed action, case management judge to be appointed, draft demand letter to be reviewed by Court—Order thus balancing rights of subscribers, plaintiff.

Practice—Discovery—Examination for Discovery—Motion for Norwich order seeking names, addresses of subscribers of Internet service provider—Plaintiff seeking to pursue litigation against subscribers for unauthorized copying, distribution of copyrighted cinematographic works over peer-to-peer networks—Whether order should be made granting plaintiff right to examine TekSavvy as non-party to litigation—Principles applying to equitable bill of discovery applying to test to be met under *Federal Courts Rules*, r. 238—Order warranted as plaintiff demonstrating bona fide case of copyright infringement, meeting criteria of r. 238—Plaintiff

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

qui mettraient en cause les abonnés—L'intention d'exercer des droits de propriété intellectuelle est un critère essentiel pour introduire une action—Les tribunaux du R.-U. et des É.-U. imposent des mesures de protection contre la mauvaise utilisation de l'ordonnance de type Norwich—Les éléments à considérer après examen de la jurisprudence comprennent ce qui suit : la partie requérante doit démontrer qu'elle dispose d'une véritable demande, il faut prévoir des mesures de protection et la Cour peut conserver le pouvoir de s'assurer qu'elle ne fasse pas un usage abusif de l'ordonnance de type Norwich—La présente action devait être gérée à titre d'instance à gestion spéciale, un juge chargé de la gestion de l'instance serait nommé et une ébauche de la mise en demeure devait être soumise à la Cour pour examen—Requête accordée.

Protection des renseignements personnels—Requête en ordonnance de type Norwich visant à obtenir le nom et l'adresse d'abonnés d'un prestataire de services Internet TekSavvy Solutions Inc. (TekSavvy)—La demanderesse souhaitait poursuivre les abonnés pour copie et distribution non autorisées de ses œuvres cinématographiques protégées en recourant à un réseau de pairs—Il s'agissait de savoir s'il fallait délivrer une ordonnance accordant à la demanderesse le droit de procéder à l'interrogatoire préalable de TekSavvy en tant que non partie et quelles mesures de protection on devait l'assortir pour réduire au minimum l'atteinte au droit à la vie privée des abonnés—L'ordonnance était justifiée—Le principe du respect de la vie privée ne doit pas servir d'écran aux actes fautifs, et il doit céder le pas aux demandes de renseignements—Il importe davantage de faire respecter les droits de la demanderesse que le droit au respect de la vie privée des abonnés—Toutefois, il doit y avoir atteinte minimale du droit au respect de la vie privée—La présente action devait être gérée à titre d'instance à gestion spéciale, un juge chargé de la gestion de l'instance serait nommé et une ébauche de la mise en demeure devait être soumise à la Cour pour examen—Par conséquent, un juste équilibre a été établi dans la présente ordonnance entre les droits des abonnés et le droit de la demanderesse.

Pratique—Communication de documents et interrogatoire préalable—Interrogatoire préalable—Requête en ordonnance de type Norwich visant à obtenir le nom et l'adresse d'abonnés du prestataire de services Internet TekSavvy Solutions Inc. (TekSavvy)—La demanderesse souhaitait poursuivre les abonnés pour copie et distribution non autorisées de ses œuvres cinématographiques protégées en recourant à un réseau de pairs—Il s'agissait de savoir s'il fallait délivrer une ordonnance accordant à la demanderesse le droit de procéder à l'interrogatoire préalable de TekSavvy en tant que non partie Les principes juridiques relatifs à l'« interrogatoire préalable

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

meeting principles enunciated in *BMG Canada Inc. v. John Doe*; that decision still binding on Court.

SOMMAIRE (Fin)

en equity » s'appliquent aux fins du critère énoncé en vertu de la règle 238 des *Règles des Cours fédérales*—L'ordonnance était justifiée, car la demanderesse a démontré disposer d'une véritable cause d'action en violation du droit d'auteur et qu'elle respectait les critères énoncés à la règle 238—La demanderesse respectait tous les principes énoncés dans l'arrêt *BMG Canada Inc. c. John Doe*; cette décision liait encore la Cour.

**Federal Courts
Reports**

2015, Vol. 2, Part 2

**Recueil des
décisions des Cours
fédérales**

2015, Vol. 2, 2^e fascicule

T-356-13
2014 FC 651

T-356-13
2014 CF 651

Canadian Doctors for Refugee Care, the Canadian Association of Refugee Lawyers, Daniel Garcia Rodrigues, Hanif Ayubi and Justice for Children and Youth (*Applicants*)

Médecins canadiens pour les soins aux réfugiés, l'Association canadienne des avocats et avocates en droit des réfugiés, Daniel Garcia Rodrigues, Hanif Ayubi et Justice for Children and Youth (*demandeurs*)

v.

c.

Attorney General of Canada and Minister of Citizenship and Immigration (*Respondents*)

Le Procureur général du Canada et le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration (*défendeurs*)

INDEXED AS: CANADIAN DOCTORS FOR REFUGEE CARE v. CANADA (ATTORNEY GENERAL)

RÉPERTORIÉ : MÉDECINS CANADIENS POUR LES SOINS AUX RÉFUGIÉS c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)

Federal Court, Mactavish J.—Toronto, December 17 and 18, 2013, January 30, 2014; Ottawa July 4, 2014.

Cour fédérale, juge Mactavish—Toronto, 17 et 18 décembre 2013, 30 janvier 2014; Ottawa, 4 juillet 2014.

Citizenship and Immigration — Interim Federal Health Program — Judicial review of 2012 orders in council (OICs) reducing level of health care coverage for refugee claimants through Interim Federal Health Program (IFHP or Program), all but eliminating it for others pursuing risk-based claims — IFHP reformed to: modernize, clarify, reaffirm original intent as temporary, interim, short-term ex gratia program; ensure fairness to Canadians; protect public health, safety; defend integrity of refugee determination system; contain costs — 2012 IFHP providing three tier coverage — Type of coverage depending, inter alia, on whether individual from designated country of origin — Whether 2012 OICs ultra vires executive branch of government; whether Governor in Council breaching duty of procedural fairness; whether 2012 changes to IFHP violating Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 12, 15; whether any breaches of Charter rights saved under Charter, s. 1 — 2012 OICs not ultra vires prerogative powers of Governor in Council — Crown prerogative not displaced or extinguished by Immigration and Refugee Protection Act or Canada Health Act — No duty of procedural fairness owed by government in exercise of legislative functions — No legitimate expectation that stakeholders be accorded participatory rights — Charter, s. 7 claim dismissed — However, 2012 OICs inconsistent with Charter, ss. 12, 15, of no force or effect — Charter, s. 24 remedy appropriate, notwithstanding granting of declaratory remedy under Constitution Act, 1982, s. 52 — Application allowed.

Citoyenneté et Immigration — Programme fédéral de santé intérimaire — Contrôle judiciaire à l'encontre de décrets pris en 2012 (décrets de 2012), ayant pour effet de diminuer le degré de couverture de soins de santé dont peuvent bénéficier les demandeurs d'asile dans le cadre du Programme fédéral de santé intérimaire (le PFSI ou le Programme), et de pour ainsi dire éliminer cette couverture pour les demandeurs d'asile dont la demande est fondée sur le risque auquel ils sont exposés — Le PFSI a fait l'objet d'une réforme afin de : moderniser, clarifier et réitérer sa mission initiale, soit d'être une mesure temporaire, à court terme et à titre gracieux; de garantir que le Programme soit équitable pour les contribuables canadiens; de protéger la santé et la sécurité publiques; de préserver l'intégrité du système d'octroi de l'asile au Canada; de limiter les coûts financiers — Le PFSI de 2012 prévoit maintenant trois niveaux de couverture — Le niveau de couverture dépend, entre autres, de la question de savoir si l'intéressé est ressortissant d'un pays d'origine désigné — Il s'agissait de savoir si l'exécutif a outrepassé sa compétence en prenant les décrets de 2012; si le gouverneur en conseil a manqué à son obligation d'équité procédurale; si les modifications apportées au PFSI en 2012 sont contraires aux art. 7, 12 et 15 de la Charte canadienne des droits et libertés; si l'atteinte aux droits garantis par la Charte peut être justifiée au regard de l'article premier de la Charte — Les décrets de 2012 n'outrepassent pas les pouvoirs découlant de la prérogative du gouverneur en conseil — La prérogative de la Couronne n'a pas été écartée ou éteinte par la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés ou la Loi canadienne sur la santé — Le gouvernement n'est tenu à aucune obligation d'équité dans le cadre de l'exercice de ses fonctions

Crown — Prerogatives — 2012 orders in council reducing level of health care coverage for refugee claimants through Interim Federal Health Program — Whether executive branch authorized to spend money for health care to refugees as exercise of Crown prerogative, whether such prerogative extinguished by Immigration and Refugee Protection Act (IRPA), Canada Health Act — Crown prerogative not displaced or extinguished by IRPA or Canada Health Act — Only abolished or exhausted by clear wording in statute — IRPA not dealing with health care — Federal government not required to provide health care to refugees — Crown's prerogative power to spend in area not addressed by statute remaining intact.

Constitutional Law — Charter of Rights — Life, Liberty and Security — 2012 orders in council reducing level of health care coverage for refugee claimants through Interim Federal Health Program (IFHP) — Whether 2012 changes to IFHP violating Charter, s. 7 — Charter, s. 7 claim dismissed — Applicants seeking to impose positive obligation on government — Law not recognizing s. 7 Charter right to state-funded health care — Charter not imposing positive obligations on governments to provide social benefits programs — Decision of Governor in Council not engaging s. 7 Charter rights — Case law rejecting argument that decision to cut IFHP benefits reviewable under s. 7 — Discretionary power of Governor in Council in enacting IFHP not reviewable under Charter — 2012 IFHP not limiting ability of refugees to pay for own health care.

Constitutional Law — Charter of Rights — Criminal Process — 2012 orders in council (OICs) reducing level of health care coverage for refugee claimants through Interim Federal Health Program (IFHP) — Whether those seeking protection of Canada subjected to “treatment” within meaning of Charter, s. 12, whether such treatment cruel,

législatives — Les intéressés ne pouvaient légitimement s'attendre à se voir accorder des droits de participation — L'allégation fondée sur l'art. 7 a été rejetée — Cependant, les décrets de 2012 ont été jugés comme contrevenant aux art. 12 et 15 de la Charte et sont inopérants — Il convenait d'octroyer une réparation fondée sur l'art. 24 de la Charte, et ce, malgré le fait qu'une mesure en vertu de l'art. 52 de la Loi constitutionnelle de 1982 ait été prise — Demande accueillie.

Couronne — Prérrogatives — Des décrets pris en 2012 ont eu pour effet de diminuer le degré de couverture de soins de santé dont peuvent bénéficier les demandeurs d'asile dans le cadre du Programme fédéral de santé intérimaire — Il s'agissait de savoir si le pouvoir exécutif fédéral a le pouvoir, à titre d'exercice de la prérrogative de la Couronne, de consacrer des fonds à la prestation de soins de santé à des demandeurs d'asile et si cette prérrogative a été éteinte par l'adoption de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (LIPR) et de la Loi canadienne sur la santé — La prérrogative de la Couronne n'a pas été écartée ou éteinte par la LIPR ou la Loi canadienne sur la santé — Elle ne peut être abolie ou épuisée que par les dispositions claires d'une loi — Rien dans la LIPR ne porte sur la prestation de soins de santé — Le gouvernement fédéral n'est pas tenu d'assurer des soins de santé aux demandeurs d'asile — La prérrogative de la Couronne de dépenser dans un domaine non prévu par la loi demeure intacte.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Vie, liberté et sécurité — Des décrets pris en 2012 ont eu pour effet de diminuer le degré de couverture de soins de santé dont peuvent bénéficier les demandeurs d'asile dans le cadre du Programme fédéral de santé intérimaire (le PFSI) — Il s'agissait de savoir si les modifications apportées au PFSI en 2012 sont contraires à l'art. 7 de la Charte — L'allégation fondée sur l'art. 7 de la Charte a été rejetée — Les demandeurs visent à imposer au gouvernement une obligation positive — Le droit à des soins de santé financés par l'État en vertu de l'art. 7 de la Charte n'est pas actuellement reconnu en droit — La Charte n'impose pas aux gouvernements l'obligation positive de fournir des programmes sociaux — La décision du gouverneur en conseil ne déclenche pas l'application des droits garantis par l'art. 7 de la Charte — La jurisprudence rejette la thèse voulant que la décision d'éliminer les prestations du PFSI soit susceptible de contrôle en vertu de l'art. 7 — L'exercice par le gouverneur en conseil de son pouvoir discrétionnaire en adoptant le PFSI ne peut faire l'objet d'un examen fondé sur la Charte — Le PFSI de 2012 n'entrave pas la capacité des demandeurs d'asile de payer pour leurs propres soins de santé.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Procédures criminelles et pénales — Des décrets pris en 2012 (décrets de 2012) ont eu pour effet de diminuer le degré de couverture de soins de santé dont peuvent bénéficier les demandeurs d'asile dans le cadre du Programme fédéral de santé intérimaire (le PFSI) — Il s'agissait de savoir si les personnes qui demandent

unusual — 2012 modifications to IFHP violating Charter, s. 12 — Those modifications intentionally targeting vulnerable, poor, disadvantaged group — 2012 OICs meant to deter abuse of refugee system — Making life harder for refugees — Actions of executive branch constituting cruel, unusual “treatment” — Not shown that 2012 changes to IFHP necessary to achieve government’s aims — IFHP cuts arbitrary, of limited social value — 2012 IFHP not conforming to Convention on the Rights of the Child — Denying health care to children as means of affecting behaviour of parents, others cruel, unusual treatment — Putting individuals affected by 2012 cuts in position of having to beg for lifesaving medical treatment, demeaning, cruel, unusual — Such intentional targeting outside realm of ordinary Charter challenges to social benefit programs.

Constitutional Law — Charter of Rights — Equality Rights — 2012 orders in council (OICs) reducing level of health care coverage for refugee claimants through Interim Federal Health Program (IFHP) — 2012 IFHP providing three tier coverage — Type of coverage depending, inter alia, on whether individual from designated country of origin (DCO) — 2012 IFHP violating Charter, s. 15(1) — Singling out refugee claimants from DCOs for adverse differential treatment — Governor in Council obliged to provide IFHP in non-discriminatory manner once choosing to provide such benefit — Eligibility requirements of 2012 OICs resulting in unequal access to IFHP based on claimant’s nation of origin — Terms “national”, “ethnic” origin in s. 15(1) not synonymous — Term “national origin” broad, including people not only born in particular country, but who come from that country — Such interpretation consistent with Immigration and Refugee Protection Act, s. 109.1, United Nations Convention Relating to the Status of Refugees, Art. 3 — Concept of DCO not insulating 2012 IFHP from scrutiny under Charter, s. 15 — Difficult to characterize DCO/non-DCO distinction as ameliorative — No evidence that IFHP tiered coverage corresponding to reality of claimants from DCO — Distinction not saved as “ameliorative program”.

la protection du Canada sont victimes d’un « traitement » au sens de l’art. 12 de la Charte et si ce traitement est cruel et inusité — Les modifications apportées en 2012 au PFSI violent l’art. 12 de la Charte — Ces modifications font délibérément subir un traitement défavorable à un groupe de personnes vulnérables, pauvres et défavorisées — Les décrets de 2012 avaient pour but de dissuader le recours censément abusif au système de protection des réfugiés — Les modifications compliquent les choses pour les demandeurs d’asile — Les actions de l’exécutif constituent un « traitement » cruel et inusité — Il n’a pas été démontré que les modifications apportées en 2012 au PFSI sont nécessaires pour atteindre les objectifs du gouvernement — Les compressions apportées au PFSI sont arbitraires et ont une valeur sociale limitée — Le PFSI de 2012 n’est pas conforme à la Convention relative aux droits de l’enfant — Refuser d’accorder une couverture des soins de santé à des enfants innocents dans le but d’influencer le comportement de leurs parents et d’autres personnes constitue un traitement cruel et inusité — Placer des personnes qui sont touchées par les compressions apportées en 2012 au PFSI, dans une situation où ils doivent supplier afin d’obtenir un traitement médical essentiel à leur survie est humiliant, cruel et inusité — Le fait de cibler intentionnellement un tel groupe fait en sorte que cette situation déborde du cadre des revendications typiques d’avantages sociaux fondées sur la Charte.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l’égalité — Des décrets pris en 2012 ont eu pour effet de diminuer le degré de couverture de soins de santé dont peuvent bénéficier les demandeurs d’asile dans le cadre du Programme fédéral de santé intérimaire (le PFSI ou le Programme) — Le PFSI de 2012 prévoit maintenant trois niveaux de couverture — Le niveau de couverture dépend, entre autres, de la question de savoir si l’intéressé est ressortissant d’un pays d’origine désigné (POD) — Le PFSI de 2012 viole l’art. 15(1) de la Charte — Le PFSI de 2012 isole certains demandeurs d’asile provenant de POD en leur faisant subir une différence de traitement préjudiciable — Le gouverneur en conseil est obligé de fournir le PFSI sans discrimination, à partir du moment où il décide d’accorder un tel avantage — Les exigences en matière d’admissibilité établies par les Décrets de 2012 ont donné lieu à une inégalité d’accès au PFSI, en fonction du pays d’origine du demandeur d’asile — Les expressions « origine nationale » ou « ethnique » visées à l’art. 15(1) de la Charte ne sont pas synonymes — Le sens ordinaire de l’expression « origine nationale » est suffisamment large pour inclure des personnes qui ne sont pas seulement nées dans un pays en particulier, mais qui proviennent de ce pays — Une telle interprétation est compatible avec l’expression utilisée à l’art. 109.1 de la Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés et à l’art. 3 de la Convention relative au statut des réfugiés — La notion de « pays d’origine désigné » ne peut soustraire les modifications apportées au PFSI en 2012 à l’examen au titre de l’art. 15 de la Charte — Il est difficile de comprendre comment la distinction effectuée entre les pays d’origine

Constitutional Law — Charter of Rights — Limitation Clause — 2012 orders in council (OIC) reducing level of health care coverage for refugee claimants through Interim Federal Health Program (IFHP) — 2012 IFHP violating Charter, ss. 12, 15(1) — Whether breaches of Charter rights saved under Charter, s. 1 — Rights violations resulting from 2012 changes to IFHP not justified under Charter, s. 1 — Some 2012 OIC objectives (cost containment, protecting integrity of Canada's immigration system) pressing, substantial, impairment of rights proportional to importance of objectives — However, as to minimal impairment, no reliable evidence of extent of cost savings — Respondents not showing no alternative to cutting IFHP benefits that would achieve goal of cost containment — With respect to protecting integrity of Canada's immigration system, possible to achieve objective of faster refugee departures through additional resources — Charter, ss. 12, 15 rights of refugees receiving lower health insurance coverage not minimally impaired — Consequently, not demonstrated that IFHP changes minimally impairing Charter rights of those seeking protection of Canada — Beneficial impacts of 2012 changes to IFHP outweighed by negative impact thereof on constitutional rights of those seeking protection.

Practice — Parties — Standing — 2012 orders in council reducing level of health care coverage for refugee claimants through Interim Federal Health Program — Applicants Canadian Doctors for Refugee Care, Canadian Association of Refugee Lawyers, Justice for Children and Youth (JFCY) meeting test for public standing articulated in Canada (Attorney General) v. Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence Society: case raising serious justiciable issues; applicant JFCY engaged with issues raised by application herein, granting standing best allowing for reasonable, effective litigation of issues.

désignés et les pays qui ne sont pas d'origine désignée peut être qualifiée « d'amélioratrice » — Il n'y a aucun élément de preuve qui démontre que la structure de couverture à différents niveaux du PFSI correspond à la réalité des demandeurs d'asile provenant de POD — Cette distinction ne saurait se justifier à titre de « programme destiné à améliorer ».

Droit constitutionnel — Charte des droits — Clause limitative — Des décrets pris en 2012 ont eu pour effet de diminuer le degré de couverture de soins de santé dont peuvent bénéficier les demandeurs d'asile dans le cadre du Programme fédéral de santé intérimaire (le PFSI) — Les modifications apportées en 2012 au PFSI violent les art. 12 et 15(1) de la Charte — Il s'agissait de savoir si l'atteinte aux droits garantis par la Charte peut être justifiée au regard de l'article premier de la Charte — Les violations des droits découlant des modifications apportées au PFSI en 2012 ne sont pas justifiées au regard de l'article premier de la Charte — Certains des objectifs des Décrets de 2012 (limitation des coûts; préservation de l'intégrité du système d'immigration au Canada) étaient urgents et réels, et l'atteinte aux droits est proportionnelle à l'importance des objectifs — Cependant, quant à l'atteinte minimale, aucune preuve digne de foi quant à la mesure des économies au niveau fédéral n'a été présentée — Les défendeurs n'ont pas réussi à démontrer qu'il n'existe pas de mesure de remplacement à la diminution des avantages du PFSI qui pourrait raisonnablement atteindre l'objectif de limitation des coûts — Concernant la question de la protection de l'intégrité du système d'immigration du Canada, il est possible, en allouant des ressources supplémentaires, d'atteindre l'objectif relatif aux départs plus rapides — On ne peut pas affirmer qu'on a porté atteinte de façon minimale aux droits conférés par les art. 12 et 15 de la Charte des demandeurs d'asile — Par conséquent, les défendeurs n'ont pas démontré que les modifications apportées au PFSI portaient atteinte de façon minimale aux droits conférés par la Charte à ceux qui sollicitaient la protection du Canada — Il n'a pas été démontré que l'incidence favorable des modifications apportées au PFSI en 2012 l'emporte sur l'incidence défavorable de celles-ci sur les droits constitutionnels des personnes qui sollicitent une protection.

Pratique — Parties — Qualité pour agir — Des décrets pris en 2012 ont eu pour effet de diminuer le degré de couverture de soins de santé dont peuvent bénéficier les demandeurs d'asile dans le cadre du Programme fédéral de santé intérimaire — Les demandeurs Médecins canadiens pour les soins aux réfugiés, l'Association canadienne des avocats et avocates en droit des réfugiés et Justice for Children and Youth (JFCY) satisfaisaient au critère applicable à la qualité pour agir dans l'intérêt public formulé à l'occasion de l'affaire Canada (Procureur général) c. Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence Society : l'affaire soulevait des questions justiciables sérieuses; le demandeur JFCY était interpellé par les questions soulevées dans la demande et la

This was an application for judicial review in respect of a decision by the Governor in Council to pass two orders in council (OICs) in 2012 that significantly reduced the level of health care coverage for refugee claimants and others who have come to Canada seeking its protection through the Interim Federal Health Program (IFHP or Program), and all but eliminated it for others pursuing risk-based claims.

The pre-2012 IFHP initially authorized payment of hospitalization, medical care, dental care and expenses incidental thereto for immigrants who lacked the financial resources to pay these expenses themselves. The focus of the IFHP later applied almost exclusively to refugee claimants, government-assisted refugees and others in humanitarian need. The IFHP was extended to cover members of the “deferred removal orders class” and persons detained by the Canada Border Services Agency. Later changes extended the IFHP to provide health insurance coverage for applicants for pre-removal risk assessments (PRRAs) and for victims of human trafficking. The IFHP was reformed based on the need to modernize, clarify and reaffirm its original intent as a temporary, interim, short-term *ex gratia* program; ensure “fairness to Canadians”; protect public health and public safety in Canada; defend the integrity of the refugee determination system and deter its abuse; and contain its financial cost. The 2012 IFHP continues to provide limited, temporary health insurance coverage. However, unlike the situation under the pre-2012 IFHP, individuals who are only entitled to make a PRRA application and not a refugee claim are no longer entitled to any form of IFHP coverage whatsoever, including people who are not admissible on security grounds, or because of criminal activity or human rights violations, those who fail to file their refugee claims in a timely manner and those who have previously made an unsuccessful refugee claim. The 2012 IFHP regime now provides for three tiers of coverage: extended health care coverage (EHCC), public health or public safety health care (PHPS) coverage, and health care coverage (HCC). Which tier of coverage a person will be entitled to receive depends upon a number of factors, including whether the individual is a national of a designated country of origin (DCO). EHCC is equivalent to the level of IFHP benefits provided under the pre-2012 Program, and is essentially the same level of publicly funded health care insurance coverage as is available to low-income Canadians under provincial or territorial benefit plans. Those entitled to EHCC benefits include most government-assisted refugees and some privately sponsored refugees, as well as victims of human trafficking and some individuals admitted under a public policy or on humanitarian and compassionate grounds. HCC beneficiaries

reconnaissance de la qualité pour agir permettra de déferer les questions à la Cour de façon plus raisonnable et efficace.

Il s’agissait d’une demande de contrôle judiciaire à l’égard d’une décision du gouverneur en conseil de prendre deux décrets en 2012 (décrets de 2012) ayant eu pour effet de diminuer de manière importante le degré de couverture de soins de santé dont peuvent bénéficier les demandeurs d’asile et les autres personnes qui viennent au Canada pour y réclamer sa protection, par l’entremise du Programme fédéral de santé intérimaire (le PFSI ou le Programme), et de pour ainsi dire éliminer cette couverture pour les demandeurs d’asile dont la demande est fondée sur le risque auquel ils sont exposés.

Le PFSI avant 2012 autorisait la prise en charge des dépenses relatives aux hospitalisations, aux soins médicaux et dentaires ainsi que des dépenses accessoires effectuées pour le compte des immigrants, dans les cas où ceux-ci ne disposaient pas de ressources financières suffisantes pour payer ces dépenses. Plus tard, la mission du PFSI visait presque exclusivement les demandeurs d’asile, les réfugiés parrainés par le gouvernement et les personnes ayant besoin d’une aide humanitaire. La couverture du PFSI a été étendue aux membres de la catégorie des « immigrants visés par une mesure de renvoi à exécution différée » et aux personnes détenues par l’Agence des services frontaliers du Canada. Des changements ont été apportés au PFSI par la suite, afin que les personnes demandant un examen des risques avant renvoi (ERAR) ainsi que les victimes de traite de personnes soient couvertes par une assurance maladie. Le PFSI a fait l’objet d’une réforme, fondée sur la nécessité de moderniser, de clarifier et de réitérer sa mission initiale, soit d’être une mesure temporaire, à court terme et à titre gracieux; de garantir qu’il soit [TRADUCTION] « équitable pour les contribuables canadiens »; de protéger la santé et la sécurité publiques au Canada; de préserver l’intégrité du système d’octroi de l’asile au Canada et décourager les abus; et de limiter les coûts financiers du PFSI. Le PFSI de 2012 continue d’assurer une couverture limitée et temporaire des soins de santé. Cependant, contrairement à ce que prévoyait le PFSI avant 2012, les personnes qui avaient uniquement le droit de présenter une demande d’ERAR, et non une demande d’asile, n’ont plus droit à aucune couverture d’assurance au titre du PFSI, y compris les personnes qui sont interdites de territoire pour des raisons de sécurité, de criminalité ou de violation des droits de la personne et également les personnes qui n’ont pas présenté leurs demandes d’asile en temps opportun ainsi que les personnes qui ont déjà présenté, sans succès, une demande d’asile. Le PFSI de 2012 prévoit maintenant trois niveaux de couverture : la couverture des soins de santé élargie (CSSE), la couverture des soins de santé pour la santé ou la sécurité publiques (CSSSSP) et la couverture des soins de santé (CSS). Le niveau de couverture auquel l’on a droit dépend d’un certain nombre de facteurs, dont le fait de savoir si l’intéressé est ressortissant d’un pays d’origine désigné (POD). La CSSE est essentiellement

receive coverage for services and products such as hospital in-patient and out-patient services, physicians, nurses, and other health care professionals and laboratory, diagnostic and ambulance services, but these services and products are only covered “if they are of an urgent or essential nature”. Those entitled to HCC benefits include refugee claimants from non-DCO countries, refugees, successful PRRA applicants, most privately sponsored refugees, and all refugee claimants whose claims were filed before December 15, 2012, regardless of the claimant’s country of origin. PHPS only insures those health care services and products that are necessary or required to diagnose, prevent or treat a disease posing a risk to public health, or to diagnose or treat a condition of public safety concern. Those entitled to PHPS coverage include refugee claimants from DCO countries whose claims were filed after December 15, 2012, refugee claimants whose claims have been suspended while they are under investigation for possible inadmissibility, and failed refugee claimants.

The applicants asserted, *inter alia*, that the 2012 modifications to the IFHP were unlawful as the orders in council were *ultra vires* the prerogative powers of the Governor in Council, and that prior consultations and past practice created a legitimate expectation on the part of stakeholders that substantive changes would not be made to the IFHP without prior notice and consultation with interested parties; that the 2012 changes breached Canada’s international obligations; and that the changes violate sections 7, 12 and 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (Charter) in a manner that cannot be saved under section 1 of the Charter.

The main issues were whether the 2012 OICs were *ultra vires* the executive branch of government; whether the Governor in Council breached its duty of procedural fairness; whether the 2012 changes to the IFHP violate sections 7, 12 and 15 of the Charter; and whether any breaches of Charter rights could be saved under section 1 of the Charter.

équivalente aux avantages offerts par le PFSI dans sa version antérieure à 2012 ainsi qu’au niveau de couverture des soins de santé financés par l’État dont disposent les Canadiens à faible revenu en vertu des régimes provinciaux ou territoriaux. Parmi les personnes ayant droit aux avantages de la CSSE, on retrouve les réfugiés pris en charge par l’État, les réfugiés parrainés par le secteur privé ainsi que les victimes de traite des personnes et les personnes admises au titre d’une politique publique ou pour des motifs d’ordre humanitaire. Les bénéficiaires de la CSS sont couverts pour les services et les produits comme les services hospitaliers internes et externes, les services de médecins, d’infirmiers et d’autres professionnels de la santé ainsi que les services de laboratoire, de diagnostic et d’ambulances, mais de tels services et produits sont couverts seulement « s’ils sont urgents ou essentiels ». Parmi les personnes ayant droit à la CSS, on retrouve les demandeurs d’asile provenant de pays qui ne sont pas des POD, les réfugiés, les demandeurs ayant reçu une décision favorable au stade de l’ERAR, la plupart des réfugiés parrainés par le secteur privé et les demandeurs d’asile ayant présenté leur demande avant le 15 décembre 2012, sans égard à leur pays d’origine. La CSSSSP couvre uniquement les services de soins de santé et les produits nécessaires pour diagnostiquer, prévenir ou traiter les maladies présentant un risque pour la santé publique, ou pour diagnostiquer ou traiter les états préoccupants pour la santé publique. La CSSSSP vise les demandeurs d’asile provenant de POD qui ont présenté leur demande après le 15 décembre 2012, les demandeurs d’asile dont la demande a été suspendue pendant qu’ils font l’objet d’une enquête quant à une possible interdiction de territoire et les demandeurs d’asile déboutés.

Les demandeurs ont affirmé, entre autres, que les modifications apportées au PFSI en 2012 étaient illégales, puisque les décrets outrepassent les pouvoirs découlant de la prérogative du gouverneur en conseil. Ils ont allégué aussi que les consultations qui ont eu lieu et la pratique établie ont créé chez les intervenants l’attente légitime qu’aucun changement substantiel ne serait apporté au PFSI sans que les parties intéressées n’en aient auparavant été avisées. Les demandeurs ont soutenu de plus que les modifications apportées en 2012 contreviennent aux obligations internationales du Canada et qu’elles portent atteinte aux droits conférés par les articles 7, 12 et 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* (la Charte), d’une manière qui ne saurait être justifiée par l’article premier de la Charte.

Il s’agissait principalement de savoir si l’exécutif a outrepassé sa compétence en prenant les décrets de 2012; si le gouverneur en conseil a manqué à son obligation d’équité procédurale; si les modifications apportées au PFSI en 2012 sont contraires aux articles 7, 12 et 15 de la Charte et si l’atteinte aux droits garantis par la Charte peut être justifiée aux termes de l’article premier de la Charte.

Held, the application should be allowed.

The applicants Canadian Doctors for Refugee Care, the Canadian Association of Refugee Lawyers, and Justice for Children and Youth (JFCY) met the test for public standing articulated by the Supreme Court of Canada in *Canada (Attorney General) v. Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence Society*: the present case raised serious justiciable issues; the applicant JFCY was engaged with the issues raised by the application, insofar as it affected the rights of children; and granting public interest standing to the three applicant organizations best allowed for the reasonable and effective litigation of the issues.

The 2012 OICs were not *ultra vires* the prerogative powers of the Governor in Council. The question here was whether the executive branch of the federal government has the authority to spend money providing health care to individuals seeking the protection of Canada as an exercise of the Crown prerogative, and whether any such prerogative has been extinguished by the enactment of the *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA) and the *Canada Health Act*. While the funds for the IFHP are appropriated by Parliament, the terms and conditions under which they are disbursed are determined by the Governor in Council. Any Crown prerogative that may have existed to make executive decisions regarding the expenditure of public funds on health care for those seeking the protection of Canada has not been displaced or extinguished by either IRPA or the *Canada Health Act*. The Crown prerogative can only be abolished or exhausted by clear words, or by necessary implication from words, in a statute. There is nothing in IRPA that deals with the provision of health care to individuals governed by the legislation. The fact that the 2012 OICs may adopt terminology and concepts from IRPA such as “refugee” and “designated country of origin” does not mean that IRPA has occupied the field of creating and funding a scheme to provide insured health care benefits to refugee claimants, refugees, and failed claimants. There is no federal legislation that requires the federal government to provide health care to refugees, refugee claimants, or failed refugee claimants. As a consequence, the Crown’s prerogative power to spend in an area not addressed by statute remains intact, and the 2012 OICs are *intra vires* the executive branch of the Government of Canada.

There was no duty of procedural fairness owed to stakeholders in connection with the changes made to the IFHP,

Jugement : la demande doit être accueillie.

Les demandeurs Médecins canadiens pour les soins aux réfugiés, l’Association canadienne des avocats et avocates en droit des réfugiés et Justice for Children and Youth (JFCY) satisfaisaient au critère applicable à la qualité pour agir dans l’intérêt public que la Cour suprême du Canada a formulé à l’occasion de l’affaire *Canada (Procureur général) c. Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence Society* : l’affaire soulève des questions justiciables sérieuses; le demandeur JFCY était interpellé par les questions soulevées dans la demande, dans la mesure où elles concernaient les droits des enfants; et la reconnaissance de la qualité pour agir dans l’intérêt public accordée aux trois organismes demandeurs a permis de déferer les questions à la Cour de façon plus raisonnable et efficace.

Le gouverneur en conseil n’a pas outrepassé sa compétence liée à sa prerogative en prenant les décrets de 2012. La question qu’il fallait trancher en l’espèce était de savoir si le pouvoir exécutif fédéral a le pouvoir, à titre d’exercice de la prerogative de la Couronne, de consacrer des fonds à la prestation de soins de santé à des personnes qui demandent la protection du Canada, et si cette prerogative a été éteinte par l’adoption de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* (la LIPR) et de la *Loi canadienne sur la santé*. Bien que les fonds consacrés au PFSI soient votés par le Parlement, les modalités selon lesquelles ces fonds sont dépensés sont fixées par le gouverneur en conseil. Toute prerogative dont la Couronne a pu jouir afin de prendre les décisions qui relèvent de l’exécutif en ce qui a trait aux dépenses de fonds publics relativement à la prestation de soins de santé à des personnes demandant la protection du Canada n’a pas été écartée ou éteinte par la LIPR ou la *Loi canadienne sur la santé*. La prerogative de la Couronne ne peut être abolie ou épuisée que par les dispositions claires d’une loi ou par implication nécessaire découlant des dispositions d’une loi. Rien dans la LIPR ne porte sur la prestation de soins de santé à des personnes assujetties à la loi. Le fait que les décrets de 2012 puissent adopter une terminologie et des concepts tirés de la LIPR, comme « réfugié » et « pays désignés », n’a pas pour conséquence que la Loi a occupé le champ de compétence en matière de création et de financement d’un régime visant à assurer des services de soins de santé assurés aux demandeurs d’asile, aux réfugiés et aux demandeurs d’asile déboutés. Aucune loi fédérale n’exige que le gouvernement fédéral assure des soins de santé aux réfugiés, aux demandeurs d’asile ou aux demandeurs d’asile déboutés. Par conséquent, la prerogative de la Couronne de dépenser dans un domaine non prévu par la loi demeure intacte, et les décrets de 2012 concernant le PFSI relèvent de la compétence du pouvoir exécutif fédéral.

Il n’existait aucune obligation d’équité procédurale envers les intéressés relativement aux modifications apportées au

whether as a result of a legitimate expectation or the nature of the rights affected by the 2012 OICs. The applicants did not adduce evidence of any clear, unambiguous and unqualified practices, conduct or representations that could reasonably have been relied upon so as to create a legitimate expectation on the part of stakeholders that they would be accorded participatory rights in this case. No duty of fairness was owed by the government in the exercise of its legislative functions. The 2012 OICs implementing the modifications to the IFHP were clearly “legislative and general”, and did not give rise to participatory rights on the part of what was clearly an amorphous and potentially infinite group of stakeholders.

The applicants’ section 7 Charter claim had to be dismissed as what they sought was to impose a positive obligation on the Government of Canada to fund health care for those seeking the protection of Canada. To establish a breach of section 7 of the Charter, the applicants had to demonstrate that the government action in issue deprives individuals of their right to life, liberty, security of the person; and, if so, that this deprivation was not carried out in accordance with the principles of fundamental justice. The law does not currently recognize a section 7 Charter right to state-funded health care. It is well established in Canadian case law that the Charter does not impose positive obligations on governments to provide social benefits programs such as health insurance in order to secure their life, liberty or security of persons. The applicant’s argument that it was the decision to cut or eliminate the IFHP benefits available to affected individuals that made their claim reviewable under section 7 of the Charter has been rejected in a number of cases. Consequently, the exercise of the discretionary power of the Governor in Council in enacting the IFHP was not reviewable under the Charter by virtue of the changes that were made to the Program in 2012. There is nothing in the 2012 IFHP that limits the ability of those seeking the protection of Canada to spend their own money to obtain health care.

The cuts to health insurance coverage effected through the 2012 modifications to the IFHP violated section 12 of the Charter. The questions that needed to be determined were whether those seeking the protection of Canada are being subjected to “treatment” within the meaning of section 12, and whether any such treatment is “cruel and unusual”. The decision to change the IFHP was not a neutral decision taken by the Governor in Council that has only incidentally had a negative impact on historically marginalized individuals who were covered under the former IFHP. Rather, the executive branch of government *intentionally targeted* an admittedly vulnerable, poor and disadvantaged

PFSI, soit en raison d’une attente légitime soit en raison de la nature des droits touchés par les décrets de 2012. Les demandeurs n’ont présenté aucun élément de preuve de pratiques, conduites ou déclarations claires, nettes et explicites, qui permettrait raisonnablement d’affirmer que celles-ci ont amené les intéressés à légitimement s’attendre à se voir accorder des droits de participation en l’espèce. Le gouvernement n’est tenu à aucune obligation d’équité dans le cadre de l’exercice de ses fonctions législatives. Les décrets de 2012 qui mettaient en application les modifications au PFSI étaient manifestement « législatifs et généraux », et ne faisaient pas jouer l’octroi de droits de participation à qui constituait manifestement un groupe imprécis et possiblement illimité d’intéressés.

L’allégation des demandeurs fondée sur l’article 7 de la Charte devait être rejetée, parce que ceux-ci visaient à imposer au gouvernement du Canada l’obligation positive de financer les soins de santé à l’égard des personnes sollicitant la protection du Canada. Pour établir une violation de l’article 7 de la Charte, les demandeurs devaient démontrer que la mesure gouvernementale en cause porte atteinte au droit des personnes à la vie, à la liberté et à la sécurité de leur personne, et, si tel est le cas, que l’atteinte n’a pas été faite en conformité avec les principes de justice fondamentale. Le droit à des soins de santé financés par l’État en vertu de l’article 7 de la Charte n’est actuellement pas reconnu en droit. Il est bien établi dans la jurisprudence canadienne que la Charte n’impose pas aux gouvernements l’obligation positive de fournir des programmes sociaux, comme l’assurance maladie, pour garantir la vie, la liberté et la sécurité de la personne. L’argument des demandeurs voulant que ce soit la décision d’éliminer les prestations du PFSI offertes aux personnes concernées qui a fait que leur demande était susceptible de contrôle en vertu de l’article 7 de la Charte a été rejeté dans un certain nombre d’affaires. Par conséquent, l’exercice par le gouverneur en conseil de son pouvoir discrétionnaire en adoptant le PFSI ne pouvait faire l’objet d’un examen fondé sur la Charte en raison des modifications apportées au programme en 2012. Il n’y a rien dans le PFSI de 2012 qui limite la possibilité pour les personnes qui demandent la protection du Canada de se servir de leurs propres fonds afin d’obtenir des soins de santé.

Les compressions effectuées à l’égard de l’assurance maladie découlant des modifications apportées en 2012 au PFSI ont violé l’article 12 de la Charte. Les questions qui devaient être tranchées étaient de savoir si les personnes qui demandent la protection du Canada subissent des « traitements » au sens de l’article 12 et si ces traitements sont « cruels et inusités ». La décision de modifier le PFSI n’était pas une décision neutre prise par le gouverneur en conseil qui n’a qu’accessoirement eu des répercussions négatives sur des personnes historiquement marginalisées qui étaient couvertes par l’ancien PFSI. L’exécutif a plutôt *délibérément fait subir* à un groupe de personnes, de toute évidence vulnérables, pauvres

group for adverse treatment, making the 2012 changes to the IFHP for the express purpose of inflicting predictable and preventable physical and psychological suffering on many of those seeking the protection of Canada. One of the articulated objectives of the 2012 OICs was to deter the supposed abuse of the refugee system. Thus, through the introduction of the 2012 changes to the IFHP, the Governor in Council intentionally tried to make life harder for vulnerable, poor and disadvantaged individuals who have lawfully come to Canada. It did this in order to encourage these individuals to leave the country more quickly once their refugee claims have been rejected. This intentional targeting distinguished this case from the usual situation involving the assigning of priorities and the drawing of lines by government in relation to the availability of social benefit programs. The actions of the executive branch of government at issue here constituted “treatment” for the purposes of section 12 of the Charter. This conclusion is consistent with the international case law. The affected individuals were being subjected to treatment that is “cruel and unusual”. With respect to the question of whether the treatment goes beyond what is necessary to achieve a legitimate aim, while deterring abuse of the refugee system is a legitimate goal, it was not shown that the 2012 changes to the IFHP were necessary to achieve the government’s aims. There was no persuasive evidence to show that the changes to the eligibility and coverage provisions of the IFHP have served to deter unmeritorious claims, thereby reducing the cost of the Program. As a consequence, it could not be said that the 2012 changes to the IFHP were necessary to achieve a legitimate aim. The cuts to the IFHP were arbitrary and of limited social value. The cruelty of the changes to the IFHP was especially evident insofar as they affect children. While the *Convention on the Rights of the Child* (Convention) has not been incorporated into Canadian law, it is nevertheless a valuable interpretive aid in determining whether there has been a breach of the Charter. The treatment of children under the new regime does not conform to article 6, paragraph 2 of the Convention, which requires Canada to act in the best interests of children, and codifies its obligation as a signatory to ensure to the maximum extent possible, the survival and development of children. Denying health care insurance coverage to children as a means of affecting the behaviour of their parents and others constitutes cruel and unusual treatment. Putting individuals affected by the 2012 cuts to the IFHP in the position where they have to beg for lifesaving medical treatment is demeaning. It sends the message that their lives are worth less than the lives of others. It is cruel and unusual treatment that violates section 12 of the Charter. While it is open to government to assign priorities and set limits on social benefit plans such as the IFHP, the intentional targeting of an admittedly poor, vulnerable and disadvantaged group takes this situation outside the realm of ordinary Charter challenges to social benefit programs.

et défavorisées, un traitement défavorable lorsqu’il a apporté des modifications au PFSI en 2012 dans le but exprès d’infliger des souffrances physiques et psychologiques prévisibles et évitables à bon nombre de ceux qui sollicitent la protection du Canada. L’un des objectifs énoncés dans le cadre des décrets de 2012 était de dissuader le recours censé abusif au système de protection des réfugiés. Par conséquent, en ayant apporté les modifications au PFSI en 2012, le gouverneur en conseil cherchait délibérément à compliquer les choses pour les personnes vulnérables, pauvres et défavorisées qui sont légalement venues au Canada. L’exécutif a agi ainsi afin d’encourager ces personnes à quitter le pays plus rapidement après le rejet de leur demande d’asile. Le fait qu’un groupe vulnérable, pauvre et défavorisé ait été intentionnellement ciblé distingue la présente affaire de la situation habituelle ayant trait à l’établissement des priorités et des règles par le gouvernement en ce qui concerne l’accessibilité aux programmes d’avantages sociaux. Les actions de l’exécutif qui sont en cause en l’espèce constituent des « traitements » au sens de l’article 12 de la Charte. Cette conclusion sur ce point est conforme à la jurisprudence étrangère. Les personnes touchées ont été victimes d’un traitement « cruel et inusité ». En ce qui concerne la question de savoir si le traitement va au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre un objectif légitime, bien que la prévention du recours abusif au système de protection des réfugiés soit un objectif légitime, il n’a pas été démontré que les modifications apportées en 2012 au PFSI étaient nécessaires pour atteindre les objectifs du gouvernement. Il n’y avait aucun élément de preuve convaincant selon lequel les modifications apportées aux dispositions du PFSI en matière d’admissibilité et de couverture ont permis de prévenir la présentation de demandes d’asile non fondées et, ainsi, de réduire le coût du programme. Par conséquent, on ne peut pas dire que les modifications apportées au PFSI en 2012 étaient nécessaires pour atteindre un objectif légitime. Les compressions apportées au PFSI étaient arbitraires et leur valeur sociale était limitée. La cruauté engendrée par les modifications au PFSI était en particulier évidente dans le sens où celles-ci affectent les enfants. Bien que la *Convention relative aux droits de l’enfant* (la Convention) n’ait pas été incluse dans le droit canadien, il s’agit néanmoins d’un outil d’interprétation utile pour déterminer s’il y a eu violation de la Charte. Le traitement des enfants en vertu du nouveau régime ne respecte pas le paragraphe 6(2) de la Convention, qui exige que le Canada agisse dans l’intérêt supérieur des enfants et codifie son obligation, à titre de signataire, d’assurer dans toute la mesure possible, la survie et le développement de l’enfant. Refuser d’accorder une couverture des soins de santé à des enfants innocents dans le but d’influencer le comportement de leurs parents et d’autres personnes constitue un traitement cruel et inusité. Placer des personnes qui sont touchées par les compressions apportées en 2012 au PFSI dans une situation où ils doivent supplier afin d’obtenir un traitement médical essentiel à leur survie est humiliant. C’est donner l’impression que leur vie

The changes made to the IFHP through the promulgation of the 2012 OICs violate subsection 15(1) of the Charter, both in their purpose and in their effect. The test to be used in identifying whether there has been a section 15 violation is whether an applicant can show that the government has made a distinction based on an enumerated or analogous ground and that the distinction's impact on the individual or group creates a disadvantage by perpetuating prejudice or stereotyping. The 2012 IFHP draws a distinction, on its face, as to the level of health insurance coverage that will be provided to those seeking the protection of Canada based, in part, on the nation from which the claimant comes. The 2012 IFHP provides a lesser level of health insurance coverage to refugee claimants from DCO countries than is afforded to refugee claimants from non-DCO countries, thereby singling out refugee claimants from DCO countries for adverse differential treatment. Although there may be no obligation on the Governor in Council to provide health insurance coverage to those seeking the protection of Canada, once it chooses to provide such a benefit, "it is obliged to do so in a non-discriminatory manner". The eligibility requirements established by the 2012 OICs resulted in unequal access to that benefit, providing an inferior level of benefits to some IFHP beneficiaries based on the claimant's nation of origin. The question then was whether this unequal access constituted discrimination on the basis of the "national origin" of the claimants. Subsection 15(1) of the Charter prohibits discrimination on the basis of national *or* ethnic origin. The use of the disjunctive "or" suggests that the two terms are not synonymous. An individual can have one national origin while having a different, or even several different ethnic origins. The plain meaning of the term "national origin" is broad enough to include people who are not only born in a particular country, but who come from that country. Indeed, such an interpretation is consistent with the term used in section 109.1 of IRPA. This interpretation of "national origin" for the purposes of subsection 15(1) of the Charter as encompassing a prohibition on discrimination between classes of non-citizens based upon their country of origin is one that is also consistent with the provisions of the *United Nations Convention Relating to the Status of Refugees*, Article 3, which prohibits discrimination against refugees based upon their country of origin. The concept of a "designated country of origin" is one that is created by subsection 109.1(1) of IRPA, which allows the Minister of Citizenship and Immigration to designate countries for certain purposes under the Act. That does

vaut moins que celles des autres. Il s'agit d'un traitement cruel et inusité qui viole l'article 12 de la Charte. Bien qu'il soit loisible au gouvernement d'établir des priorités et d'imposer des restrictions aux régimes d'avantages sociaux comme le PFSI, le fait de cibler intentionnellement un groupe reconnu comme étant pauvre, vulnérable et défavorisé fait en sorte que la présente situation déborde du cadre des revendications typiques d'avantages sociaux fondées sur la Charte.

Les modifications apportées au PFSI par la promulgation des décrets de 2012 ont violé le paragraphe 15(1) de la Charte, tant par leur objet que par leur effet. Le critère qui permet d'établir s'il y a eu violation de l'article 15 est la question de savoir si un demandeur peut démontrer que le gouvernement a établi une distinction fondée sur un motif énuméré ou analogue et que l'effet de cette distinction sur l'individu ou le groupe crée un désavantage par la perpétuation d'un préjugé ou l'application d'un stéréotype. Le PFSI de 2012 établit maintenant une distinction, à première vue, quant au niveau de couverture des soins de santé qui sera offert à ceux qui demandent la protection du Canada en fonction, en partie, du pays d'où ils proviennent. Le PFSI de 2012 prévoit un niveau de couverture des soins de santé moins élevé pour les demandeurs d'asile provenant de POD que pour les demandeurs d'asile ne provenant pas de POD, et fait donc subir une différence de traitement préjudiciable aux demandeurs d'asile provenant de POD. Bien que le gouverneur en conseil ne soit pas obligé de fournir une assurance maladie aux personnes sollicitant la protection du Canada, à partir du moment où l'État décide d'accorder un tel avantage, « il est obligé de le faire sans discrimination ». Les exigences en matière d'admissibilité établies par les décrets de 2012 ont donné lieu à une inégalité d'accès à cet avantage, en accordant un avantage inférieur à certains bénéficiaires du PFSI en fonction de leur pays d'origine. La question était donc de savoir si une telle inégalité d'accès constituait de la discrimination fondée sur l'« origine nationale » des demandeurs d'asile. Le paragraphe 15(1) de la Charte interdit la discrimination fondée sur l'origine nationale *ou* ethnique. L'emploi de la conjonction disjunctive « ou » donne à penser que les deux termes ne sont pas synonymes. Une personne peut avoir une origine nationale donnée et avoir une origine ethnique différente, voire même plusieurs origines ethniques différentes. Le sens ordinaire de l'expression « origine nationale » est suffisamment large pour inclure des personnes qui ne sont pas seulement nées dans un pays en particulier, mais qui proviennent de ce pays. En effet, une telle interprétation est compatible avec l'expression utilisée à l'article 109.1 de la LIPR. Cette interprétation de l'expression « origine nationale » pour l'application du paragraphe 15(1) de la Charte en ce qu'il interdit une discrimination entre les classes de non-citoyens fondée sur leur pays d'origine est aussi compatible avec les dispositions de la *Convention relative au statut des réfugiés*, dont l'article 3 interdit la discrimination à l'égard des réfugiés fondée sur le pays d'origine. La

not, however, serve to insulate the 2012 changes to the IFHP from scrutiny under section 15 of the Charter. It was difficult to understand how the DCO/non-DCO distinction in the IFHP could be characterized as ameliorative when one of the stated goals of the 2012 modifications to the Program was to make things harder for refugees from DCO countries in order to deter other so-called “bogus” claimants from coming to Canada and abusing the generosity of Canadians. There was no evidence to show that the tiered coverage structure of the IFHP corresponds to the reality of refugee claimants from DCO countries, or that there is a correlation between the distinction drawn in the IFHP and the disadvantage suffered by refugee claimants from DCO countries. As a consequence, it could not be said that the distinction between refugee claimants from DCO countries and refugee claimants from non-DCO countries contributes to the stated purpose of “amelioration of the health conditions of refugee claimants, refugees and failed claimants in particular circumstances of need in Canada”. This distinction creates a disadvantage by perpetuating prejudice or stereotyping and could not be saved as an “ameliorative program” contemplated by subsection 15(2) of the Charter. It has an adverse differential effect on refugee claimants from DCO countries. It puts their lives at risk and perpetuates the stereotypical view that they are cheats, that their refugee claims are “bogus”, and that they have come to Canada to abuse the generosity of Canadians.

The rights violations resulting from the 2012 changes to the IFHP were not justified under section 1 of the Charter as a reasonable limit prescribed in a free and democratic society. The 2012 changes to the IFHP had to be viewed in context as forming part of a larger government program of reform to the immigration and refugee system. Within that broader context, the specific objectives of the 2012 OICs were cost containment; fairness to Canadians; the protection of public health and safety; and of the integrity of Canada’s immigration system. Some of these objectives, including cost containment and protecting the integrity of Canada’s immigration system were pressing and substantial. The next step was to determine whether the impairment of the section 12 and section 15 rights at issue in this case was proportional to the importance of the government’s objectives. With respect to many of the stated objectives, it was not. However, while there were significant problems with the evidence adduced by the respondents as to the cost savings that will allegedly be achieved as a result of the 2012 changes to the IFHP, the

notion de « pays d’origine désigné » a été créée par le paragraphe 109.1(1) de la LIPR, qui permet au ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration de désigner un pays pour l’application de certaines dispositions de la LIPR. Toutefois, cela ne peut soustraire les modifications apportées au PFSI en 2012 à l’examen au titre de l’article 15 de la Charte. Il était difficile de comprendre comment la distinction effectuée entre les pays d’origine désignés et les pays qui ne sont pas d’origine désignée dans le PFSI pouvait être qualifiée « d’amélioratrice », lorsque l’un des objectifs énoncés des modifications apportées au programme en 2012 était de compliquer la tâche aux réfugiés provenant de POD, en vue de dissuader d’autres soi-disant demandeurs d’asile « bidon » de venir au Canada et d’abuser de la générosité des Canadiens. Il n’y avait aucun élément de preuve qui démontrait que la structure de couverture à différents niveaux du PFSI correspond à la réalité des demandeurs d’asile provenant de POD, ou qu’il existe une corrélation entre la distinction établie dans le PFSI et le désavantage dont sont victimes les demandeurs d’asile provenant de POD. Il en découle que l’on ne pouvait pas affirmer que la distinction entre les demandeurs d’asile provenant de POD et ceux ne provenant pas de POD contribue à l’objectif énoncé, soit [TRADUCTION] « l’amélioration des conditions de santé des demandeurs d’asile, des réfugiés et des demandeurs d’asile déboutés, lorsque des circonstances particulières font en sorte qu’ils ont besoin d’aide au Canada ». Cette distinction crée un désavantage par la perpétuation d’un préjugé ou l’application d’un stéréotype et ne pouvait se justifier à titre de « programme destiné à améliorer » au sens du paragraphe 15(2) de la Charte. Cette distinction a un effet défavorable sur les demandeurs d’asile provenant de POD. Elle met leur vie en danger et perpétue l’opinion stéréotypée selon laquelle ils sont des tricheurs, que leurs demandes d’asile sont « bidon » et qu’ils sont venus au Canada pour profiter de la générosité des Canadiens.

Les violations des droits découlant des modifications apportées au PFSI en 2012 n’étaient pas justifiées comme limite raisonnable prescrite dans le cadre d’une société libre et démocratique au sens de l’article premier de la Charte. Les modifications apportées au PFSI en 2012 devaient être considérées dans leur contexte, en tant que modifications faisant partie d’un programme de réforme gouvernemental plus large du processus concernant les immigrants et les réfugiés. Dans ce contexte plus large, les objectifs précis des décrets de 2012 étaient la limitation des coûts, garantir que le programme sera équitable pour les contribuables canadiens, la protection de la santé et de la sécurité publiques, et la préservation de l’intégrité du système d’immigration au Canada. Certains de ces objectifs, y compris la limitation des coûts et la préservation de l’intégrité du système d’immigration au Canada, étaient urgents et réels. L’étape suivante consistait à déterminer si l’atteinte aux droits garantis par l’article 12 et par l’article 15 qui est en cause en l’espèce était proportionnelle à l’importance des objectifs du gouvernement. En ce qui a trait à l’un

effect of the 2012 changes to the IFHP has been to reduce the number of people eligible for benefits under the IFHP. To that extent, it was reasonable to suppose that the cuts may result in a reduction of costs to the Program, and the changes to the IFHP were thus rationally connected to the goal of cost containment. As to protecting the integrity of Canada's immigration system, the respondents' claim that the availability of health care in Canada operates as a "pull factor" for refugee claimants from DCO countries was difficult to reconcile with their argument that refugee claimants from DCO countries do not need health insurance coverage while they are in Canada because they can get comparable health care back home. However, all that is required at the "rational connection" stage is that it be "reasonable to suppose" that the changes to the IFHP may further the government's goal of preventing abuse of the immigration system. It was. The unavailability of medical care in other countries can and has provided an incentive for some individuals to seek to stay in Canada after their refugee claims have failed. As a consequence, the 2012 changes to the IFHP were found to be rationally connected to the objective of protecting the integrity of Canada's refugee determination system and deterring its abuse. As to minimal impairment, there was no reliable evidence of the extent to which the 2012 changes to the IFHP would result in cost savings at the federal level. The respondents did not show that there were no alternatives to cutting the benefits to the IFHP that could reasonably achieve the government's goal of cost containment "in a real and substantial manner". With respect to protecting the integrity of Canada's immigration system, by devoting additional resources to the timely removal of failed refugee claimants, the Government of Canada can achieve its objective of faster departures without compromising the health and safety of those who have come to Canada seeking its protection. It cannot be said that the IFHP beneficiaries who only receive HCC level benefits or only have health insurance coverage for conditions that pose a threat to public health or public safety have minimally impaired section 12 and 15 Charter rights. As a consequence, it was not demonstrated that the changes made to the IFHP through the promulgation of the 2012 OICs minimally impair the Charter rights of those seeking the protection of Canada. Turning to the final stage of the section 1 analysis, i.e. whether there is proportionality between the deleterious effects of the program and its salutary objectives, while the protection of public health and public safety is a salutary objective of the IFHP, taking away health insurance coverage for conditions that pose a risk to public health or public safety from those seeking the protection of Canada who are only entitled to a PRRA does nothing to advance that objective. It cannot be said that the beneficial impact of the 2012 changes to the IFHP in terms of cost containment, fairness to Canadian taxpayers, and protecting the integrity of Canada's refugee determination process outweighs the negative impact of the 2012 changes to the IFHP on the constitutional rights of those seeking the protection of Canada.

des objectifs visés, ce n'était pas le cas. Cependant, même si la preuve produite par les défendeurs en ce qui concerne les économies qui devraient découler des modifications apportées au PFSI en 2012 contenait d'importants problèmes, les modifications apportées au PFSI en 2012 ont eu pour effet de réduire le nombre de personnes admissibles à la couverture prévue par le PFSI. Dans cette mesure, il était raisonnable de supposer que les compressions peuvent entraîner une diminution des coûts du programme et que les modifications apportées au PFSI sont donc liées rationnellement à l'objectif de limitation des coûts. Quant à la protection de l'intégrité du système d'immigration du Canada, il était difficile de concilier l'affirmation des défendeurs selon laquelle l'accessibilité à des soins de santé au Canada constitue un « facteur d'attraction » pour des demandeurs d'asile provenant de POD avec leur argument selon lequel les demandeurs d'asile provenant de POD n'ont pas besoin de couverture de soins de santé pendant qu'ils séjournent au Canada, parce qu'ils peuvent obtenir des soins de santé comparables dans leurs pays d'origine. Toutefois, il suffit, au stade du « lien rationnel », qu'il soit « raisonnable de supposer » que les modifications apportées au PFSI peuvent contribuer à la réalisation de l'objectif du gouvernement d'empêcher les abus du système d'immigration. C'était le cas. Le fait que des soins médicaux ne soient pas accessibles dans d'autres pays peut inciter et a incité certaines personnes à vouloir rester au Canada après le rejet de leur demande d'asile. Par conséquent, les modifications apportées au PFSI en 2012 étaient rationnellement liées à l'objectif de protéger l'intégrité du système de détermination du statut de réfugié du Canada et de décourager les abus de ce système. Quant à l'atteinte minimale, on n'a présenté aucune preuve digne de foi quant à la mesure dans laquelle les modifications apportées au PFSI en 2012 donneraient lieu à des économies au niveau fédéral. Les défendeurs n'ont pas montré qu'il n'existait pas de mesure de remplacement à la diminution des avantages du PFSI qui pourrait raisonnablement atteindre l'objectif de limitation des coûts fixé par le gouvernement « de façon réelle et substantielle ». Concernant la question de la limitation des coûts, en allouant des ressources supplémentaires au renvoi en temps opportun des demandeurs d'asile déboutés, le gouvernement du Canada peut atteindre son objectif relatif aux départs plus rapides sans compromettre la santé et la sécurité de ceux qui sont venus au Canada pour y solliciter l'asile. On ne peut affirmer qu'on a porté atteinte de façon minimale aux droits conférés par les articles 12 et 15 de la Charte aux bénéficiaires du PFSI qui ne reçoivent que les avantages du niveau de la CSS, ou qui ne bénéficient que d'une couverture d'assurance maladie pour des problèmes de santé présentant une menace pour la santé publique ou la sécurité publiques. Par conséquent, il n'a pas été démontré que les modifications apportées au PFSI par l'adoption des décrets de 2012 portaient atteinte de façon minimale aux droits conférés par la Charte à ceux qui sollicitaient la protection du Canada. Quant à la dernière étape de l'analyse fondée sur l'article premier, soit de savoir s'il y a

The orders in council that created the 2012 IFHP were declared inconsistent with sections 12 and 15 of the Charter and of no force or effect. The operation of this declaration was suspended for a period of four months. The circumstances of this case came within the exceptional situation that was identified by the Supreme Court in *Canada (Attorney General) v. Hislop* where a section 24 Charter remedy was appropriate, notwithstanding that a declaratory remedy under section 52 of the *Constitution Act, 1982* was also granted. The respondents were thus ordered to provide the applicant Hanif Ayubi with health insurance coverage that is equivalent to that to which he was entitled under the provisions of the pre-2012 IFHP.

une proportionnalité entre les effets préjudiciables du programme et ses objectifs salutaires, la protection de la santé et de la sécurité publiques est certes un objectif salutaire du PFSI, mais le fait de retirer à ceux qui sollicitent la protection du Canada, et qui n'ont le droit qu'à un ERAR la couverture d'assurance maladie pour des conditions qui posent un risque à la santé publique ou à la sécurité publique n'aide en rien à atteindre cet objectif. Il n'a pas été démontré que l'incidence favorable des modifications apportées au PFSI en 2012 sur le plan de la limitation des coûts, de l'équité envers les contribuables canadiens et sur le plan de la protection de l'intégrité l'emporte sur l'incidence défavorable des modifications apportées au PFSI en 2012 sur les droits constitutionnels des personnes qui sollicitent la protection du Canada.

Les décrets qui ont créé le PFSI de 2012 ont été jugés comme contrevenant aux articles 12 et 15 de la Charte et sont inopérants. Il convenait de suspendre l'application de la présente déclaration pour une période de quatre mois. Les circonstances de l'espèce étaient visées par la situation exceptionnelle qui a été relevée par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Hislop*, où il convenait d'octroyer une réparation fondée sur l'article 24 et ce, malgré le fait qu'une mesure déclaratoire ait été prise en vertu de l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. La Cour a donc ordonné aux défendeurs d'accorder au demandeur Hanif Ayubi une couverture d'assurance maladie équivalente à celle à laquelle il avait droit au titre du PFSI, dans sa version en vigueur avant les modifications de 2012.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

- Balanced Refugee Reform Act*, S.C. 2010, c. 8.
Canada Health Act, R.S.C., 1985, c. C-6.
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. 1, 2(b), 7, 11(b), 12, 15, 24.
Constitution Act, 1982, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 52(1).
Continuing Care Act, R.S.B.C. 1996, c. 70.
Controlled Drugs and Substances Act, S.C. 1996, c. 19.
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46.
Faster Removal of Foreign Criminals Act, S.C. 2013, c. 16.
Federal Courts Rules, SOR/98-106, rr. 3, 52.2, Sch.
Health Insurance Act, R.S.O. 1990, c. H.6.
Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2.
Immigration Act (The), S.C. 1952, c. 42.
Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, ss. 87.4(1), 97, 99(3).
Immigration and Refugee Protection Regulations, SOR/2002-227, s. 206(2).
Interpretation Act, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 17.

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. 1, 2b), 7, 11b), 12, 15, 24.
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46.
Continuing Care Act, R.S.B.C. 1996, ch. 70.
 Décret C.P. 1952-4/3263.
 Décret C.P. 1957-11/848.
Décret concernant le Programme fédéral de santé intérimaire (2012), TR/2012-26, art. 1 « couverture des soins de santé », « couverture des soins de santé pour la santé ou la sécurité publiques », « maladie présentant un risque pour la santé publique », 4(3), 7.
Décret modifiant le Décret concernant le Programme fédéral de santé intérimaire (2012), TR/2012-49, art. 3.
Loi accélérant le renvoi de criminels étrangers, L.C. 2013, ch. 16.
Loi canadienne sur la santé, L.R.C. (1985), ch. C-6.
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. 52(1).

Old Age Security Act, R.S.C., 1985, c. O-9.
Order Amending the Order Respecting the Interim Federal Health Program, 2012, SI/2012-49, s. 3.
 Order in Council P.C. 1952-4/3263.
 Order in Council P.C. 1957-11/848.
Order Respecting the Interim Federal Health Program, 2012, SI/2012-26, ss. 1 “disease posing a risk to public health”, “health care coverage”, “public health or public safety health coverage”, 4(3), 7.
Protecting Canada’s Immigration System Act, S.C. 2012, c. 17.
 R.R.O. 1990, Reg. 552, s. 28.4(2)(a).
Rules Amending the Federal Courts Rules (Expert Witnesses), SOR/2010-176.

Loi d’interprétation, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 17.
Loi réglementant certaines drogues et autres substances, L.C. 1996, ch. 19.
Loi sur des mesures de réforme équitables concernant les réfugiés, L.C. 2010, ch. 8.
Loi sur la sécurité de la vieillesse, L.R.C. (1985), ch. O-9.
Loi sur l’assurance-santé, L.R.O. 1990, ch. H.6.
Loi sur l’immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2.
Loi sur l’immigration, S.C. 1952, ch. 42.
Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 87.4(1), 97, 99(3).
Loi visant à protéger le système d’immigration du Canada, L.C. 2012, ch. 17.
 R.R.O., Règl. 552, art. 28.4(2)a).
Règlement sur l’immigration et la protection des réfugiés, DORS/2002-227, art. 206(2).
Règles des Cours fédérales, DORS/98-106, règles 3, 52.2, ann.
Règles modifiant les Règles des Cours fédérales (témoins experts), DORS/2010-176.

TREATIES AND OTHER INSTRUMENTS CITED

Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, November 4, 1950, 213 U.N.T.S. 221, Art. 3.
Convention on the Rights of the Child, November 20, 1989, [1992] Can. T.S. No. 3, Arts. 2, 3, 6.
United Nations Convention Relating to the Status of Refugees, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6, Arts. 3, 7.

CASES CITED

FOLLOWED:

Toussaint v. Canada (Attorney General), 2010 FC 810, [2011] 4 F.C.R. 367, affd 2011 FCA 213, [2013] 1 F.C.R. 374, leave to appeal to S.C.C. refused [2012] 1 S.C.R. xiii.

DISTINGUISHED:

Hospitality House Refugee Ministry Inc. v. Canada (Attorney General), 2013 FC 543, 284 C.R.R. (3d) 156; *Tanudjaja v. Canada (Attorney General)*, 2013 ONSC 5410 (CanLII), 116 O.R. (3d) 574; *Grant v. Canada (Attorney General)*, 2005 CanLII 50882, 77 O.R. (3d) 481 (S.C.J.); *Lacey v. British Columbia*, 1999 CanLII 7023 (B.C.S.C.); *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519, (1993), 107 D.L.R. (4th) 342; *Pawar v. Canada*, 1999 CanLII 8760, 67 C.R.R. (2d) 284 (F.C.A.).

TRAITÉS ET AUTRES INSTRUMENTS CITÉS

Convention de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales, 4 novembre 1950, 213 R.T.N.U. 221, art. 3.
Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés, 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6, art. 3, 7.
Convention relative aux droits de l’enfant, 20 novembre 1989, [1992] R.T. Can. n° 3, art. 2, 3, 6.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISION SUIVIE :

Toussaint c. Canada (Procureur général), 2010 CF 810, [2011] 4 R.C.F. 367, conf. par 2011 CAF 213, [2013] 1 R.C.F. 374, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée [2012] 1 R.C.S. xiii.

DÉCISIONS DIFFÉRENCIÉES :

Hospitality House Refugee Ministry Inc. c. Canada (Procureur général), 2013 CF 543; *Tanudjaja v. Canada (Attorney General)*, 2013 ONSC 5410 (CanLII), 116 R.J.O. (3^e) 574; *Grant v. Canada (Attorney General)*, 2005 CanLII 50882, 77 R.J.O. (3^e) 481 (C.S.J.); *Lacey v. British Columbia*, 1999 CanLII 7023 (C. supr. C.-B.); *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519; *Pawar c. Canada*, 1999 CanLII 8760 (C.A.F.).

APPLIED:

Apotex Inc. v. Pfizer Canada Inc., 2014 FCA 54, 117 C.P.R. (4th) 401; *Bristol-Myers Squibb Company v. Apotex Inc.*, 2011 FCA 34, 91 C.P.R. (4th) 307; *Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101; *Finlay v. Canada (Minister of Finance)*, [1986] 2 S.C.R. 607, (1986), 33 D.L.R. (4th) 321; *Canada (Attorney General) v. Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence Society*, 2012 SCC 45, [2012] 2 S.C.R. 524; *Manitoba Metis Federation Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2013 SCC 14, [2013] 1 S.C.R. 623; *Canadian Council of Churches v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 236, (1992), 88 D.L.R. (4th) 193; *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624, (1997), 151 D.L.R. (4th) 577; *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3; *Canada (Attorney General) v. PHS Community Services Society*, 2011 SCC 44, [2011] 3 S.C.R. 134; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199, (1995), 127 D.L.R. (4th) 1; *Gosselin v. Quebec (Attorney General)*, 2002 SCC 84, [2002] 4 S.C.R. 429; *R. v. Malmo-Levine; R. v. Caine*, 2003 SCC 74, [2003] 3 S.C.R. 571; *Wynberg v. Ontario*, 2006 CanLII 22919, 82 O.R. (3d) 561 (C.A.); *Flora v. Ontario Health Insurance Plan*, 2008 ONCA 538, 91 O.R. (3d) 412; *Dunmore v. Ontario (Attorney General)*, 2001 SCC 94, [2001] 3 S.C.R. 1016; *Adam, R. (on the application of) v. Secretary of State for the Home Department*, [2005] UKHL 66; *R. v. Smith (Edward Dewey)*, [1987] 1 S.C.R. 1045, (1987), 40 D.L.R. (4th) 435; *Plyler v. Doe*, 457 U.S. 202 (1982); *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, (1989), 56 D.L.R. (4th) 1; *R. v. Kapp*, 2008 SCC 41, [2008] 2 S.C.R. 483; *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497, (1999), 170 D.L.R. (4th) 1; *Withler v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 12, [2011] 1 S.C.R. 396; *Quebec (Attorney General) v. A.*, 2013 SCC 5, [2013] 1 S.C.R. 61; *Alberta (Aboriginal Affairs and Northern Development) v. Cunningham*, 2011 SCC 37, [2011] 2 S.C.R. 670; *Lovelace v. Ontario*, 1997 CanLII 2265, 33 O.R. (3d) 735 (C.A.), affd 2000 SCC 37, [2000] 1 S.C.R. 950; *The Queen v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, (1986), 26 D.L.R. (4th) 200; *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 SCC 37, [2009] 2 S.C.R. 567; *Canada (Attorney General) v. Hislop*, 2007 SCC 10, [2007] 1 S.C.R. 429; *Mackin v. New Brunswick (Minister of Finance); Rice v. New Brunswick*, 2002 SCC 13, [2002] 1 S.C.R. 405.

CONSIDERED:

Es-Sayyid v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness), 2012 FCA 59, [2013] 4 F.C.R. 3; *MacKay v. Manitoba*, [1989] 2 S.C.R. 357, (1989), 61 D.L.R. (4th) 385; *Danson v. Ontario (Attorney General)*, [1990] 2

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Apotex Inc. v. Pfizer Canada Inc., 2014 FCA 54; *Bristol-Myers Squibb Company c. Apotex Inc.*, 2011 CAF 34; *Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101; *Finlay c. Canada (Ministre des Finances)*, [1986] 2 R.C.S. 607; *Canada (Procureur général) c. Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence Society*, 2012 CSC 45, [2012] 2 R.C.S. 524; *Manitoba Metis Federation Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2013 CSC 14, [2013] 1 R.C.S. 623; *Conseil canadien des Églises c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 236; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3; *Canada (Procureur général) c. PHS Community Services Society*, 2011 CSC 44, [2011] 2 R.C.S. 134; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, 2002 CSC 84, [2002] 4 R.C.S. 429; *R. c. Malmo-Levine; R. c. Caine*, 2003 CSC 74, [2003] 3 S.C.R. 571; *Wynberg v. Ontario*, 2006 CanLII 22919, 82 R.J.O. (3^e) 561 (C.A.); *Flora v. Ontario Health Insurance Plan*, 2008 ONCA 538, 91 R.J.O. (3^e) 412; *Dunmore c. Ontario (Procureur général)*, 2001 CSC 94, [2001] 3 R.C.S. 1016; *Adam, R. (on the application of) v. Secretary of State for the Home Department*, [2005] UKHL 66; *R. c. Smith (Edward Dewey)*, [1987] 1 R.C.S. 1045; *Plyler v. Doe*, 457 U.S. 202 (1982); *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *R. c. Kapp*, 2008 CSC 41, [2008] 2 R.C.S. 483; *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497; *Withler c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 12, [2011] 1 R.C.S. 396; *Québec (Procureur général) c. A.*, 2013 CSC 5, [2013] 1 R.C.S. 61; *Alberta (Affaires autochtones et Développement du Nord) c. Cunningham*, 2011 CSC 37, [2011] 2 R.C.S. 670; *Lovelace v. Ontario*, 1997 CanLII 2265, 33 R.J.O. (3^e) 735 (C.A.), conf. par 2000 CSC 37, [2000] 1 R.C.S. 950; *La Reine c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567; *Canada (Procureur général) c. Hislop*, 2007 CSC 10, [2007] 1 R.C.S. 429; *Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances); Rice c. Nouveau-Brunswick*, 2002 CSC 13, [2002] 1 R.C.S. 405.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Es-Sayyid c. Canada (Sécurité publique et Protection civile), 2012 CAF 59, [2013] 4 R.C.F. 3; *MacKay c. Manitoba*, [1989] 2 R.C.S. 357; *Danson c. Ontario (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1086; *R. c. Goltz*,

S.C.R. 1086, (1990), 73 D.L.R. (4th) 686; *R. v. Goltz*, [1991] 3 S.C.R. 485, (1991), 11 W.A.C. 161; *Reference Re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313, (1987), 78 A.R. 1; *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law v. Canada (Attorney General)*, 2004 SCC 4, [2004] 1 S.C.R. 76; *Canada (Prime Minister) v. Khadr*, 2010 SCC 3, [2010] 1 S.C.R. 44; *Chaoulli v. Québec (Attorney General)*, 2005 SCC 35, [2005] 1 S.C.R. 791; *Black v. Canada (Prime Minister)*, 2001 CanLII 8537, 54 O.R. (3d) 215 (C.A.); *Reference as to the effect of the Exercise by His Excellency the Governor General of the Royal Prerogative of Mercy upon Deportation Proceedings*, [1933] S.C.R. 269, [1933] 2 D.L.R. 348; *Pharmaceutical Manufacturers Assn. of Canada v. British Columbia (Attorney General)*, 1997 CanLII 4597, 149 D.L.R. (4th) 613 (B.C.C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused [1998] 1 S.C.R. xiii; *Regina v. Criminal Injuries Compensation Board, Ex parte Lain*, [1967] 2 Q.B. 864 (C.A.); *Apotex Inc. v. Canada (Attorney General)*, [2000] 4 F.C. 264, (2000), 188 D.L.R. (4th) 145 (C.A.); *Mount Sinai Hospital Center v. Québec (Minister of Health and Social Services)*, 2001 SCC 41, [2001] 2 S.C.R. 281; *Oberlander v. Canada (Attorney General)*, 2004 FCA 213, [2005] 1 F.C.R. 3; *Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada et al.*, [1980] 2 S.C.R. 735, (1980), 115 D.L.R. (3d) 1; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, (1999), 174 D.L.R. (4th) 193; *Canada (Attorney General) v. Mavi*, 2011 SCC 30, [2011] 2 S.C.R. 504; *Wells v. Newfoundland*, [1999] 3 S.C.R. 199, (1999), 180 Nfld & P.E.I.R. 269; *Sauvé v. Canada (Chief Electoral Officer)*, 2002 SCC 68, [2002] 3 S.C.R. 519; *Li v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FCA 110, [2012] 4 F.C.R. 479; *A.O. Farms Inc. v. Canada*, 2000 CanLII 17045, 28 Admin. L.R. (3d) 315 (F.C.T.D.); *Singh et al. v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177, (1985), 17 D.L.R. (4th) 422; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, (1985), 24 D.L.R. (4th) 536; *Amax Potash Ltd. et al. v. Government of Saskatchewan*, [1977] 2 S.C.R. 576, (1976), 71 D.L.R. (3d) 1; *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)*, [1999] 3 S.C.R. 46, (1999), 216 N.B.R. (2d) 25; *Baier v. Alberta*, 2007 SCC 31, [2007] 2 S.C.R. 673; *R. v. Askov*, [1990] 2 S.C.R. 1199, (1990), 75 O.R. (2d) 673; *Inglis v. British Columbia (Minister of Public Safety)*, 2013 BCSC 2309, 298 C.R.R. (2d) 35; *Auton (Guardian ad litem of) v. British Columbia (Attorney General)*, 2004 SCC 78, [2004] 3 S.C.R. 657; *Covarrubias v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FCA 365, [2007] 3 F.C.R. 169; *Ferrel v. Ontario (Attorney General)*, 1998 CanLII 6274, 42 R.J.O. (3^e) 97 (C.A.); *Lalonde v. Ontario (Commission de restructuration des services de santé)*, 2001 CanLII 21164, 56 O.R. (3d) 505 (C.A.); *Masse v. Ontario (Ministry of Community and Social Services)* (1996), 134 D.L.R. (4th) 20, 40 Admin. L.R. (2d) 87 (Ont. [1991] 3 R.C.S. 485; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)*, 2004 CSC 4, [2004] 1 R.C.S. 76; *Canada (Premier ministre) c. Khadr*, 2010 CSC 3, [2010] 1 R.C.S. 44; *Chaoulli c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 35, [2005] 1 R.C.S. 791; *Black v. Canada (Prime Minister)*, 2001 CanLII 8537, 54 R.J.O. (3^e) 215 (C.A.); *Reference as to the effect of the Exercise by His Excellency the Governor General of the Royal Prerogative of Mercy upon Deportation Proceedings*, [1933] R.C.S. 269; *Pharmaceutical Manufacturers Assn. of Canada v. British Columbia (Attorney General)*, 1997 CanLII 4597, 149 D.L.R. (4th) 613 (C.A. C.-B.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, [1998] 1 R.C.S. xiii; *Regina v. Criminal Injuries Compensation Board, Ex parte Lain*, [1967] 2 Q.B. 864 (C.A.); *Apotex Inc. c. Canada (Procureur général)*, [2000] 4 C.F. 264 (C.A.); *Centre hospitalier Mont-Sinaï c. Québec (Ministre de la Santé et des Services sociaux)*, 2001 CSC 41, [2001] 2 R.C.S. 281; *Oberlander c. Canada (Procureur général)*, 2004 CAF 213, [2005] 1 R.C.F. 3; *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada et autre*, [1980] 2 R.C.S. 735; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *Canada (Procureur général) c. Mavi*, 2011 CSC 30, [2011] 2 R.C.S. 504; *Wells c. Terre-Neuve*, [1999] 3 R.C.S. 199; *Sauvé c. Canada (Directeur général des élections)*, 2002 CSC 68, [2002] 3 R.C.S. 519; *Li c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CAF 110, [2012] 4 R.C.F. 479; *A.O. Farms Inc. c. Canada*, 2000 CanLII 17045 (C.F. 1^{re} inst.); *Singh et autres c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177; *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *Amax Potash Ltd. et al. c. Gouvernement de la Saskatchewan*, [1977] 2 R.C.S. 576; *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46; *Baier c. Alberta*, 2007 CSC 31, [2007] 2 R.C.S. 673; *R. c. Askov*, [1990] 2 R.C.S. 1199; *Inglis v. British Columbia (Minister of Public Safety)*, 2013 BCSC 2309, 298 C.R.R. (2d) 35; *Auton (Tutrice à l'instance de) c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, 2004 CSC 78, [2004] 3 R.C.S. 657; *Covarrubias c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CAF 365, [2007] 3 R.C.F. 169; *Ferrel v. Ontario (Attorney General)*, 1998 CanLII 6274, 42 R.J.O. (3^e) 97 (C.A.); *Lalonde c. Ontario (Commission de restructuration des services de santé)*, 2001 CanLII 21164, 56 R.J.O. (3^e) 577 (C.A.); *Masse v. Ontario (Ministry of Community and Social Services)* (1996), 134 D.L.R. (4th) 20, 40 Admin. L.R. (2d) 87 (Div. gén. Ont.); *Moore c. Colombie-Britannique (Éducation)*, 2012 CSC 61, [2012] 3 R.C.S. 360; *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CSC 9, [2007] 1 R.C.S. 350; *McNeill v. Ontario (Ministry of Solicitor General and Correctional Services)*, 1998 CanLII 14947,

Gen. Div.); *Moore v. British Columbia (Education)*, 2012 SCC 61, [2012] 3 S.C.R. 360; *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 SCC 9, [2007] 1 S.C.R. 350; *McNeill v. Ontario (Ministry of Solicitor General and Correctional Services)*, 1998 CanLII 14947, 126 C.C.C. (3d) 466 (Ont. Gen. Div.); *Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 711, (1992), 90 D.L.R. (4th) 289; *Trop v. Dulles*, 356 U.S. 86 (1958); *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203, (1999), 173 D.L.R. (4th) 1; *Tabingo v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2013 FC 377, [2014] 4 F.C.R. 149; *Nova Scotia Confederation of University Faculty Associations v. Nova Scotia (Human Rights Commission)*, 1995 CanLII 4556, 143 N.S.R. (2d) 86 (S.C.); *Simon Fraser University International Students v. Simon Fraser University*, [1996] B.C.C.H.R.D. No. 13 (QL); *Lavoie v. Canada*, 2002 SCC 23, [2002] 1 S.C.R. 769; *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)*, 2000 SCC 69, [2000] 2 S.C.R. 1120; *Jaballah (Re)*, 2006 FC 115, [2006] 4 F.C.R. 193; *Irshad (Litigation guardian of) v. Ontario (Ministry of Health)*, 2001 CanLII 24155, 55 O.R. (3d) 43 (C.A.); *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, (1986), 35 D.L.R. (4th) 1; *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877, (1997), 38 O.R. (3d) 735; *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin*; *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Laseur*, 2003 SCC 54, [2003] 2 S.C.R. 504; *Newfoundland (Treasury Board) v. N.A.P.E.*, 2004 SCC 66, [2004] 3 S.C.R. 381; *Canada (Human Rights Commission) v. Taylor*, [1990] 3 S.C.R. 892, (1990), 75 D.L.R. (4th) 577; *Libman v. Quebec (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 569, (1997), 151 D.L.R. (4th) 385; *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679, (1992), 93 D.L.R. (4th) 1.

REFERRED TO:

Saint Honore Cake Shop Limited v. Cheung's Bakery Products Ltd., 2013 FC 935; *National Justice Compania Naviera S.A. v. Prudential Assurance Co. Ltd.* (“*The Ikarian Reefer*”), [1993] 2 Lloyd's Rep. 68 (Q.B. (Com. Ct.)); *Canada v. Stanley J. Tessmer Law Corporation*, 2013 FCA 290, 297 C.R.R. (2d) 255; *Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 SCC 36, [2013] 2 S.C.R. 559; *Ezokola v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2013 SCC 40, [2013] 2 S.C.R. 678; *Winterhaven Stables Limited v. Canada (Attorney General)*, 1988 ABCA 334 (CanLII), 91 A.R. 114, leave to appeal to S.C.C. refused [1989] 1 S.C.R. xvi; *YMHA Jewish Community Centre of Winnipeg Inc. v. Brown*, [1989] 1 S.C.R. 1532, (1989), 59 Man.R. (2d) 161; *Reference Re Canada Assistance Plan (B.C.)*, [1991] 2 S.C.R. 525, (1991), 83 D.L.R. (4th) 297; *Ross River Dena Council Band v. Canada*, 2002 SCC 54, [2002] 2 S.C.R. 816; *Operation Dismantle Inc. et al. v. The Queen et al.*,

126 C.C.C. (3d) 466 (Div. gén. Ont.); *Chiarelli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 711; *Trop v. Dulles*, 356 U.S. 86 (1958); *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203; *Tabingo c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2013 CF 377, [2014] 4 R.C.F. 149; *Nova Scotia Confederation of University Faculty Associations v. Nova Scotia (Human Rights Commission)*, 1995 CanLII 4556, 143 N.S.R. (2d) 86 (C. supr.); *Simon Fraser University International Students v. Simon Fraser University*, [1996] B.C.C.H.R.D. n° 13 (QL); *Lavoie c. Canada*, 2002 CSC 23, [2002] 1 R.C.S. 769; *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2000 CSC 69, [2000] 2 R.C.S. 1120; *Jaballah (Re)*, 2006 CF 115, [2006] 4 R.C.F. 193; *Irshad (Litigation guardian of) v. Ontario (Ministry of Health)*, 2001 CanLII 24155, 55 R.J.O. (3^e) 43 (C.A.); *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877; *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin*; *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Laseur*, 2003 CSC 54, [2003] 2 R.C.S. 504; *Terre-Neuve (Conseil du Trésor) c. N.A.P.E.*, 2004 CSC 66, [2004] 3 R.C.S. 381; *Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor*, [1990] 3 R.C.S. 892; *Libman c. Québec (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 569; *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679.

DÉCISIONS CITÉES :

Saint Honore Cake Shop Limited c. Cheung's Bakery Products Ltd., 2013 CF 935; *National Justice Compania Naviera S.A. v. Prudential Assurance Co. Ltd.* (“*The Ikarian Reefer*”), [1993] 2 Lloyd's Rep. 68 (Q.B. (Com. Ct.)); *Canada c. Stanley J. Tessmer Law Corporation*, 2013 CAF 290; *Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 36, [2013] 2 R.C.S. 559; *Ezokola c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2013 CSC 40, [2013] 2 R.C.S. 678; *Winterhaven Stables Limited v. Canada (Attorney General)*, 1988 ABCA 334 (CanLII), 91 A.R. 114, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée [1989] 1 R.C.S. xvi; *YMHA Jewish Community Centre of Winnipeg Inc. c. Brown*, [1989] 1 R.C.S. 1532; *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*, [1991] 2 R.C.S. 525; *Conseil de la bande dénée de Ross River c. Canada*, 2002 CSC 54, [2002] 2 R.C.S. 816; *Operation Dismantle Inc. et autres c. La Reine et autres*, [1985] 1 R.C.S. 441; *R. (on the application of)*

[1985] 1 S.C.R. 441, (1985), 18 D.L.R. (4th) 481; *R. (on the application of) Bhatt Murphy (a firm) v. Independent Assessor*, [2008] EWCA Civ. 755 (BAILII); *Authorson v. Canada (Attorney General)*, 2003 SCC 39, [2003] 2 S.C.R. 40; *Quebec (Minister of Justice) v. Canada (Minister of Justice)*, 2003 CanLII 52182, 228 D.L.R. (4th) 63 (Que. C.A.); *R. v. Hape*, 2007 SCC 26, [2007] 2 S.C.R. 292; *Health Services and Support – Facilities Subsector Bargaining Assn. v. British Columbia*, 2007 SCC 27, [2007] 2 S.C.R. 391; *Ahani v. Canada (Attorney General)*, 2002 CanLII 23589, 58 O.R. (3d) 107 (C.A.); *Divito v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 SCC 47, [2013] 3 S.C.R. 157; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038, (1989), 59 D.L.R. (4th) 416; *United States v. Burns*, 2001 SCC 7, [2001] 1 S.C.R. 283; *Mohamed v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FCA 112, 432 N.R. 328; *C.-W. (C.) v. Ontario Health Insurance Plan (General Manager)*, 2009 CanLII 712, 95 O.R. (3d) 48 (S.C.J.); *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30, (1988), 44 D.L.R. (4th) 385; *Sagharian v. Ontario (Education)*, 2008 ONCA 411, 172 C.R.R. (2d) 105; *Alvero-Rautert v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1988] 3 F.C. 163, (1988), 18 F.T.R. 50 (T.D.); *R. v. Wiles*, 2005 SCC 84, [2005] 3 S.C.R. 895; *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668, (1999), 244 A.R. 201; *Tobar Toledo v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2013 FCA 226, 454 N.R. 139; *Weber v. Aetna Casualty & Surety Co.*, 406 U.S. 164 (1972); *Ermineskin Indian Band and Nation v. Canada*, 2009 SCC 9, [2009] 1 S.C.R. 222; *Forrest v. Canada (Attorney General)*, 2006 FCA 400, 357 N.R. 168; *R. v. Bryan*, 2007 SCC 12, [2007] 1 S.C.R. 527; *Harper v. Canada (Attorney General)*, 2004 SCC 33, [2004] 1 S.C.R. 827; *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island; Reference re Independence and Impartiality of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3, (1997), 156 Nfld. & P.E.I.R. 1; *R. v. Demers*, 2004 SCC 46, [2004] 2 S.C.R. 489.

Bhatt Murphy (a firm) v. Independent Assessor, [2008] EWCA Civ. 755 (BAILII); *Authorson c. Canada (Procureur général)*, 2003 CSC 39, [2003] 2 R.C.S. 40; *Québec (Ministre de la Justice) c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2003 CanLII 52182, [2003] R.J.Q. 1118 (C.A. Qué.); *R. c. Hape*, 2007 CSC 26, [2007] 2 R.C.S. 292; *Health Services and Support – Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, 2007 CSC 27, [2007] 2 R.C.S. 391; *Ahani v. Canada (Attorney General)*, 2002 CanLII 23589, 58 R.J.O. (3^e) 107 (C.A.); *Divito c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 47, [2013] 3 R.C.S. 157; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *États-Unis c. Burns*, 2001 CSC 7, [2001] 1 R.C.S. 283; *Mohamed c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CAF 112; *C.-W. (C.) v. Ontario Health Insurance Plan (General Manager)*, 2009 CanLII 712, 95 R.J.O. (3^e) 48 (C.S.J.); *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; *Sagharian v. Ontario (Education)*, 2008 ONCA 411, 172 C.R.R. (2d) 105; *Alvero-Rautert c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1988] 3 C.F. 163 (1^{re} inst.); *R. c. Wiles*, 2005 CSC 84, [2005] 3 R.C.S. 895; *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668; *Tobar Toledo c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2013 CAF 226; *Weber v. Aetna Casualty & Surety Co.*, 406 U.S. 164 (1972); *Bande et nation indiennes d'Ermeskin c. Canada*, 2009 CSC 9, [2009] 1 R.C.S. 222; *Forrest c. Canada (Procureur général)*, 2006 CAF 400; *R. c. Bryan*, 2007 CSC 12, [2007] 1 R.C.S. 527; *Harper c. Canada (Procureur général)*, 2004 CSC 33, [2004] 1 R.C.S. 827; *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard; Renvoi relatif à l'indépendance et à l'impartialité des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3; *R. c. Demers*, 2004 CSC 46, [2004] 2 R.C.S. 489.

AUTHORS CITED

Black, William and Lynn Smith. “The Equality Rights” in *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 4th ed., edited by Gérald-A. Beaudoin and Errol Mendes. Markham, Ont.: LexisNexis Butterworths, 2005.

Cameron, Jamie. “Positive Obligations under Sections 15 and 7 of the Charter: A Comment on *Gosselin v. Québec*” (2003), 20 *S.C.L.R.* (2d) 65.

Citizenship and Immigration Canada. *Interim Federal Health Program Policy*, online: <<http://www.cic.gc.ca/english/department/laws-policy/ifhp.asp>>.

Citizenship and Immigration Canada. Operational Bulletin 440-G, “Processing of Refugee Claims by CIC under the New Legislation”, April 17, 2013, online:

DOCTRINE CITÉE

Black, William et Lynn Smith. « The Equality Rights » dans *Charte canadienne des droits et libertés*, 4^e éd., sous la direction de Gérald-A. Beaudoin et Errol Mendes. Markham, Ont. : LexisNexis Butterworths, 2005.

Cameron, Jamie. « Positive Obligations under Sections 15 and 7 of the Charter: A Comment on *Gosselin v. Québec*” (2003), 20 *S.C.L.R.* (2d) 65.

Citoyenneté et Immigration Canada. Bulletin opérationnel 440-G, « Traitement des demandes d’asile par CIC en vertu des nouvelles dispositions législatives », 17 avril 2013, en ligne : <<http://www.cic.gc.ca/francais/ressources/guides/bulletins/2013/bo440G.asp>>.

Citoyenneté et Immigration Canada. *Politique sur le*

- <<http://www.cic.gc.ca/english/resources/manuals/bulletins/2013/ob440G.asp>>.
- Concise Oxford Dictionary*. Oxford: Oxford University Press, 1990, "treatment".
- Cousins, Mel. "Health Care and Human Rights after Auton and Chaoulli" (2009), 54 *McGill L.J.* 717.
- Davidov, Guy. "Separating Minimal Impairment from Balancing: A Comment on *R. v. Sharpe* (B.C.C.A.)" (2000), 5 *Rev. Const. Stud.* 195.
- Dacey, A. V. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 8th ed. London: Macmillan, 1915.
- Directive 2013/33/EU of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 laying down standards for the reception of applicants for international protection (recast)*, OJ L 180/96, online: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32013L0033&from=EN>>.
- Directive on Claims and Ex Gratia Payments, online: <<http://www.tbs-sct.gc.ca/pol/doc-eng.aspx?id=15782§ion=text>>.
- Flood, Colleen M. and Y. Y. Brandon Chen. "Charter Rights & Health Care Funding: A Typology of Canadian Health Rights Litigation" (2010), 19 *Annals Health L.* 479.
- Hathaway, James C. *The Rights of Refugees under International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. supplemented. Scarborough, Ont.: Thomson/Carswell, 2007.
- Hogg, Peter W. *et al. Liability of the Crown*, 4th ed. Toronto: Carswell, 2011.
- Jackman, Martha. "Charter Review as a Health Care Accountability Mechanism in Canada" (2010), 18 *Health L.J.* 1.
- Manfredi, Christopher P. and Antonia Maioni. "Judicializing Health Policy: Unexpected Lessons and an Inconvenient Truth" in *Contested Constitutionalism: Reflections on the Canadian Charter of Rights and Freedoms*, edited by James B. Kelly and Christopher P. Manfredi. Vancouver: UBC Press, 2009.
- Office of the United Nations High Commissioner of Human Rights and World Health Organization. *The Right to Health: Fact Sheet No. 31*, online: <<http://www.ohchr.org/Documents/Publications/Factsheet31.pdf>>.
- Reform of the Interim Federal Health Program ensures fairness, protects public health and safety, April 25, 2012, online: <<http://news.gc.ca/web/article-en.do?nid=670949>>.
- Regulatory Impact Analysis Statement, SI/2012-26, *C. Gaz.* 2012.II.1138.
- Roach, Kent. *Constitutional Remedies in Canada*, loose-leaf. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1994.
- Toronto. Health Impacts of Reduced Federal Health Services for Refugees, online: <<http://www.toronto.ca/legdocs/mmis/2012/hl/bgrd/backgroundfile-47324.pdf>>.
- Programme fédérale de santé intérimaire*, en ligne : <<http://www.cic.gc.ca/francais/ministere/lois-politiques/pfsi.asp>>.
- Cousins, Mel. « *Health Care and Human Rights after Auton and Chaoulli* » (2009), 54 *R.D. McGill* 717.
- Davidov, Guy. « Separating Minimal Impairment from Balancing: A Comment on *R. v. Sharpe* (B.C.C.A.) » (2000), 5 *R. études const.* 195.
- Dacey, A. V. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 8^e éd. London : Macmillan, 1915.
- Directive 2013/33/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 établissant des normes pour l'accueil des personnes demandant la protection internationale (refonte)*, JO L 180/96, en ligne : <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32013L0033&from=FR>>.
- Directive sur les réclamations et les paiements à titre gracieux, en ligne : <<http://www.tbs-sct.gc.ca/pol/doc-fra.aspx?id=15782§ion=text>>.
- Flood, Colleen M. et Y. Y. Brandon Chen. « Charter Rights & Health Care Funding: A Typology of Canadian Health Rights Litigation » (2010), 19 *Annals Health L.* 479.
- Hathaway, James C. *The Rights of Refugees under International Law*. Cambridge : Cambridge University Press, 2005.
- Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme et Organisation mondiale de la santé. *Le droit à la santé : fiche d'information n° 31*, en ligne : <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/Factsheet31_fr.pdf>.
- Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés. *Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié au regard de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés*, HCR/1P/4/FRE/REV.1, réédité, Genève, janvier 1992, en ligne : <<http://www.unhcr.fr/4ad2f7fa383.html>>.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5^e éd. supplémenté. Scarborough, Ont. : Thomson/Carswell, 2007.
- Hogg, Peter W. *et al. Liability of the Crown*, 4^e éd. Toronto : Carswell, 2011.
- Jackman, Martha. « Charter Review as a Health Care Accountability Mechanism in Canada » (2010), 18 *Health L.J.* 1.
- La réforme du Programme fédéral de santé intérimaire garantit l'équité et protège la santé et la sécurité publiques, 25 avril 2012, en ligne : <http://nouvelles.gc.ca/web/article-fr.do?nid=670949&_ga=1.223127515.1588538744.1391111906>.
- Manfredi, Christopher P. et Antonia Maioni. « Judicializing Health Policy: Unexpected Lessons and an Inconvenient Truth » dans *Contested Constitutionalism: Reflections on the Canadian Charter of Rights and Freedoms*, sous la direction de James B. Kelly et Christopher P. Manfredi. Vancouver : UBC Press, 2009.

United Nations Committee on the Rights of the Children. *General comment No. 14 on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art. 3, para. 1)*, U.N. Doc. CRC/C/GC/14 (29 May 2013), online: <http://www2.ohchr.org/English/bodies/crc/docs/GC/CRC_C_GC_14_ENG.pdf>.

United Nations High Commissioner for Refugees. *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*, HCR/IP/4/Eng/REV.1, reedited, Geneva, January 1992, online: <<http://www.unhcr.org/3d58e13b4.html>>.

Voell, Matthew Rottier. “*PHS Community Services Society v Canada (Attorney General): Positive Health Rights, Health Care Policy, and Section 7 of the Charter*” (2012), 31 *Windsor Rev. Legal & Soc. Issues* 41.

Wilkie, Cara and Meryl Zisman Gary. “Positive and Negative Rights under the *Charter*: Closing the Divide to Advance Equality” (2011), 30 *Windsor Rev. Legal & Soc. Issues* 37.

Nations Unies Comité des droits de l’enfant. *Observation générale n° 14 (2013) sur le droit de l’enfant à ce que son intérêt supérieur soit une considération primordiale (art. 3, par. 1)*, Doc. N.U. CRC/C/GC/14 (29 mai 2013), en ligne : <http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/CRC.C.GC.14_fr.pdf>.

Nouveau Petit Robert : Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française. Paris : Le Robert, 1990 « traitement ».

Résumé de l’étude d’impact de la réglementation, TR/2012-26, *Gaz. C.* 2012.II.1138.

Roach, Kent. *Constitutional Remedies in Canada*, feuilles mobiles. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1994.

Toronto. Health Impacts of Reduced Federal Health Services for Refugees, en ligne : <<http://www.toronto.ca/legdocs/mmis/2012/hl/bgrd/backgroundfile-47324.pdf>>.

Voell, Matthew Rottier. « *PHS community Services Society v Canada (Attorney General): Positive Health Rights, Health Care Policy, and Section 7 of the Charter* » (2012), 31 *Windsor Rev. Legal & Soc. Issues* 41.

Wilkie, Cara et Meryl Zisman Gary. « Positive and Negative Rights under the *Charter*: Closing the Divide to Advance Equality » (2011), 30 *Windsor Rev. Legal & Soc. Issues* 37.

APPLICATION for judicial review in respect of a decision by the Governor in Council to pass two orders in council in 2012 (Order in Council P.C. 2012-433, *Order Respecting the Interim Federal Health Program, 2012*, SI/2012-26, and Order in Council P.C. 2012-945, *Order Amending the Order Respecting the Interim Federal Health Program, 2012*, SI/2012-49) that significantly reduced the level of health care coverage for refugee claimants and others who have come to Canada seeking its protection through the Interim Federal Health Program, and all but eliminated it for others pursuing risk-based claims. Application allowed.

DEMANDE de contrôle judiciaire à l’égard d’une décision du gouverneur en conseil de prendre deux décrets en 2012 (Décret C.P. 2012-433, intitulé *Décret concernant le Programme fédéral de santé intérimaire (2012)*, TR/2012-26, et Décret C.P. 2012-945, intitulé *Décret modifiant le Décret concernant le Programme fédéral de santé intérimaire (2012)*, TR/2012-49) ayant eu pour effet de diminuer de manière importante le degré de couverture de soins de santé dont peuvent bénéficier les demandeurs d’asile et les autres personnes qui viennent au Canada pour y réclamer sa protection, par l’entremise du Programme fédéral de santé intérimaire, et de pour ainsi dire éliminer cette couverture pour les demandeurs d’asile dont la demande est fondée sur le risque auquel ils sont exposés. Demande accueillie.

APPEARANCES

Lorne Waldman and *Adrienne Smith* for applicants Canadian Doctors for Refugee Care, Daniel Garcia Rodrigues and Hanif Ayubi.

Pia Zambelli and *Jacqueline Swaisland* for applicant Canadian Association of Refugee Lawyers.

Mary Birdsell and *Emily Chan* for applicant Justice for Children and Youth.

ONT COMPARU

Lorne Waldman et *Adrienne Smith* pour les demandeurs Médecins canadiens pour les soins aux réfugiés, Daniel Garcia Rodrigues et Hanif Ayubi.

Pia Zambelli et *Jacqueline Swaisland* pour la demanderesse l’Association canadienne des avocats et avocates en droit des réfugiés.

Mary Birdsell et *Emily Chan* pour le demandeur Justice for Children and Youth.

Marie-Louise Weislo, Neeta Logsetty and Hillary Adams for respondents.

Marie-Louise Weislo, Neeta Logsetty et Hillary Adams pour les défendeurs.

SOLICITORS OF RECORD

Waldman & Associates, Toronto, for applicants Canadian Doctors for Refugee Care, Daniel Garcia Rodrigues, Hanif Ayubi and the Canadian Association of Refugee Lawyers.

Justice for Children and Youth, Toronto, for applicant Justice for Children and Youth.
Deputy Attorney General of Canada for respondents.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Waldman & Associates, Toronto, pour les demandeurs Médecins canadiens pour les soins aux réfugiés, Daniel Garcia Rodrigues, Hanif Ayubi et l'Association canadienne des avocats et avocates en droit des réfugiés.

Justice for Children and Youth, Toronto, pour le demandeur Justice for Children and Youth.
Le sous-procureur général du Canada pour les défendeurs.

TABLE OF CONTENTS

| | Paragraph |
|---|-----------|
| I. Introduction | 1 |
| II. The Parties | 17 |
| A. Canadian Doctors for Refugee Care.. | 17 |
| B. Canadian Association of Refugee Lawyers | 19 |
| C. Justice for Children and Youth | 21 |
| D. Hanif Ayubi | 22 |
| E. Daniel Garcia Rodrigues | 25 |
| F. The Respondents | 29 |
| III. Background | 31 |
| A. The Pre-2012 IFHP | 32 |
| B. The Decision to Reform the IFHP..... | 49 |
| C. The 2012 IFHP | 57 |
| (1) Expanded Health Care Coverage | 67 |
| (2) Health Care Coverage | 69 |
| (3) Public Health or Public Safety Health Care Coverage | 75 |
| (4) PRRA-only Claimants | 79 |
| (5) Ministerial Discretion | 80 |
| D. The Impact of the 2012 Changes to the IFHP | 88 |
| (1) The Expert Evidence | 89 |

TABLE DES MATIÈRES

| | Paragraphe |
|--|------------|
| I. Introduction | 1 |
| II. Les parties | 17 |
| A. Médecins canadiens pour les soins aux réfugiés | 17 |
| B. L'Association canadienne des avocats et avocates en droit des réfugiés | 19 |
| C. Justice for Children and Youth | 21 |
| D. Hanif Ayubi | 22 |
| E. Daniel Garcia Rodrigues | 25 |
| F. Les défendeurs..... | 29 |
| III. Le contexte | 31 |
| A. Le PFSI avant 2012 | 32 |
| B. La décision de procéder à une réforme du PFSI..... | 49 |
| C. Le PFSI de 2012 | 57 |
| 1) La couverture des soins de santé élargie | 67 |
| 2) La couverture des soins de santé | 69 |
| 3) La couverture des soins de santé pour la santé ou la sécurité publiques | 75 |
| 4) Les demandeurs ayant seulement droit à un ERAR | 79 |
| 5) Le pouvoir discrétionnaire du ministre | 80 |
| D. Les répercussions des modifications apportées au PFSI en 2012 | 88 |
| 1) Les témoignages d'expert | 89 |

| | | | |
|---|-----|---|-----|
| (2) The Public Reaction | 126 | 2) La réaction du public..... | 126 |
| (3) Confusion in the Health Care Profession..... | 133 | 3) La confusion chez les professionnels de la santé..... | 133 |
| (4) The Systemic Consequences of the 2012 Changes to the IFHP ... | 142 | 4) Les conséquences systémiques des modifications apportées au PFSI en 2012 | 142 |
| (5) The Impact on Individual Claimants | 157 | 5) L'incidence sur les demandeurs individuels | 157 |
| (a) The Frailties in the Applicants' Non-expert Evidence. | 158 | a) Les lacunes des témoignages autres que ceux des experts produits par les demandeurs | 158 |
| (b) Mr. Ayubi's Experience | 174 | b) Le cas de M. Ayubi | 174 |
| (c) Mr. Garcia Rodrigues' Experience | 198 | c) Le cas de M. Garcia Rodrigues | 198 |
| (d) Saleem Akhtar | 215 | d) Le cas de Saleem Akhtar | 215 |
| (e) Victor Pathiyage Wijenaïke. | 221 | e) Le cas de Victor Pathiyage Wijenaïke..... | 221 |
| (f) Rosa Maria Aylas Marcos de Arroyo..... | 229 | f) Le cas de Rosa Maria Aylas Marcos de Arroyo..... | 229 |
| (g) "Sarah" | 234 | g) Le cas de « Sarah » | 234 |
| (h) "BB" | 241 | h) Le cas de « BB » | 241 |
| (i) Manavi Handa's "Second Case" | 247 | i) Le « deuxième cas » de Manavi Handa | 247 |
| (j) Conclusion as to the Impact of the 2012 Changes to the IFHP on Individual Claimants | 250 | j) Conclusion quant aux répercussions des modifications apportées au PFSI en 2012 sur les demandeurs d'asile .. | 250 |
| E. Alternative Sources of Health Care .. | 251 | E. Les autres sources de soins de santé . | 251 |
| (1) Provincial and Territorial Health Insurance | 255 | 1) L'assurance maladie provinciale et territoriale..... | 255 |
| (2) Self-funding..... | 269 | 2) Autofinancement..... | 269 |
| (3) Community Health Centres and Refugee Shelters | 273 | 3) Centres de santé communautaires et centres d'hébergement pour réfugiés..... | 273 |
| (4) Midwifery Services | 276 | 4) Services de sages-femmes..... | 276 |
| (5) Hospital Emergency Rooms | 277 | 5) Salles d'urgence dans les hôpitaux | 277 |
| (6) Social Assistance..... | 279 | 6) Aide sociale..... | 279 |
| (7) Charity..... | 284 | 7) Charité..... | 284 |
| (8) Section 7 Discretionary IFHP Coverage | 287 | 8) La couverture discrétionnaire prévue à l'article 7..... | 287 |
| (9) Conclusion Regarding the Alternatives to IFHP-Funded Health Care | 294 | 9) Conclusion concernant les solutions de rechange aux soins de santé financés par le PFSI | 294 |
| IV. Issues | 302 | IV. Les questions en litige | 302 |
| V. Standing | 304 | V. La question de la qualité pour agir | 304 |
| A. Serious Justiciable Issue | 312 | A. Question justiciable sérieuse | 312 |

| | | | |
|---|-----|--|-----|
| B. Does JFCY Have a Genuine Interest in this Proceeding? | 314 | B. JFCY a-t-il un intérêt véritable dans la présente instance? | 314 |
| C. Is Granting Public Interest Standing to the Applicant Organizations a Reasonable and Effective Way to Bring these Issues Before the Court? | 327 | C. La reconnaissance de la qualité pour agir dans l'intérêt public aux organismes demandeurs constitue-t-elle une façon raisonnable et efficace de déférer les questions à la Cour?.... | 327 |
| VI. Are the 2012 OICs <i>Ultra Vires</i> the Governor in Council? | 354 | VI. Le gouverneur en conseil a-t-il outrepassé sa compétence en prenant les décrets de 2012? | 354 |
| A. The Applicants' Arguments | 355 | A. Les thèses des demandeurs | 355 |
| B. The Respondents' Arguments | 371 | B. Les thèses des défendeurs | 371 |
| C. Analysis | 377 | C. Analyse | 377 |
| VII. Did the Government Breach its Duty of Procedural Fairness by Failing to Provide Notice and an Opportunity to Participate Prior to the Proclamation of the 2012 OICs? | 403 | VII. Le gouvernement a-t-il manqué à son obligation d'équité procédurale en omettant de donner avis et en ne donnant pas l'occasion de participer avant la proclamation des décrets de 2012? | 403 |
| A. The Applicants' Arguments | 405 | A. Les thèses des demandeurs | 405 |
| B. The Respondents' Arguments | 418 | B. Les thèses des défendeurs | 418 |
| C. Analysis | 421 | C. Analyse | 421 |
| VIII. The International Law Arguments | 441 | VIII. Les arguments fondés sur le droit international | 441 |
| IX. Introduction to the Charter Issues | 476 | IX. Introduction des questions relatives à la Charte | 476 |
| X. Do the 2012 Changes to the IFHP Violate Section 7 of the Charter? | 493 | X. Les modifications apportées en 2012 au PFSI violent-elles l'article 7 de la Charte? | 493 |
| A. Positive Rights and Section 7 of the Charter | 511 | A. Les droits positifs et l'article 7 de la Charte | 511 |
| B. Conclusion with respect to the Applicants' Section 7 Claim | 571 | B. Conclusion relativement à la prétention des demandeurs fondée sur l'article 7 | 571 |
| XI. Do the 2012 Changes to the IFHP Violate Section 12 of the Charter? | 572 | XI. Les modifications apportées en 2012 au PFSI violent-elles l'article 12 de la Charte | 572 |
| A. Do the 2012 Changes to the IFHP Constitute "Treatment" within the Meaning of Section 12 of the Charter? | 577 | A. Les modifications apportées en 2012 au PFSI constituent-elles des « traitements » au sens de l'article 12 de la Charte? | 577 |
| B. Are the 2012 Changes to the IFHP "Cruel and Unusual" within the Meaning of Section 12 of the Charter? | 612 | B. Les modifications apportées en 2012 au PFSI constituent-elles des traitements « cruels et inusités » au sens de l'article 12 de la Charte? | 612 |
| C. Conclusion with Respect to Section 12 of the Charter | 689 | C. Conclusion relative à l'article 12 de la Charte | 689 |

| | | | |
|--|-----|--|-----|
| XII. Do the 2012 Changes to the IFHP Violate Section 15 of the Charter? | 692 | XII. Les modifications apportées en 2012 au PFSI violent-elles l'article 15 de la Charte? | 692 |
| A. Legal Principles Governing Section 15 Claims | 706 | A. Les principes juridiques régissant les arguments fondés sur l'article 15 | 706 |
| B. Does the 2012 IFHP Draw a "Distinction" Between Refugee Claimants from DCO Countries and Non-DCO Countries on the Basis of an Enumerated or Analogous Ground? | 729 | B. Le PFSI de 2012 établit-il une « distinction » entre les demandeurs d'asile provenant de POD et les demandeurs d'asile ne provenant pas de POD sur le fondement d'un motif énuméré ou analogue? | 729 |
| C. Is the Subsection 15(1) Breach Saved on the Basis that the IFHP is an Ameliorative Program? | 778 | C. La violation du paragraphe 15(1) de la Charte est-elle justifiée par le fondement selon lequel le PFSI est un programme améliorateur? | 778 |
| D. Do the 2012 OICs Create a Disadvantage by Perpetuating Prejudice or Stereotyping? | 810 | D. Les décrets de 2012 créent-ils un désavantage par la perpétuation d'un préjugé ou l'application de stéréotypes? | 810 |
| E. Conclusion on the Subsection 15(1) Issue Relating to DCO Claimants | 849 | E. Conclusion sur la question relative au paragraphe 15(1) ayant trait aux demandeurs provenant de POD | 849 |
| F. Does the 2012 IFHP also Violate Subsection 15(1) of the Charter on the Basis of Immigration Status? | 852 | F. Le PFSI de 2012 contrevient-il également, sur le fondement du statut d'immigration, au paragraphe 15(1) de la Charte? | 852 |
| G. Conclusions on the Section 15 Issues | 871 | G. Conclusions quant aux questions relatives à l'article 15 | 871 |
| XIII. Have the Breaches of Sections 12 and 15 been Justified by the Respondents under Section 1 of the Charter? | 873 | XIII. Les défendeurs ont-ils justifié les violations des articles 12 et 15 au regard de l'article premier de la Charte? | 873 |
| A. Legal Principles Governing Section 1 of the Charter | 878 | A. Principes juridiques régissant l'article premier de la Charte | 878 |
| B. What were the Objectives of the Changes to the IFHP Brought About by the 2012 OICs? | 884 | B. Quels étaient les objectifs des modifications apportées au PFSI par les décrets de 2012? | 884 |
| C. Are the Objectives of the 2012 Changes to the IFHP "Pressing and Substantial"? | 895 | C. Les objectifs des modifications apportées au PFSI en 2012 sont-ils « urgents et réels »? | 895 |
| (1) Cost Containment | 897 | 1) Limitation des coûts | 897 |
| (2) Fairness to Canadians | 912 | 2) Un programme équitable pour les contribuables canadiens | 912 |
| (3) Protecting Public Health and Public Safety | 929 | 3) Protection de la santé et de la sécurité publiques | 929 |
| (4) Protecting the Integrity of Canada's Immigration System ... | 930 | 4) Protection de l'intégrité du système d'immigration canadien | 930 |

| | | | |
|---|------|---|------|
| D. Is the Impairment of the Charter Rights at Issue Proportional to the Importance of the Objectives of the 2012 OICs?..... | 933 | D. L'atteinte aux droits garantis par la Charte en cause est-elle proportionnelle à l'importance des objectifs des décrets de 2012?..... | 933 |
| (1) Are the 2012 Changes to the IFHP Rationally Connected to the Objectives of the Governor in Council? | 938 | 1) Les modifications apportées en 2012 au PFSI sont-elles rationnellement liées aux objectifs du gouverneur en conseil?..... | 938 |
| (a) Cost Containment | 944 | a) Limitation des coûts | 944 |
| (b) Fairness to Canadians..... | 946 | b) Un programme équitable pour les contribuables canadiens | 946 |
| (c) Protecting Public Health and Safety..... | 953 | c) Protection de la santé et de la sécurité publiques | 953 |
| (d) Protecting the Integrity of Canada's Immigration System | 963 | d) Protection de l'intégrité du système d'immigration du Canada..... | 963 |
| (2) Do the 2012 Changes to the IFHP Impair Charter Rights Minimally or "As Little as Possible"? | 984 | 2) Les modifications apportées au PFSI constituent-elles une atteinte minimale ou portent-elles « le moins possible » atteinte aux droits garantis par la Charte? | 984 |
| (a) Cost Containment..... | 997 | a) Limitation des coûts | 997 |
| (b) Protecting the Integrity of Canada's Immigration System | 1018 | b) Protection de l'intégrité du système d'immigration du Canada..... | 1018 |
| (c) Other Minimal Impairment Arguments | 1028 | c) Autres arguments relatifs à l'atteinte minimale..... | 1028 |
| (3) Are the 2012 Changes to the IFHP Proportionate in their Effect? | 1044 | 3) Les modifications apportées au PFSI en 2012 sont-elles proportionnées dans leur effet?..... | 1044 |
| (4) Conclusion with Respect to Section 1 Justification | 1075 | 4) Conclusion concernant la justification au regard de l'article premier | 1075 |
| XIV. Final Conclusion..... | 1076 | XIV. Conclusion définitive..... | 1076 |
| XV. Remedy | 1086 | XV. Réparation | 1086 |

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

MACTAVISH J.:

I. Introduction

[1] For more than 50 years, the Government of Canada has funded comprehensive health insurance coverage for

Voici les motifs du jugement et du jugement rendus en français par

LA JUGE MACTAVISH :

I. Introduction

[1] Pendant plus de 50 ans, le gouvernement du Canada a financé, par l'entremise du Programme fédéral

refugee claimants and others who have come to Canada seeking its protection through the Interim Federal Health Program. In 2012, the Governor in Council passed two orders in council which significantly reduced the level of health care coverage available to many such individuals, and all but eliminated it for others pursuing risk-based claims.

[2] The effect of these changes is to deny funding for lifesaving medications such as insulin and cardiac drugs to impoverished refugee claimants from war-torn countries such as Afghanistan and Iraq.

[3] The effect of these changes is to deny funding for basic pre-natal, obstetrical and paediatric care to women and children seeking the protection of Canada from “designated countries of origin” such as Mexico and Hungary.

[4] The effect of these changes is to deny funding for any medical care whatsoever to individuals seeking refuge in Canada who are only entitled to a pre-removal risk assessment, even if they suffer from a health condition that poses a risk to the public health and safety of Canadians.

[5] The applicants assert that the 2012 modifications to the Interim Federal Health Program are unlawful as the orders in council are *ultra vires* the prerogative powers of the Governor in Council. They also say that prior consultations and past practice created a legitimate expectation on the part of stakeholders that substantive changes would not be made to the Interim Federal Health Program without prior notice and consultation with interested parties. According to the applicants, the Governor in Council breached its duty of procedural fairness by making radical changes to the Interim Federal Health Program without any advance notice or consultation.

de santé intérimaire, une gamme complète de soins de santé aux demandeurs d’asile et aux autres personnes qui venaient au Canada pour y réclamer sa protection. En 2012, le gouverneur en conseil a pris deux décrets ayant pour effet de diminuer de manière importante le degré de couverture de soins de santé dont peuvent bénéficier de nombreuses personnes dans cette situation, et de pour ainsi dire éliminer cette couverture pour les demandeurs d’asile dont la demande est fondée sur le risque auquel ils sont exposés.

[2] Vu ces changements, les demandeurs d’asile pauvres provenant de pays déchirés par la guerre, comme l’Irak et l’Afghanistan, n’ont pas eu accès au financement de médicaments nécessaires à leur survie, comme l’insuline et les médicaments pour le cœur.

[3] Ces modifications ont aussi pour conséquence que les soins prénataux, obstétricaux et pédiatriques de base à l’intention des femmes et des enfants qui demandent la protection du Canada en provenance de « pays d’origine désignés », comme le Mexique et la Hongrie, ne sont plus financés.

[4] Ces modifications ont pour conséquence le refus du financement pour tout soin médical à quiconque cherche refuge au Canada et qui a uniquement droit à un examen des risques avant renvoi, et ce, même s’il est atteint d’un problème de santé qui présente un risque pour la santé et la sécurité publiques des Canadiens.

[5] Les demandeurs affirment que les modifications apportées au Programme fédéral de santé intérimaire sont illégales, puisque les décrets outrepassent les pouvoirs découlant de la prérogative du gouverneur en conseil. Ils allèguent aussi que les consultations au préalable et les pratiques antérieures ont créé chez les intervenants l’attente légitime qu’aucun changement substantiel n’aurait été apporté au Programme fédéral de santé intérimaire sans que les parties intéressées n’en aient auparavant été avisées. Selon les demandeurs, le gouverneur en conseil a contrevenu à son obligation d’agir équitablement en apportant des changements radicaux au Programme fédéral de santé intérimaire sans qu’ils aient été préalablement consultés ou avisés.

[6] The applicants further submit that the 2012 changes to the Interim Federal Health Program breach Canada's obligations under the 1951 *United Nations Convention Relating to the Status of Refugees* [July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6] and the *Convention on the Rights of the Child* [November 20, 1989, [1992] Can. T.S. No. 3]. In addition, the applicants say, the changes violate sections 7, 12 and 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] (the Charter)] in a manner that cannot be saved under section 1 of the Charter.

[7] For the reasons that follow, I have concluded that the orders in council are not *ultra vires* the prerogative powers of the Governor in Council, nor has there been a denial of procedural fairness in this case.

[8] I have also concluded that the applicants' section 7 Charter claim cannot succeed as what they seek is to impose a positive obligation on the Government of Canada to fund health care for individuals seeking the protection of Canada. The current state of the law in Canada is that section 7 guarantees to life, liberty and security of the person do not include a positive right to state funding for health care.

[9] I have, however, concluded that while it is open to government to assign priorities and set limits on social benefit plans such as the Interim Federal Health Program, the intentional targeting of an admittedly poor, vulnerable and disadvantaged group for adverse treatment takes this situation beyond the realm of traditional Charter challenges to social benefit programs.

[10] With the 2012 changes to the Interim Federal Health Program, the executive branch of the Canadian government has intentionally set out to make the lives of these disadvantaged individuals even more difficult than they already are in an effort to force those who have

[6] Les demandeurs soutiennent de plus que les modifications apportées au Programme fédéral de santé intérimaire en 2012 contreviennent aux obligations qui incombent au Canada au titre de la *Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés* de 1951 [28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6] ainsi qu'au titre de la *Convention relative aux droits de l'enfant* [20 novembre 1989, [1992] R.T. Can. n° 3]. Les demandeurs affirment en outre que les modifications portent atteinte aux droits conférés par les articles 7, 12 et 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* [qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, Loi de 1982 sur le Canada, 1982, ch. 11 (R.-U.)* [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44] (la Charte)], d'une manière qui ne saurait être justifiée par l'article premier de la Charte.

[7] Je conclus, par les motifs qui suivent, que les décrets n'outrepassent pas les pouvoirs découlant de la prérogative du gouverneur en conseil et qu'il n'y a pas eu de manquement à l'équité procédurale en l'espèce.

[8] J'ai aussi conclu que l'allégation des demandeurs fondée sur l'article 7 [de la Charte] doit être rejetée, parce que ceux-ci visent à imposer au gouvernement du Canada l'obligation positive de financer les soins de santé à l'égard des personnes sollicitant la protection du Canada. Selon l'état actuel du droit au Canada, les garanties relatives à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne prévue à l'article 7 ne comprennent pas le droit positif à des soins de santé financés par l'État.

[9] J'ai cependant conclu que, bien qu'il soit loisible au gouvernement d'établir des priorités et d'imposer des restrictions aux régimes d'avantages sociaux, comme le Programme fédéral de santé intérimaire, le fait de faire délibérément subir un traitement défavorable à un groupe de personnes, de toute évidence, vulnérables, pauvres et défavorisées fait en sorte que la présente situation déborde du cadre des cas traditionnels de contestation de programmes d'avantages sociaux fondés sur la Charte.

[10] En ayant apporté les modifications au Programme fédéral de santé intérimaire en 2012, l'exécutif a délibérément cherché à compliquer encore plus les choses pour ces personnes défavorisées dans le but d'encourager les personnes venues au Canada afin d'y demander sa

sought the protection of this country to leave Canada more quickly, and to deter others from coming here.

[11] I am satisfied that the affected individuals are being subjected to “treatment” as contemplated by section 12 of the Charter, and that this treatment is indeed “cruel and unusual”. This is particularly, but not exclusively so as it affects children who have been brought to this country by their parents. The 2012 modifications to the Interim Federal Health Program potentially jeopardize the health, the safety and indeed the very lives, of these innocent and vulnerable children in a manner that shocks the conscience and outrages our standards of decency. They violate section 12 of the Charter.

[12] I have also concluded that the 2012 changes to the Interim Federal Health Program violate section 15 of the Charter inasmuch as the Program now provides a lesser level of health insurance coverage to refugee claimants from designated countries of origin in comparison to that provided to refugee claimants from non-designated countries of origin. This distinction is based upon the national origin of the refugee claimants, and does not form part of an ameliorative program.

[13] Moreover, this distinction has an adverse differential effect on refugee claimants from designated countries of origin. It puts their lives at risk and perpetuates the stereotypical view that they are cheats and queue-jumpers, that their refugee claims are “bogus”, and that they have come to Canada to abuse the generosity of Canadians. It serves to perpetuate the historical disadvantage suffered by members of an admittedly vulnerable, poor and disadvantaged group.

[14] I have not, however, been persuaded that the Interim Federal Health Program violates subsection 15(1) of the Charter based upon the immigration status of those seeking the protection of Canada, as “immigration status” cannot be considered to be an analogous ground for the purposes of section 15. Consequently, this aspect of the applicants’ section 15 claim will be dismissed.

protection à quitter le pays plus rapidement et de dissuader les autres de venir au Canada.

[11] Je suis convaincue que les personnes touchées sont victimes d’un « traitement » au sens de l’article 12 de la Charte et que ce traitement est effectivement « cruel et inusité », et ce, tout particulièrement, mais non exclusivement, car il touche des enfants qui ont été amenés au Canada par leurs parents. Les modifications apportées en 2012 au Programme fédéral de santé intérimaire pourraient compromettre la santé, la sécurité, voir la vie de ces enfants innocents et vulnérables d’une manière qui choque la conscience et qui porte atteinte à la dignité humaine. Elles violent l’article 12 de la Charte.

[12] J’ai aussi conclu que les modifications apportées au Programme fédéral de santé intérimaire en 2012 violent l’article 15 de la Charte parce que, dans sa version actuelle, le Programme prévoit, pour les demandeurs d’asile provenant de pays d’origine désignés, un niveau de couverture de soins de santé inférieur à celui qui est prévu pour les demandeurs d’asile qui ne proviennent pas de pays d’origine désignés. Cette distinction repose sur l’origine nationale des demandeurs d’asile et ne fait pas partie d’un programme améliorateur.

[13] Cette distinction a un effet défavorable sur les demandeurs d’asile provenant de pays d’origine désignés. Elle met leurs vies en danger et perpétue l’opinion stéréotypée selon laquelle ils sont des tricheurs et des resquilleurs, leurs demandes d’asile sont « bidons » et ils sont venus au Canada pour profiter de la générosité des Canadiens. De plus, elle contribue à perpétuer le désavantage historique dont souffrent les membres d’un groupe reconnu comme étant vulnérable, pauvre et défavorisé.

[14] Je ne suis toutefois pas convaincue que le Programme fédéral de santé intérimaire, sur le fondement du statut d’immigration des personnes qui demandent la protection du Canada, viole le paragraphe 15(1) de la Charte, étant donné que le « statut d’immigration » ne peut pas être considéré comme un motif analogue pour les besoins de l’article 15. Par conséquent, cet aspect de l’argument des demandeurs fondé sur l’article 15 sera rejeté.

[15] Finally, the respondents have not demonstrated that the 2012 changes to the Interim Federal Health Program are justified under section 1 of the Charter.

[16] Consequently, the applicants' application will be granted.

II. The Parties

A. *Canadian Doctors for Refugee Care*

[17] Canadian Doctors for Refugee Care (CDRC) is a group of physicians specializing in the treatment of refugees and refugee health issues. It was formed on April 26, 2012, in response to the then-pending changes to the Interim Federal Health Program (IFHP [or Program]) that had been announced the previous day. CDRC asserts that its members now face difficult moral, ethical and professional dilemmas as to whether to treat or continue to treat patients who no longer have IFHP coverage.

[18] While CDRC's memorandum of fact and law appears to suggest that its members have been directly affected by the changes to the IFHP, it became clear at the hearing that what it seeks is public interest standing to pursue this case. The standing issue will be addressed further on in these reasons.

B. *Canadian Association of Refugee Lawyers*

[19] The Canadian Association of Refugee Lawyers (CARL) is an association of lawyers and academics with an interest in legal issues related to refugees, asylum seekers and the rights of migrants. Its purposes include legal advocacy on behalf of these groups, in part through participation in public interest litigation dealing with issues affecting vulnerable refugees, asylum seekers and migrants.

[15] Enfin, les défendeurs n'ont pas établi que les modifications apportées au Programme fédéral de santé intérimaire en 2012 sont justifiées au regard de l'article premier de la Charte.

[16] Par conséquent, la demande présentée par les demandeurs sera accueillie.

II. Les parties

A. *Médecins canadiens pour les soins aux réfugiés*

[17] Médecins canadiens pour les soins aux réfugiés (MCSR) est un groupe de médecins spécialisés dans le traitement des réfugiés et dans les problèmes de santé des réfugiés. Le groupe a été formé le 26 avril 2012, en réponse aux modifications alors à venir au Programme fédéral de santé intérimaire (le PFSI [ou Programme]), lesquelles avaient été annoncées la journée précédente. MCSR affirme que ses membres sont maintenant exposés à des dilemmes moraux, éthiques et professionnels pour ce qui est de savoir s'ils doivent soigner ou continuer à soigner des patients qui ne sont plus couverts par le PFSI.

[18] Bien que le mémoire des faits et du droit de MCSR semble soutenir que les modifications au PFSI ont eu une incidence directe sur ses membres, il est clairement ressorti de l'audience que l'organisme demande qu'on lui accorde la qualité pour agir dans l'intérêt public pour faire valoir sa cause quant à la présente affaire. La question de la qualité pour agir est examinée plus loin dans les présents motifs.

B. *L'Association canadienne des avocats et avocates en droit des réfugiés*

[19] L'Association canadienne des avocats et avocates en droit des réfugiés (l'ACAADR) est une association d'avocats et d'universitaires s'intéressant aux questions juridiques relatives aux réfugiés, aux demandeurs d'asile et aux droits des migrants. Elle a notamment pour mission de défendre les droits de ces groupes, en partie au moyen de la participation à des contentieux d'intérêt public portant sur des questions ayant une incidence sur les réfugiés, les demandeurs d'asile et les migrants en situation de vulnérabilité.

[20] Since its formation in 2011, CARL has been active in lobbying and public education, and it has intervened in litigation touching on the rights of refugees, asylum seekers and migrants.

C. *Justice for Children and Youth*

[21] Justice for Children and Youth (JFCY) is a non-profit legal aid clinic with a focus on the legal rights of children. It has expertise in protecting and promoting the legal rights of children, and has experience working with child refugees. JFCY is the operating name for the Canadian Foundation for Children, Youth and the Law.

D. *Hanif Ayubi*

[22] Hanif Ayubi is one of the two individual applicants in this proceeding. Mr. Ayubi is a diabetic and a failed refugee claimant from Afghanistan. He has been in Canada since 2001 and has not been removed because Afghanistan is a “moratorium country”. That is, the Government of Canada has suspended removals to Afghanistan because the country’s general conditions are such as to put the safety of the general population at risk.

[23] Until June 30, 2012, Mr. Ayubi had coverage under the IFHP for his insulin and medical supplies, and for the medical care that he requires to manage his diabetes. After the changes to the IFHP came into effect, Mr. Ayubi no longer had health insurance coverage for any of his medical care or his medications as he is classified as a rejected refugee.

[24] Mr. Ayubi works as a dishwasher and is a low-income person. He says that he is unable to pay for the medications and the diabetic supplies that he needs to monitor his diabetes and its complications. Mr. Ayubi was eventually granted discretionary IFHP coverage by the Minister which pays for his medical services such as doctors’ appointments, but does not pay for his medication and diabetic supplies. Mr. Ayubi is currently being

[20] Depuis sa création en 2011, l’ACAADR œuvre dans le domaine du lobbyisme et de l’éducation du public, et elle est intervenue dans des contentieux concernant les droits des réfugiés, des demandeurs d’asile et des migrants.

C. *Justice for Children and Youth*

[21] Justice for Children and Youth (JFCY) est une clinique juridique sans but lucratif qui s’intéresse surtout aux droits des enfants. L’organisme dispose d’une expertise en matière de protection et de promotion des droits des enfants et compte une expérience en ce qui a trait aux enfants réfugiés. *Justice for Children and Youth* est le nom commercial de la Canadian Foundation for Children, Youth and the Law.

D. *Hanif Ayubi*

[22] M. Hanif Ayubi est l’un des deux intéressés ayant qualité de demandeur dans la présente instance. M. Ayubi est atteint de diabète et il est un demandeur d’asile débouté originaire de l’Afghanistan. Il est au Canada depuis 2001 et il n’a pas été renvoyé, car l’Afghanistan est un « pays moratoire », le gouvernement du Canada a suspendu les renvois en Afghanistan, puisque la situation générale dans ce pays est telle qu’elle expose la population générale à des risques.

[23] Le PFSI couvrait, jusqu’au 30 juin 2012, l’insuline et les fournitures médicales dont M. Ayubi avait besoin pour contrôler son diabète. Depuis les modifications qui ont été apportées au PFSI en 2012, M. Ayubi n’est plus couvert par une assurance maladie pour ses besoins en matière de soins de santé ou pour ses médicaments car il est considéré comme un demandeur d’asile débouté.

[24] M. Ayubi travaille comme plongeur et gagne un faible revenu. Il affirme qu’il est incapable de payer les médicaments et les fournitures pour diabétiques dont il a besoin pour contrôler son diabète et les complications qui en découlent. Le ministre a par la suite utilisé son pouvoir discrétionnaire pour accorder à M. Ayubi la couverture offerte par le PFSI; celle-ci défraie les services médicaux comme les visites médicales, mais ne

kept alive by free samples of insulin supplied to a community health centre by a pharmaceutical company.

E. *Daniel Garcia Rodrigues*

[25] Daniel Garcia Rodrigues¹ and his wife came to Canada from Colombia in 2007. He claimed refugee protection based upon his fear of paramilitaries belonging to the Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC) [Revolutionary Armed Forces of Columbia]. The Immigration and Refugee Board seems to have accepted that the FARC had attempted to forcibly recruit Mr. Garcia Rodrigues, but it was not persuaded that he would still be of interest to the organization.

[26] While Mr. Garcia Rodrigues' refugee claim was refused, his wife's claim was accepted. She subsequently applied for permanent residence in Canada as a protected person, including Mr. Garcia Rodrigues in her application.

[27] Mr. Garcia Rodrigues had IFHP coverage until the changes to the IFHP came into effect on June 30, 2012. In July of 2012, he suffered a retinal detachment. Mr. Garcia Rodrigues was advised that he needed surgery, and that any delay in operating could put his vision at risk. He was scheduled for surgery in August of 2012, but the surgery was cancelled when it was determined that, as a failed refugee claimant, Mr. Garcia Rodrigues was ineligible for coverage under the IFHP.

[28] Mr. Garcia Rodrigues could not afford to pay the \$10 000 cost of the surgery himself. However, his doctor ultimately agreed to operate on him for a fraction of the normal cost, in light of the fact that any further delay could have resulted in the permanent loss of Mr. Garcia Rodrigues' vision.

¹ There is some confusion in the record as to the correct spelling of Mr. Garcia Rodrigues' name. I have adopted the spelling used in the applicants' notice of application.

l'assure pas à l'égard de ses médicaments et de ses fournitures pour diabétiques. M. Ayubi survit actuellement grâce aux échantillons gratuits d'insuline qu'une société pharmaceutique fournit à un centre de santé communautaire.

E. *Daniel Garcia Rodrigues*

[25] Daniel Garcia Rodrigues¹ et son épouse sont arrivés au Canada en 2007, en provenance de la Colombie. M. Garcia Rodrigues a demandé l'asile au Canada; sa demande était fondée sur sa crainte des forces paramilitaires des *Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia* (les FARC) [Forces armées révolutionnaires de la Colombie]. La Commission de l'immigration et du statut de réfugié semble avoir reconnu que les FARC avaient tenté d'enrôler M. Garcia Rodrigues de force, mais elle n'était pas convaincue que ce dernier présenterait toujours un intérêt pour l'organisation.

[26] Bien que la demande d'asile de M. Garcia Rodrigues ait été rejetée, celle de son épouse a été accueillie. Elle a par la suite présenté une demande de résidence permanente au Canada à titre de personne protégée et elle a inclus M. Garcia Rodrigues dans sa demande.

[27] M. Garcia Rodrigues était couvert par le PFSI jusqu'à ce que les modifications entrent en vigueur le 30 juin 2012. Il a souffert d'un décollement de la rétine en juillet 2012. M. Garcia Rodrigues a été avisé qu'il avait besoin d'une chirurgie et que tout retard à effectuer celle-ci mettrait sa vue en danger. Sa chirurgie a été prévue pour août 2012, mais elle a été annulée lorsqu'il a été déterminé que M. Garcia Rodrigues n'était pas admissible à la couverture du PFSI, puisqu'il était un demandeur d'asile débouté.

[28] M. Garcia Rodrigues n'avait pas les moyens de payer les 10 000 \$ qu'a coûté cette chirurgie. En fin de compte, son médecin a décidé de l'opérer pour une fraction du coût normal, compte tenu du fait que tout délai supplémentaire aurait pu avoir pour conséquence une perte de vue permanente pour M. Garcia Rodrigues.

¹ Il y avait une certaine confusion dans le dossier en ce qui concerne la graphie exacte du nom de M. Garcia Rodrigues. J'ai adopté la graphie employée dans l'avis de demande des demandeurs.

F. *The Respondents*

[29] The Minister of Citizenship and Immigration is generally responsible for Canada's immigration policy, and is also responsible for the development of strategic and operational policies and guidelines with respect to migration health. The Minister's Department, Citizenship and Immigration Canada (CIC), is responsible for overseeing health screening for newcomers migrating to Canada and for managing the IFHP. CIC was also responsible for the policy review that culminated in the 2012 changes to the IFHP.

[30] The Attorney General of Canada has also been named as a respondent in this matter.

III. Background

[31] I will address the facts giving rise to this application in greater detail as I consider each of the arguments raised by the parties. However, the following summary will serve to provide a context for that discussion.

A. *The Pre-2012 IFHP*

[32] According to the affidavit of Sonia Le Bris, the acting manager of Migration Health Policy at CIC, even before Canada signed the 1951 *United Nations Convention Relating to the Status of Refugees*, it had long recognized that refugees often face more challenges than others in becoming established and self-sufficient in Canada. It had also long been recognized that some such individuals required urgent or essential medical care soon after their arrival in this country and that they would not be able to pay for that care.

[33] As a consequence, the program now known as the IFHP was created shortly after the end of the Second World War as an emergency humanitarian response in order to meet the needs of "refugee-like" individuals. At the time, Canada had a private health care system, and the IFHP was created to fund basic and essential medical and health services for newcomers to Canada who

F. *Les défendeurs*

[29] Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration est généralement chargé de la politique canadienne en matière d'immigration et il est aussi chargé de l'élaboration des politiques et des orientations stratégiques et opérationnelles en ce qui a trait à la santé des migrants. Le ministère du ministre, Citoyenneté et Immigration Canada (CIC), est chargé de superviser le dépistage des problèmes de santé des nouveaux migrants au Canada et de gérer le PFSI. CIC était aussi chargé d'effectuer l'examen des politiques qui a conduit aux modifications apportées au PFSI en 2012.

[30] Le procureur général a aussi été désigné comme défendeur dans la présente affaire.

III. Le contexte

[31] Je discuterai plus en détail les faits ayant donné lieu à la présente demande au fur et à mesure que j'examinerai chacun des arguments soulevés par les parties. Le résumé ci-dessous servira de contexte à cette discussion.

A. *Le PFSI avant 2012*

[32] Selon l'affidavit de Sonia Le Bris, gestionnaire intérimaire, Politiques liées à la santé des migrants de CIC, le Canada reconnaît depuis longtemps, et même avant la signature de la *Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés* de 1951, que les réfugiés sont souvent exposés à davantage de difficultés à s'établir et à être autonome au Canada par rapport aux autres personnes. Il est aussi établi depuis longtemps que certaines personnes ont besoin de soins médicaux urgents ou essentiels peu après leur arrivée au Canada et qu'elles n'ont pas les moyens de payer pour ces soins.

[33] Par conséquent, le programme maintenant connu sous le nom de PFSI a été créé peu après la fin de la Deuxième Guerre mondiale comme mesure humanitaire d'urgence, afin de répondre aux besoins des personnes se trouvant dans une « situation assimilable » à celle des réfugiés. Le Canada était doté à cette époque-là d'un système de santé privé et le PFSI a été établi pour

urgently required medical care and lacked the resources to pay for it.

[34] The respondents say that although the IFHP has evolved over time, the purpose of the Program has never been to provide health care coverage for *everyone* who comes to Canada, but rather to provide insurance coverage for urgent and essential health care to eligible beneficiaries for a limited and short duration.

[35] The IFHP has always operated pursuant to an order in council (OIC) and has never been addressed in immigration legislation. A 1952 OIC [P.C. 1952-4/3263] authorized the federal government to permit the Immigration Branch “to pay hospitalization, medical care, dental care and expenses incidental thereto, for immigrants, after being admitted to a port of entry and prior to their arrival at destination, or while receiving care and maintenance pending placement in employment, in cases where the immigrants lack the financial resources to pay these expenses themselves”.

[36] In 1957, Order in Council P.C. 1957-11/848 was passed (the 1957 OIC). It revoked the 1952 OIC and provided the authority for the IFHP until the 2012 changes came into effect on June 30, 2012. The 1957 OIC authorized the Department of National Health and Welfare (DNHW) to pay the costs of “medical and dental care, hospitalization, and any expenses incidental thereto” for, amongst others, persons who were at any time:

- (b) ... subject to Immigration jurisdiction or for whom the Immigration authorities feel responsible and who has been referred for examination and/or treatment by an authorized Immigration officer,

in cases where the immigrant or such a person lacks the financial resources to pay these expenses, chargeable to funds provided annually by Parliament for the Immigration Medical Services of the Department of National Health and Welfare.

financer les services médicaux et de soins de santé fondamentaux et essentiels pour les nouveaux arrivants qui avaient un besoin urgent de soins de santé qui leur était inaccessibles, faute de moyens.

[34] Les défendeurs affirment que, même si le PFSI a évolué au cours des années, son objectif n’a jamais été d’offrir une couverture de soins de santé à quiconque vient au Canada, mais plutôt d’offrir une couverture d’assurance pour les soins de santé urgents et essentiels aux bénéficiaires admissibles pour une période courte et limitée.

[35] Le PFSI a toujours fonctionné par décret et n’a jamais été visé par la législation en matière d’immigration. Un décret de 1952 [C.P. 1952-4/3263] autorisait le gouvernement fédéral à permettre à la division de l’Immigration [TRADUCTION] « de prendre en charge les dépenses relatives aux hospitalisations, aux soins médicaux et dentaires ainsi qu’aux dépenses accessoires effectuées pour le compte des immigrants, après leur admission à un point d’entrée et avant leur arrivée à destination, ou alors qu’ils reçoivent des soins en attendant de se trouver un emploi, dans les cas où ces immigrants ne disposent pas de ressources financières suffisantes pour payer ces dépenses ».

[36] En 1957, le décret C.P. 1957-11/848 (le décret de 1957) a été promulgué. Celui-ci révoquait le décret de 1952 et constituait l’autorisation permettant d’adopter le PFSI jusqu’à ce que les modifications de 2012 entrent en vigueur, le 30 juin 2012. Le décret de 1957 autorisait le ministère de la Santé nationale et du Bien-être social (MSNBS) à prendre en charge les dépenses [TRADUCTION] « relatives aux soins de santé et dentaires, aux hospitalisations et aux dépenses accessoires » pour, entre autres, les personnes qui, à un moment ou à un autre :

[TRADUCTION]

- b) [...] relèvent de l’Immigration ou dont les autorités de l’Immigration s’estiment responsables et qui ont été envoyées par un agent d’immigration autorisé

pour qu’elles se soumettent à un examen ou à un traitement dans le cas où l’immigrant, ou la personne visée, ne peut assumer ces dépenses, imputables aux fonds accordés tous les ans par le Parlement aux Services médicaux de l’immigration du ministère de la Santé et du Bien-être social.

[37] Persons “subject to Immigration jurisdiction or for whom the Immigration authorities feel responsible” were not specifically identified or defined in the 1957 OIC.

[38] From 1957 to 1993, the DNHW managed what is now known as the IFHP. With the advent of publicly funded health care in Canada in the 1950s and 1960s, and the subsequent enactment of the *Canada Health Act*, R.S.C., 1985, c. C-6, economic immigrants had access to provincial public health care schemes after a short qualifying residency period and the IFHP stopped funding health care for these individuals.

[39] In 1993, a memorandum of understanding was signed between the DNHW and the Canada Employment and Immigration Commission (CEIC, now CIC) to transfer various programs, including the IFHP, from the DNHW to CEIC. CEIC began delivering services under the IFHP in 1995.

[40] Some provinces, notably Ontario and Quebec, had been covering the cost of health care for refugee claimants under their provincial health insurance schemes. However, in the mid-1990s these two provinces announced that they would no longer do so, thereby increasing the cost of the Program to the federal government.

[41] By 1996, the focus of the IFHP had shifted away from taking care of the medical needs of newly arrived indigent immigrants, and the Program now applied almost exclusively to refugee claimants, government-assisted refugees and others in humanitarian need. The IFHP was extended to cover members of the “deferred removal orders class” and persons detained by the newly created Canada Border Services Agency (CBSA). Later changes extended the IFHP to provide health insurance coverage for applicants for pre-removal risk assessments (PRRAs) and for victims of human trafficking.

[37] Les personnes qui [TRADUCTION] « relèvent de l’Immigration ou dont les autorités de l’Immigration s’estiment responsables » n’étaient pas expressément identifiées ou définies dans le décret de 1957.

[38] De 1957 à 1993, le MSNBS s’occupait de la gestion du programme qui porte maintenant le nom de PFSI. Avec l’avènement du système de santé financé par l’État au Canada dans les années 1950 et 60 ainsi que l’adoption de la *Loi canadienne sur la santé*, L.R.C. (1985), ch. C-6, les immigrants de la catégorie de l’immigration économique ont eu accès au système de santé public des provinces, après la courte période de résidence prescrite pour y être admissible, et le PFSI ne couvrait alors plus les soins de santé de ces personnes.

[39] En 1993, une entente de principe a été signée entre le MSNBS et la Commission de l’Emploi et de l’Immigration du Canada (la CEIC, maintenant CIC) pour transférer certains programmes de MSNBS à CEIC, dont le PFSI, la CEIC a commencé à assurer, en 1995, la prestation des services au titre du PFSI.

[40] Certaines provinces, notamment l’Ontario et le Québec, couvrent les soins de santé des demandeurs d’asile au moyen de leur régime provincial d’assurance maladie. Cependant, ces deux provinces ont annoncé au milieu des années 1990 qu’elles mettaient fin à cette initiative, ce qui a eu pour effet d’augmenter les coûts du PFSI pour le gouvernement fédéral.

[41] En date de 1996, la mission du PFSI n’était plus de subvenir aux besoins de santé des immigrants pauvres fraîchement arrivés; il visait plutôt presque exclusivement les demandeurs d’asile, les réfugiés parrainés par le gouvernement et les personnes ayant besoin d’une aide humanitaire. La couverture du PFSI a été étendue aux membres de la catégorie des « immigrants visés par une mesure de renvoi à exécution différée » et aux personnes détenues par l’Agence des services frontaliers du Canada (l’ASFC), laquelle venait alors d’être créée. Des changements ont été apportés au PFSI par la suite, afin que les personnes demandant un examen des risques avant renvoi (ERAR) ainsi que les victimes de traite de personnes soient couvertes par une assurance maladie.

[42] Those eligible for IFHP coverage prior to the 2012 changes also included protected persons, government-resettled refugees, privately sponsored refugees, refugee claimants, and refused refugee claimants whose negative decisions were under judicial review or appeal or who were awaiting removal from Canada. These individuals could receive IFHP benefits until they either became eligible to receive provincial or territorial health care or left the country. No distinction was made in terms of level of coverage based upon the type of claim being advanced or the stage of the proceeding in issue.

[43] Not entitled to coverage under the pre-2012 IFHP were refugee claimants and their dependent children who were not eligible to have their claims determined by the Immigration and Refugee Board, those who were determined under the pre-1993 *Immigration Act* [R.S.C., 1985, c. I-2] to have “no credible basis” for a claim to refugee status, and those who had withdrawn or abandoned their claims.

[44] Under the pre-2012 IFHP, individuals were also ineligible for coverage if it was ascertained, usually in an interview at the first point of contact with the individual claiming refugee protection, that they had the means to pay for health care or if they were eligible or became eligible for provincial health insurance.

[45] Those who were deemed eligible for the IFHP received an eligibility certificate valid for one year, which was typically renewable for 12-month periods.

[46] For individuals claiming refugee protection at a port of entry, an eligibility certificate was usually issued at the port of entry once it was determined that the individual was eligible to make a refugee claim. In the case of inland refugee claims, if delays were anticipated in processing the claims, inland claimants would be issued a 30-day certificate to provide them with health insurance coverage until their eligibility to make a claim was

[42] Parmi les personnes admissibles à la couverture du PFSI avant les modifications de 2012, on retrouvait aussi les personnes protégées, les réfugiés réinstallés par le gouvernement, les réfugiés parrainés par le secteur privé et les demandeurs d’asile déboutés dont les décisions défavorables faisaient l’objet d’une procédure en contrôle judiciaire ou d’un appel, ou qui attendaient leur renvoi du Canada. Ces personnes pouvaient recevoir la couverture du PFSI, jusqu’à ce qu’elles deviennent admissibles à un régime provincial ou territorial de soins de santé ou jusqu’à ce qu’elles quittent le pays. Aucune distinction n’a été opérée en ce qui a trait au niveau de couverture relativement au type de demande d’immigration présentée ou au stade de l’instance en question.

[43] Les demandeurs d’asile et leurs enfants à charge qui ne répondaient pas aux critères d’admissibilité pour que leurs demandes soient tranchées par la Commission de l’immigration et du statut de réfugié et ceux dont les demandes d’asile ont été jugées, en vertu de la *Loi sur l’immigration* [L.R.C. (1985), ch. I-2], dans sa version antérieure à 1993, comme « ne reposant sur aucun fondement crédible » ainsi que ceux ayant retiré leur demande ou s’en étant désistés n’avaient pas droit à la couverture offerte par le PFSI dans sa version antérieure à 2012.

[44] Selon la version du PFSI antérieure à 2012, nul n’était non plus admissible à la couverture s’il était établi, habituellement au cours d’une entrevue au premier point de contact lors de la demande d’asile, que l’intéressé avait les moyens d’assumer ses soins de santé, qu’elle était admissible à un régime d’assurance maladie provincial ou qu’elle devenait admissible à un tel régime.

[45] Les personnes jugées admissibles au PFSI recevaient un certificat d’admissibilité, valide pour un an et généralement renouvelable pour une période de 12 mois.

[46] Pour la personne demandant l’asile à un point d’entrée, le certificat d’admissibilité était habituellement délivré à l’endroit même, lorsqu’il était établi que cette personne était autorisée à présenter une demande d’asile. Dans le cas des demandes d’asile présentées dans un bureau intérieur, si des délais étaient prévus dans le traitement des demandes, les demandeurs se voyaient délivrer un certificat de 30 jours, qui leur fournissait une

determined, at which point they would be issued a renewable eligibility certificate that was valid for one year.

[47] An eligibility certificate entitled the individual to federally funded health insurance coverage for medical care of an urgent or essential nature that was roughly equivalent to the level of health care benefits that is provided to low-income Canadians on social assistance under provincial or territorial health insurance plans.

[48] This included coverage for essential and emergency health services for the treatment and prevention of serious medical conditions and emergency dental conditions. Also covered were immunizations and other forms of preventative medical care, contraception, dental and vision care, essential prescription medications, prenatal and obstetrical care and immigration medical examinations.

B. *The Decision to Reform the IFHP*

[49] Over the years, CIC had carried out several reviews of the IFHP. It made recommendations for the modernization of the Program in 1994 and again in 2004, neither of which resulted in substantial changes to the IFHP. However, the cost of the IFHP continued to rise as a result of a general increase in the cost of health care in Canada, and the increasing number of people eligible for IFHP coverage. For example, there were 105 326 people eligible for IFHP benefits in 2003, whereas there were 128 586 people eligible for IFHP benefits in 2012.

[50] The respondents also say that the original intent of the IFHP, namely to provide short-term, interim medical care to eligible individuals, had been eroded over time. The cost of the IFHP is directly affected by the length of time that people are eligible for benefits. While the average period of IFHP eligibility was 548 days in 2003, the average eligibility period had climbed to 948 days by 2012.

couverture d'assurance maladie, jusqu'à ce que la question de savoir s'ils pouvaient présenter une demande d'asile fût tranchée. À ce moment-là, on leur délivrait un certificat d'admissibilité renouvelable valide pour un an.

[47] Un certificat d'admissibilité accorde à son titulaire le droit d'avoir accès à une assurance maladie fédérale en ce qui a trait aux soins de santé de nature urgente ou essentielle. Cette couverture était approximativement équivalente à l'assurance maladie offerte aux Canadiens à faible revenu sur l'aide sociale au titre des régimes d'assurance maladie provinciaux ou territoriaux.

[48] Cette couverture visait les services de santé de nature essentielle et urgente relativement au traitement ou à la prévention de graves problèmes de santé ou d'urgences en matière de santé buccodentaire. L'immunisation et les autres formes de soins de santé préventifs, la contraception, les soins dentaires et les soins de la vue, les médicaments sur ordonnance essentiels, les soins prénataux et obstétricaux ainsi que les visites médicales d'immigration étaient aussi visés par la couverture.

B. *La décision de procéder à une réforme du PFSI*

[49] Au cours des années, CIC a procédé à plusieurs examens du PFSI. L'organisme a formulé des recommandations en vue de le moderniser en 1994, et une fois de plus en 2004, mais ces examens n'ont pas donné lieu à des changements importants au PFSI. Cependant, les coûts du PFSI ont continué de s'accroître, en raison de la hausse générale des coûts des soins de santé au Canada et du nombre croissant de personnes admissibles à la couverture du PFSI. À titre d'exemple, 105 326 personnes étaient admissibles à la couverture du PFSI en 2003; en 2012, ce nombre s'élevait à 128 586.

[50] Les défendeurs affirment aussi que la mission initiale du PFSI, soit la prestation de soins médicaux à court terme sur une base provisoire aux personnes qui y étaient admissibles, s'est érodée au fil du temps. La période au cours de laquelle les personnes sont admissibles à la couverture du PFSI a une incidence directe sur les coûts de celui-ci. Alors que la période moyenne d'admissibilité au PFSI était de 548 jours en 2003, celle-ci se chiffrait à 948 jours en 2012.

[51] The combined result of these factors was that the IFHP cost Canadian taxpayers \$50 600 000 in 2002/2003 and almost \$91 000 000 in 2009/2010. As a consequence, cost containment was a driving principle underlying the decision to reform the IFHP.

[52] Another impetus for reform was this Court's decision in *Toussaint v. Canada (Attorney General)*, 2010 FC 810, [2011] 4 F.C.R. 367 (*Toussaint (F.C.)*), aff'd 2011 FCA 213, [2013] 1 F.C.R. 374, leave to appeal to S.C.C. refused, [2012] 1 S.C.R. xiii. This decision traced the evolution and expansion of the IFHP since its inception, with this Court noting that the actual operation and beneficiaries of the IFHP in 2010 bore little resemblance to the terms of the 1957 OIC. The Court further observed that the current operation of the IFHP was based largely upon CIC's own internal policies, and took little heed of the 1957 OIC. As a result of this decision, CIC decided that a new IFHP policy had to be grounded in a new OIC.

[53] As a consequence of these and other considerations, CIC decided that the IFHP was in need of reform, and that five key principles should guide that reform. The respondents identify these principles as including the need to:

- i. Modernize, clarify and reaffirm the original intent of the IFHP as a temporary, interim, short-term *ex gratia* program;
- ii. Change the IFHP to ensure "fairness to Canadians";
- iii. Protect public health and public safety in Canada;
- iv. Defend the integrity of Canada's refugee determination system and deter its abuse; and
- v. Contain the financial cost of the IFHP.

[51] Ces facteurs ont eu comme résultat que le PFSI a coûté 50.6 millions de dollars aux contribuables en 2002-2003, et presque 91 millions de dollars en 2009-2010. Il s'ensuit que la réduction des coûts était le principe fondamental sur lequel était fondé la décision de procéder à la réforme du PFSI.

[52] Un autre facteur à l'origine de la réforme fut la décision rendue par notre Cour à l'occasion de l'affaire *Toussaint c. Canada (Procureur général)*, 2010 CF 810, [2011] 4 R.C.F. 367 (*Toussaint (C.F.)*), conf. par 2011 CAF 213, [2013] 1 R.C.F. 374, autorisation d'appel à la C.S.C. refusée, [2012] 1 R.C.S. xiii. Cette décision retraçait l'évolution et l'expansion du PFSI depuis sa création, alors que la Cour a relevé qu'en 2010, le fonctionnement du PFSI et les bénéficiaires du Programme ressemblaient bien peu à ce que le prévoyait le décret de 1957. La Cour a aussi observé que le fonctionnement actuel du PFSI était en grande partie dicté par les politiques internes de CIC et qu'il reposait bien peu sur le décret de 1957. CIC a décidé, vu la jurisprudence *Toussaint*, que toute nouvelle politique relative au PFSI devait être fondée sur un nouveau décret.

[53] Ce sont entre autres ces facteurs qui ont amené CIC à juger que le PFSI devait faire l'objet d'une réforme, laquelle devait être motivée par cinq principes clés. Les défendeurs ont signalé que ces facteurs consistaient notamment en la nécessité de :

- i. Moderniser, clarifier et réitérer la mission initiale du PFSI, soit d'être une mesure temporaire, à court terme et à titre gracieux;
- ii. Modifier le PFSI, pour garantir qu'il soit [TRADUCTION] « équitable pour les contribuables canadiens »;
- iii. Protéger la santé et la sécurité publiques au Canada;
- iv. Préserver l'intégrité du système d'octroi de l'asile au Canada et décourager les abus;
- v. Limiter les coûts financiers du PFSI.

[54] In September of 2010, the Minister announced that CIC would undertake a complete policy review of the IFHP. The result of this review was the April 25, 2012 announcement of major changes to the IFHP as part of the federal budget. That same day, Order in Council P.C. 2012-433, the *Order Respecting the Interim Federal Health Program, 2012* [SI/2012-26] (the April 2012 OIC), was published in the *Canada Gazette*. The April 2012 OIC, together with the amendments made on June 28, 2012 by Order in Council P.C. 2012-945 [*Order Amending the Order Respecting the Interim Federal Health Program, 2012*, SI/2012-49] (the amending OIC), replaced the 1957 OIC, effective June 30, 2012. These two OICs will be referred to jointly in these reasons as the “2012 OICs”.

[55] The respondents say that abuse of the IFHP was “not the issue which guided or motivated the reform”. Rather, the changes were intended to support the overall objective of refugee reform, and were “but one way in which the government could deter unfounded claims and possibly discourage failed refugee claimants from remaining in Canada when they ought to be leaving”: transcript, Vol. 3, at page 38.

[56] A statement made on behalf of the then-Minister of Citizenship and Immigration shortly after the 2012 changes to the IFHP came into force provides further insight into the rationale for the modifications made to the Program. The Minister’s spokesperson explained the changes in the following terms:

Canadians have been clear that they do not want illegal immigrants and bogus refugee claimants receiving gold-plated health care benefits that are better than those Canadian taxpayers receive. Our Government has listened and acted. We have taken steps to ensure that protected persons and asylum seekers from non-safe countries receive health care coverage that is on the same level as Canadian taxpayers receive through their provincial health coverage, no better. Bogus claimants from safe countries, and failed asylum seekers, will not receive access to health care coverage unless it is to protect public health and safety. Shamefully, the NDP and the Liberals support bogus and rejected asylum seekers receiving gold-plated health care benefits. We disagree. Those who have been through our fair system and [are] rejected should respect Canada’s laws and leave the country.

[54] En septembre 2010, le ministre a annoncé que CIC entreprenait l’examen complet du PFSI. Cet examen a abouti, le 25 avril 2012, à l’annonce, dans le cadre du budget fédéral, de changements importants au PFSI. Le jour même, le décret C.P. 2012-433, intitulé *Décret concernant le Programme fédéral de santé intérimaire (2012)* [TR/2012-26] (le décret d’avril 2012), a été publié dans la *Gazette du Canada*. Le décret d’avril 2012, en plus des modifications qui y ont été apportées le 28 juin 2012 par le décret C.P. 2012-945 [*Décret modifiant le Décret concernant le Programme fédéral de santé intérimaire (2012)*, TR/2012-49] (le décret modificatif), a remplacé le décret de 1957 en date du 30 juin 2012. Dans les présents motifs, ces deux décrets seront désignés les « décrets de 2012 ».

[55] Les défendeurs affirment que les abus n’étaient pas [TRADUCTION] « le problème ayant orienté ou motivé la réforme » du PFSI. Les modifications avaient plutôt pour but d’appuyer les objectifs globaux de la réforme du système d’asile, et elles [TRADUCTION] « n’étaient que l’un des moyens par lesquels le gouvernement pouvait dissuader la présentation de demandes d’asile non fondées ainsi que décourager les demandeurs d’asile déboutés de rester au Canada alors qu’ils doivent quitter le pays » : transcription, vol. 3, à la page 38.

[56] Une déclaration formulée pour le compte du ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration de l’époque peu après l’entrée en vigueur des modifications apportées au PFSI en 2012 permet d’en savoir plus sur la justification de celles-ci. Le porte-parole du ministre a expliqué les modifications de la manière suivante :

[TRADUCTION] Les Canadiens ont clairement fait savoir qu’ils ne voulaient pas que les immigrants illégaux et les demandeurs d’asile bidon reçoivent une couverture d’assurance blindée meilleure que celle dont ils disposent. Notre gouvernement les a écoutés et a agi. Nous avons pris des mesures pour s’assurer que les personnes protégées et les demandeurs d’asile provenant de pays non sécuritaires reçoivent une couverture des soins de santé qui est au même niveau, et non meilleure, que celle dont bénéficie les contribuables canadiens dans le cadre de leur régime provincial d’assurance maladie. Les demandeurs d’asile bidon provenant de pays sécuritaires ainsi que les demandeurs d’asile déboutés n’auront pas accès à une couverture pour les soins de santé, à moins que les soins ne visent à protéger la santé et la sécurité publiques. Il est scandaleux que le NPD et les libéraux veulent que les demandeurs d’asile

bidon et les demandeurs d'asile déboutés reçoivent une assurance maladie. Pas nous. Les personnes dont la demande a été rejetée par notre système équitable devraient respecter les lois canadiennes et quitter le pays.

C. *The 2012 IFHP*

[57] The pre-2012 IFHP provided the same level of insurance coverage to all individuals eligible for benefits, whether they were refugees, refugee claimants, failed refugee claimants, individuals only entitled to a PRRA, victims of human trafficking or immigration detainees. Coverage was available to these individuals until they either became eligible to receive provincial or territorial health insurance, or left the country.

[58] The 2012 IFHP continues to provide limited, temporary health insurance coverage to:

- i. Protected persons, including resettled refugees, successful refugee claimants and positive PRRA recipients;
- ii. Refugee claimants and rejected refugee claimants;
- iii. Victims of human trafficking with temporary resident permits;
- iv. Persons granted permanent residency as part of a public policy or for humanitarian and compassionate reasons by the Minister, and who receive income support through the resettlement assistance program or the equivalent in Quebec; and
- v. Foreign nationals and permanent residents detained under the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 [IRPA].

[59] However, unlike the situation under the pre-2012 IFHP, individuals who are only entitled to make a PRRA application and not a refugee claim are no longer entitled to any form of IFHP coverage whatsoever. This includes

C. *Le PFSI de 2012*

[57] Le PFSI, dans sa version antérieure à 2012, offrait le même degré de couverture d'assurance à toutes les personnes qui y étaient admissibles, soit les réfugiés, les demandeurs d'asile, les demandeurs d'asile déboutés, les personnes ayant seulement droit à un ERAR, les victimes de traite des personnes ou les détenus de l'immigration. Ces personnes étaient couvertes jusqu'à ce qu'elles deviennent admissibles à une assurance maladie provinciale ou territoriale, ou jusqu'à ce qu'elles quittent le pays.

[58] Le PFSI de 2012 continue d'assurer une couverture limitée et temporaire des soins de santé aux groupes suivants :

- i. Les personnes protégées, y compris les réfugiés réétablis, les demandeurs d'asile dont la demande a été accueillie et les personnes ayant reçu un ERAR favorable;
- ii. Les demandeurs d'asile et les demandeurs d'asile déboutés;
- iii. Les victimes de traite des personnes détenant des permis de résidence temporaire;
- iv. Les personnes auxquelles le ministre a accordé la résidence permanente au titre d'une politique publique ou pour des motifs d'ordre humanitaire, et qui reçoivent du soutien de revenu par l'intermédiaire de l'aide du gouvernement à la réinstallation, ou du programme équivalent au Québec;
- v. Les étrangers et les résidents permanents détenus au titre de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (la LIPR).

[59] Cependant, contrairement à ce que prévoyait le PFSI avant 2012, les personnes qui avaient uniquement le droit de présenter une demande d'ERAR, et non une demande d'asile, n'ont plus droit à aucune couverture

people who are not admissible to Canada on security grounds, or because of criminal activity or human rights violations. It also includes those who fail to file their refugee claims in a timely manner and those who have previously made an unsuccessful refugee claim.

[60] For the purpose of these reasons, I will refer to the various classes of individuals described in the two preceding paragraphs collectively as individuals “seeking the protection of Canada”.

[61] In contrast to the pre-2012 IFHP, which provided the same level of coverage to all those eligible for the Program, the 2012 IFHP regime now provides for three tiers of coverage:

- i. Expanded health care coverage (EHCC);
- ii. Health care coverage (HCC); and
- iii. Public health or public safety health care coverage (PHPS).

[62] Which tier of IFHP coverage a person will be entitled to receive under the 2012 IFHP depends upon a number of factors including:

- i. Where the individual is in the refugee determination process (e.g. refugee claimant, successful claimant or rejected claimant);
- ii. Whether the individual is a national of a designated country of origin (DCO)²;

² S. 109.1(1) of the *Immigration and Refugee Protection Act* allows the Minister to designate countries for certain purposes under the Act. Refugee claimants from designated countries of origin are provided with an expedited process for the determination of their refugee claims, and do not have the right to appeal negative decisions to the Refugee Appeal Division of the Immigration and Refugee Board. The Act provides criteria for inclusion on the DCO list. As of August 13, 2013, there were 27 countries on the list, which are primarily, but not exclusively, countries that are members of the European Union.

d’assurance au titre du PFSI. Cela comprend les personnes qui sont interdites de territoire pour des raisons de sécurité, de criminalité ou de violation des droits de la personne. Cela comprend également les personnes qui n’ont pas présenté leurs demandes d’asile en temps opportun ainsi que les personnes qui ont déjà présenté, sans succès, une demande d’asile.

[60] Aux fins des présents motifs, je renverrai aux diverses catégories de personnes décrites dans les deux paragraphes précédents comme étant, collectivement, des personnes [TRADUCTION] « demandant la protection du Canada ».

[61] Contrairement à la version du PFSI antérieure à 2012, qui octroyait le même degré de couverture à toutes les personnes qui y étaient admissibles, le PFSI de 2012 prévoit maintenant trois niveaux de couverture :

- i. Couverture des soins de santé élargie (CSSE);
- ii. Couverture des soins de santé (CSS);
- iii. Couverture des soins de santé pour la santé ou la sécurité publiques (CSSSSP).

[62] Le niveau de couverture auquel l’on a droit au titre du PFSI de 2012 dépend d’un certain nombre de facteurs, dont les suivants :

- i. À quel stade du processus d’octroi de l’asile l’intéressé se trouve-t-il (p. ex., demandeur d’asile, demandeur d’asile accepté ou demandeur d’asile débouté)?;
- ii. L’intéressé est-il ressortissant d’un pays d’origine désigné (POD)²?;

² Art. 109.1(1) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* permet au ministre de désigner des pays pour certaines fins de la Loi. Les demandeurs d’asile provenant de pays d’origine désignés ont droit à un traitement accéléré de leurs demandes d’asile et ils n’ont pas le droit d’interjeter appel de décisions défavorables à la Section d’appel des réfugiés de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié. La Loi prévoit les critères d’inclusion à la liste des POD. En date du 13 août 2013, 27 pays figuraient sur cette liste; ceux-ci sont principalement, quoique non exclusivement, des pays membres de l’Union européenne.

- iii. If the individual is not a refugee claimant, the person's status in Canada (e.g.: permanent resident, resettled refugee, victim of human trafficking, person with a positive PRRA decision, etc.);
- iv. Whether the individual receives federally funded resettlement assistance; and
- v. Whether the individual is being detained.

[63] Under the 2012 IFHP it is now therefore possible for an individual to receive different levels of IFHP coverage at different times. By way of example, a refugee claimant from a non-DCO country would receive HCC while their claim is outstanding, but their coverage would be reduced to the PHPS level if the claim is rejected. This is the case even where, as with Mr. Ayubi, the Government of Canada has placed a moratorium on returning rejected refugees to their country of origin.

[64] Similarly, a refugee claimant from a DCO country would be limited to PHPS coverage while his or her refugee claim is pending before the Immigration and Refugee Board, but if the claim is ultimately accepted, the individual's level of insurance coverage would then increase to the HCC level.

[65] Also noteworthy is the fact that the 2012 changes to the IFHP eliminated the means test, with the result that everyone in a particular category of claimants is entitled to health insurance coverage at the relevant level, regardless of their ability to pay for their own health care.

[66] The scope of the coverage provided under each tier of the IFHP will be discussed next.

(1) Expanded Health Care Coverage

[67] Expanded health care coverage is substantially equivalent to the level of IFHP benefits provided under the pre-2012 Program, and is essentially the same level of publicly funded health care insurance coverage as is

- iii. Quel est le statut de l'intéressé, s'il ne demande pas l'asile (p. ex., résident permanent, réfugié réétabli, victime de traite de personne, personne ayant reçu un ERAR favorable, etc.)?;
- iv. Reçoit-il une aide gouvernementale fédérale pour la réinstallation?;
- v. Est-il détenu?

[63] Sous le régime du PFSI de 2012, il est dorénavant possible pour l'intéressé de recevoir différents degrés de couverture à différents moments. Par exemple, le demandeur d'asile ne provenant pas d'un POD recevra une CSS pendant que sa demande d'asile est pendante, mais celle-ci serait réduite et deviendra une CSSSSP si sa demande d'asile est rejetée. Cette situation prévaut même dans les cas où, comme pour M. Ayubi, le gouvernement du Canada a imposé un moratoire sur le renvoi des demandeurs d'asile déboutés dans leur pays d'origine.

[64] Dans la même veine, le demandeur d'asile provenant d'un POD ne bénéficie que d'une CSSSSP pendant que sa demande d'asile est pendante devant la Commission de l'immigration et du statut de réfugié, mais, si sa demande d'asile devait être accueillie, il bénéficierait alors d'une CSS, qui offre un niveau de couverture supérieur.

[65] Il convient également de signaler que les modifications apportées en 2012 au PFSI éliminaient la [TRADUCTION] « justification fondée sur les moyens », ce qui a eu comme résultat que quiconque faisant partie d'une catégorie donnée de demandeurs d'asile a droit au niveau de couverture de soins de santé prévu pour cette catégorie, et ce, sans égard à sa capacité d'assumer le coût des soins.

[66] Les prochains paragraphes portent sur la portée de la couverture offerte par chacun des paliers du PFSI.

1) La couverture des soins de santé élargie

[67] La couverture des soins de santé élargie est essentiellement équivalente aux avantages offerts par le PFSI dans sa version antérieure à 2012 ainsi qu'au niveau de couverture des soins de santé financés par l'État dont

available to low-income Canadians under provincial or territorial benefit plans. EHCC pays for the services of hospitals, physicians, nurses, and other health care professionals. Coverage is also provided for laboratory, diagnostic and ambulance services, translation services for health purposes, and supplemental services and products such as prescription medications, emergency dental services, vision benefits and assistive devices.

[68] Those entitled to EHCC benefits include most government-assisted refugees and some privately sponsored refugees, as well as victims of human trafficking and some individuals admitted under a public policy or on humanitarian and compassionate grounds. According to the respondents, 14 percent of all IFHP beneficiaries now receive EHCC benefits.

(2) Health Care Coverage

[69] The second tier of coverage is health care coverage. The respondents submit that HCC provides health insurance coverage that is similar to the level of coverage received by working Canadians through their provincial or territorial health insurance plans. In addition, HCC provides coverage for medications and immunizations that are required to prevent or treat a disease posing a risk to public health or treat a condition that is a public safety concern. Other medications are not covered under HCC, even if they are required for life-threatening conditions.

[70] While not a change from the pre-2012 IFHP, it is factually incorrect to say that HCC provides health insurance coverage that is similar to the level of coverage received by working Canadians. There is a limitation on HCC coverage that does *not* apply to the coverage provided to working Canadians under provincial or territorial health insurance plans. That is, while HCC beneficiaries receive coverage for services and products such as hospital in-patient and out-patient services, physicians, nurses, and other health care professionals and laboratory, diagnostic and ambulance services, the April 2012 OIC makes it clear that these services and

disposent les Canadiens à faible revenu en vertu des régimes provinciaux ou territoriaux. La CSSE défraie les services hospitaliers ainsi que les services de médecins, d'infirmiers et d'autres professionnels de soins de santé. La couverture s'étend aussi aux services de laboratoire, de diagnostic et d'ambulance, aux services de traduction pour des raisons de santé ainsi qu'aux services et produits additionnels, comme les médicaments sur ordonnance, les soins dentaires d'urgence, aux soins de la vue et aux appareils fonctionnels.

[68] Parmi les personnes ayant droit aux avantages de la CSSE, on retrouve les réfugiés pris en charge par l'État ainsi que les victimes de traite des personnes et les personnes admises au titre d'une politique publique ou pour des motifs d'ordre humanitaire. Selon les défendeurs, 14 p. 100 des bénéficiaires du PFSI reçoivent la CSSE en ce moment.

2) La couverture des soins de santé

[69] La couverture des soins de santé constitue le deuxième palier de couverture. Les défendeurs soutiennent que la CSS offre une couverture de soins de santé qui est similaire à celle offerte aux travailleurs canadiens par l'entremise des régimes d'assurance maladie provinciaux et territoriaux. De plus, la CSS couvre les médicaments et l'immunisation s'ils sont nécessaires pour prévenir ou traiter les maladies présentant un risque pour la santé publique ou pour traiter les états préoccupants pour la sécurité publique. Les autres médicaments ne sont pas couverts par la CSS, même s'ils sont nécessaires pour traiter des problèmes mettant la vie d'une personne en danger.

[70] Bien qu'il n'y ait pas de changements par rapport à la version antérieure à 2012 du PFSI, il est erroné d'affirmer que, concrètement, la CSS offre une couverture d'assurance maladie similaire à celle dont bénéficient les travailleurs canadiens. Une restriction à la CSS ne se retrouve pas dans la couverture offerte aux travailleurs canadiens par les régimes d'assurance maladie provinciaux ou territoriaux. Pour être précis, bien que les bénéficiaires de la CSS soient couverts pour les services et les produits comme les services hospitaliers internes et externes, les services de médecins, d'infirmiers et d'autres professionnels de la santé ainsi que les

products are only covered “if they are of an urgent or essential nature” [emphasis added] as defined in the *Interim Federal Health Program Policy*.

[71] The *Interim Federal Health Program Policy* defines services and products of an *urgent* nature as “those provided in response to a medical emergency – an injury or illness that poses an immediate threat to a person’s life, limb or a function.” There is a further qualifier imposed by the IFHP with respect to the availability of services and products of an urgent nature which is that they are not to be “more than what is required to respond to the medical emergency”.

[72] Services of an *essential* nature are defined by the *Interim Federal Health Program Policy* as being services provided to an IFHP beneficiary for the “assessment and follow-up of a specific illness, symptom, complaint or injury”. Essential services also include “prenatal, labour and delivery, and postpartum care” and services provided “for the diagnosis, prevention, or treatment of a disease posing a risk to public health or for the diagnosis or treatment of a condition of public safety concern.”

[73] Thus, routine primary health care services such as annual check-ups, preventative health care and standard screening tests (other than those for communicable diseases or conditions of concern to public safety) are not available to recipients of HCC benefits, although these types of services are generally available to working Canadians under provincial or territorial health insurance plans.

[74] Those entitled to HCC benefits include refugee claimants from non-DCO countries, refugees, successful PRRA applicants, most privately sponsored refugees, and all refugee claimants whose claims were filed before December 15, 2012, regardless of the claimant’s country of origin. The respondents indicate that 62 per cent of all IFHP beneficiaries receive HCC benefits.

services de laboratoire, de diagnostic et d’ambulances, le décret d’avril 2012 dispose clairement que ces services et produits sont couverts seulement « s’ils sont urgents ou essentiels » [non souligné dans l’original] au sens où l’entend la *Politique sur le Programme fédéral de santé intérimaire*.

[71] La *Politique sur le Programme fédéral de santé intérimaire* définit les services et les produits de nature urgente comme étant « ceux offerts en réponse à une urgence médicale – une blessure ou une maladie représentant une menace immédiate pour la vie, un membre ou une fonction d’une personne ». Le PFSI impose un autre critère en ce qui a trait à l’accessibilité aux services et aux produits de nature urgente : ceux-ci ne doivent pas « dépasser ce qui est requis pour répondre à l’urgence médicale ».

[72] La *Politique sur le Programme fédéral de santé intérimaire* définit les services de nature essentielle comme étant ceux assurés aux bénéficiaires du PFSI pour « pour l’évaluation ou le suivi d’une maladie, d’une plainte, d’une blessure ou d’un symptôme précis ». Les services essentiels comprennent aussi les « soins prénataux, de travail et d’accouchement et postpartums » et ceux assurés « pour le diagnostic, la prévention ou le traitement d’une maladie présentant un risque pour la santé publique ou le diagnostic, la prévention ou le traitement d’un état préoccupant pour la sécurité publique ».

[73] Par conséquent, les bénéficiaires de la CSS n’ont pas accès aux services de soins de santé primaires de routine comme les examens annuels, les soins de santé préventifs et les tests de dépistage standards (hormis ceux visant à déceler les maladies ou les problèmes transmissibles ou préoccupants sur le plan de la sécurité publique); les travailleurs canadiens ont habituellement accès à ce type de services par l’entremise des régimes d’assurance maladie provinciaux et territoriaux.

[74] Parmi les personnes ayant droit à la CSS, on retrouve les demandeurs d’asile provenant de pays qui ne sont pas des POD, les réfugiés, les demandeurs ayant reçu une décision favorable au stade de l’ERAR, la plupart des réfugiés parrainés par le secteur privé et les demandeurs d’asile ayant présenté leur demande avant le 15 décembre 2012, sans égard à leur pays d’origine.

Les défendeurs signalent que la CSS s'applique à 62 p. 100 des bénéficiaires du PFSI.

(3) Public Health or Public Safety Health Care Coverage

[75] Public health or public safety health care coverage only insures those health care services and products that are necessary or required to diagnose, prevent or treat a disease posing a risk to public health, or to diagnose or treat a condition of public safety concern.

[76] According to the April 2012 OIC [section 1], a “disease posing a risk to public health” is defined as a communicable disease that is either identified in the *Interim Federal Health Program Policy* or is on the list of national notifiable diseases maintained by the Public Health Agency of Canada. These include diseases such as tuberculosis, HIV, malaria, measles, chicken pox, and other contagious diseases. A “condition of public safety concern” [at section 1 of the April 2012 OIC] includes mental health conditions where a person is likely to cause harm to others. Mental health conditions where the individual only poses a risk to him or herself are not covered under PHPS coverage.

[77] Those entitled to PHPS-level coverage include refugee claimants from DCO countries whose claims were filed after December 15, 2012, refugee claimants whose claims have been suspended while they are under investigation for possible inadmissibility, and failed refugee claimants. The respondents say that 24 percent of all IFHP beneficiaries receive PHPS benefits.

[78] Beyond these services, the IFHP covers the cost of immigration medical examinations for those individuals eligible for any of the three aforementioned tiers of coverage.

(4) PRRA-only Claimants

3) La couverture des soins de santé pour la santé ou la sécurité publiques

[75] La couverture des soins de santé pour la santé ou la sécurité publiques couvre uniquement les services de soins de santé et les produits nécessaires pour diagnostiquer, prévenir ou traiter les maladies présentant un risque pour la santé publique, ou pour diagnostiquer ou traiter les états préoccupants pour la santé publique.

[76] Selon le décret d'avril 2012 [article premier], la « maladie présentant un risque pour la santé publique » s'entend de la maladie transmissible qui figure soit dans la *Politique sur le Programme fédérale de santé intérimaire* ou soit sur la liste des maladies à déclaration obligatoire nationale de l'Agence de la santé publique du Canada. Il s'agit de maladies comme la tuberculose, le VIH, la malaria, la rougeole, la varicelle et les autres maladies contagieuses. L'« état préoccupant pour la santé publique » [à l'article premier du décret d'avril 2012] s'entend d'un état de santé mentale chez une personne qui pourrait causer des dommages à d'autres personnes. La CSSSSP ne couvre pas les états de santé mentale faisant en sorte qu'une personne présente un risque uniquement pour elle-même.

[77] La CSSSSP vise les demandeurs d'asile provenant de POD qui ont présenté leur demande après le 15 décembre 2012, aux demandeurs d'asile dont la demande a été suspendue pendant qu'ils font l'objet d'une enquête quant à une possible interdiction de territoire et les demandeurs d'asile déboutés. Selon les défendeurs, la CSSSSP s'applique à 24 p. 100 des bénéficiaires du PFSI.

[78] Le PFSI couvre, en plus de ces services, le coût des examens médicaux aux fins de l'immigration des personnes admissibles, et ce, pour les trois paliers de couverture recensés ci-dessus.

4) Les demandeurs ayant seulement droit à un ERAR

[79] There is, however, a fourth class of individuals who had health insurance coverage under the pre-2012 IFHP who now receive no health insurance coverage whatsoever, even if they suffer from a health condition that poses a risk to public health or safety. This class is made up of individuals who are only entitled to a pre-removal risk assessment (PRRA-only claimants).

(5) Ministerial Discretion

[80] Under section 7 of each of the 2012 OICs [see section 7 of the April 2012 OIC and section 3 of the amending OIC], the Minister retains the discretion to pay the cost of HCC, PHPS coverage or immigration medical examinations “in exceptional and compelling circumstances”. It will be recalled that Mr. Ayubi was ultimately granted discretionary IFHP coverage by the Minister for his diabetes-related medical services, but not for his medication.

[81] Indeed, the amending OIC makes it clear that the Minister’s discretion does not extend to cover the payment of medications or immunizations, unless they are required to treat a condition that involves a threat to public health or safety.

[82] The respondents further acknowledge that the existence of ministerial discretion under section 7 of the 2012 OICs is not designed to address emergency medical situations.

[83] It also appears that a request for section 7 discretionary relief may potentially have consequences for the way in which an individual’s refugee claim is processed.

[84] CIC’s Operational Bulletin 440-G [Processing of Refugee Claims by CIC under the New Legislation] provides guidance with respect to the processing of refugee claims in accordance with amendments to IRPA

[79] Il existe cependant une quatrième catégorie de personnes à laquelle la version antérieure à 2012 du PFSI accordait une couverture d’assurance maladie et qui ne bénéficient maintenant d’aucune couverture d’assurance maladie, et ce, même s’ils sont atteints d’un problème de santé qui présente un risque pour la santé ou la sécurité publiques. Cette catégorie est composée des personnes qui ont seulement droit à un examen des risques avant renvoi (les demandeurs ayant seulement droit à un ERAR).

5) Le pouvoir discrétionnaire du ministre

[80] Les dispositions de l’article 7 de chacun des décrets de 2012 [voir l’article 7 du décret d’avril 2012 et l’article 3 du décret modificatif] prévoient que le ministre conserve le pouvoir discrétionnaire de payer les coûts de la CSS, de la CSSSSP et des visites médicales d’immigration dans « des circonstances exceptionnelles ». Rappelons que M. Ayubi s’est, au final, vu accorder la couverture du PFSI au titre du pouvoir discrétionnaire du ministre en ce qui a trait aux services de santé liés au diabète, mais qu’il ne l’a pas reçue relativement à ses médicaments.

[81] Certes, le décret modificatif est sans équivoque quant au fait que le pouvoir discrétionnaire dont le ministre dispose ne s’étend pas à la couverture des coûts de l’immunisation et des médicaments, à moins que ceux-ci ne soient nécessaires pour prévenir ou traiter les maladies présentant un risque pour la santé publique ou pour la sécurité publique.

[82] Les défendeurs reconnaissent de plus que l’existence du pouvoir discrétionnaire du ministre prévu à l’article 7 des décrets de 2012 ne vise pas à répondre aux situations urgentes d’un point de vue médical.

[83] Il semblerait aussi que la demande en couverture discrétionnaire prévue à l’article 7 puisse avoir des conséquences sur la manière dont sera traitée une demande d’asile.

[84] Le Bulletin opérationnel 440-G [Traitement des demandes d’asile par CIC en vertu des nouvelles dispositions législatives] fournit des indications relativement au traitement des demandes d’asile en conformité aux

made under the *Balanced Refugee Reform Act*, S.C. 2010, c. 8 (which received royal assent on June 29, 2010) and the *Protecting Canada's Immigration System Act*, S.C. 2012, c. 17, which came into force on December 15, 2012.

[85] Section 8 of the Operational Bulletin deals with ministerial interventions and identifies criteria for use by CIC and CBSA in identifying refugee cases that may warrant ministerial intervention. One such criteria is that the “[c]laimant appears to be making a claim in order to access benefits”. The Bulletin goes on to cite the example of where “urgent IFH[P] coverage [is] requested during or before the eligibility interview.” The applicants submit that this could serve as a disincentive for refugee claimants to apply for section 7 relief, raising the fear that such a request could negatively affect their claims.

[86] I do not accept the respondents’ contention that section 8 of Operational Bulletin 440-G has no application in the case of requests for section 7 ministerial relief. The respondents’ argument is predicated on the assumption that concerns that a claimant may be making a refugee claim in order to access benefits will *only* arise where the individual requests urgent IFHP coverage during or before his or her eligibility interview. Indeed, the respondents suggest that the Operational Bulletin should actually have referred to an “urgent request for an eligibility interview” rather than an “urgent request for IFH[P]”.

[87] I am not prepared to interpret the Operational Bulletin in the way suggested by the respondents. It is clear on the face of section 8 of the Operational Bulletin that a request for IFHP coverage during or before an eligibility interview is cited as only one example of circumstances that could trigger a ministerial intervention. This does not, however, preclude the possibility that a request for section 7 ministerial relief at any point in the processing of a refugee claim could also potentially give rise to concerns that a claimant is making a

modifications apportées à la LIPR par la *Loi sur des mesures de réforme équitables concernant les réfugiés*, L.C. 2010, ch. 8 (qui a obtenu la sanction royale le 29 juin 2010) et par la *Loi visant à protéger le système d’immigration du Canada*, L.C. 2012, ch. 17, qui est entrée en vigueur le 15 décembre 2012.

[85] La section 8 du Bulletin opérationnel porte sur les interventions ministérielles et précise les critères qui sont suivis par CIC et par l’ASFC pour repérer les cas pouvant justifier l’intervention du ministre. L’un de ces critères est libellé ainsi : « Indication que le demandeur d’asile présente une demande afin de bénéficier d’avantages ». Le Bulletin cite ensuite l’exemple où la « couverture urgente du PFSI [est] demandée pendant ou avant l’entrevue sur la recevabilité ». Les demandeurs soutiennent que ce critère pourrait dissuader les demandeurs d’asile de demander la couverture prévue à l’article 7, par crainte que cela ait un effet défavorable sur leur demande d’asile.

[86] Je rejette la thèse des défendeurs selon laquelle la section 8 du Bulletin opérationnel 440-G ne vise pas les demandes en couverture discrétionnaire ministérielle prévue à l’article 7. L’argument des défendeurs se fonde sur l’hypothèse selon laquelle la préoccupation qu’un demandeur d’asile présente sa demande dans le but d’avoir accès à des avantages naîtra uniquement lorsque la personne demande la couverture urgente du PFSI avant ou pendant son entrevue sur la recevabilité. À vrai dire, les défendeurs soutiennent que le Bulletin opérationnel aurait bel et bien dû renvoyer à une [TRADUCTION] « demande urgente d’entrevue sur la recevabilité » plutôt qu’à une [TRADUCTION] « demande urgente de couverture du PFSI ».

[87] Je ne suis pas disposée à interpréter le Bulletin opérationnel de la manière prônée par les défendeurs. Il ne fait aucun doute, à la lecture de la section 8 du Bulletin opérationnel, que la présentation d’une demande avant ou pendant l’entrevue sur la recevabilité en vue d’obtenir la couverture du PFSI est citée uniquement à titre d’exemple d’une situation qui pourrait donner lieu à l’intervention du ministre. Cependant, cela n’exclut pas la possibilité que la présentation, à tout moment au cours du traitement d’une demande d’asile, d’une

refugee claim in order to access health care benefits, thus prompting ministerial involvement in the claim.

D. *The Impact of the 2012 Changes to the IFHP*

[88] The 2012 changes to the IFHP have provoked a strong public reaction and have had a significant impact on individual patients, health care providers and the health care system. Before turning to consider these issues, however, it is first necessary to address the respondents' objection to some of the evidence adduced by the applicants.

(1) The Expert Evidence

[89] The respondents object to five of the affidavits filed by the applicants on the basis that they contain opinion evidence and none of the formalities associated with the leading of expert evidence contemplated by the *Federal Courts Rules*, SOR/98-106 [the Rules] were complied with prior to the commencement of the hearing.

[90] The affidavits in issue are those of Dr. Michael Rachlis, Dr. Christopher Anderson, Dr. Joanna Anneke Rummens, Dr. Michael Ornstein and Dr. Denis Daneman.

[91] Dr. Rachlis is a medical specialist certified in public health and an adjunct professor at the University of Toronto's School of Public Health and the Institute for Health Policy Management and Evaluation. He has 25 years of experience consulting in the area of health policy and health economics.

[92] Dr. Rachlis states that he has analysed the reforms to the IFHP, providing what he describes as his "expert opinion on health care utilization and costs": at paragraph 6. He outlines what he says is the "optimal method" to determine whether the 2012 changes to the IFHP have actually resulted in any net public sector cost

demande afin d'obtenir la couverture discrétionnaire du ministre au titre de l'article 7 puisse aussi faire naître des préoccupations portant que la demande d'asile est motivée par l'accès à une couverture d'assurance maladie, ce qui entraînera par conséquent l'intervention du ministre relativement à la demande d'asile.

D. *Les répercussions des modifications apportées au PFSI en 2012*

[88] Les modifications apportées au PFSI en 2012 ont provoqué une forte réaction au sein du public et elles ont eu des répercussions importantes sur les patients, sur les prestataires de soins de santé et sur le système de santé. Cependant, avant de me pencher sur les questions en litige, il est tout d'abord impératif de répondre aux objections des défendeurs à l'égard de certains éléments de preuve produits par les demandeurs.

1) Les témoignages d'expert

[89] Les défendeurs s'opposent à cinq des affidavits produits par les demandeurs, au motif qu'ils contiennent des éléments de preuve sous forme d'opinion et qu'aucune des formalités relatives à la production de preuve d'expert prévues par les *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106 (les Règles) n'avaient été respectées avant le commencement de l'audience.

[90] Les affidavits en cause sont ceux du D^r Michael Rachlis, de M. Christopher Anderson, de M^{me} Joanna Anneke Rummens, de M. Michael Ornstein et du D^r Denis Daneman.

[91] Le D^r Rachlis est médecin spécialiste en santé publique ainsi que professeur auxiliaire à l'École de santé publique de l'Université de Toronto et de l'Institut de politique de la santé, gestion et évaluation. Il compte 25 ans d'expérience en consultation dans le domaine des politiques en matière de santé et d'économie de la santé.

[92] Le D^r Rachlis affirme qu'il a analysé la réforme du PFSI; il a produit ce qu'il qualifie, au paragraphe 6, d' [TRADUCTION] « opinion d'expert quant à l'utilisation et les coûts des soins de santé ». Il expose ce qui est, selon lui, la meilleure façon de rechercher si les modifications apportées au PFSI en 2012 se sont effectivement

savings. Dr. Rachlis states that, to the best of his knowledge, the Government of Canada has not carried out any such an analysis.

[93] Dr. Rachlis further states that what *is* certain is that the changes to the IFHP are “causing illness, disability and death”: at paragraph 38.

[94] Dr. Anderson is an assistant professor in the Department of Political Science at Wilfrid Laurier University. He has a doctorate in political science from McGill University. His thesis examined immigrants, refugees and asylum seekers and the regulation of Canada’s border between 1867 and 1988. Dr. Anderson teaches in the area of migration policy.

[95] Dr. Anderson’s affidavit provides a history of Canada’s immigration policy and “situates contemporary Canadian refugee policy within a long-standing historical pattern that originated soon after Confederation”: at paragraph 2. He discusses the ways in which Canadian immigration policy has been designed over the years so as to attract certain immigrants while excluding others, and the negative stereotypes that have been ascribed to groups identified as “undesirable”.

[96] Dr. Rummens holds a doctorate in sociology from York University and is a health systems research scientist with the Community Health Systems Resource Group and project investigator, Child Health Evaluative Sciences at the Hospital for Sick Children in Toronto. She is also senior scholar and former director of the Joint Centre of Excellence for Research on Immigration and Settlement.

[97] Dr. Rummens is a principal investigator in a research project entitled “*Migratory Status of the Child and Limited Access to Health Care*”, and her affidavit examines the impact of health care insurance coverage on access to care and health outcomes for immigrant, refugee claimant and other migrant children. She notes that the preliminary results of her study indicate that a

traduites en économies nettes pour le secteur public. Le D^r Rachlis affirme qu’à sa connaissance, le gouvernement du Canada n’a pas procédé à une telle analyse.

[93] Le D^r Rachlis affirme en outre que, ce qui est certain, c’est que les modifications au PFSI [TRADUCTION] « entraînent la maladie, l’invalidité et la mort » : au paragraphe 38.

[94] M. Anderson est professeur adjoint au département de sciences politiques de l’Université Wilfrid Laurier. Il a un doctorat en sciences politiques de l’Université McGill. Sa thèse se penchait sur les immigrants, les réfugiés et les demandeurs d’asile ainsi que sur le contrôle de la frontière du Canada entre 1867 et 1988. Les cours donnés par M. Anderson portent sur les politiques migratoires.

[95] L’affidavit de M. Anderson contient un historique de la politique canadienne en matière d’immigration et il [TRADUCTION] « situe la politique contemporaine du Canada en matière de réfugiés dans une tendance historique de longue date qui tire son origine des années peu après la Confédération »; paragraphe 2 de l’affidavit. Il discute les manières dont la politique d’immigration du Canada a été conçue au fil des ans afin d’attirer certains immigrants tout en excluant d’autres, ainsi que les stéréotypes négatifs qui ont été attribués aux groupes identifiés comme étant [TRADUCTION] « indésirables ».

[96] M^{me} Rummens détient un doctorat en sociologie de l’Université York et elle est chercheuse scientifique en matière de systèmes de santé auprès du Community Health Systems Resource Group, ainsi que chercheuse de projet auprès du Child Health Evaluative Sciences à l’Hospital for Sick Children de Toronto. Elle est aussi chercheuse principale du Joint Centre of Excellence for Research on Immigration and Settlement, dont elle est l’ancienne directrice.

[97] M^{me} Rummens est chercheuse principale en ce qui concerne le projet de recherche intitulé « *Migratory Status of the Child and Limited Access to Health Care* »; son affidavit porte sur les effets d’une couverture d’assurance maladie sur l’accès aux soins et sur les résultats en matière de santé des enfants immigrants, demandeurs d’asile ou par ailleurs migrants. Elle constate qu’il

lack of health insurance will have a detrimental impact on the health of children.

[98] Dr. Ornstein is the director of the Institute for Social Research at York University and an associate professor of Sociology. He holds a doctorate in Social Relations from Johns Hopkins University and has published in the area of survey research. He describes himself in his affidavit as “an expert in survey research methods and in survey data analysis”: at paragraph 1.

[99] Dr. Ornstein’s affidavit provides a summary of the available data on the economic conditions of refugees, concluding that, as a group, they experience “extreme economic deprivation”.

[100] Dr. Daneman is an endocrinologist and the paediatrician-in-chief at the Hospital for Sick Children in Toronto. His affidavit describes the position taken by the Canadian Paediatric Society, which has issued a position statement advocating against the 2012 cuts to refugee health care.

[101] Dr. Daneman also describes a letter to the then-Minister of Citizenship and Immigration that he authored in his capacity as the president of the Paediatric Chairs of Canada, which is composed of 15 chairs of the department of paediatrics at all of the Canadian universities’ faculties of medicine. This letter once again criticized the 2012 changes to the IFHP, and described the negative impact that he says the changes would have on children’s health outcomes.

[102] In accordance with a case management order issued in April of 2013, the applicants were required to serve and file their affidavit evidence in this case by May 30, 2013. Twenty-one affidavits were filed by the applicants by this deadline, including the five affidavits in issue. The respondents had until August 30, 2013 to file their affidavits. While the respondents filed four affidavits by this deadline, including the affidavits of

ressort des résultats préliminaires de son étude que l’absence d’assurance maladie aura un effet défavorable sur la santé des enfants.

[98] M. Ornstein est directeur de l’Institut de recherche sociale à l’Université York et il est professeur agrégé de sociologie. Il détient un doctorat en relations sociales de l’Université Johns Hopkins et il a publié des ouvrages dans le domaine de la recherche par sondage. Il se qualifie, au paragraphe 1 de son affidavit, d’ [TRADUCTION] « un expert en méthodes de recherche par sondage et en analyse des données de sondage ».

[99] Dans son affidavit, M. Ornstein résume les données disponibles concernant les conditions économiques des réfugiés, et il conclut que, du point de vue collectif, ces derniers sont victimes de [TRADUCTION] « dénuement économique extrême ».

[100] Le D^r Daneman est endocrinologue et il occupe la fonction de pédiatre en chef de l’Hospital for Sick Children de Toronto. Son affidavit expose la position retenue par la Société canadienne de pédiatrie, laquelle a publié un énoncé de position par lequel elle s’opposait aux compressions effectuées dans les soins de santé aux réfugiés en 2012.

[101] Le D^r Daneman y expose aussi une lettre à l’attention du ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration de l’époque qu’il a rédigée en sa qualité de président de Directeurs de pédiatrie du Canada, un organisme composé de 15 directeurs des départements de pédiatrie de l’ensemble des facultés de médecine des universités canadiennes. Cette lettre critiquait une fois de plus les modifications apportées au PFSI en 2012 et elle recensait les effets défavorables auxquels, selon lui, donneraient lieu les modifications sur les résultats de santé des enfants.

[102] Conformément à une ordonnance de gestion de l’instance délivrée en avril 2013, les demandeurs devaient signifier et déposer leur témoignage par affidavit relativement à la présente affaire au plus tard le 30 mai 2013. Les demandeurs avaient, à cette date, déposé vingt-et-un affidavits, y compris les cinq affidavits en cause. Les défendeurs devaient déposer leurs affidavits au plus tard le 30 août 2013. Bien que les

Ms. Le Bris and Ms. Little Fortin already referred to, no evidence was filed by the respondents directly in response to any of the disputed evidence.

[103] Cross-examinations on affidavits were to be completed by October 15, 2013. While the respondents cross-examined a number of the applicants' witnesses, they elected not to cross-examine any of the five witnesses whose evidence is in dispute.

[104] The applicants' memorandum of fact and law was to be served and filed by October 30, 2013, and the respondents' memorandum of fact and law was to be served and filed by November 29, 2013, approximately two weeks before the commencement of the hearing. It was only in their memorandum of fact and law that the respondents first took issue with the evidence of the five witnesses in question.

[105] Referring to the applicants' "so-called 'expert evidence'", the respondents observed in their memorandum that none of the affiants were qualified as experts, and that the procedural requirements of the *Federal Courts Rules* with respect to expert evidence had not been complied with, including the filing of codes of conduct signed by the deponents of the affidavits agreeing to be bound by the requirements of the Rules.

[106] In support of their objection, the respondents rely on the Federal Court of Appeal's decision in *Es-Sayyid v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2012 FCA 59, [2013] 4 F.C.R. 3, where the Court observed that rule 52.2 of the *Federal Courts Rules* "sets out an exacting procedure that must be followed for the admission of expert evidence, a procedure that, among other things, is designed to enhance the independence and objectivity of experts on whom the courts may rely": at paragraph 42.

[107] The applicants explain that they did not initially view the disputed evidence as being expert evidence: transcript, Vol. 1, at page 12. They subsequently stated that their failure to comply with the Rules regarding

défendeurs aient déposé quatre affidavits à cette date, y compris ceux de M^{me} Le Bris et de M^{me} Little Fortin mentionnés précédemment, ils n'ont pas déposé d'affidavits en réponse à l'égard d'aucun des éléments de preuve controversés.

[103] Les contre-interrogatoires sur les affidavits devaient être terminés en date du 15 octobre 2013. Bien que les défendeurs aient contre-interrogé un certain nombre des témoins des demandeurs, ils ont choisi de ne contre-interroger aucun des cinq témoins dont le témoignage était controversé.

[104] Les demandeurs devaient déposer et signifier leur mémoire des faits et du droit au plus tard le 30 octobre 2013; les défendeurs devaient déposer et signifier le leur au plus tard le 29 novembre 2013, soit environ deux semaines avant le début de l'audience. C'est seulement dans leur mémoire des faits et du droit que les défendeurs se sont opposés pour la première fois au témoignage des cinq témoins en question.

[105] Les défendeurs ont observé dans leur mémoire, en faisant référence à la [TRADUCTION] « soi-disant "preuve d'expert" » [des demandeurs], qu'aucun des déposants n'avait qualité d'expert et qu'il n'avait pas été satisfait aux exigences procédurales des *Règles des Cours fédérales* en ce qui a trait à la preuve d'expert, notamment le dépôt du code de déontologie que chacun des déposants doit signer et par lequel ces derniers acceptent d'être liés par les exigences des Règles.

[106] Les défendeurs invoquent à l'appui de leur opposition l'arrêt *Es-Sayyid c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2012 CAF 59, [2013] 4 R.C.F. 3, par lequel la Cour d'appel fédérale a fait remarquer au paragraphe 42 que la règle 52.2 des *Règles des Cours fédérales* « prévoit une procédure exigeante qui doit être suivie par quiconque veut faire admettre une preuve d'expert, une procédure qui, entre autres, est conçue pour favoriser l'indépendance et l'objectivité des experts sur lesquels les cours peuvent s'appuyer ».

[107] Les demandeurs expliquent qu'au départ, ils ne considéraient pas la preuve controversée comme étant une preuve d'expert : transcription, vol. 1, à la page 12. Ils ont par la suite signalé que leur omission de se

expert evidence was an “oversight” on their part: transcript, Vol. 3, at page 200. In response to the respondents’ objection, and at the direction of the Court, the applicants filed certificates signed by the deponents of the five affidavits in issue on January 15, 2014, with each deponent agreeing to be bound by the Code of Conduct for Expert Witnesses contained in the Schedule to the Rules. The certificates were not, however, modified to recognize that they were being signed after the fact.

[108] The respondents submit that the filing of certificates executed after the fact by the deponents of the five affidavits cannot cure the defect in the affidavits in issue, as they were initially signed without reference to the Code of Conduct. In support of this contention, the respondents cite this Court’s decision in *Saint Honore Cake Shop Limited v. Cheung’s Bakery Products Ltd.*, 2013 FC 935, at paragraph 19.

[109] At the hearing, the respondents took particular issue with the evidence of Drs. Rummens and Daneman, submitting variously that their evidence should not be considered as expert evidence, that it should be given little weight, or that it should be excluded in its entirety.

[110] The respondents say that they made what they described both as a “strategic decision” and a “judgment call” not to raise their concern at an earlier point in the proceedings, and to instead “submit to the Court that the evidence that the Applicants have put forward ought to be given little weight”.

[111] However, elsewhere in their submissions, the respondents say that it was not until they received JFCY’s memorandum of fact and law that they became aware that the affidavits, particularly those of Drs. Rummens and Daneman, were being relied upon as expert evidence.

[112] I agree with the respondents that the disputed evidence is clearly expert evidence. This is obvious on

conformer aux exigences des Règles en ce qui a trait à la preuve d’expert était un [TRADUCTION] « oubli » de leur part : transcription, vol. 3, à la page 200. En réponse à l’opposition des demandeurs et suivant les directives de la Cour, les demandeurs ont déposé des certificats signés par les déposants des cinq affidavits en cause le 15 janvier 2014; dans les certificats, chaque déposant consentait à être lié par le Code de déontologie régissant les témoins experts (le Code de déontologie) qui se trouve en annexe dans les Règles. Cependant, les certificats n’avaient pas été modifiés pour que l’on reconnaisse qu’ils avaient été signés après le fait.

[108] Les défendeurs soutiennent que le dépôt des certificats signés après le fait par les déposants des cinq affidavits ne peut remédier au défaut des affidavits en cause, puisque ceux-ci avaient initialement été signés sans renvoi au Code de déontologie. À l’appui de cette thèse, les défendeurs invoquent la décision *Saint Honore Cake Shop Limited c. Cheung’s Bakery Products Ltd.*, 2013 CF 935, au paragraphe 19.

[109] Lors de l’audience, les défendeurs se sont surtout opposés à la preuve produite par M^{me} Rummens et par le D^r Daneman, en soutenant de diverses manières que leurs affidavits ne doivent pas être considérés comme une preuve d’expert, qu’ils ne devraient pas se voir accorder beaucoup de poids ou qu’ils devraient être complètement exclus du dossier.

[110] Les défendeurs ont tous les deux qualifié leur choix de ne pas soulever leurs réserves plus tôt au cours de l’instance de [TRADUCTION] « décision stratégique » ou de [TRADUCTION] « question d’appréciation » et qu’ils ont plutôt [TRADUCTION] « fait valoir devant la Cour que la preuve produite par les demandeurs devrait se voir accorder peu de poids ».

[111] Cependant, les défendeurs soutiennent, ailleurs dans leurs observations, que ce n’est qu’au moment où ils ont reçu le mémoire des faits et du droit de JFCY qu’ils ont appris que les affidavits, notamment ceux de M^{me} Rummens et du D^r Daneman, seraient utilisés comme preuve d’expert.

[112] Je conviens avec les défendeurs que les affidavits controversés sont manifestement des éléments de

the face of the affidavits in question. As such, the requirements of the *Federal Courts Rules* should have been complied with.

[113] That said, I am extremely troubled by the conduct of the respondents in this matter. I do not accept their submission that it was only when they received JFCY's memorandum that they became aware that the affidavits were being relied upon as expert evidence. Whether an affidavit contains expert or non-expert evidence is revealed by the content of the affidavit in question, and not how the party adducing the affidavit characterizes the evidence in their factum.

[114] I do accept that the respondents did precisely what they say that they did: namely, that they made the "strategic decision" not to raise their concerns in a timely manner, choosing instead to wait until the last possible minute to raise the issue. This is contrary to the spirit of the 2010 amendments to the Rules [*Rules Amending the Federal Courts Rules (Expert Witnesses)*, SOR/2010-176] dealing with expert evidence, in particular subsection 52.5(1), which requires parties to raise any objection to an opposing party's proposed expert witness that could disqualify the witness from testifying "as early as possible in the proceeding".

[115] Indeed, the Federal Court of Appeal has cautioned that Courts "must be especially vigilant to prevent [such] tactical conduct": *Apotex Inc. v. Pfizer Canada Inc.*, 2014 FCA 54, 117 C.P.R. (4th) 401, at paragraph 10, citing *Bristol-Myers Squibb Company v. Apotex Inc.*, 2011 FCA 34, 91 C.P.R. (4th) 307, at paragraph 37. While the Court's comments were made in the context of pharmaceutical litigation, the same principle should apply here.

[116] This matter was, moreover, intensively case managed. I held teleconferences and face-to-face meetings with the parties in the months leading up to the hearing. There was frequent correspondence between the parties and the Court. Motions were brought and addressed and Directions issued. At no time did the respondents give any hint that they had a concern with respect to the evidence of the five witnesses in issue.

preuve d'expert. Cela ne fait nul doute à la lecture des affidavits en question. Il s'ensuit que les exigences des Règles auraient dû être respectées.

[113] Cela dit, je suis extrêmement préoccupée par la conduite des défendeurs relativement à cette question. Je ne souscris pas à leur observation selon laquelle ce n'est qu'à la réception du mémoire de JFCY qu'ils ont eu connaissance du fait que les affidavits seraient utilisés comme preuve d'expert. C'est le contenu de l'affidavit en cause, et non la manière dont la partie catégorise la preuve dans son mémoire, qui permet d'établir si un affidavit doit être qualifié ou non de preuve d'expert.

[114] Je reconnais que les défendeurs ont fait exactement ce qu'ils affirment avoir fait, soit, qu'ils ont pris la [TRADUCTION] « décision stratégique » de ne pas rapidement faire part de leurs préoccupations et qu'ils ont plutôt choisi d'attendre à la toute dernière minute pour soulever la question. Cela va à l'encontre de l'esprit des modifications apportées aux Règles en 2010 [*Règles modifiant les Règles des Cours fédérales (témoins experts)*, DORS/2010-176] en ce qui a trait à la preuve d'expert, et notamment au paragraphe 52.5(1), qui exige aux parties de soulever « le plus tôt possible en cour d'instance » toute objection quant à l'habilité à témoigner du témoin expert de la partie adverse.

[115] Effectivement, la Cour d'appel fédérale a observé que les juges [TRADUCTION] « doivent tout particulièrement veiller à empêcher de telles manœuvres tactiques » : *Apotex Inc. v. Pfizer Canada Inc.*, 2014 FCA 54, au paragraphe 10, qui renvoyait à l'arrêt *Bristol-Myers Squibb Company c. Apotex Inc.*, 2011 CAF 34, au paragraphe 37. Bien que les observations de la Cour d'appel fédérale aient été formulées dans le contexte d'un contentieux en matière pharmaceutique, le même principe joue en l'espèce.

[116] De plus, la présente affaire a fait l'objet d'une gestion intensive de l'instance. J'ai tenu des conférences téléphoniques et des réunions en personne avec les parties dans les mois ayant précédé l'audience. Les parties et la Cour ont maintenu une correspondance fréquente. Des requêtes ont été présentées et examinées; des directives ont été émises. Les défendeurs n'ont, à aucun moment, fait allusion au fait qu'ils avaient des

I can only conclude that they decided to wait in the weeds and spring their objection on the applicants at the last minute.

[117] The respondents contend that they have been prejudiced as a result of the failure of the applicants to make it clear that they were relying upon the five disputed affidavits as expert evidence. They say that they relied upon the fact that the applicants were not submitting this evidence, in particular that of Drs. Rummens and Daneman, as expert evidence in deciding what kind of evidence was required in response. It also informed the respondents' decision as to whether or not to cross-examine on the affidavits.

[118] I do not accept this submission. As was noted earlier, the respondents had the applicants' affidavits by May 30, 2013. They knew who the deponents were and what their affidavits said. They made strategic decisions as to whether to adduce responding evidence and whether to cross-examine the applicants' witnesses. They chose not to do so and they now have to live with the consequences.

[119] In rejecting the respondents' allegations of prejudice, I also note that *curricula vitae* were provided with the affidavits of each of the five witnesses whose evidence was in issue, clearly delineating the qualifications of each of the deponents. The respondents have not taken issue with the qualifications of any of the five witnesses to offer the opinions that they have provided. Nor have any concerns been raised with respect to the objectivity of four of the witnesses, although the respondents do suggest that Dr. Daneman lacks objectivity because he has publicly advocated for the reversal of the 2012 changes to the IFHP.

[120] Indeed, the respondents do not appear to take issue with much of the evidence in question, at least some of which is supported by other reports in the record, including reports prepared by CIC itself.

réerves concernant la preuve des cinq témoins en cause. La seule conclusion que je peux en tirer est qu'ils ont décidé de dissimuler leur opposition et de la dévoiler aux demandeurs au tout dernier moment.

[117] Les défendeurs soutiennent qu'ils ont subi un préjudice du fait que les demandeurs ont omis de préciser clairement qu'ils utiliseraient les cinq affidavits contestés en tant que preuve d'expert. Ils affirment qu'ils se sont fondés sur le fait que les demandeurs ne présentaient pas ces affidavits, et plus particulièrement ceux de M^{me} Rummens et du D^r Daneman, à titre de preuve d'expert pour décider quel type de preuve ils devaient produire en réponse. Cela a aussi orienté la décision des défendeurs, à savoir s'ils procédaient ou non à un contre-interrogatoire sur les affidavits.

[118] Je ne souscris pas à cette prétention. Comme il a été signalé précédemment, les défendeurs disposaient des affidavits produits par les demandeurs depuis le 30 mai 2013. Ils connaissaient l'identité des déposants ainsi que le contenu de leurs affidavits. Ils ont pris une décision stratégique quant à savoir s'ils devaient produire des éléments de preuve en réponse et s'ils devaient contre-interroger les témoins des demandeurs. Ils ont choisi de ne pas le faire et doivent maintenant assumer les conséquences de ce choix.

[119] Je ferai aussi remarquer, relativement à mon rejet des allégations de préjudice formulées par les défendeurs, que les *curriculum vitae* des cinq témoins en cause étaient joints à leurs affidavits; les *curriculum vitae* délimitaient clairement les compétences de chacun des déposants. Les défendeurs ne se sont pas opposés à la compétence des cinq témoins pour rendre leurs témoignages d'opinion. Ils n'avaient pas non plus soulevé d'inquiétudes en ce qui a trait à l'objectivité de quatre des témoins; ils ont toutefois laissé entendre que le D^r Daneman n'avait pas l'objectivité requise, parce qu'il avait publiquement réclamé l'annulation des modifications apportées au PFSI en 2012.

[120] Les défendeurs ne semblent effectivement pas s'opposer à une grande partie des éléments de preuve en question, dont certains s'appuient sur d'autres rapports qui figurent au dossier, dont notamment des rapports rédigés par CIC.

[121] For example, the respondents expressly accept Dr. Ornstein's conclusion that most of those seeking the protection of Canada are economically disadvantaged: see transcript, Vol. 2, at page 182. Nor have the respondents taken issue with the seemingly common sense observation offered by both Drs. Rachlis and Rummens that poor individuals without health insurance are less likely to seek medical care, which can increase the risk of adverse health effects.

[122] In light of the foregoing, and taking into account the provisions of rule 3 of the *Federal Courts Rules* which requires that the Rules be applied so as to achieve "the just, most expeditious and least expensive determination of every proceeding on its merits", I am of the view that I should exercise my discretion to consider the affidavits of four of the five witnesses as expert evidence, notwithstanding the applicants' failure to comply with the Rules in this regard.

[123] I do, however, agree with the respondents that Dr. Daneman's role as an advocate in the fight against the 2012 changes to the IFHP is inconsistent with his role as an expert witness in this case. The role of the expert witness is not to advocate for a cause, but rather to assist the court through the provision of an independent and unbiased opinion about matters coming within the expertise of the witness: *National Justice Compania Naviera S.A. v. Prudential Assurance Co. Ltd. (the "Ikarian Reefer")*, [1993] 2 Lloyd's Rep. 68 (Q.B. (Com. Ct.)), at pages 81–82.

[124] As a consequence, while I am prepared to consider the factual evidence provided by Dr. Daneman as to steps that he may have taken in the wake of the 2012 changes to the IFHP, as well as the steps that may have been taken by organizations of which he is a member, I am not prepared to assign probative value to the opinions that he offers in his affidavit.

[121] Par exemple, les défendeurs ont expressément accepté la conclusion de M. Ornstein selon laquelle la plupart des personnes qui sollicitent la protection du Canada sont dans une situation économique défavorable : voir transcription, vol. 2, à la page 182. Ils ne sont pas non plus opposés à l'observation plutôt élémentaire formulée par le D^r Rachlis et par M^{me} Rummens selon laquelle les personnes démunies ne bénéficiant pas d'une assurance maladie sont plus susceptibles de ne pas chercher à obtenir de soins et que cette situation peut accroître le risque de problèmes de santé.

[122] Compte tenu de ce qui précède, et compte tenu des dispositions de la règle 3 des *Règles des Cours fédérales*, qui prévoit que les Règles doivent être appliquées de façon à permettre d'apporter « une solution au litige qui soit juste et la plus expéditive et économique possible », je suis d'avis que je dois utiliser mon pouvoir discrétionnaire afin de considérer comme preuve d'expert les affidavits de quatre des cinq témoins, et ce, malgré l'omission des demandeurs de se conformer aux Règles à cet égard.

[123] Je conviens cependant avec les défendeurs que le rôle du D^r Daneman comme porte-parole dans la lutte contre les modifications apportées au PFSI en 2012 est incompatible avec le rôle de témoin expert dans la présente affaire. Le rôle de témoin expert n'est pas de défendre une cause, mais plutôt d'aider la cour au moyen d'un témoignage d'opinion indépendant et neutre à propos des questions qui relèvent de son expertise : *National Justice Compania Naviera S.A. v. Prudential Assurance Co. Ltd. (the "Ikarian Reefer")*, [1993] 2 Lloyd's Rep. 68 (Q.B. (Com. Ct.)), aux pages 81 et 82.

[124] Par conséquent, bien que je sois disposée à tenir compte des éléments de preuve factuels produits par le D^r Daneman en ce qui a trait aux mesures qu'il aurait pu prendre dans la foulée des modifications apportées au PFSI en 2012 ainsi que celles qu'auraient pu adopter les organismes dont il fait partie, je ne suis pas disposée à accorder de force probante aux opinions contenues dans son affidavit.

[125] Having so determined, I turn now to consider the public reaction to the 2012 changes to the IFHP, and the impact that these changes have had.

(2) The Public Reaction

[126] The 2012 changes to the IFHP were condemned by many involved in providing health care and other forms of assistance to those seeking the protection of Canada, as well as by newspaper editorial writers and provincial governments. I will deal with the public outcry that followed the creation of the 2012 IFHP in greater detail in the context of my section 12 Charter analysis, but will briefly identify the nature of the concerns that were expressed in order to provide a context for the discussion that follows.

[127] Some 21 national medical organizations, including the Canadian Medical Association, the Royal College of Physicians and Surgeons of Canada, the College of Family Physicians of Canada, the Canadian Association of Midwives, the Canadian Psychiatric Association, the Canadian Paediatric Society, the Public Health Physicians of Canada and the Canadian Association of Emergency Physicians offered statements expressing concerns with respect to the cuts to the IFHP.

[128] A group of these organizations wrote to the Minister of Citizenship and Immigration on May 18, 2012, decrying the pending changes to the IFHP. Amongst other things, the organizations observed that the cost of providing care to vulnerable individuals would be downloaded to provincial social support programs, community-based health programs, the charitable sector and others.

[129] The organizations further note that the failure to provide “up front health services” created the risk that undiagnosed and untreated medical conditions would result in increased medical complications, as well as future health care costs. In addition, the failure to address medical concerns would make it more difficult

[125] À la lumière de cette conclusion, j’examinerai maintenant la réaction du public à l’égard des modifications apportées au PFSI en 2012 ainsi que les effets de ces modifications.

2) La réaction du public

[126] Les modifications apportées au PFSI en 2012 ont été décriées par de nombreux intervenants dans la prestation des soins de santé et dans d’autres formes d’aide aux personnes demandant la protection du Canada, ainsi que par de nombreux éditorialistes et gouvernements provinciaux. Je discuterai plus en détail l’outrage public ayant suivi la création du PFSI de 2012 dans le contexte de mon analyse relative à l’article 12 de la Charte, mais j’aborderai brièvement la nature des inquiétudes qui ont été exprimées en vue de fournir un contexte pour la discussion qui suivra.

[127] Quelques 21 organismes médicaux à l’échelle nationale, y compris l’Association médicale canadienne, le Collège royal des médecins et chirurgiens du Canada, le Collège des médecins de famille du Canada, l’Association canadienne des sages-femmes, l’Association des psychiatres du Canada, la Société canadienne de pédiatrie, Médecins de santé publique du Canada et l’Association canadienne des médecins d’urgence, ont produit des déclarations par lesquelles ils exprimaient leurs inquiétudes relativement aux compressions effectuées dans le PFSI.

[128] Une partie de ces organismes a écrit au ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration le 18 mai 2012 pour décrier les modifications à venir au PFSI. Ceux-ci ont entre autres fait remarquer que le coût de la prestation des soins aux personnes vulnérables serait transféré aux programmes provinciaux de soutien social, aux programmes de santé communautaires, au secteur caritatif ainsi qu’à d’autres organismes.

[129] En outre, ces organismes ont fait remarquer que l’absence de [TRADUCTION] « services de santé initiaux » a créé un risque que des problèmes de santé non diagnostiqués et non traités entraînent des complications ainsi que des coûts de santé à l’avenir. De plus, ne pas traiter les problèmes de santé pourrait rendre plus

for newcomers to Canada to learn new languages, attend school or enter the job market.

[130] Dr. Meb Rashid is a family physician in Toronto and a founding member of CDRC. He states in his affidavit that despite requests from these medical associations for a meeting with the Minister of Citizenship and Immigration to discuss the pending changes to IFHP, no such meeting ever took place.

[131] Provincial governments also expressed serious concerns with respect to the changes to the IFHP. For example, shortly before the 2012 IFHP came into effect, the Ontario Minister of Health and Long-Term Care wrote to the federal ministers of Health and Immigration calling on the federal government to reinstate the pre-2012 IFHP.

[132] The Ontario Health Minister's letter accused the Government of Canada of having "abdicated its responsibility towards some of the most vulnerable in our society". The Minister stated that if denied coverage for early health care interventions and medication, people would not seek medical care until they were in need of emergency treatment. In addition to causing "needless pain and suffering", the failure to treat conditions "will exacerbate the future health care needs [of affected individuals]" and has "effectively downloaded federal costs onto the provincial health care system".

(3) Confusion in the Health Care Profession

[133] It will be recalled that the changes to the IFHP were first announced on April 25, 2012, and came into effect on June 30, 2012. CIC carried out a number of briefings during this time, explaining the changes to the provinces and territories, national health organizations, service provider organizations, the Canadian Council of Refugees and other national organizations representing refugees and refugee claimants. Information bulletins

difficile l'apprentissage de nouvelles langues, la fréquentation d'un établissement d'enseignement ou l'entrée sur le marché du travail pour les nouveaux arrivants.

[130] Le D^r Meb Rashid est un médecin de famille qui pratique à Toronto et il est un membre fondateur de MCSR. Il déclare dans son affidavit que, malgré les demandes formulées par les associations médicales en vue de rencontrer le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration pour discuter des modifications à venir au PFSI, une telle rencontre n'a jamais eu lieu.

[131] Les gouvernements provinciaux ont eux aussi exprimé de sérieuses réserves relativement aux modifications apportées au PFSI. À titre d'exemple, peu avant l'entrée en vigueur du PFSI de 2012, le ministre de la Santé et des Soins de longue durée de l'Ontario a écrit aux ministres fédéraux de la Santé et de l'Immigration pour demander au gouvernement fédéral de rétablir le PFSI dans sa version antérieure à 2012.

[132] Dans sa lettre, le ministre de la Santé de l'Ontario accusait le gouvernement d'avoir [TRADUCTION] « abdiqué sa responsabilité à l'égard de certains des plus vulnérables de notre société ». Le ministre a affirmé que les gens qui se voient refuser une couverture d'assurance pour les interventions médicales précoces et les médicaments ne chercheront pas à obtenir des soins de santé avant que leur situation ne nécessite un traitement urgent. En plus d'occasionner des [TRADUCTION] « douleurs et souffrances gratuites », ne pas traiter les problèmes de santé [TRADUCTION] « exacerbera les besoins futurs en matière de soins de santé [des personnes concernées] » et a [TRADUCTION] « effectivement transféré les coûts fédéraux vers le système de santé provincial ».

3) La confusion chez les professionnels de la santé

[133] Il convient de rappeler que les modifications apportées au PFSI ont été annoncées pour la première fois le 25 avril 2012 et qu'elles sont entrées en vigueur le 30 juin 2012. CIC a donné de nombreuses séances d'information au cours de cette période, lors desquelles il expliquait les modifications aux provinces et aux territoires, aux organismes de santé nationaux, aux organismes fournisseurs de services, au Conseil canadien

were also published on the CIC website and on the website of the claims administrator, Medavie Blue Cross.

[134] There was, nevertheless, considerable confusion on the part of health care providers in processing the health care claims of refugee claimants in the wake of the 2012 changes to the IFHP. The applicants' affidavits state that surgeries have been cancelled due to uncertainties surrounding patients' IFHP insurance coverage. Incorrect information has also been provided with respect to other patients' IFHP status, with the result that health care has been denied to patients who were in fact eligible for coverage for the care in question.

[135] In others cases, doctors have demanded that patients pay the cost of medical treatment "up front", even though patients might actually have IFHP coverage for the services or treatment in question.

[136] Some doctors have found the new system too confusing, and are now simply refusing to see any IFHP patients. According to the affidavit of Dr. Rashid, this is a particular problem with specialists.

[137] Manavi Handa is a midwife working with refugee claimants in Ontario. She describes in her affidavit how two of her clients, IFHP beneficiaries receiving obstetrical care in hospitals were asked to pay hospital fees up front following the 2012 changes to the IFHP, even though the status of their health care coverage had in fact remained unchanged.

[138] Dr. Paul Caulford, a family physician and co-founder and medical director of the Community Volunteer Clinic for the Medically Uninsured, outlines numerous difficulties that his clinic has encountered

pour les réfugiés et à d'autres organismes nationaux représentant les réfugiés et les demandeurs d'asile. Des bulletins d'information ont aussi été affichés sur le site Web de CIC ainsi que sur le site Web de l'administrateur des demandes de règlement, la Croix Bleue Medavie.

[134] Il y a cependant eu beaucoup de confusion chez les prestataires de soins de santé dans le traitement des demandes de règlement de soins de santé présentées par les demandeurs d'asile à la suite de modifications apportées au PFSI en 2012. Les déposants des demandeurs déclarent que des chirurgies ont été annulées en raison des incertitudes entourant la couverture offerte aux patients par le PFSI. De plus, des renseignements inexacts ont également été fournis concernant l'état de la couverture offert par le PFSI dont d'autres patients disposaient. Des patients qui étaient en fait admissibles à la couverture offerte pour les soins de santé dont ils avaient besoin n'ont donc pas pu avoir accès aux soins de santé en question.

[135] Dans d'autres cas, des médecins ont demandé que les patients payent le coût des traitements médicaux [TRADUCTION] « immédiatement », même si les patients étaient peut-être concrètement couverts par le PFSI pour les services ou les traitements en question.

[136] Certains médecins ont trouvé que le nouveau système portait trop à confusion et, maintenant, ils refusent simplement de voir des patients qui sont bénéficiaires du PFSI. Selon l'affidavit du Dr Rashid, le problème se pose particulièrement chez les spécialistes.

[137] Manavi Handa est une sage-femme qui travaille avec les demanderesses d'asile en Ontario. Elle évoque dans son affidavit deux de ses clientes, des bénéficiaires du PFSI qui recevaient des soins obstétricaux à l'hôpital, qui s'étaient fait demander de payer des frais hospitaliers immédiatement à la suite des modifications apportées au PFSI en 2012, même si l'état de la couverture dont elles bénéficiaient n'avait en fait pas changé.

[138] Le Dr Paul Caulford, médecin de famille ainsi que co-fondateur et directeur médical de la Community Volunteer Clinic for the Medically Uninsured, souligne les nombreuses difficultés auxquelles a fait face la

since June 30, 2012, asserting that the IFHP system has “become a confusing administrative nightmare”: at paragraph 23.

[139] This confusion on the part of health care providers is hardly surprising. Indeed, the chapter in the CIC manual dealing with the IFHP is some 52 pages in length, complete with flow charts and eligibility tables explaining which class of claimant is entitled to what level of care at which stage in the proceedings. Dr. Rashid testified that a colleague of his with an interest in refugee health told him “[s]end me Einstein’s theory of relativity. It’s easier”: Rashid cross-examination, at question 337.

[140] While not denying that problems have occurred since the changes to the IFHP came into effect on June 30, 2012, Allison Little Fortin, the director of the IFHP in the Health Branch of CIC, describes in her affidavit the efforts that CIC has made to address the concerns that have arisen in the wake of the changes to the IFHP, particularly with respect to ensuring that information regarding a patient’s entitlement to IFHP coverage is accessible and accurate.

[141] The respondents note that the claims administration process is substantially the same as it was before the 2012 changes were made to the IFHP. The respondents further argue that cross-examination of some of the affiant health practitioners reveals that some of this confusion was due “in large part” to their failure to “inform themselves of the changes”: see transcript, Vol. 2, at page 72. The record also reveals, however, that some doctors such as Dr. Caulford did make efforts to learn about the 2012 changes to the IFHP and to understand how it works.

(4) The Systemic Consequences of the 2012 Changes to the IFHP

clinique depuis le 30 juin 2012, et prétend que le PFSI est [TRADUCTION] « devenu un cauchemar administratif » : au paragraphe 23.

[139] Cette confusion chez les prestataires de soins de santé n’est guère surprenante. En effet, le chapitre du guide de CIC qui traite du PFSI compte quelque 52 pages, et comporte des diagrammes de processus et des tableaux d’admissibilité expliquant quelle catégorie de demandeur a droit à quel niveau de soins à quelle étape de la procédure. Le D^r Rashid a affirmé dans son témoignage qu’un de ses collègues qui s’intéressait à la question des problèmes de santé chez les réfugiés lui avait dit que [TRADUCTION] « la théorie de la relativité d’Einstein était plus facile à comprendre » : contre-interrogatoire du D^r Rashid, question 337.

[140] Bien qu’elle ne nie pas que des problèmes se soient posés depuis l’entrée en vigueur des modifications apportées au PFSI le 30 juin 2012, Allison Little Fortin, la directrice du PFSI à la Direction générale de la santé de CIC, a exposé dans son affidavit les efforts que CIC avait déployés pour répondre aux préoccupations qui avaient découlé des modifications apportées au PFSI, particulièrement pour ce qui est de veiller à ce que les renseignements concernant l’admissibilité d’un patient au PFSI soient accessibles et exacts.

[141] Les défendeurs relèvent que le processus de traitement des demandes est essentiellement identique à celui qui existait avant que les modifications soient apportées au PFSI en 2012. Les défendeurs soutiennent aussi qu’il ressort du contre-interrogatoire de certains des déposants qui sont des professionnels de la santé qu’une partie de cette confusion était [TRADUCTION] « en grande partie » attribuable au fait qu’ils ne s’étaient pas [TRADUCTION] « informés des modifications apportées » : voir la transcription, vol. 2, à la page 72. Toutefois, il ressort également du dossier que certains médecins, comme le D^r Caulford, s’étaient bel et bien efforcés d’apprendre les modifications apportées au PFSI en 2012 et comprendre comment elles s’appliquaient.

4) Les conséquences systémiques des modifications apportées au PFSI en 2012

[142] In addition to the confusion in the health care profession discussed in the preceding section, the 2012 changes to the IFHP have had a number of other consequences for the health care system as a whole.

[143] As was noted earlier, an individual's entitlement to IFHP coverage, and the level of that coverage can change over time. As a consequence, patient eligibility for coverage now has to be updated on a regular basis, creating an additional administrative burden for health care providers.

[144] Difficulties confirming the status of a patient's IFHP coverage have been encountered when the patient presents for treatment outside of the office hours of the IFHP claims administrator—Medavie Blue Cross. Problems have also been encountered when the Medavie Blue Cross website is down, which has evidently occurred from time to time.

[145] Delays in issuing eligibility certificates for inland refugee claimants have also created difficulties when these refugee claimants have developed health problems prior to receiving their certificates. In contrast to the pre-2012 system where most refugee claimants were granted temporary coverage upon entry into Canada pending determination of their eligibility, under the 2012 IFHP, refugee claimants are not granted any health care coverage until their eligibility is determined. Although some of these delays have been addressed by the respondents, it appears that difficulties may still be encountered in emergency situations.

[146] Ms. Handa, the midwife mentioned earlier, identified a particular concern that arises in the case of pregnant women. Ms. Handa notes that obstetricians commit to take on the care of pregnant women for a defined period of time, generally nine months. A patient's entitlement to IFHP can change over time as individuals move through the refugee determination process. Patient entitlement to health insurance coverage

[142] Outre la confusion chez les professionnels de la santé dont il a été question dans la section précédente, les modifications apportées au PFSI en 2012 ont eu de nombreuses autres conséquences sur le système de soins de santé dans son ensemble.

[143] Comme je l'ai déjà signalé, l'admissibilité à la couverture prévue par le PFSI et le niveau de cette couverture peuvent changer au fil du temps. Par conséquent, l'admissibilité d'un patient à la couverture doit maintenant être mise à jour régulièrement, ce qui alourdit le travail administratif des prestataires de soins de santé.

[144] Lorsque les patients se présentaient pour recevoir un traitement en dehors des heures d'ouverture des bureaux de l'administrateur du PFSI, la Croix Bleue Medavie, il était difficile de confirmer l'état de la couverture qui leur était offerte par le PFSI. Il y a eu aussi des problèmes lorsque le site Web de la Croix Bleue Medavie était en panne, ce qui s'est évidemment produit de temps à autre.

[145] Des retards dans la délivrance des certificats d'admissibilité pour les demandeurs d'asile ayant présenté une demande d'asile depuis le Canada ont aussi posé problème lorsque ces demandeurs d'asile commençaient à avoir des problèmes de santé avant de recevoir leurs certificats. Contrairement au régime en place avant 2012, au titre duquel la plupart des demandeurs d'asile bénéficiaient d'une couverture temporaire à leur arrivée au Canada en attendant qu'une décision soit prise quant à leur admissibilité, sous le régime en place en 2012, les demandeurs d'asile ne bénéficient pas d'une assurance maladie jusqu'à ce qu'une décision soit prise en ce qui concerne leur admissibilité. Bien que certains de ces retards aient été abordés par les défendeurs, il semble que des problèmes puissent encore se produire dans les situations d'urgence.

[146] M^{me} Handa, la sage-femme mentionnée précédemment, a soulevé une préoccupation particulière qui se pose pour les femmes enceintes. M^{me} Handa souligne que les obstétriciens s'engagent à prendre soin des femmes enceintes pour une période de temps définie, généralement neuf mois. L'admissibilité du patient au PFSI peut changer au fil du temps au fur et à mesure que la personne franchit les étapes du processus de

can also change over time as the Program continues to evolve, for example, as new countries are added to the DCO list. As a result, obstetricians cannot be certain that a woman taken into care at one stage in her pregnancy will still have IFHP coverage for obstetrical care later in her pregnancy.

[147] The result of this, Ms. Handa says, is that “more and more obstetricians are reluctant to take on any women who now have IFHP regardless of what category they fall into”: Handa affidavit, at paragraph 12.

[148] Concerns have also been expressed by doctors with respect to the ethical issues that are created for them as a result of the 2012 changes to the IFHP. As Dr. Rashid explained in his cross-examination “once you see somebody who has pneumonia, and you’ve ruled out TB, what if they’re still sick?” Are we supposed to then just say, I’m sorry, your coverage is finished, please move on? Once you assume care for an individual I think ethically it’s highly problematic to say two visits, three visits, sorry, you don’t have TB. We don’t care what you have, please move on”: Rashid cross-examination, at question 357.

[149] Evidence has also been provided with respect to the impact of the 2012 changes to the IFHP on overall health care spending. While the respondents have pointed to a decrease in spending on health care for IFHP beneficiaries as a result of the changes to the Program, the applicants’ witnesses suggest that it is not at all clear that the changes will actually result in any net savings to Canadian taxpayers, once the costs that have simply been downloaded to others are factored into the equation. The changes will, moreover, most certainly have negative health consequences for the affected individuals.

détermination du statut de réfugié. Le droit du patient à une couverture d’assurance maladie peut également changer au fil du temps car le Programme continue d’évoluer, par exemple lorsque de nouveaux pays sont ajoutés à la liste des pays d’origine désignés, les obstétriciens ne peuvent pas être certains qu’une femme prise en charge à un stade particulier de sa grossesse bénéficiera encore de la couverture offerte par le PFSI à un stade ultérieur de sa grossesse pour les soins obstétricaux dont elle a besoin.

[147] Selon M^{me} Handa, il y a donc [TRADUCTION] « de plus en plus d’obstétriciens qui hésitent à prendre en charge les femmes qui bénéficient actuellement du PFSI, quelle que soit la catégorie à laquelle elles appartiennent » : affidavit de M^{me} Handa, au paragraphe 12.

[148] Des préoccupations ont aussi été soulevées par les médecins concernant les questions éthiques auxquelles ils font face en raison des modifications apportées au PFSI en 2012. Comme le D^r Rashid l’a expliqué lors de son contre-interrogatoire, [TRADUCTION] « lorsque vous voyez quelqu’un qui a une pneumonie et que vous avez écarté la possibilité que la personne ait la tuberculose, que faites-vous si cette personne est encore malade? Sommes-nous censés simplement dire, je suis désolé, vous n’êtes plus couvert, vous pouvez disposer? Lorsque nous prenons soin d’une personne, je crois qu’il est très difficile, sur le plan éthique, de dire après deux ou trois visites : désolé, vous n’avez pas la tuberculose, nous ne nous soucions pas de ce que vous avez, vous pouvez disposer » : contre-interrogatoire du D^r Rashid, question 357.

[149] Des éléments de preuve ont également été présentés au sujet des répercussions des modifications apportées au PFSI en 2012 sur l’ensemble des dépenses en matière de soins de santé. Bien que les défendeurs aient souligné qu’il y a eu une diminution des dépenses relatives aux soins de santé pour les bénéficiaires du PFSI à la suite des modifications apportées, les témoins des demandeurs soutiennent qu’il est loin d’être évident que les modifications se traduiront effectivement par des économies nettes pour les contribuables canadiens une fois que les coûts qui ont simplement été transférés à d’autres seront pris en compte. Les modifications auront, en outre, très certainement des répercussions défavorables sur la santé des personnes concernées.

[150] Dr. Rachlis has analysed the 2012 changes to the IFHP and has provided an expert opinion on health care utilization and costs. He asserts that study after study has confirmed that poor individuals without health insurance are less likely to seek medical care, which can increase the risk of adverse health effects. These individuals “use fewer primary health care services (e.g. family doctors, nurse practitioners, midwives), taking less needed prescribed medication, and therefore only seek health care if/when they have a health crisis”: Rachlis affidavit, at paragraph 5. This results in “poorer overall health and higher use of hospital services, both emergency rooms and acute care beds”: at paragraph 6.

[151] There is, moreover, a cost to reducing access to primary health care. According to Dr. Rachlis, any cost savings achieved by cutting insurance for primary health care “may be outweighed by higher subsequent costs for other health care services, especially hospital services”.

[152] Dr. Rachlis has identified what he says is the proper methodology that should be followed in order to determine whether the 2012 changes to the IFHP have actually resulted in any net public sector cost savings. To the best of Dr. Rachlis’ knowledge, the Government of Canada has not carried out such an analysis.

[153] Evidence was also provided by Dr. Rummens with respect to the impact of health care insurance coverage or a lack thereof on access to medical care and health outcomes for immigrant, refugee claimant and other migrant children. It will be recalled that Dr. Rummens is a principal investigator in a research project entitled “*Migratory Status of the Child and Limited Access to Health Care*”. Dr. Rummens’ evidence essentially mirrors that of Dr. Rachlis, except that it specifically addresses the health consequences of a lack of health insurance for children.

[150] Le D^r Rachlis a analysé les modifications apportées au PFSI en 2012 et a présenté une opinion d’expert au sujet du recours aux soins de santé et des coûts y afférents. Il allègue que de nombreuses études confirment que les pauvres qui n’ont pas d’assurance maladie sont moins susceptibles de chercher à obtenir des soins médicaux, ce qui peut augmenter le risque d’effets préjudiciables sur la santé. Ces personnes [TRADUCTION] « ont moins recours à des services de soins de santé primaires (p. ex., les médecins de famille, les infirmières praticiennes, les sages-femmes), prennent moins les médicaments sur ordonnance dont elles ont besoin et ne cherchent donc à obtenir des soins de santé qu’en situation de crise » : affidavit du D^r Rachlis, au paragraphe 5. Cela se traduit par [TRADUCTION] « un moins bon état de santé général et un recours accru aux services hospitaliers, tant les services d’urgences que les services de soins de courte durée » : au paragraphe 6.

[151] La réduction de l’accès aux soins de santé primaires a, en outre, un coût. Selon le D^r Rachlis, toute économie de coûts réalisée au moyen de compressions en ce qui concerne l’assurance des soins de santé primaires [TRADUCTION] « peut être moins importante que les coûts plus élevés supportés ultérieurement pour les autres services de soins de santé, surtout les services hospitaliers ».

[152] Le D^r Rachlis a précisé ce qui, selon lui, est la méthode qu’il conviendrait de suivre pour établir si les modifications apportées au Programme en 2012 se sont, concrètement, traduites par des économies nettes dans le secteur public. À sa connaissance, le gouvernement du Canada n’a pas effectué une telle analyse.

[153] M^{me} Rummens a aussi témoigné au sujet des répercussions de la couverture des soins de santé ou de l’absence d’une telle couverture sur l’accès à des soins de santé et des effets sur la santé des enfants qui sont immigrants, demandeurs d’asile ou autres migrants. Il y a lieu de rappeler que M^{me} Rummens est chercheuse principale pour un projet de recherche intitulé « *Migratory Status of the Child and Limited Access to Health Care* ». Le témoignage de M^{me} Rummens reflète essentiellement celui du D^r Rachlis, sauf que celle-ci traite expressément des conséquences de l’absence d’assurance maladie pour les enfants.

[154] Based upon an analysis of paediatric emergency records, Dr. Rummens says that the preliminary findings of her research are that “children without health care insurance access emergency care less often and with more serious health concerns compared to children who were covered under the former ... IFHP”: Rummens affidavit, at paragraph 6.

[155] These children “are also found to be more highly represented at more serious triage levels than children with [pre-2012] IFHP coverage”: at paragraph 5. According to Dr. Rummens, this suggests that there may have been a delay in seeking help for some of the children—a phenomenon that has been identified in research regarding uninsured adult populations.

[156] It can be anticipated, says Dr. Rummens, that the health status outcomes of children who have had their health care insurance coverage reduced by the 2012 changes to the IFHP “will likely come to mirror” the health status outcomes for the uninsured children in her study: at paragraph 8.

(5) The Impact on Individual Claimants

[157] A significant body of evidence was adduced by the applicants with respect to the impact that the 2012 changes to the IFHP have had on individuals requiring health care. Before turning to consider this evidence, however, it is first necessary to address the respondents’ objections to some of the applicants’ evidence on this issue.

(a) *The Frailties in the Applicants’ Non-expert Evidence*

[158] The respondents take issue with much of the evidence adduced by the applicants with respect to the impact of the 2012 changes to the IFHP on individuals other than Messrs. Ayubi and Garcia Rodrigues,

[154] En se fondant sur l’analyse des dossiers des urgences pédiatriques, M^{me} Rummens dit que les conclusions préliminaires de sa recherche portent que les [TRADUCTION] « enfants qui n’ont pas d’assurance maladie ont moins souvent accès aux soins d’urgence et que, lorsqu’ils le font, ils ont des problèmes de santé plus graves si on les compare aux enfants couverts par l’ancien [...] PFSI » : affidavit de M^{me} Rummens, au paragraphe 6.

[155] [TRADUCTION] « [II] est aussi conclu que [ces enfants] ont une représentation supérieure aux niveaux de triage plus graves que les enfants disposant de la couverture prévue par le PFSI [avant 2012] » : au paragraphe 5. Selon M^{me} Rummens, cela donne à penser qu’on a peut-être tardé à chercher de l’aide pour certains des enfants — un phénomène qui a été constaté dans des recherches menées concernant les adultes non assurés.

[156] M^{me} Rummens affirme que, vraisemblablement, les résultats obtenus en ce qui concerne l’état de santé des enfants dont la couverture des soins de santé a été réduite par suite des modifications apportées au PFSI en 2012 [TRADUCTION] « finiront probablement par ressembler aux » résultats obtenus en ce qui concerne l’état de santé des enfants non assurés dans son étude : au paragraphe 8.

5) L’incidence sur les demandeurs individuels

[157] Un large faisceau de preuves a été présenté par les demandeurs au sujet des répercussions que les modifications apportées au PFSI en 2012 ont eues sur les personnes nécessitant des soins de santé. Avant de passer à l’examen de ces éléments de preuve, il faut tout d’abord répondre aux objections que les défendeurs ont soulevées à l’égard de certains des éléments de preuve présentés sur le sujet.

a) *Les lacunes des témoignages autres que ceux des experts produits par les demandeurs*

[158] Les défendeurs contestent la plupart des éléments de preuve que les demandeurs ont présentés à l’égard de l’incidence des modifications apportées au PFSI en 2012 sur d’autres personnes que M. Ayubi et

submitting that the applicants have failed to place sufficient direct, specific and detailed evidence before the Court to support their Charter claims.

[159] The respondents note that although the applicants have provided evidence regarding the experiences of many individuals under the 2012 IFHP, only a few of these individuals have been identified by name. According to the respondents, much of this evidence is hearsay, or is anecdotal, unreliable, general and non-specific, and thus of little value.

[160] Furthermore, the respondents say that cross-examination on a number of the applicants' affidavits revealed uncertainty as to critical facts, including the IFHP eligibility of the patient in question, as well as the tier of IFHP coverage to which the patient may have been entitled at the relevant time.

[161] As will be discussed in greater detail in relation to the issue of standing, the applicants say that they have encountered "considerable practical difficulties" in having individuals come forward with information in this case. For example, Dr. Rashid explains that, beyond their physical and mental illnesses and their psychological frailties, his patients have been reluctant to share their stories publicly because of their lack of secure immigration status, and the fact that they would be criticizing the very government from which they are seeking protection.

[162] While acknowledging that doctors and other health care providers who have provided affidavits in this case were, in some cases, referring to information that they had received from others, the applicants nevertheless say that the vast majority of the evidence provided by these affiants was evidence regarding cases in which the deponents were personally and directly involved.

M. Garcia Rodrigues, et ont soutenu que les demandeurs n'avaient pas présenté suffisamment d'éléments de preuve directs, précis et circonstanciés à la Cour à l'appui de leurs moyens tirés de la Charte.

[159] Les défendeurs relèvent que, bien que les demandeurs aient présenté des éléments de preuve concernant les situations auxquelles de nombreuses personnes ont été confrontées dans le cadre du PFSI de 2012, seulement quelques-unes de ces personnes ont été nommées. Selon les défendeurs, la plupart des éléments de preuve sont des ouï-dire, sont des éléments de preuve isolés, généraux ou vagues ou sont des éléments de preuve qui ne sont pas fiables, et on ne peut donc y accorder que peu d'importance.

[160] De plus, les défendeurs déclarent qu'il est ressorti du contre-interrogatoire qu'un certain nombre des affidavits des demandeurs comportaient des incertitudes quant à des faits essentiels, y compris l'admissibilité au PFSI du patient en question, ainsi que le niveau de couverture prévu par le PFSI auquel le patient avait peut-être droit pendant toute la période pertinente.

[161] Comme nous le verrons en détail un peu plus loin, en ce qui concerne la question de la qualité pour agir, les demandeurs affirment qu'ils ont eu [TRADUCTION] « beaucoup de difficultés d'ordre pratique » à trouver des personnes disposées à se manifester afin de communiquer des renseignements en l'espèce. Par exemple, le D^r Rashid explique que, mis à part leurs maladies physiques et mentales et leur fragilité psychologique, ses patients hésitaient à exposer leur vécu sur la place publique parce qu'ils n'avaient pas obtenu le statut d'immigrant et qu'il leur faudrait critiquer le gouvernement même auquel ils demandent la protection.

[162] Bien qu'ils aient admis que les médecins et les autres prestataires de soins de santé ayant produit des affidavits en l'espèce faisaient, dans certains cas, référence à des renseignements qu'ils avaient reçus d'autres personnes, les demandeurs affirment néanmoins que la grande majorité des éléments de preuve présentés par ces déposants concernaient des cas par lesquels les déposants étaient concernés personnellement et directement.

[163] The applicants also note that the respondents do not dispute that the 2012 modifications to the IFHP have probably had an adverse effect on the health of some of those affected by the changes. According to the applicants, “there is no better evidence than that of a doctor who is called upon to treat an individual and can’t provide the treatment that is required because the individual doesn’t have the necessary health care coverage”: see transcript, Vol. 2, at page 226.

[164] The applicants further observe that the respondents were unable to produce evidence to dispute any of the information provided by the affiants demonstrating that the changes to the IFHP are having adverse effects, with the result that the evidence of harm is uncontradicted.

[165] The Supreme Court has been clear that “*Charter* decisions should not and must not be made in a factual vacuum” and that “*Charter* decisions cannot be based upon the unsupported hypotheses of enthusiastic counsel”: *MacKay v. Manitoba*, [1989] 2 S.C.R. 357, at pages 361–362.

[166] Similarly, in *Danson v. Ontario (Attorney General)*, [1990] 2 S.C.R. 1086, the Court observed that it had “been vigilant to ensure that a proper factual foundation exists before measuring legislation against the provisions of the *Charter*, particularly where the effects of impugned legislation are the subject of the attack”: at page 1099. See also *Canada v. Stanley J. Tessmer Law Corporation*, 2013 FCA 290, 297 C.R.R. (2d) 255, at paragraph 9.

[167] A distinction is drawn in *Charter* litigation between “adjudicative facts” and “legislative facts”: see *Danson*, above, at page 1099 for an explanation of the distinction between the two. More recently, however, the Supreme Court has recognized that social and legislative facts may in fact be intertwined with adjudicative facts: *Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101 (*Bedford*), at paragraph 52.

[163] Les demandeurs relèvent également que les défendeurs ne contestent pas que les modifications apportées au PFSI en 2012 aient probablement eu un effet préjudiciable sur la santé de certaines des personnes concernées par les modifications. Selon les demandeurs, [TRADUCTION] « il n’existe pas de meilleure preuve que le témoignage d’un médecin qui est appelé à traiter une personne et qui ne peut appliquer le traitement dont celle-ci a besoin parce que la personne ne dispose pas de la couverture nécessaire en matière de soins de santé » : voir la transcription, vol. 2, à la page 226.

[164] Les demandeurs font également remarquer que les défendeurs n’ont pas été en mesure de présenter d’éléments de preuve pour contester les renseignements produits par les déposants, dont il ressortait que les modifications apportées au PFSI avaient un effet préjudiciable, de sorte que la preuve présentée au sujet du préjudice subi est non contredite.

[165] La Cour suprême du Canada enseigne clairement que « [l]es décisions relatives à la *Charte* ne doivent pas être rendues dans un vide factuel » et que « [l]es décisions relatives à la *Charte* ne peuvent pas être fondées sur des hypothèses non étayées qui ont été formulées par des avocats enthousiastes » : *MacKay c. Manitoba*, [1989] 2 R.C.S. 357, aux pages 361 et 362.

[166] De même, à l’occasion de l’affaire *Danson c. Ontario (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1086, la Cour suprême du Canada a observé qu’elle avait « toujours veillé soigneusement à ce qu’un contexte factuel adéquat existe avant d’examiner une loi en regard des dispositions de la *Charte*, surtout lorsque le litige porte sur les effets de la loi contestée » : à la page 1099. Voir aussi l’arrêt *Canada c. Stanley J. Tessmer Law Corporation*, 2013 CAF 290, au paragraphe 9.

[167] Dans les contentieux fondés sur la *Charte*, on opère une distinction entre les « faits en litige » et les « faits législatifs » : voir l’arrêt *Danson*, précité, à la page 1099, pour une explication de la distinction entre les deux. Cependant, plus récemment, la Cour suprême du Canada a reconnu que les faits législatifs et sociaux et les faits en litige peuvent en fait être inextricablement liés : *Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101 (*Bedford*), au paragraphe 52.

[168] Although they are not parties to the litigation, the evidence regarding the experiences of unnamed individuals is closer to evidence regarding “adjudicative facts” rather than to “legislative facts”. According to the Supreme Court in *Danson*, “[s]uch facts are specific, and must be proved by admissible evidence”: at page 1099.

[169] That said, as will be discussed further on in these reasons, there is some room in Charter litigation for the use of reasonable hypotheticals which are neither “far-fetched” nor “only marginally imaginable as a live possibility”: see, for example, *R. v. Goltz*, [1991] 3 S.C.R. 485, at page 515.

[170] I agree with the respondents that there are frailties in some of the applicants’ evidence regarding the experiences of individuals under the 2012 IFHP. There are, for example, material gaps in the information regarding the immigration status of certain individuals or the level of IFHP coverage to which the individual was entitled at the time in question. These gaps significantly undermine the probative value of the evidence.

[171] There are, however, several affidavits provided by individuals other than Mr. Ayubi and Mr. Garcia Rodrigues —people who have themselves been directly affected by the 2012 changes to the IFHP. This evidence is specific, and deals with matters coming within the direct knowledge of the deponents. As a consequence, I am prepared to ascribe probative value to this evidence, which will be discussed further on in this section.

[172] A number of community workers, health care providers and lawyers have also provided affidavit evidence about the cases of unnamed individuals in which the deponents have been directly involved. I am satisfied that in the cases discussed below, enough reliable detail has been provided to warrant consideration of the evidence in question as being illustrative of some of the ways in which the 2012 changes to the IFHP can affect Program beneficiaries.

[168] La preuve relative aux situations auxquelles des personnes non nommées ont fait face, bien que ces personnes ne soient pas parties au litige, s’apparente davantage à la preuve relative aux « faits en litige » qu’à celle relative aux « faits législatifs ». Selon la Cour suprême du Canada, dans l’arrêt *Danson*, « Ces faits sont précis et doivent être établis par des éléments de preuve recevables » : à la page 1099.

[169] Cela dit, comme nous le verrons plus loin dans les présents motifs, il existe une certaine latitude dans les contentieux fondés sur la Charte en ce qui concerne l’emploi d’exemples hypothétiques raisonnables, qui ne sont ni « invraisemblable[s] » ni « difficilement imaginable[s] » : voir, par exemple, *R. c. Goltz*, [1991] 3 R.C.S. 485, à la page 515.

[170] Je suis d’accord avec les défendeurs pour dire qu’il existe des lacunes dans certains des éléments de preuve que les demandeurs ont présentés concernant des situations auxquelles certains ont fait face dans le cadre du PFSI de 2012. Par exemple, les renseignements concernant le statut d’immigration de certaines personnes ou le niveau de couverture prévu par le PFSI auquel les intéressés avaient droit à l’époque en cause comportent des lacunes importantes. Ces lacunes minent grandement la valeur probante de la preuve.

[171] Il existe, toutefois, plusieurs affidavits produits par d’autres personnes que M. Ayubi et M. Garcia Rodrigues sur lesquelles les modifications apportées au PFSI en 2012 ont eu une incidence directe. Il s’agit d’éléments de preuve précis qui ont trait à des questions dont les déposants ont une connaissance directe. Par conséquent, je suis disposée à accorder une valeur probante à ces éléments de preuve, qui seront examinés plus loin dans la présente section.

[172] Un certain nombre de travailleurs communautaires, de fournisseurs de soins de santé et d’avocats ont également présenté une preuve par affidavit au sujet de cas de personnes non identifiées dans lesquels les déposants sont directement concernés. Je conclus que, dans les cas analysés ci-dessous, il a été produit des éléments crédibles et suffisamment circonstanciés pour justifier d’examiner la preuve en question car elle donne des exemples de la manière dont les modifications apportées

[173] Before turning to consider the evidence regarding non-parties, however, I will first address the evidence with respect to the two individual applicants.

(b) *Mr. Ayubi's Experience*

[174] As was noted earlier in these reasons, Mr. Ayubi is a failed refugee claimant from Afghanistan who first came to Canada in April 2001. Mr. Ayubi says that he developed "juvenile" or "Type 1" diabetes when he was 10 years old, and that since then he has been dependent on regular injections of insulin for his survival.

[175] Mr. Ayubi deposes that he left Afghanistan in part because of his fear of the human rights violations committed by the Taliban, and also because the war in Afghanistan prevented him from getting adequate medical care for his diabetes. He confirmed in his cross-examination on his affidavit that part of the reason that he came to Canada was because he could not always get the medication that he needed in Afghanistan.

[176] Mr. Ayubi's refugee claim was rejected by the Immigration and Refugee Board in 2001. In light of Mr. Ayubi's "overall lack of credibility", the Board did not believe that he had encountered any problems with the Taliban as a result of his opposition to the war in his country. Nor did the Board accept that Mr. Ayubi would have any problems with governmental authorities, based upon his alleged opposition to the war. The Board noted that Mr. Ayubi's "fragile health" made him unfit for military service, and that he had not provided credible and trustworthy evidence to demonstrate that he had a well-founded fear of being recruited by the Taliban.

[177] The rejection of Mr. Ayubi's refugee claim does not, however, mean that he is not at risk in Afghanistan.

au PFSI en 2012 peuvent avoir des répercussions sur les bénéficiaires du Programme.

[173] Toutefois, avant de me pencher sur l'examen de la preuve concernant les personnes qui ne sont pas parties à l'instance, j'examinerai d'abord la preuve concernant les deux particuliers demandeurs.

b) *Le cas de M. Ayubi*

[174] Comme cela a été déjà mentionné dans les présents motifs, M. Ayubi est un demandeur d'asile débouté venant de l'Afghanistan, qui est arrivé au Canada pour la première fois en avril 2001. M. Ayubi a déclaré qu'il avait commencé à souffrir du diabète « insulino-dépendant » ou diabète « type 1 » lorsqu'il avait 10 ans, et que depuis lors, il survit grâce à des injections régulières d'insuline.

[175] M. Ayubi a témoigné qu'il avait quitté l'Afghanistan, en partie par crainte des violations des droits de la personne commises par les talibans, et en partie parce que la guerre qui sévissait en Afghanistan l'empêchait d'obtenir les soins médicaux appropriés pour son diabète. Il a confirmé, lors du contre-interrogatoire concernant son affidavit, qu'il était venu au Canada en partie parce qu'il ne pouvait pas toujours trouver en Afghanistan les médicaments dont il avait besoin.

[176] La Commission de l'immigration et du statut de réfugié a rejeté la demande d'asile de M. Ayubi en 2001. Compte tenu du [TRADUCTION] « manque général de crédibilité » de M. Ayubi, la Commission n'était pas convaincue qu'il n'avait jamais eu quelque problème que ce soit avec les talibans en raison de son opposition à la guerre dans son pays. La Commission n'a pas non plus retenu la thèse portant que M. Ayubi avait quelque difficulté que ce soit avec les autorités gouvernementales en raison du fait qu'il serait opposé à la guerre. La Commission a noté que l'état de [TRADUCTION] « santé fragile » de M. Ayubi le rendait inapte au service militaire, et qu'il n'avait pas produit d'élément de preuve crédible pour démontrer qu'il avait une crainte raisonnable d'être recruté par les talibans.

[177] Toutefois, le rejet de la demande d'asile de M. Ayubi ne signifie pas qu'il n'est exposé à aucun risque en Afghanistan.

[178] As was noted earlier, Mr. Ayubi was not removed from Canada after the rejection of his refugee claim because Afghanistan is a “moratorium country”. That is, the Government of Canada has determined that the conditions in Afghanistan are simply too dangerous to allow for the repatriation of Afghan nationals, including failed refugee claimants.

[179] While Mr. Ayubi has briefly accessed social assistance benefits, he has worked “fairly steadily” since his arrival in Canada, primarily in minimum wage jobs in restaurants and gas stations. Throughout his time in this country, Mr. Ayubi has filed his tax returns and paid his taxes. He was working as a dishwasher at the time that he swore his affidavit, but continues to be a low-income person making approximately \$10 000 a year.

[180] In accordance with the provisions of the pre-2012 IFHP, Mr. Ayubi had health care coverage from the time of his arrival in Canada until the changes to the IFHP came into effect on June 30, 2012. As a result, Mr. Ayubi’s insulin and diabetic supplies, as well as the medical tests and care that he required to manage his diabetes were all paid for by the federal government. Mr. Ayubi was unable to confirm in his cross-examination how much the Government of Canada has paid for his medical expenses over time.

[181] After June 30, 2012, Mr. Ayubi only had public health or public safety health care coverage. This only covered those health care services and products necessary or required to diagnose, prevent or treat a disease posing a risk to public health, or to diagnose or treat a condition of public safety concern.

[182] Mr. Ayubi’s diabetes is complicated by retinopathy, nephropathy and neuropathy. According to Dr. Stephen Feder, who has been Mr. Ayubi’s family physician at the Pinecrest-Queensway Community Health Centre since 2007, “this places him at significant risk for major morbidity such as blindness, renal failure requiring dialysis or transplant, peripheral arterial

[178] Comme je l’ai souligné plus tôt, M. Ayubi n’a pas été renvoyé du Canada après le rejet de sa demande d’asile, parce que l’Afghanistan est un « pays moratoire ». Cela veut dire que le gouvernement du Canada a conclu que la situation en Afghanistan est simplement trop dangereuse pour qu’on puisse rapatrier des ressortissants afghans, y compris les demandeurs d’asile déboutés.

[179] Bien que M. Ayubi ait brièvement reçu des prestations d’aide sociale, il a travaillé de façon « plutôt constante » depuis son arrivée au Canada et il a principalement occupé des emplois rémunérés au salaire minimum dans des restaurants et des stations-service. Pendant tout son séjour au Canada, M. Ayubi a produit ses déclarations de revenus et a payé ses impôts. Il travaillait comme plongeur au moment où il a souscrit son affidavit, mais il est toujours une personne à faible revenu qui touche environ 10 000 \$ par année.

[180] Conformément aux dispositions du PFSI d’avant 2012, M. Ayubi avait une couverture des soins de santé depuis son arrivée au Canada jusqu’au 30 juin 2012, date d’entrée en vigueur des modifications apportées au PFSI. En conséquence, l’insuline, les fournitures pour diabétiques ainsi que les examens et les soins médicaux dont M. Ayubi avait besoin pour contrôler son diabète étaient tous payés par le gouvernement fédéral. Lors de son contre-interrogatoire, M. Ayubi n’a pas pu confirmer le montant que le gouvernement du Canada avait payé pour ses dépenses médicales au fil du temps.

[181] Après le 30 juin 2012, M. Ayubi ne bénéficiait que de la couverture des soins de santé pour la santé ou la sécurité publiques. Celle-ci vise les seuls services et produits nécessaires pour diagnostiquer, prévenir ou traiter les maladies présentant un risque pour la santé publique ou pour diagnostiquer ou traiter les états préoccupants pour la sécurité publique.

[182] Les complications du diabète de M. Ayubi sont liées à la rétinopathie, à la néphropathie et à la neuropathie. Selon le Dr Stephen Feder, qui est le médecin de famille de M. Ayubi au Centre de santé communautaire Pinecrest-Queensway depuis 2007, [TRADUCTION] « il est ainsi exposé à des risques importants de morbidité majeure, tels que la cécité, l’insuffisance rénale qui

disease requiring surgical intervention, coronary artery disease and of course premature mortality”: Ayubi affidavit, Exhibit A.

[183] Dr. Feder explains that the only way for Mr. Ayubi to avoid these problems “is by taking good care of himself”. To do this, “he requires numerous medications to lessen the burden of illness”, including “insulin, antihypertensives, renal protection, lipid lowering agents to name but a few”. Dr. Feder also explains that Mr. Ayubi “benefits from an antidepressant to help him maintain his morale and his courage going forward”.

[184] After the changes to the IFHP came into effect, Mr. Ayubi no longer had insurance coverage for his medications or his medical treatments and tests as he is classified as a rejected refugee. Mr. Ayubi is unaware of the cost of his various medications and his diabetic supplies such as lancets and testing strips, but is certain that he would not be able to afford them.

[185] A request for discretionary relief was made on behalf of Mr. Ayubi in January of 2013. In May of 2013, he was granted discretionary IFHP coverage by the Minister. This pays for his medical services, but not for his medication and diabetic supplies.

[186] Mr. Ayubi is currently being kept alive by free samples of insulin which are provided to his community health centre by a pharmaceutical company on compassionate grounds. There is, however, no guarantee that these samples will continue to be available to Mr. Ayubi in the future. Mr. Ayubi indicated that samples of the specific medications prescribed to him are not always available, and that he sometimes takes “different kind[s]” of medication: Ayubi cross-examination, at question 215.

[187] Mr. Ayubi is not currently able to access some of his other medications at all. According to Dr. Feder,

exige une dialyse ou une greffe, la maladie artérielle périphérique nécessitant une intervention chirurgicale, la coronaropathie et bien entendu une mortalité prématurée » : affidavit de M. Ayubi, pièce A.

[183] Le D^r Feder a expliqué que la seule manière dont M. Ayubi peut éviter ces problèmes [TRADUCTION] « est de bien prendre soin de lui ». Pour ce faire, [TRADUCTION] « il a besoin de nombreux médicaments pour alléger le fardeau de la maladie », y compris [TRADUCTION] « de l’insuline, des antihypertenseurs, une protection rénale, des agents hypolipémiants, pour n’en citer que quelques-uns ». Le D^r Feder a aussi expliqué que M. Ayubi [TRADUCTION] « bénéficie d’un antidépresseur pour l’aider à garder le moral et à conserver son courage pour aller de l’avant ».

[184] Après l’entrée en vigueur des modifications apportées au PFSI, M. Ayubi n’avait plus d’assurance maladie pour ses médicaments ou pour ses traitements et examens médicaux, étant donné qu’il était considéré comme un demandeur d’asile débouté. M. Ayubi ne connaît pas le coût des divers médicaments et des fournitures pour diabétiques dont il bénéficie, telles que les lancettes et les bandes d’analyse, mais il est certain qu’il n’aurait pas les moyens de se les payer.

[185] Une demande en mesure discrétionnaire a été présentée au nom de M. Ayubi en janvier 2013. En mai 2013, le ministre lui a accordé à titre discrétionnaire une couverture offerte par le PFSI. Celle-ci permet de payer ses services médicaux, mais non ses médicaments ni ses fournitures pour le diabète.

[186] Actuellement, M. Ayubi survit grâce à des échantillons gratuits d’insuline qui sont fournis à son centre de santé communautaire par une société pharmaceutique pour des raisons humanitaires. Toutefois, il n’y a aucune garantie que ces échantillons continueront à être offerts à M. Ayubi à l’avenir. M. Ayubi a précisé que des échantillons de médicaments précis qui lui ont été prescrits ne sont pas toujours disponibles, et que, parfois, il prend des [TRADUCTION] « sortes différentes » de médicaments : contre-interrogatoire de M. Ayubi, question 215.

[187] Actuellement, M. Ayubi ne peut pas du tout avoir accès à certains de ses autres médicaments. Selon

“not having access to these essential medications will undoubtedly be disastrous for [Mr. Ayubi] ... and will ultimately ... be far more expensive to the health care system when he inevitably presents with complications placing him in a life and death situation”.

[188] In his affidavit Mr. Ayubi describes the “constant and severe psychological stress” that he is suffering as a result of his lack of health insurance and the uncertainty surrounding his continued access to lifesaving medication. He adds that the situation is “taking a serious toll” on his health: at paragraph 14.

[189] Mr. Ayubi is a resident of Ontario. He has never applied for coverage under the Ontario Health Insurance Plan (OHIP), although it is by no means clear that he would qualify for OHIP coverage in light of the tenuous and transitory nature of his employment. In any event, OHIP would not cover the cost of Mr. Ayubi’s medication and diabetic supplies. Mr. Ayubi has also stated that he cannot afford to purchase private health insurance.

[190] Evidence was also provided regarding Mr. Ayubi’s case by Christopher Bradley, a nurse practitioner at the Pinecrest-Queensway Community Health Centre.

[191] Mr. Bradley describes the efforts that he made to find a new endocrinologist for Mr. Ayubi after his long-time endocrinologist refused to keep treating him when he lost his pre-2012 IFHP health insurance coverage.

[192] Mr. Bradley’s affidavit also discusses the time that he spent trying to locate other specialists willing to see Mr. Ayubi. He describes his efforts to negotiate lower prices at a local hospital so that Mr. Ayubi could receive certain tests, something Mr. Bradley says that he never had to do before June 30, 2012. While Mr. Bradley was successful in negotiating a lower price for the tests, the community health centre nevertheless paid some

le D^r Feder, [TRADUCTION] « le fait de ne pas avoir accès à ces médicaments essentiels sera certainement désastreux pour [M. Ayubi] [...] et finalement [...], cela coûtera beaucoup plus cher au système de soins de santé lorsqu’il présentera inévitablement des complications qui le placeront dans une situation de vie ou de mort ».

[188] Dans son affidavit, M. Ayubi a décrit le [TRADUCTION] « le stress psychologique constant et aigu » dont il souffre en raison du fait qu’il n’a pas d’assurance maladie et l’incertitude concernant son accès continu à des médicaments salvateurs. Il a ajouté que la situation est [TRADUCTION] « en train de sérieusement nuire » à sa santé : au paragraphe 14.

[189] M. Ayubi est résident de l’Ontario. Il n’a jamais présenté de demande de couverture au Régime d’assurance-santé de l’Ontario (le Régime), bien qu’il ne soit vraiment pas certain qu’il pourrait avoir droit à cette couverture, compte tenu de la nature précaire et éphémère de son emploi. En tout état de cause, le Régime ne couvrirait pas le coût des médicaments et des fournitures pour diabétiques de M. Ayubi. Celui-ci a également déclaré qu’il n’avait pas les moyens de se payer une assurance maladie privée.

[190] Christopher Bradley, infirmier praticien au Centre de santé communautaire Pinecrest-Queensway, a également témoigné concernant le cas de M. Ayubi.

[191] M. Bradley a exposé les efforts qu’il avait déployés pour trouver un nouvel endocrinologue pour M. Ayubi après que son endocrinologue de longue date ait refusé de continuer à le soigner lorsqu’il avait perdu sa couverture d’assurance maladie qui était offerte par le PFSI avant 2012.

[192] M. Bradley a aussi précisé dans son affidavit le temps qu’il avait passé à essayer de trouver d’autres spécialistes qui seraient disposés à voir M. Ayubi. Il a relaté les efforts qu’il avait déployés pour négocier une diminution des prix à un hôpital local afin que M. Ayubi puisse bénéficier de certains examens, quelque chose qu’il dit n’avoir jamais eu à faire avant le 30 juin 2012. Bien que M. Bradley ait réussi à négocier une diminution

\$2 700 on Mr. Ayubi's behalf for tests that would previously have been covered under the pre-2012 IFHP.

[193] Mr. Bradley also notes that all of the time that he has spent advocating on Mr. Ayubi's behalf is time that could otherwise have been spent attending to the health care needs of other patients.

[194] Mr. Bradley confirmed on his cross-examination that free samples of Mr. Ayubi's medications are not always available, and that Mr. Ayubi has not been able to obtain certain of his medications. In other cases it has been necessary to substitute one medication for another. According to Mr. Bradley, a substitution in Mr. Ayubi's anti-hypertensive medication led to him suffering a hypotensive crisis. This required the administration of intravenous fluids to restore Mr. Ayubi's blood pressure.

[195] Mr. Bradley says that the Pinecrest-Queensway Community Health Centre has been unable to provide Mr. Ayubi with enough test strips to allow him to test his blood sugar levels as often as they should be checked, thereby creating an unsafe situation.

[196] Finally, Mr. Bradley stated in his cross-examination that he understood that Mr. Ayubi was working part time, observing that before he received discretionary medical coverage in May of 2013, Mr. Ayubi would likely have been better off if he quit his job and went on social assistance.

[197] Mr. Ayubi is not directly challenging any specific decision with respect to his own IFHP coverage, nor is he seeking compensation from the government. Rather he is asking for the reinstatement of his IFHP coverage retroactive to June 30, 2012.

(c) *Mr. Garcia Rodrigues' Experience*

[198] As noted earlier, Mr. Garcia Rodrigues is a failed refugee claimant from Colombia who arrived in Canada in October 2007. After his refugee claim was

des prix pour les examens, le centre de santé communautaire a néanmoins payé quelque 2 700 \$ pour le compte de M. Ayubi relativement à des examens qui auraient été auparavant couverts par le PFSI avant 2012.

[193] M. Bradley a également tenu à souligner le fait que tout le temps qu'il avait passé à défendre les intérêts de M. Ayubi aurait pu être par ailleurs consacré à répondre aux besoins médicaux d'autres patients.

[194] M. Bradley a confirmé lors de son contre-interrogatoire que des échantillons gratuits des médicaments de M. Ayubi ne sont pas toujours disponibles, et que M. Ayubi n'a pas réussi à obtenir certains médicaments dont il a besoin. Dans d'autres cas, il a été nécessaire de substituer un médicament à un autre. Selon M. Bradley, la substitution du médicament antihypertenseur que prenait M. Ayubi a entraîné chez lui une crise d'hypotension. Il a fallu lui administrer une solution intraveineuse pour restaurer sa pression artérielle.

[195] Selon M. Bradley, le Centre de santé communautaire Pinecrest-Queensway n'arrive pas à fournir à M. Ayubi des bandes d'analyse suffisantes pour lui permettre de vérifier sa glycémie aussi souvent que nécessaire, ce qui le place dans une situation dangereuse.

[196] Finalement, M. Bradley a déclaré lors de son contre-interrogatoire que, selon ce qu'il avait compris, M. Ayubi travaillait à temps partiel, et il a fait observer qu'avant de recevoir l'assurance maladie à titre discrétionnaire en mai 2013, il aurait probablement été mieux pour M. Ayubi de démissionner de son emploi et de demander des prestations d'aide sociale.

[197] M. Ayubi ne conteste directement aucune décision précise relative à sa propre couverture offerte par le PFSI et il ne cherche pas à obtenir une indemnisation du gouvernement. Il demande plutôt la remise en vigueur de sa couverture auprès du PFSI, avec effet rétroactif au 30 juin 2012.

c) *Le cas de M. Garcia Rodrigues*

[198] Comme je l'ai déjà signalé, M. Garcia Rodrigues est un demandeur d'asile débouté qui est arrivé au Canada en octobre 2007 en provenance de la Colombie.

rejected in January of 2012, he sought permanent residence in Canada as the husband of a protected person, as his Venezuelan-born wife had been granted Convention refugee status. At the time of the events in issue in this proceeding, Mr. Garcia Rodrigues was awaiting the outcome of his wife's sponsorship application. He is also the father of a Canadian-born child.

[199] Mr. Garcia Rodrigues had been employed for three years at the time of his cross-examination in September of 2013, and he had been paying his taxes. He was employed as a security equipment specialist earning \$19 an hour, giving him an annual income of somewhere between \$39 000 and \$41 000. This is approximately \$4 000 to \$6 000 above the low income cutoff for a family of three.

[200] Mr. Garcia Rodrigues' employment did not provide him with any health insurance benefits. Mr. Garcia Rodrigues' wife worked part time in the cosmetics department at Target, and she also did not have access to any health insurance benefits through her employment.

[201] Mr. Garcia Rodrigues had IFHP coverage for urgent and essential medical care and medications from October 2007 until the changes to the IFHP came into effect in June of 2012. Over that five-year period, Mr. Garcia Rodrigues did not take any medications on a regular basis and he had no serious health issues.

[202] As a failed refugee claimant, Mr. Garcia Rodrigues only had health insurance coverage after June 30, 2012, for conditions that threatened public health or public safety.

[203] In July of 2012, Mr. Garcia Rodrigues began suffering from vision problems in his right eye. He was referred to Dr. David Wong, an eye surgeon in Toronto, and on August 8, 2012, Mr. Garcia Rodrigues was diagnosed as having suffered a retinal detachment. He was told that he needed to have surgery as quickly as possible, or he risked the permanent loss of his vision.

Après le rejet de sa demande d'asile en janvier 2012, il a demandé la résidence permanente au Canada en tant qu'époux d'une personne protégée, étant donné que son épouse née au Venezuela avait obtenu le statut de réfugié au sens de la Convention. Au moment des faits en cause, M. Garcia Rodrigues attendait l'issue de la demande de parrainage présentée par son épouse. M. Garcia Rodrigues est également le père d'un enfant né au Canada.

[199] M. Garcia Rodrigues occupait un emploi depuis trois ans au moment de son contre-interrogatoire en septembre 2013, et il avait payé ses impôts. Il était employé à titre d'expert en matériel de sécurité et gagnait un salaire de 19 \$ l'heure, ce qui lui donnait un salaire annuel situé entre 39 000 \$ et 41 000 \$. Ce revenu dépasse d'environ 4 000 \$ à 6 000 \$ le seuil de faible revenu pour une famille de trois personnes.

[200] M. Garcia Rodrigues ne bénéficiait pas de prestations d'assurance maladie aux termes de ses conditions d'emploi. Son épouse travaillait à temps partiel au département des cosmétiques chez Target et n'avait pas non plus accès à des prestations d'assurance maladie aux termes de ses conditions d'emploi.

[201] M. Garcia Rodrigues avait une couverture offerte par le PFSI pour les soins médicaux et pour les médicaments de nature urgente et essentielle à partir d'octobre 2007 jusqu'à l'entrée en vigueur des modifications apportées au PFSI en juin 2012. Au cours de cette période de cinq ans, M. Garcia Rodrigues n'a pris aucun médicament de façon régulière ni n'a eu de graves problèmes de santé.

[202] M. Garcia Rodrigues, en tant que demandeur d'asile débouté, n'avait de couverture en matière d'assurance maladie qu'après le 30 juin 2012 et que pour les situations présentant un risque pour la santé publique ou un état préoccupant pour la sécurité publique.

[203] En juillet 2012, M. Garcia Rodrigues a commencé à avoir des problèmes de la vue à son œil droit. On lui a recommandé au Dr David Wong, ophtalmologue à Toronto, et, le 8 août 2012, un diagnostic de décollement de rétine a été posé pour M. Garcia Rodrigues. On lui a dit qu'il devait être opéré le plus tôt possible, à défaut de quoi il risquait une perte irréversible de la vue.

[204] Mr. Garcia Rodrigues was initially scheduled for surgery on August 13, 2012. However, the surgery was cancelled when it was determined that he did not have any IFHP coverage for the procedure. It appears that Mr. Garcia Rodrigues' PHPS coverage had expired on August 12, 2012, and he had not renewed it.

[205] Mr. Garcia Rodrigues explained in his cross-examination that when he made inquiries to immigration authorities about renewing his IFHP coverage on August 8, 2012, he was told that there was no point in renewing his insurance certificate as his immigration status meant that he was not entitled to coverage for any of his current medical needs.

[206] Mr. Garcia Rodrigues says in his affidavit that the cancellation of his surgery caused him "severe emotional distress", as he feared losing his vision, and he could not see how he would be able to provide for his family if he lost his sight: at paragraph 12.

[207] Efforts were nevertheless made to reinstate Mr. Garcia Rodrigues' IFHP coverage, and the surgery was rescheduled for August 20, 2012. In particular, Dr. Wong contacted the CIC Health Branch on two occasions to explain the urgency of Mr. Garcia Rodrigues' health situation.

[208] On August 17, 2012, CIC advised Mr. Garcia Rodrigues' ophthalmologist that he was not entitled to coverage for the surgery. According to a CIC representative, Mr. Garcia Rodrigues was "an illegal migrant in Canada and [was] expected to leave the country". The CIC representative further noted that Mr. Garcia Rodrigues was only entitled to public health or safety coverage, and that this would not cover the cost of the eye surgery: Garcia Rodrigues affidavit, Exhibit B.

[209] Although the respondents have suggested that Mr. Garcia Rodrigues was eligible for OHIP benefits, he states in his affidavit that he made inquiries during

[204] M. Garcia Rodrigues devait au départ être opéré le 13 août 2012. Toutefois, l'opération a été annulée lorsqu'il a été établi qu'il n'était pas couvert par le PFSI pour cet acte. Il semble que la couverture des soins de santé pour la santé ou la sécurité publiques de M. Garcia Rodrigues avait expiré le 12 août 2012 et qu'il ne l'avait pas renouvelée.

[205] M. Garcia Rodrigues a expliqué lors du contre-interrogatoire que, lorsqu'il avait demandé des renseignements auprès des autorités de l'immigration au sujet du renouvellement de sa couverture par le PFSI le 8 août 2012, on lui avait dit qu'il n'était pas nécessaire de renouveler son certificat d'assurance, étant donné que son statut d'immigration signifiait qu'il n'avait droit à aucune couverture pour ses besoins médicaux actuels.

[206] M. Garcia Rodrigues déclare dans son affidavit que l'annulation de l'opération l'avait mis dans un [TRADUCTION] « état de détresse émotionnelle profonde », étant donné qu'il craignait de perdre la vue et qu'il ne voyait pas comment il pouvait subvenir aux besoins de sa famille s'il devenait aveugle : au paragraphe 12.

[207] Néanmoins, des efforts ont été déployés afin de rétablir la couverture de M. Garcia Rodrigues offerte par le PFSI, et l'opération a été de nouveau fixée au 20 août 2012. Plus particulièrement, le D^r Wong a communiqué à deux reprises avec la Direction générale de la santé de CIC pour expliquer l'urgence de l'état de santé de M. Garcia Rodrigues.

[208] Le 17 août 2012, CIC a avisé l'ophtalmologue de M. Garcia Rodrigues que celui-ci n'avait pas droit à une couverture pour l'opération. Selon un représentant de CIC, M. Garcia Rodrigues était [TRADUCTION] « un migrant clandestin au Canada et qu'il devait quitter le pays ». Le représentant de CIC a ensuite souligné que M. Garcia Rodrigues n'avait droit qu'à la couverture des soins de santé pour la santé et la sécurité publiques et que cette couverture ne s'étendait pas au coût de la chirurgie oculaire : affidavit de M. Garcia Rodrigues, pièce B.

[209] Bien que les défendeurs aient affirmé que M. Garcia Rodrigues était admissible au Régime, celui-ci déclare dans son affidavit qu'il a demandé des

the period at issue and was told that he did not qualify for OHIP. He further states that he was unable to raise the estimated \$10 000 cost of the surgery on such short notice. Indeed, the respondents acknowledged during the hearing that it was “not realistic” to think that he would be able to do so: transcript, Vol. 2, at page 130.

[210] Dr. Wong ultimately agreed to operate on Mr. Garcia Rodrigues, given that any further delay in the surgery could cause the permanent loss of his vision. Dr. Wong also provided Mr. Garcia Rodrigues with post-operative care, seeing him every couple of weeks for two and a half months after the surgery, waiving his fees for the follow-up care.

[211] Ultimately the only cost incurred by Mr. Garcia Rodrigues in connection with his retinal detachment was the \$130 fee that he paid to see an optometrist when he first began experiencing vision problems in July of 2012.

[212] Mr. Garcia Rodrigues and his wife’s applications for permanent residence were subsequently approved in principle, and he became eligible for OHIP coverage. On September 16, 2013, Mr. Garcia Rodrigues and his wife were both landed as permanent residents of Canada.

[213] Like Mr. Ayubi, Mr. Garcia Rodrigues is not directly challenging any specific decision relating to his own IFHP coverage and is not seeking compensation from the government. Rather he is asking for reinstatement of his IFHP coverage retroactive to June 30, 2012.

[214] As noted earlier, the applicants have also provided affidavits from a number of other individuals who have been detrimentally affected by the 2012 changes to the IFHP, individuals who are not parties to these proceedings. This evidence will be reviewed next.

renseignements au cours de la période en cause et qu’ou lui avait dit qu’il n’était pas admissible au Régime. Il ajoute qu’il ne pouvait pas recueillir le montant de 10 000 \$, soit le coût estimé de l’opération, dans un délai aussi bref. D’ailleurs, les défendeurs ont reconnu à l’audience qu’il n’était [TRADUCTION] « pas réaliste » de penser qu’il aurait pu le faire : transcription, vol. 2, à la page 130.

[210] Le D^r Wong a finalement accepté d’opérer M. Garcia Rodrigues compte tenu du fait que tout retard supplémentaire mis pour effectuer l’opération pouvait entraîner une cécité irréversible. Le D^r Wong a également assuré à M. Garcia Rodrigues des soins postopératoires et l’a vu en consultation toutes les deux semaines pendant deux mois et demi après l’opération. Le D^r Wong a annulé ses frais relatifs aux soins de suivi.

[211] Au final, les seuls coûts que M. Garcia Rodrigues a assumés relativement à son décollement de rétine sont les frais de 130 \$ qu’il avait payés pour voir un optométriste lorsqu’il avait commencé à avoir des problèmes de la vue en juillet 2012.

[212] Les demandes de résidence permanente de M. Garcia Rodrigues et de son épouse ont par la suite fait l’objet d’une approbation de principe, et M. Garcia Rodrigues est devenu admissible à la couverture du Régime. Le 16 septembre 2013, M. Garcia Rodrigues et son épouse ont tous les deux obtenu le statut de résident permanent du Canada.

[213] À l’instar de M. Ayubi, M. Garcia Rodrigues ne conteste directement aucune décision précise relative à sa propre couverture offerte par le PFSI et il ne cherche pas à obtenir une indemnisation du gouvernement. Il demande plutôt le rétablissement de sa couverture auprès du PFSI, avec effet rétroactif au 30 juin 2012.

[214] Comme je l’ai déjà souligné, les demandeurs ont également produit des affidavits provenant d’un certain nombre d’autres personnes ayant subi des effets préjudiciables en raison des modifications apportées au PFSI en 2012, des personnes qui ne sont pas parties à la présente instance. Ce sont ces témoignages que j’examinerai à présent.

(d) *Saleem Akhtar*

[215] Saleem Akhtar is a Pakistani national who sought refugee protection in Canada after unsuccessfully seeking refugee protection in the United States. Mr. Akhtar's refugee claim was based upon his alleged fear of persecution in Pakistan because of his Christian faith. His refugee claim had not been heard at the time that Mr. Akhtar signed his affidavit. Mr. Akhtar is identified in the notice of application as "Patient 1".

[216] Shortly after his arrival in Canada in June of 2012, Mr. Akhtar began feeling ill and he was subsequently diagnosed with an aggressive form of lymphoma which required urgent treatment. Mr. Akhtar went to a hospital on July 14, 2012 for his first round of chemotherapy. As a refugee claimant, his IFHP insurance covered his hospital services, but not the cost of his chemotherapy or anti-nausea drugs. Mr. Akhtar had to sell some of his possessions to cover his first round of chemotherapy, after which he says that he was destitute.

[217] The Royal University Hospital in Saskatoon ultimately agreed to pay for the cost of Mr. Akhtar's second round of chemotherapy treatments, which included one treatment a week for 15 weeks. As of August 2012, he received outpatient chemotherapy treatments through the Saskatoon Cancer Centre.

[218] In November of 2012, the provincial government announced that it would cover the cost of the medication provided to Mr. Akhtar. The Premier of Saskatchewan was quoted in a newspaper article about Mr. Akhtar's case as saying "[i]t's unbelievable ... [t]he decisions that have been taken federally have been having this impact on people who are clearly the most vulnerable": Akhtar affidavit, Exhibit A.

[219] A nun who had been assisting Mr. Akhtar was also quoted in the same article as stating that "[t]his gentleman's life was on the line and the amount of anxiety

d) *Le cas de Saleem Akhtar*

[215] Saleem Akhtar est un ressortissant pakistanais qui a demandé l'asile au Canada après avoir demandé, sans succès l'asile aux États-Unis. La demande d'asile au Canada de M. Akhtar est fondée sur sa crainte alléguée de persécution au Pakistan en raison de sa foi chrétienne. Sa demande d'asile n'avait pas encore été entendue au moment où il avait souscrit son affidavit. M. Akhtar est désigné comme étant le « patient 1 » dans l'avis de demande.

[216] Peu de temps après son arrivée au Canada en juin 2012, M. Akhtar est tombé malade et il a été par la suite diagnostiqué d'une forme agressive de lymphome, ce qui appelait un traitement urgent. M. Akhtar est allé à l'hôpital le 14 juillet 2012 pour son premier cycle de chimiothérapie. En tant que demandeur d'asile, son assurance maladie offerte par le PFSI couvrait les services hospitaliers dont il bénéficiait, mais non le coût de sa chimiothérapie ou de ses médicaments antiémétiques. M. Akhtar avait dû vendre une partie de ses biens pour couvrir les frais du premier cycle de chimiothérapie, après quoi il dit être tombé dans le dénuement.

[217] L'hôpital Royal University à Saskatoon a finalement accepté d'assumer les frais du deuxième cycle de traitements de chimiothérapie de M. Akhtar, qui comprenaient un traitement par semaine pendant 15 semaines. À partir d'août 2012, il a reçu des traitements ambulatoires de chimiothérapie par l'entremise du Saskatoon Cancer Centre.

[218] En novembre 2012, le gouvernement provincial a annoncé qu'il couvrirait le coût des médicaments fournis à M. Akhtar. Le premier ministre de la Saskatchewan a déclaré dans un article de presse au sujet du cas de M. Akhtar que [TRADUCTION] « C'est incroyable [...] [l]es décisions qui ont été prises par le gouvernement fédéral ont eu de telles répercussions sur des personnes qui sont manifestement les plus vulnérables » : affidavit de M. Akhtar, pièce A.

[219] Une religieuse qui s'occupait de M. Akhtar a également déclaré dans le même article que [TRADUCTION] « [l]a vie de ce monsieur était en danger

and stress that has been added to his situation was awful”.

[220] Mr. Akhtar confirmed in his affidavit that it was stressful enough to receive a cancer diagnosis when he was alone in Canada seeking refugee protection, and that the lack of health insurance for his chemotherapy treatments added greatly to his stress.

(e) *Victor Pathiyage Wijenaïke*

[221] Victor Pathiyage Wijenaïke is a failed refugee claimant from Sri Lanka who was 76 years at the time he swore his affidavit in this proceeding. He is identified in the applicants’ notice of application as “Patient 2”.

[222] The Immigration and Refugee Board found Mr. Wijenaïke’s allegations of past persecution to be credible, but concluded that conditions within Sri Lanka had changed enough in the months since Mr. Wijenaïke had left the country that he was not currently in need of protection in Canada. Leave was denied by this Court to judicially review the Board’s decision. At the time that he swore his affidavit, Mr. Wijenaïke had outstanding applications for permanent residence on humanitarian and compassionate grounds and for a pre-removal risk assessment. These applications were subsequently refused.

[223] Mr. Wijenaïke lives in Calgary in subsidized seniors’ housing. As a failed refugee claimant, he is only entitled to public health and public safety coverage under the IFHP, and he is no longer entitled to benefits under the Alberta Works program. Mr. Wijenaïke testified that he never inquired about his entitlement to provincial health insurance coverage, nor did he look into the cost of private health insurance.

[224] Mr. Wijenaïke suffers from a number of life-threatening health conditions including bladder cancer, diabetes, hypertension, aortic valve endocarditis and

et l’anxiété et le stress qui ont été ajoutés à sa situation étaient abominables ».

[220] M. Akhtar a confirmé dans son affidavit qu’il était assez stressant de recevoir un diagnostic de cancer alors qu’il était seul au Canada pour demander l’asile, et que le manque de couverture médicale pour ses traitements de chimiothérapie avait fortement contribué au stress auquel il était exposé.

e) *Le cas de Victor Pathiyage Wijenaïke*

[221] Victor Pathiyage Wijenaïke est un demandeur d’asile débouté en provenance du Sri Lanka qui avait 76 ans au moment où il a souscrit son affidavit dans la présente instance. Il est désigné comme étant le « patient 2 » dans l’avis de demande des demandeurs.

[222] La Commission de l’immigration et du statut de réfugié a conclu que les allégations de M. Wijenaïke selon lesquelles il avait été persécuté par le passé étaient crédibles, mais que la situation au Sri Lanka avait suffisamment changé dans les mois ayant suivi le départ de M. Wijenaïke du pays, de telle sorte qu’il n’avait pas besoin, à l’heure actuelle, de la protection du Canada. La Cour avait rejeté l’autorisation de présenter une demande de contrôle judiciaire de la décision de la Commission. Au moment où il avait souscrit son affidavit, la demande de résidence permanente fondée sur des considérations d’ordre humanitaire et la demande d’examen des risques avant renvoi de M. Wijenaïke étaient en instance. Ces demandes ont été par la suite rejetées.

[223] M. Wijenaïke habite à Calgary dans un logement pour personnes âgées subventionné. En tant que demandeur d’asile débouté, il n’a droit qu’à une couverture des soins de santé pour la santé et la sécurité publiques du PFSI et il n’a pas non plus droit aux prestations offertes par le programme Alberta Works. M. Wijenaïke a témoigné qu’il ne s’était jamais renseigné pour savoir s’il avait droit à l’assurance maladie provinciale ni n’avait cherché à connaître le coût d’une assurance maladie privée.

[224] M. Wijenaïke a un certain nombre de problèmes de santé qui mettent sa vie en danger, notamment le cancer de la vessie, le diabète, l’hypertension,

anaemia. His urologist has agreed to cover the cost of his chemotherapy treatments, but he deposes in his affidavit that his other medications cost approximately \$600 a month.

[225] On his cross-examination, Mr. Wijenaïke clarified that he gets free samples of some medications from his family doctor, and some from the Calgary Urban Project Society. Nevertheless, each month Mr. Wijenaïke has to beg family members for money to pay for his other drugs. He asserts that this is only a short-term solution, as he does not expect that his family will continue to be able to assist him in the future.

[226] Mr. Wijenaïke has also incurred significant medical expenses as a result of emergency room visits related to his failing health. He has been unable to pay for these services, and is being pressed for payment by a collection agency. According to Mr. Wijenaïke, all of this has caused him to be “burdened daily with immense psychological stress”: at paragraph 10.

[227] A lawyer acting on Mr. Wijenaïke’s behalf applied to CIC for discretionary relief for Mr. Wijenaïke on November 26, 2012. In his May 2013 affidavit, Mr. Wijenaïke indicated that to date there had been no answer to this request. The respondents suggested to Mr. Wijenaïke in his cross-examination that he had in fact been granted discretionary IFHP HCC benefits in February of 2013, which were in effect retroactively from January 9, 2013 to January of 2014, although the evidence on this point is unclear. In any event, as was noted earlier, discretionary IFHP benefits would not cover the cost of Mr. Wijenaïke’s medication.

[228] Mr. Wijenaïke was unable to confirm information put to him by the respondents as to the amount of money for medical expenses that had been paid on his behalf under IFHP to June 30, 2013, although he did express his appreciation for whatever money had been expended on his behalf.

l’endocardite de la valve aortique et l’anémie. Son urologue a accepté d’assumer le coût des traitements de chimiothérapie, mais il déclare dans son affidavit que ses autres médicaments coûtent environ 600 \$ par mois.

[225] Lors de son contre-interrogatoire, M. Wijenaïke a précisé qu’il recevait des échantillons gratuits de certains médicaments de son médecin de famille et de la Calgary Urban Project Society. Néanmoins, M. Wijenaïke doit chaque mois solliciter les membres de sa famille pour obtenir de l’argent pour payer ses autres médicaments. Il affirme qu’il ne s’agit là que d’une solution à court terme, étant donné qu’il ne s’attend pas à ce que sa famille puisse être capable de continuer à l’aider à l’avenir.

[226] M. Wijenaïke a également assumé d’importantes dépenses médicales en raison de ses visites aux urgences liées à ses problèmes de santé. Il n’a pas pu payer ces services, et une agence de recouvrement lui demande paiement avec insistance. Selon M. Wijenaïke, tout cela a fait en sorte qu’il s’est senti [TRADUCTION] « crouler au quotidien sous le poids d’un immense stress psychologique » : au paragraphe 10.

[227] Un avocat intervenant pour le compte de M. Wijenaïke a demandé à CIC la prise d’une mesure discrétionnaire à l’égard de M. Wijenaïke le 26 novembre 2012. Dans son affidavit de mai 2013, M. Wijenaïke a déclaré que, jusqu’à présent, il n’y avait aucune réponse à sa demande. Les défendeurs ont soutenu, lors de l’interrogatoire de M. Wijenaïke, qu’on lui avait en fait accordé une couverture des soins de santé discrétionnaire dans le cadre du PFSI en février 2013, qui prenait effet rétroactivement à partir du 9 janvier 2013 jusqu’en janvier 2014, bien que la preuve présentée à ce sujet ne soit pas claire. En tout état de cause, comme je l’ai déjà souligné, la couverture discrétionnaire offerte par le PFSI ne couvrirait pas le coût des médicaments de M. Wijenaïke.

[228] M. Wijenaïke n’a pas pu confirmer les renseignements que les défendeurs ont portés à sa connaissance quant au montant des dépenses médicales qui avaient été payées pour son compte au titre du PFSI jusqu’au 30 juin 2013, bien qu’il ait effectivement exprimé sa reconnaissance pour l’argent qui avait été dépensé pour son compte.

(f) *Rosa Maria Aylas Marcos de Arroyo*

[229] The story of Rosa Maria Aylas Marcos de Arroyo and her 14-year-old daughter, Naomi, reveals a different aspect of the impact that the 2012 changes to the IFHP has had on beneficiaries of the Program.

[230] Ms. Marcos de Arroyo and Naomi are citizens of Peru, and both are failed refugee claimants. As such, they are only entitled to PHPS-level IFHP coverage. At the time that Ms. Marcos de Arroyo swore her affidavit, the family had an outstanding application for permanent residence in Canada on humanitarian and compassionate grounds.

[231] In October of 2012, Naomi joined the Royal Canadian Sea Cadets, where she has been involved in community service, as well as fitness and leadership training. Naomi has greatly enjoyed her involvement in the Sea Cadets and has received awards for her participation in the organization. According to her mother's affidavit, Naomi's involvement in the Sea Cadets "has been an important part of [her] integration into Canadian society and has helped her, a traditionally shy girl, to gain confidence": at paragraph 9.

[232] In February of 2013, Naomi's Sea Cadets group went on a camping trip. In order to go on the trip, cadets had to provide proof that they had health insurance. Because Naomi's health insurance coverage was limited to conditions involving public health and safety, she was the only member of her Sea Cadet group who was not permitted to go on the trip.

[233] In April of 2013, Ms. Marcos de Arroyo was advised by the Sea Cadets administration that Naomi would have to provide proof of a new health card, as her previous card had expired. Discussions ensued, and as of the date of Ms. Marcos De Arroyo's affidavit, it was unclear whether Naomi would be permitted to

f) *Le cas de Rosa Maria Aylas Marcos de Arroyo*

[229] Le récit de Rosa Maria Aylas Marcos de Arroyo et de sa fille de 14 ans, Naomi, révèle un autre aspect des conséquences que les modifications apportées au PFSI en 2012 ont eu sur les bénéficiaires du Programme.

[230] M^{me} Marcos de Arroyo et Naomi sont citoyennes du Pérou et sont toutes les deux des demanderesse d'asile déboutées. À ce titre, elles n'ont droit qu'à la couverture des soins de santé pour la santé et la sécurité publiques du PFSI. Au moment où M^{me} Marcos de Arroyo avait souscrit son affidavit, la famille avait une demande de résidence permanente au Canada en cours d'examen qui était fondée sur des considérations d'ordre humanitaires.

[231] En octobre 2012, Naomi a rejoint les Cadets de la Marine royale canadienne, où elle participe au service communautaire ainsi qu'à l'entraînement physique et à la formation en leadership. Naomi a beaucoup aimé son engagement dans les Cadets de la Marine et a reçu des prix pour sa participation dans l'organisation. Selon l'affidavit de sa mère, l'engagement de Naomi dans les Cadets de la Marine [TRADUCTION] « a été une partie importante de [son] intégration dans la société canadienne et l'a aidée, une fille généralement timide, à avoir confiance en elle » : au paragraphe 9.

[232] En février 2013, le groupe des Cadets de la Marine de Naomi est parti en voyage de camping. Pour participer au voyage, les cadets devaient fournir une preuve qu'ils avaient une assurance maladie. Étant donné que la couverture des soins de santé de Naomi était limitée à des situations concernant la santé publique et la sécurité publique, elle a été la seule personne de son groupe des Cadets de la Marine qui n'a pas été autorisée à participer au voyage.

[233] En avril 2013, M^{me} Marcos de Arroyo a été avisée par l'administration des Cadets de la Marine que Naomi devait fournir la preuve d'une nouvelle carte de santé, étant donné que sa carte précédente était expirée. Il s'en est suivi des discussions et, à partir de la date de l'affidavit de M^{me} Marcos de Arroyo, il n'était pas

remain in the Sea Cadets, given the restrictions on her health insurance.

(g) “Sarah”

[234] Laura Mansfield is a social worker in British Columbia, who works for a non-profit settlement organization assisting refugee claimants. One of Ms. Mansfield’s clients is an Iranian woman she calls “Sarah”.

[235] Ms. Mansfield has seen Sarah’s immigration papers and confirms that she is a refugee claimant from a non-DCO country whose refugee claim is currently outstanding. As a consequence, Sarah is entitled to HCC-level IFHP coverage, which covers her for medical services and products of an urgent or essential nature, but does not cover the cost of her medications.

[236] Sarah suffers from angioedema, asthma and severe allergies. She requires a number of medications to manage her conditions. Her Canadian doctor has provided a letter stating that Sarah may die if she does not take her medications regularly: Mansfield affidavit, Exhibit A.

[237] Sarah’s family of three has had to use some of their \$401 monthly support budget from provincial income assistance to pay for medications, which has threatened their basic food needs. The family simply could not afford to pay for some of Sarah’s medications, as well as the diagnostic testing and follow-up visits that are not covered under the IFHP.

[238] Ms. Mansfield states in her affidavit that she and her colleagues have devoted “countless hours looking for resources to help with Sarah’s medication needs”. Ms. Mansfield’s organization has also expended some of its own limited resources to purchase medication for Sarah from time to time, although this is not something that the organization can continue to do over the long term, or on a regular basis: at paragraph 4.

certain si Naomi serait autorisée à rester dans les Cadets de la Marine, compte tenu des restrictions concernant son assurance maladie.

g) *Le cas de « Sarah »*

[234] Laura Mansfield est travailleuse sociale en Colombie-Britannique, et œuvre auprès d’un organisme d’établissement à but non lucratif qui aide les demandeurs d’asile. Un des clients de M^{me} Mansfield est une femme iranienne qu’elle appelle « Sarah ».

[235] M^{me} Mansfield a vu les documents d’immigration de Sarah et confirme qu’elle est une demanderesse d’asile d’un pays qui ne fait pas partie de la liste des POD et dont la demande d’asile est actuellement en cours d’examen. En conséquence, Sarah a droit à la couverture des soins de santé offerte par le PFSI, qui porte sur ses services et produits médicaux de nature urgente ou essentielle, mais qui ne s’étend pas au coût de ses médicaments.

[236] Sarah souffre d’œdème de Quincke, d’asthme et d’allergies sévères. Elle doit prendre un certain nombre de médicaments pour améliorer son état de santé. Son médecin canadien a produit une lettre dans laquelle il déclare que Sarah pourrait mourir si elle ne prend pas régulièrement ses médicaments : affidavit de M^{me} Mansfield, pièce A.

[237] La famille de Sarah, composée de trois personnes, a dû utiliser une partie du budget de soutien mensuel de 401 \$ provenant de l’aide provinciale au revenu pour payer les médicaments, ce qui a menacé la satisfaction de ses besoins alimentaires de base. La famille n’était simplement pas capable de payer certains médicaments de Sarah, ni les tests de diagnostic ni les visites de suivi qui ne sont pas couverts par le PFSI.

[238] M^{me} Mansfield déclare dans son affidavit qu’elle et ses collègues ont consacré [TRADUCTION] « d’innombrables heures à chercher des ressources pour aider Sarah relativement à ses besoins médicaux ». L’organisation de M^{me} Mansfield a aussi dépensé une partie de ses propres ressources limitées pour acheter des médicaments pour Sarah de temps en temps, bien qu’il ne s’agisse pas de quelque chose que l’organisation

[239] By the time that Ms. Mansfield swore her affidavit, Sarah had received a work permit and had thus become eligible for provincial “MSP” (Medical Services Plan) benefits, subject to a three-month waiting period. Once Sarah received MSP benefits, her medications would evidently be paid for, as is the case with other low-income people in British Columbia. However, Ms. Mansfield points out that the time Sarah has spent without access to her medications has led to great uncertainty, anxiety and stress for her and her family: Mansfield affidavit, at paragraph 7.

[240] I would note that the respondents have not identified any frailties in Ms. Mansfield’s evidence, nor did they choose to cross-examine her on her affidavit.

(h) “BB”

[241] Richard Goldman is a lawyer, and is the sole staff member of the Committee to Aid Refugees in Montréal. In that capacity Mr. Goldman has represented two HIV positive individuals who he identifies in his affidavit as “AA” and “BB”.

[242] AA is identified as “Patient 5” in the applicants’ notice of application. Based upon allegedly poor advice, AA withdrew her refugee claim before it could be heard. The applicants have confirmed that they are not pursuing their challenge to the 2012 changes to the IFHP inasmuch as they apply to individuals who have withdrawn or abandoned their refugee claims, as health insurance coverage was not provided to these individuals under the pre-2012 IFHP. Consequently I will not consider this aspect of Mr. Goldman’s evidence.

[243] Mr. Goldman explains that BB is not entitled to make a refugee claim, although the evidence as to why

peut continuer à faire à long terme ou de façon régulière : au paragraphe 4.

[239] Au moment où M^{me} Mansfield a souscrit son affidavit, Sarah avait obtenu un permis de travail et était donc devenue admissible à la couverture provinciale « MSP » (Medical Services Plan), sous réserve d’une période d’attente de trois mois. Une fois que Sarah obtiendrait la couverture MSP, ses médicaments seraient évidemment payés, à l’instar des autres personnes à faibles revenus en Colombie-Britannique. Toutefois, M^{me} Mansfield tient à souligner que le temps que Sarah a passé sans avoir accès à ses médicaments a donné lieu à une grande incertitude, une grande anxiété et à beaucoup de stress pour elle et pour sa famille : affidavit de M^{me} Mansfield, au paragraphe 7.

[240] Avant d’en finir avec cette question, je tiens à souligner que les défendeurs n’ont relevé aucune lacune dans le témoignage de M^{me} Mansfield ni n’ont choisi de contre-interroger M^{me} Mansfield concernant son affidavit.

h) *Le cas de « BB »*

[241] Richard Goldman est avocat et est l’unique membre du Comité d’aide aux réfugiés à Montréal. À ce titre, il a représenté deux personnes séropositives pour le VIH qu’il appelle « AA » et « BB » dans son affidavit.

[242] AA est désigné comme étant le « patient 5 » dans l’avis de demande des demandeurs. Selon des conseils mal avisés qu’elle aurait reçus, AA s’est désistée de sa demande d’asile avant qu’elle ne puisse être entendue. Les demandeurs ont confirmé qu’ils ne poursuivent pas leur contestation relative aux modifications apportées au PSFI en 2012 dans la mesure où elles visent les personnes qui se sont désistées de leur demande d’asile ou qui l’ont abandonnée, étant donné que la couverture des soins de santé n’était pas offerte à ces personnes par le PFSI dans sa version antérieure à 2012. Par conséquent, je n’examinerai pas cet aspect du témoignage de M^e Goldman.

[243] M^e Goldman a expliqué que BB ne peut pas présenter de demande d’asile, quoique la preuve pour

this is so is not entirely clear. In any case, there is no dispute about the fact that BB is in the “PRRA-only” category. As such, BB is not entitled to any health care coverage *whatsoever* under the IFHP, despite the fact that he is HIV positive and thus has a communicable disease that could potentially pose a threat to public health or the safety of Canadians. According to Mr. Goldman, the Quebec government has also not assumed any responsibility for BB’s medical care.

[244] Mr. Goldman’s affidavit includes a letter from BB’s doctor at the McGill University Health Centre. The doctor states that after BB lost his IFHP coverage, the Centre was forced to find “compassionate access” so as to allow BB to continue with his anti-retroviral therapy. BB is receiving treatment through the generosity of a pharmaceutical company, but his doctor describes his situation as “precarious”, noting that it requires renewal and reassessment on a monthly basis. According to the doctor, this has caused extra work on the part of the Centre’s pharmacy team, and considerable anxiety for BB: Goldman affidavit, Exhibit A.

[245] BB’s doctor further explains that an interruption in his drug therapy “could have dire health consequences” for BB, putting him at immediate risk of developing the serious opportunistic infections associated with full-blown AIDS.

[246] Mr. Goldman assisted BB in applying for discretionary IFHP coverage under section 7 of the 2012 OICs. The application was filed in October of 2012 and was refused in April of 2013. No reasons were provided for this decision, and when Mr. Goldman requested reasons he was advised by CIC that “reasons are not provided in the context of a s.7 discretionary decision”.

expliquer pourquoi il en est ainsi ne soit pas tout à fait claire. Quoi qu’il en soit, il n’y a pas de contestation quant au fait que BB fait partie de la catégorie des « demandeurs ayant seulement droit à un ERAR ». En conséquence, BB n’a pas droit à quelque couverture médicale que ce soit du PFSI, et ce, malgré le fait qu’il soit séropositif et donc atteint d’une maladie transmissible qui pourrait poser un risque pour la santé publique ou la sécurité des Canadiens. Selon M^e Goldman, le gouvernement du Québec n’a lui non plus assumé aucune responsabilité pour les soins médicaux de BB.

[244] L’affidavit de M^e Goldman comprend une lettre provenant du médecin de BB au Centre universitaire de santé McGill. Ce médecin déclare que, lorsque BB a perdu la couverture qui lui était offerte par le PSFI, le centre a été forcé de trouver un [TRADUCTION] « accès à des médicaments pour des raisons humanitaires » afin de permettre à BB de continuer à suivre son traitement antirétroviral. BB reçoit un traitement grâce à la générosité d’une société pharmaceutique, mais son médecin qualifie son état de santé de « précaire », et signale qu’il faut renouveler et réévaluer le traitement chaque mois. Selon le médecin, cette situation a occasionné un travail supplémentaire à l’équipe de la pharmacie du Centre et beaucoup d’anxiété pour BB : affidavit de M^e Goldman, pièce A.

[245] Le médecin de BB a ensuite expliqué qu’une interruption dans le traitement médicamenteux [TRADUCTION] « pourrait entraîner des conséquences désastreuses sur la santé » de BB, l’exposant à un risque immédiat de développer les graves infections opportunistes associées à l’apparition du SIDA.

[246] M^e Goldman a aidé BB à présenter une demande en vue d’obtenir la couverture discrétionnaire du PFSI au titre de l’article 7 des décrets de 2012. La demande a été déposée en octobre 2012 et a été rejetée en avril 2013. Aucun motif de cette décision n’a été fourni et, lorsque M^e Goldman en a demandé les raisons, il a été avisé par CIC que les [TRADUCTION] « motifs ne sont pas fournis dans le contexte d’une décision discrétionnaire fondée sur l’article 7 ».

(i) *Manavi Handa's "Second Case"*

[247] It will be recalled that Manavi Handa is a midwife working with refugee claimants in Toronto. She describes the case of one of her patients, a refugee claimant from Mexico.

[248] This patient's refugee claim was outstanding at the time that Mexico was added to the DCO list. The patient was in the late stages of pregnancy, and was planning a hospital delivery. When she went to pre-register at the hospital, the patient was advised that she would have to pay an up-front hospital fee of \$2 600 a day. Concerned about this situation, and unable to pay this fee, the woman decided to plan a home birth instead, since midwifery services are covered by the province at no charge to the patient, although she was "very afraid" about this option. It turned out that the patient was in fact entitled to HCC-level IFHP coverage, as it appears that her refugee claim was filed prior to December 15, 2012.

[249] Although the patient's situation was eventually sorted out and the patient safely delivered her baby at home, this example is nevertheless illustrative of the difficulties that may be encountered by female IFHP beneficiaries from DCO countries who seek obstetrical care.

(j) *Conclusion as to the Impact of the 2012 Changes to the IFHP on Individual Claimants*

[250] As illustrated by the above examples, it is apparent that the 2012 changes to the IFHP have had a serious impact on the physical health and psychological well-being of numerous individuals. The respondents say that even though individuals may no longer have health insurance coverage for the treatment of their medical conditions under the IFHP, there are numerous other avenues of access to medical care available to these individuals. This issue will be addressed next.

i) *Le « deuxième cas » de Manavi Handa*

[247] Il importe de rappeler que Manavi Handa est une sage-femme qui est au service des demanderesse d'asile à Toronto. Elle expose le cas d'une de ses patientes, une demanderesse d'asile originaire du Mexique.

[248] La demande d'asile de cette patiente était en instance au moment où le Mexique a été ajouté à la liste des POD. La patiente était en fin de grossesse et prévoyait accoucher à l'hôpital. Lorsque la patiente s'est rendue à l'hôpital pour une préinscription, elle a été avisée qu'elle devait payer à l'avance des frais hospitaliers de 2 600 \$ par jour. Préoccupée par cette situation et incapable de payer ces frais, la femme, étant donné que les services de sage-femme sont offerts gratuitement par la province aux patientes, a plutôt décidé de prévoir un accouchement à domicile, bien qu'elle [TRADUCTION] « eût une forte crainte » relativement à cette option. Il s'est avéré que la patiente avait en fait droit à la CSS offerte par le PFSI, étant donné qu'il semble que sa demande d'asile ait été déposée avant le 15 décembre 2012.

[249] Bien que la situation de la patiente ait été finalement réglée, et qu'elle ait donné naissance à son bébé à la maison de manière sécuritaire, cet exemple illustre néanmoins les difficultés auxquelles peuvent faire face les femmes bénéficiaires du PFSI qui proviennent de POD et qui cherchent à obtenir des soins obstétricaux.

j) *Conclusion quant aux répercussions des modifications apportées au PFSI en 2012 sur les demandeurs d'asile*

[250] Comme cela est illustré dans les exemples ci-dessus, les modifications apportées au PFSI en 2012 ont manifestement eu de graves répercussions sur la santé physique et le bien-être psychologique de nombreuses personnes. Les défenseurs disent que, même si des personnes ne bénéficient peut-être plus de couverture d'assurance maladie offerte par le PFSI pour le traitement de leurs maladies, il existe de nombreuses autres possibilités d'accès à des soins médicaux dont ces personnes peuvent bénéficier. C'est la question que j'aborderai maintenant.

E. *Alternative Sources of Health Care*

[251] The respondents submit that the cuts to the IFHP have to be considered in light of what they call the “whole panoply of options” that are available to people who would otherwise have had comprehensive health care insurance coverage under the pre-2012 IFHP.

[252] According to the respondents, there are any number of alternatives available to individuals who find themselves in a situation where their particular level of IFHP coverage is not sufficient for their medical needs. These include provincial health insurance coverage that has been instituted to “fill the gaps” created by the 2012 changes to the IFHP, as well as regular provincial or territorial health insurance, private insurance and the goodwill of others.

[253] Indeed, the respondents note that the record is replete with examples of people benefiting from the goodwill of pharmaceutical companies, and from medical clinics for the uninsured.

[254] Each of the alternatives identified by the respondents will be discussed below.

(1) Provincial and Territorial Health Insurance

[255] At the time that the changes to the IFHP came into effect on June 30, 2012, no province or territory was providing health care coverage for individuals who had previously received comprehensive coverage under the pre-2012 IFHP.

[256] As was noted earlier, several provinces vociferously criticized the federal government’s change in policy, calling it “unbelievable” in the case of Premier Brad Wall of Saskatchewan, and an “abdication of responsibility towards some of the most vulnerable in our society”, by the Ontario Minister of Health. The Manitoba Health Minister stated that the changes were “hurting families and [would] lead to longer-term and more expensive problems”.

E. *Les autres sources de soins de santé*

[251] Les défendeurs soutiennent que les compressions dont a fait l’objet le PFSI doivent être examinées à la lumière de ce qui est appelé [TRADUCTION] « toute une panoplie d’options » qui sont offertes aux personnes qui par ailleurs auraient eu une couverture de soins de santé complets au titre du PSFI antérieur à 2012.

[252] Selon les défendeurs, les solutions possibles qui sont offertes à des personnes se trouvant dans une situation où leur niveau de couverture particulière accordée par le PFSI n’est pas suffisant ne permettent pas de combler leurs besoins médicaux. Ces solutions comprennent l’assurance maladie provinciale qui a été établie pour [TRADUCTION] « combler les lacunes » découlant des modifications apportées au PFSI en 2012, ainsi que l’assurance maladie provinciale ou territoriale ordinaire, l’assurance privée ainsi que la bonne volonté d’autrui.

[253] En effet, les défendeurs tiennent à souligner que le dossier est rempli d’exemples de personnes non assurées ayant bénéficié de la bonne volonté de sociétés pharmaceutiques et de cliniques médicales.

[254] Chacune des solutions relevées par les défendeurs est abordée ci-dessous.

1) L’assurance maladie provinciale et territoriale

[255] Au moment où les modifications concernant le PFSI sont entrées en vigueur le 30 juin 2012, aucune province ni aucun territoire n’offrait d’assurance maladie à des personnes qui avaient auparavant bénéficié d’une couverture complète au titre du PFSI antérieur à 2012.

[256] Comme je l’ai déjà signalé, plusieurs provinces ont critiqué vertement les modifications apportées à la politique du gouvernement fédéral, les qualifiant d’[TRADUCTION] « impensables », dans le cas du premier ministre de la Saskatchewan, Brad Wall, et d’[TRADUCTION] « abdication de responsabilité envers certains des membres les plus vulnérables de notre société, dans le cas de la ministre de la Santé de l’Ontario ». La ministre de la Santé du Manitoba a déclaré que ces

[257] Since June 30, 2012, a number of provinces have stepped in to provide some level of health insurance for those who would previously have had comprehensive health care insurance coverage under the pre-2012 IFHP. The respondents rely on this to show that health care is in fact still being provided to individuals who have lost their health insurance coverage under the 2012 changes to the IFHP.

[258] In August of 2012, the Quebec government announced that it would provide refugee claimants with insurance coverage for urgent and essential services, as well as coverage for the treatment of conditions that pose a risk to public health and safety. A newspaper report from September of 2012 stated that Manitoba would pay for medical benefits that had been cut by the federal government, although it is not clear from the article who would be eligible for these benefits, or what level of benefits would be provided.

[259] On December 9, 2013, the Ontario government announced the creation of a new program funding health care services for refugees living in Ontario called the Ontario Temporary Health Program (OTHP) which would come into effect on January 1, 2014. As of that date, refugee claimants (whether from a DCO country or not) and failed refugee claimants would have funded access to basic medical care, including coverage for medications, subject to an income test. Privately sponsored refugees (who are currently entitled to OHIP benefits) would also be covered for the cost of their medications under the OTHP.

[260] No such programs appear to have been implemented as yet by the provinces of Alberta, Nova Scotia, or Saskatchewan, although the Alberta Health Minister was quoted as saying that the province was considering setting up a temporary health care program for refugee

modifications [TRADUCTION] « nuisaient aux familles et [se traduiraient par] des problèmes plus coûteux à long terme ».

[257] Depuis le 30 juin 2012, bon nombre de provinces sont intervenues pour offrir une certaine assurance maladie à ceux qui bénéficiaient auparavant d'une couverture complète en matière de soins de santé grâce au PFSI avant 2012. Les défendeurs s'appuient sur ce fait pour montrer que, dans les faits, ceux qui ont cessé d'être couverts à la suite des modifications apportées au PFSI en 2012 reçoivent quand même des soins de santé.

[258] En août 2012, le gouvernement du Québec a annoncé qu'il fournirait une couverture aux demandeurs d'asile pour les services urgents et essentiels, ainsi qu'une couverture pour le traitement d'un état qui présente un risque pour la santé et la sécurité publiques. Dans un article de journal publié en septembre 2012, on pouvait lire que le Manitoba assumerait le coût des services de santé qui avaient fait l'objet de coupures par le gouvernement fédéral, bien que l'article ne permette pas de savoir clairement qui aurait droit à ces services, ou quel niveau de services serait offert.

[259] Le 9 décembre 2013, le gouvernement de l'Ontario a annoncé la création d'un nouveau programme de financement des services de soins de santé pour les réfugiés vivant en Ontario appelé le Programme d'assurance-santé provisoire de l'Ontario (le PASPO), lequel devait entrer en vigueur le 1^{er} janvier 2014. À compter de cette date, les demandeurs d'asile (qu'ils proviennent d'un pays d'origine désigné ou non) et les demandeurs d'asile déboutés disposeraient d'un accès financé à des soins médicaux de base, ainsi que d'une couverture pour les frais de médicament, sous réserve d'une évaluation de l'état de leurs revenus. Dans le cadre du PASPO, les réfugiés parrainés par le secteur privé (qui ont actuellement droit aux services de santé offerts par le Régime) seraient aussi couverts pour ce qui est du coût de leurs médicaments.

[260] Les provinces d'Alberta, de Nouvelle-Écosse ou de Saskatchewan ne semblent pas encore avoir mis en œuvre un programme de ce genre, bien que la ministre de la Santé de l'Alberta ait déclaré que la province envisageait de mettre sur pied un programme de soins

claimants. Saskatchewan does provide coverage for individuals in need on a case-by-case basis, as it did for Mr. Akhtar, and some health care is evidently being provided to affected individuals on an *ad hoc* basis in Nova Scotia. No information has been provided as to the situation in the remaining provinces and territories.

[261] I am thus satisfied that there are still parts of Canada where provincial governments have not “filled the gap” created by the 2012 changes to the IFHP. In addition, the fact that the situation may now have been remedied in some provinces such as Quebec and Ontario, does not address the concerns that may have arisen prior to the creation of provincial health insurance plans for IFHP beneficiaries who were “falling through the cracks”.

[262] Moreover, while it is commendable that provinces such as Saskatchewan are “filling the gap” on a case-by-case basis, I am not persuaded that *ad hoc* provincial largesse constitutes a reasonable alternative to funded health insurance coverage. We need only look at the case of Mr. Akhtar to see the flaw in the respondents’ position.

[263] Indeed, the respondents’ argument takes no account of the extreme human cost incurred as individuals search for sources of potentially lifesaving medical care. One can only imagine the psychological distress that someone like Mr. Akhtar would feel, being alone in a strange country, having just been diagnosed with an aggressive cancer, and not knowing whether or not he would be able to get the chemotherapy treatments on which his life depended.

[264] The respondents also note that most provinces have schemes in place whereby refugee claimants with valid work permits are eligible for health coverage under provincial and territorial plans. I accept that there is at least a possibility that some people who would have had comprehensive health care coverage under the pre-2012 IFHP could eventually qualify for provincial

de santé provisoire pour les demandeurs d’asile. La Saskatchewan offre une couverture pour les personnes qui en ont besoin au cas par cas, comme elle l’a fait dans le cas de M. Akhtar, et certains soins de santé sont de toute évidence prodigués aux personnes concernées de façon ponctuelle en Nouvelle-Écosse. Aucun renseignement n’a été produit quant à la situation dans les autres provinces et territoires.

[261] Je conclus donc qu’il y a encore des endroits au Canada où les gouvernements provinciaux ou territoriaux n’ont pas « comblé le vide » créé par les modifications apportées au PFSI en 2012. En outre, le fait que, dans certaines provinces, comme le Québec et l’Ontario, l’on ait remédié à la situation ne permet pas de répondre aux préoccupations qui peuvent être soulevées avant la création de régimes d’assurance maladie provinciaux pour les bénéficiaires du PFSI qui « passaient entre les mailles du filet ».

[262] En outre, bien qu’il soit louable que des provinces comme la Saskatchewan « comblent le vide » au cas par cas, je ne suis pas convaincue que la générosité dont les provinces font preuve en fonction des besoins est une solution de rechange raisonnable à la couverture en matière de soins de santé. Il suffit de tenir compte du cas de M. Akhtar pour constater que la thèse des défendeurs comporte une faille.

[263] En effet, la thèse des défendeurs ne tient pas compte du coût humain extrême qui se produit lorsque des personnes sont à la recherche de prestataires de soins de santé susceptibles de sauver des vies. On ne peut qu’imaginer la détresse psychologique dans laquelle une personne comme M. Akhtar était, seul dans un pays étranger, alors qu’on venait tout juste de lui diagnostiquer une forme agressive de cancer et qu’il ne savait pas s’il pourrait avoir droit à la chimiothérapie dont sa vie dépendait.

[264] Les défendeurs soulignent également que la plupart des provinces et territoires disposent de régimes suivant lesquels les demandeurs d’asile qui sont titulaires d’un permis de travail valide ont droit à une couverture en matière de soins de santé. Je conviens qu’il existe au moins une possibilité que certaines personnes qui auraient bénéficié d’une couverture complète

health insurance in some provinces, but there are a number of reasons why this will not be a viable option for many people.

[265] First of all, refugee claimants from DCO countries are not entitled to receive a work permit for the first 180 days that they are in Canada.

[266] Secondly, many refugee claimants will speak neither of Canada's official languages. They may have limited education, and no familiarity with Canadian culture. There is no assurance that they will come to this country with the language, education or skills to allow them to immediately begin work in Canada. Indeed, the respondents accept that full-time employment is not something that refugee claimants can "walk into immediately": transcript, Vol. 2, at page 132.

[267] Thirdly, to qualify for provincial health insurance, at least in Ontario, a claimant has to have an agreement in place to work full time for an employer and they must be working under that agreement for six months or longer. Many refugee claimants are only able to access part-time or transitory work that would not allow them to qualify for OHIP benefits.

[268] Finally, the majority of provincial and territorial health insurance plans have a waiting period before coverage will take effect, typically three months, leaving applicants uninsured or under-insured in the interim.

(2) Self-funding

[269] The respondents also identify self-funding as an option for those requiring medical services or medications not covered by the IFHP. That is, they say that affected individuals can pay for their own medical care, either directly, or by purchasing private health

en matière de soins de santé selon le PFSI avant 2012 puissent finalement être admissibles au régime d'assurance maladie provincial dans certaines provinces, mais cela ne sera pas une solution viable pour bien des gens, et ce, pour de nombreuses raisons.

[265] Premièrement, les demandeurs d'asile provenant de pays d'origine désignés doivent attendre 180 jours après leur arrivée au Canada avant de pouvoir obtenir un permis de travail.

[266] Deuxièmement, de nombreux demandeurs d'asile ne parleront ni l'une ni l'autre des langues officielles du Canada. Il se peut qu'ils soient peu instruits et qu'ils ne connaissent pas la culture canadienne. Rien ne garantit qu'à leur arrivée au Canada, ils auront les capacités linguistiques, l'éducation ou les compétences nécessaires pour pouvoir commencer à travailler immédiatement au pays. En effet, les défendeurs admettent que les demandeurs d'asile ne peuvent pas arriver au pays et commencer [TRADUCTION] « à travailler à temps plein le lendemain » : transcription, vol. 2, à la page 132.

[267] Troisièmement, pour avoir droit à une couverture en matière de soins de santé, du moins en Ontario, le demandeur doit avoir conclu une entente de travail à temps plein avec un employeur et avoir été au service de ce dernier pendant une période minimale de six mois. De nombreux demandeurs d'asile ne peuvent avoir qu'un emploi temporaire ou à temps partiel qui ne leur permettrait pas d'avoir droit aux services de santé offerts par le Régime.

[268] Enfin, la majorité des régimes d'assurance maladie provinciaux et territoriaux prévoient une période d'attente avant l'entrée en vigueur de la couverture, qui est habituellement de trois mois. Pendant cette période, les demandeurs ne sont pas assurés ou ne disposent pas d'une assurance suffisante.

2) Autofinancement

[269] Les défendeurs affirment que ceux qui ont besoin de services de santé ou de médicaments qui ne sont pas couverts par le PFSI peuvent aussi avoir recours à l'autofinancement. Autrement dit, ils disent que les personnes concernées peuvent payer pour leurs soins de

insurance. Once again, however, this will not be a realistic option for many of those affected by the 2012 changes to the IFHP.

[270] Working as a dishwasher making \$10 000 a year, it is inconceivable that Mr. Ayubi could ever pay the \$2 700 reduced cost of the medical tests that he needed. Nor could Mr. Garcia Rodrigues, supporting a family of three on a job paying \$19 an hour, ever have hoped to raise \$10 000 in time to pay for the emergency eye surgery that would preserve his sight and allow him to keep on working and supporting his family.

[271] It will be recalled that Dr. Rashid is a family physician in Toronto who works with refugees. He noted that “we are seeing people who have often been fleeing war; they left with nothing but the clothes on their back; many of them just don’t have a change of clothing when they arrive. So the notion of accessing private health insurance, for the refugees I see, and the refugee claimants I see it’s not on the radar. So it’s out there and I would hope that people know that, it’s not really something that’s attainable for most people”: Rashid cross-examination, at question 289.

[272] Indeed, the respondents accept that the beneficiaries of the IFHP are generally vulnerable, poor and disadvantaged. Paying for doctors’ visits, diagnostic testing, medications and hospitalizations or private health care insurance will be simply out of the question for many, if not most of the affected individuals.

(3) Community Health Centres and Refugee Shelters

[273] Assistance may be available for some of those seeking the protection of Canada through community health centres and refugee shelters. While Richard Goldman has testified that there are no clinics in Quebec that offer medical services to the uninsured, community

santé, que ce soit directement, où en achetant une assurance maladie privée. Encore une fois, cela n’est toutefois pas une possibilité réaliste pour nombre de ceux qui sont visés par les modifications apportées au PFSI en 2012.

[270] M. Ayubi, qui gagne 10 000 \$ par année comme plongeur, n’aurait jamais eu les moyens de payer le coût réduit de 2 700 \$ des examens médicaux dont il avait besoin. M. Garcia Rodrigues, qui subvenait aux besoins d’une famille de trois personnes avec un salaire de 19 \$ l’heure, n’aurait quant à lui jamais pu réussir à réunir 10 000 \$ à temps afin de payer la chirurgie oculaire d’urgence dont il avait besoin pour ne pas perdre la vue et pouvoir continuer à travailler et à subvenir aux besoins de sa famille.

[271] Rappelons que le D^r Rashid est médecin de famille à Toronto et qu’il travaille avec les réfugiés. Il a relevé ce qui suit : [TRADUCTION] « nous voyons des gens qui fuient la guerre; ils sont partis avec seulement ce qu’ils avaient sur le dos; bon nombre d’entre eux n’ont tout simplement pas de vêtements de rechange à leur arrivée au pays. Pour les réfugiés et les demandeurs d’asile que je vois, le concept de l’accès à une assurance maladie privée leur est donc tout à fait inconnu. C’est cela la réalité, et j’espère que les gens savent que ce n’est pas vraiment une chose à laquelle la plupart de ces personnes peuvent avoir accès » : contre-interrogatoire du D^r Rashid, question 289.

[272] Certes, les défendeurs admettent que les bénéficiaires du PFSI font généralement partie de groupes vulnérables, pauvres et défavorisés. Bon nombre, voire la plupart, des personnes concernées ne pourront tout simplement pas payer le coût des visites chez le médecin, des tests de diagnostic et des médicaments, les frais d’hospitalisation ou une assurance maladie privée.

3) Centres de santé communautaires et centres d’hébergement pour réfugiés

[273] Les centres de santé communautaires et les centres d’hébergement pour réfugiés peuvent offrir de l’aide à certaines personnes qui sollicitent la protection du Canada. Bien que Richard Goldman ait témoigné qu’au Québec, il n’y avait pas de cliniques qui assuraient

health centres serving the uninsured do exist, at least in Ontario. However, access to medical assistance at these centres is severely restricted.

[274] This is explained by Dr. Rashid, who has worked in a dozen or so community health centres over a 14-year period. He states that over the last 10 years, the patient rosters for most community health centres have been closed. Moreover, most centres do not operate on a “walk-in” basis so that, for example, a mother would not be able to access medical care for her feverish child at a community health centre.

[275] Dr. Caulford, the medical director of the Community Volunteer Clinic for the Medically Uninsured, stated that “what I have seen in my practice since June 30, 2012 is without precedent”. He goes on to describe “[r]efugee patients not able to access the care they need, patients arriving needing urgent care for otherwise treatable illnesses because they lacked or thought they lacked coverage, medical services being denied due to confusion around eligibility, and the downloading of costs onto health care providers, clinics, and provincial hospitals”. He notes that clinics that were previously scheduled to last four hours now sometimes last six hours. He concludes by expressing his concern that “this pace is not sustainable over the long term, as we rely so heavily on volunteers.” All quotes from Caulford affidavit, at paragraph 27.

(4) Midwifery Services

[276] The respondents point out that midwifery services are available to anyone in Ontario, free of charge. This may be true, but it obviously does not assist pregnant women in other provinces. Nor does it assist the pregnant woman in Ontario whose high-risk pregnancy requires that her baby be delivered in a hospital setting.

des services de santé aux personnes non assurées, il existe des centres de santé communautaires qui assurent des services de santé aux personnes non assurées, du moins en Ontario. Cependant, l'accès à une assistance médicale dans ces centres est très restreint.

[274] C'est ce qu'explique le D^r Rashid, qui a travaillé dans une douzaine de centres de santé communautaires pendant une période de 14 ans. Il déclare qu'au cours des 10 dernières années, la plupart des centres de santé communautaires ont cessé d'accepter de nouveaux patients. En outre, la plupart des centres n'offrent pas de services aux patients se présentant sans rendez-vous, de sorte que, par exemple, une mère ne pourrait pas avoir accès à des services de santé pour son enfant fiévreux à un centre de santé communautaire.

[275] Le D^r Paul Caulford, directeur médical de la Community Volunteer Clinic for the Medically Uninsured a déclaré ce qui suit : [TRADUCTION] « ce que j'ai vu au cours de ma pratique depuis le 30 juin 2012 est sans précédent ». Il déclare ensuite ce qui suit : [TRADUCTION] « [d]es patients réfugiés qui ne peuvent pas avoir accès aux soins dont ils ont besoin, des patients qui se présentent et qui ont besoin de soins urgents pour des maladies qui se soignent parce qu'ils ne disposent pas ou croient qu'ils ne disposent pas d'une couverture, des services médicaux qui sont refusés en raison de la confusion quant à l'admissibilité, et le transfert des coûts à des fournisseurs de soins de santé, des cliniques et des hôpitaux provinciaux ». Il souligne que des consultations qui devaient auparavant durer quatre heures durent maintenant parfois six heures. Il conclut en affirmant ce qui suit : [TRADUCTION] « à long terme, on ne peut pas continuer à ce rythme car nous dépendons énormément des bénévoles ». Toutes les citations sont tirées du paragraphe 27 de l'affidavit Caulford.

4) Services de sages-femmes

[276] Les défenseurs signalent qu'en Ontario, les services de sages-femmes sont assurés gratuitement à toutes les femmes. Cela est peut-être vrai, mais qu'en est-il des femmes enceintes dans les autres provinces? Et qu'en est-il des femmes enceintes en Ontario qui ont une grossesse à haut risque et qui doivent donner naissance en milieu hospitalier?

(5) Hospital Emergency Rooms

[277] Hospital emergency rooms are also identified by the respondents as a source of medical care for IFHP beneficiaries. While they may indeed provide care in emergency situations, emergency rooms are a costly way in which to deliver health care. Moreover, as we saw in the case of Mr. Wijenaike, at least some provinces will attempt to recover the cost of medical services provided to uninsured patients.

[278] Hospital emergency rooms also do not provide primary health care, nor do they provide the kind of preventative health care (such as diabetic monitoring or treatment for mental health conditions, for example) that would allow patients to avoid the hospital in the first place. Finally, patients still have to pay to fill prescriptions that they receive through hospital emergency rooms.

(6) Social Assistance

[279] The respondents also suggest that going on social assistance is another way that IFHP beneficiaries can access health insurance. Indeed, Mr. Bradley observed that Mr. Ayubi would likely have been better off in terms of his ability to access health care had he simply quit his job and gone on social assistance.

[280] At the same time, the respondents acknowledge that privately sponsored refugees are banned from going on social assistance for their first year in Canada, with the result that this is not a viable option for these individuals.

[281] Moreover, provincial social assistance programs do not provide comprehensive medical benefits to recipients. Where health benefits are provided, they only cover things like medication and supplementary services, but do not ordinarily extend to cover the cost of doctor's visits, pre-natal care, diagnostic testing, etc.

[282] To the extent that cost containment was identified as an objective of the 2012 changes to the IFHP, it

5) Salles d'urgence dans les hôpitaux

[277] Selon les défendeurs, les salles d'urgence dans les hôpitaux sont aussi une source de soins de santé pour les bénéficiaires du PFSI. Bien qu'elles puissent être utilisées pour assurer des services de santé dans des situations d'urgence, les salles d'urgence constituent une façon coûteuse d'assurer les soins de santé. De plus, comme nous l'avons vu dans le cas de M. Wijenaike, certaines provinces essaieront de recouvrer le coût des services de santé fournis à des patients non assurés.

[278] Les salles d'urgence dans les hôpitaux ne fournissent pas non plus de soins de santé primaires, ni le genre de soins préventifs (comme le suivi diabétique ou le traitement de problèmes de santé mentale) qui permettent aux patients d'éviter en premier lieu d'aller à l'hôpital. Enfin, les patients doivent quand même payer pour l'exécution des ordonnances qu'ils reçoivent dans les salles d'urgence des hôpitaux.

6) Aide sociale

[279] Les défendeurs soutiennent aussi que les bénéficiaires du PFSI peuvent aussi avoir accès à une assurance maladie en devenant bénéficiaires de l'aide sociale. M. Bradley a effectivement observé qu'en ce qui concerne la capacité de M. Ayubi d'avoir accès à des soins de santé, il aurait probablement été préférable pour lui de quitter son emploi et de devenir bénéficiaire de l'aide sociale.

[280] Par ailleurs, les défendeurs admettent que les réfugiés parrainés par le secteur privé ne peuvent pas devenir bénéficiaires de l'aide sociale durant leur première année au Canada. Cela n'est donc pas une solution viable pour ces personnes.

[281] En outre, les programmes d'aide sociale provinciaux n'assurent pas des services de santé complets aux bénéficiaires. Lorsque des services de santé sont assurés, ils couvrent des choses comme les médicaments et les services supplémentaires, mais ils ne couvrent généralement pas le coût des visites chez le médecin, des soins prénataux, des tests de diagnostic, etc.

[282] Pour autant qu'il ait été établi que le contrôle des coûts était l'un des objectifs des modifications

must also be recognized that there are costs associated with forcing people to go onto social assistance in order to access potentially lifesaving medications and medical treatment. These include, of course, the direct financial cost of the social assistance benefits themselves.

[283] There is, however, also an intangible cost to human dignity that comes with forcing people to quit their jobs and go on welfare in order to access medical care. Not only does forcing people to withdraw from the workforce inhibit their ability to integrate into Canadian society, as the Supreme Court of Canada observed in *Reference Re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313, at page 368:

Work is one of the most fundamental aspects in a person's life, providing the individual with a means of financial support and, as importantly, a contributory role in society. A person's employment is an essential component of his or her sense of identity, self-worth and emotional well-being.

(7) Charity

[284] The respondents also point to charitable donations as an alternate source of health care for those affected by the cuts to the IFHP.

[285] It is true that a number of the individuals identified in the record have benefited from the charity of health care providers, medical institutions and pharmaceutical companies. However, the evidence also shows that the availability of the charity of others is uncertain, and that the uncertainty as to whether or not medical care will ultimately be available puts tremendous psychological strain on those in need of medical care.

[286] The respondents' argument that charity is an appropriate alternate source of medical care for the affected individuals also does not take into account the cost to human dignity incurred by requiring sick individuals to have to rely on the goodwill of others. Supreme

apportées au PFSI en 2012, il faut également reconnaître que des coûts sont rattachés au fait d'obliger les gens à devenir bénéficiaires de l'aide sociale pour qu'ils puissent avoir accès à des médicaments et à des traitements médicaux pouvant leur sauver la vie. Ces coûts comprennent, bien entendu, le coût financier direct des prestations d'assurance sociale elles-mêmes.

[283] Il existe toutefois aussi des coûts intangibles, sur le plan de la dignité humaine, qui sont rattachés au fait d'obliger les gens à devenir bénéficiaires de l'aide sociale afin de pouvoir avoir accès à des soins de santé. Non seulement le fait d'obliger les gens à quitter le marché du travail fait obstacle à leur capacité de s'intégrer dans la société canadienne, mais, comme la Cour suprême du Canada l'a fait remarquer dans le *Renvoi relatif à la Public Sector Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313, à la page 368 :

Le travail est l'un des aspects les plus fondamentaux de la vie d'une personne, un moyen de subvenir à ses besoins financiers et, ce qui est tout aussi important, de jouer un rôle utile dans la société. L'emploi est une composante essentielle du sens de l'identité d'une personne, de sa valorisation et de son bien-être sur le plan émotionnel.

7) Charité

[284] Les défendeurs soulignent aussi que les dons de bienfaisance sont une autre source de soins de santé pour ceux qui sont concernés par les compressions dans le PFSI.

[285] Il est vrai que certaines des personnes nommées dans le dossier ont bénéficié de la charité de prestataires de soins de santé, d'établissements médicaux et d'établissements pharmaceutiques. Cependant, il ressort également des éléments de preuve que la charité d'autrui est incertaine et que l'incertitude quant à la question de savoir si des soins de santé seront en fin de compte disponibles exerce des pressions psychologiques énormes sur ceux qui ont besoin de soins de santé.

[286] La thèse des défendeurs portant que la charité est une solution de rechange appropriée de soins de santé pour les personnes concernées ne tient pas non plus compte du coût qui doit être assumé, sur le plan de la dignité humaine, lorsque l'on oblige les personnes

Court of Canada Charter jurisprudence is replete with references to the importance of human dignity. It is simply demeaning to require desperately ill people to go begging for essential medical treatment.

(8) Section 7 Discretionary IFHP Coverage

[287] The last alternate source of medical insurance coverage identified by the respondents is section 7 discretionary IFHP coverage.

[288] It will be recalled that in accordance with the provisions of section 7 of the 2012 OICs, the Minister retains the discretion to pay the cost of health care coverage, public health or public safety health care coverage or immigration medical examinations “in exceptional and compelling circumstances”. Mr. Ayubi was ultimately the beneficiary of such discretionary IFHP coverage for his diabetes-related medical services, but not for his medication.

[289] Once again, this may be a satisfactory source of alternate medical insurance coverage for some individuals, but it does not come close to compensating for the loss of health care benefits resulting from the 2012 changes to the IFHP.

[290] First, the Minister’s discretion under section 7 of the 2012 OICs does not extend to cover the cost of medications or immunizations, unless they are required to treat a condition that involves a threat to public health or safety.

[291] Second, it is conceded by the respondents that the existence of ministerial discretion under section 7 of the 2012 OICs is not designed to address emergency medical situations. The concession that the exercise of this discretion is not a viable option in emergencies is supported by the evidence regarding Mr. Ayubi’s request for discretionary relief, which was outstanding for five

malades à s’en remettre au bon vouloir des autres. La jurisprudence de la Cour suprême du Canada relative à la Charte regorge d’observations concernant l’importance de la dignité humaine. Il est tout simplement dégradant d’obliger les gens gravement malades à mendier pour avoir accès à des traitements médicaux essentiels.

8) La couverture discrétionnaire prévue à l’article 7

[287] La dernière solution de rechange à la couverture des soins de santé avancée par les défendeurs est le pouvoir discrétionnaire, prévu à l’article 7, d’accorder la couverture prévue par le PFSI.

[288] Rappelons que, suivant les dispositions de l’article 7 des décrets de 2012, le ministre conserve le pouvoir discrétionnaire de payer le coût de la couverture des soins de santé, de la couverture des soins de santé pour la santé ou la sécurité publiques ou bien des visites médicales d’immigration « si des circonstances exceptionnelles l’exigent ». M. Ayubi s’est en fin de compte fait accorder de façon discrétionnaire la couverture prévue par le PFSI pour les services médicaux qu’il a reçus relativement à son diabète, mais pas pour ses médicaments.

[289] Encore une fois, il s’agit peut-être pour certains d’une solution de rechange satisfaisante à la couverture des soins de santé, mais cette solution est loin de compenser la perte des services de soins de santé découlant des modifications apportées au PFSI en 2012.

[290] Tout d’abord, le pouvoir discrétionnaire que l’article 7 des décrets de 2012 confère au ministre ne comprend pas le coût des médicaments ou de l’immunisation, sauf s’ils sont nécessaires pour traiter les états préoccupants pour la santé ou la sécurité publiques.

[291] Ensuite, les défendeurs concèdent que le pouvoir discrétionnaire ministériel prévu à l’article 7 des décrets de 2012 ne vise pas à régler les situations d’urgence médicale. La concession selon laquelle l’exercice de ce pouvoir discrétionnaire n’est pas une solution viable en cas d’urgence est confirmée par les éléments de preuve au sujet de la demande présentée par M. Ayubi

months before it was approved. Indeed, Ms. Fortin admitted on her cross-examination that many requests for section 7 relief had been outstanding for several months.

[292] Moreover, although the 2012 OICs are publicly available documents, as is CIC's 2013 policy manual dealing with the IFHP [Operational Bulletin 440-G], it appears that the existence of section 7 Ministerial discretion is not widely known. This is demonstrated by the fact that, as of the date of the record, only 23 requests for discretionary relief had been received by CIC.

[293] Finally, section 7 relief is discretionary, and thus, by definition, uncertain.

(9) Conclusion Regarding the Alternatives to IFHP-Funded Health Care

[294] The respondents repeatedly emphasized that in every case cited by the applicants, the individuals in question were ultimately able to obtain the medical care that they required. According to the respondents, this is proof that there are satisfactory alternatives to federally funded health care insurance benefits for those involved in the refugee process.

[295] There are a number of reasons why I do not accept this submission.

[296] The first is that it is factually incorrect. We know that Mr. Ayubi has *not* been able to obtain all of the medical care that he requires. He has been unable to get some of his medications, which his doctor says "will undoubtedly be disastrous for him ... and will ultimately ... be far more expensive to the health care system when he inevitably presents with complications placing him in a life and death situation": Ayubi affidavit, Exhibit A.

concernant la prise de mesures discrétionnaires, qui était demeurée en suspens pendant cinq mois avant d'être approuvée. M^{me} Fortin a effectivement admis lors de son contre-interrogatoire qu'un grand nombre de demandes concernant la prise de mesures fondées sur l'article 7 étaient restées en suspens pendant plusieurs mois.

[292] En outre, bien que les décrets de 2012 soient des décrets accessibles au public, tout comme le guide des politiques de 2013 de CIC traitant du PFSI [Bulletin opérationnel 440-G], il semble que l'existence du pouvoir discrétionnaire ministériel prévu à l'article 7 ne soit pas très connue. Cet état de choses est illustré par le fait que, à la date figurant dans le dossier, seulement 23 demandes concernant la prise de mesures discrétionnaires avaient été présentées à CIC.

[293] Enfin, les mesures prévues à l'article 7 sont discrétionnaires et sont donc, par définition, incertaines.

9) Conclusion concernant les solutions de rechange aux soins de santé financés par le PFSI

[294] Les défendeurs ont souligné à maintes reprises le fait que, dans tous les cas cités par les demandeurs, les intéressés avaient finalement pu obtenir les soins de santé dont ils avaient besoin. Selon les défendeurs, cela prouve qu'il existe des solutions de rechange satisfaisantes à la couverture des services de soins de santé financée par le gouvernement fédéral pour les personnes prenant part au processus de demande d'asile.

[295] Je ne retiens pas cette thèse pour plusieurs raisons.

[296] Tout d'abord, l'argument est inexact quant aux faits. Nous savons que M. Ayubi n'a pas pu obtenir tous les soins de santé dont il avait besoin. Il n'a pas pu obtenir certains des médicaments qui lui avaient été prescrits, ce qui, selon son médecin, [TRADUCTION] « aura sans aucun doute des conséquences désastreuses pour lui [...] et sera en fin de compte [...] beaucoup plus coûteux pour le régime de soins de santé lorsqu'il présentera inévitablement des complications qui mettront sa vie en danger » : affidavit de M. Ayubi, pièce A.

[297] We also know that Mr. Ayubi's inability to access prescribed medication has in fact already caused him physical harm. That is, when one of Mr. Ayubi's anti-hypertensive drugs was not available though his community health centre, an alternative medication had to be substituted. This caused him to suffer a hypotensive crisis, requiring the administration of intravenous fluids at a community health centre to restore his blood pressure.

[298] There are, moreover, numerous shortcomings in all of the alternate sources of health care identified by the respondents. These other sources of health care are not always timely. We know that it was only through the goodwill of Mr. Garcia Rodrigues' ophthalmologist, who agreed to perform his surgery for a fraction of the usual price, that he did not lose the vision in his eye, which could have impaired his ability to support his family.

[299] The respondents' proposed alternatives are also uncertain, and do not take into account the psychological harm inflicted on people like Mr. Akhtar, who, on top of receiving a cancer diagnosis, was left wondering whether or not he would be able to receive lifesaving chemotherapy treatments.

[300] Nor do the respondents' proposed alternatives take into account the negative impact on human dignity that flows from forcing people to have to rely on the charity of others for lifesaving medical treatments.

[301] The respondents concede that people have probably been harmed by the 2012 changes to the IFHP: transcript, Vol. 2, at page 119. Given the number of people affected by the changes, and the uncertain and unsatisfactory nature of the alternative avenues of care, this is undoubtedly true. Indeed, I accept the evidence of Dr. Rachlis, to the extent that he asserts that the changes to the IFHP are most certainly causing illness and disability. I further agree with Dr. Caulford that sooner or later, "a refugee claimant will eventually die as a result of inadequate access to health care" caused by these changes: Caulford affidavit, at paragraph 28.

[297] Nous savons aussi que l'incapacité pour M. Ayubi d'avoir accès à des médicaments sur ordonnance lui a en fait déjà causé un préjudice physique. C'est-à-dire que, lorsque M. Ayubi n'a pas pu obtenir l'un de ses médicaments antihypertenseurs par l'intermédiaire de son centre de santé communautaire, un autre médicament a été utilisé en remplacement. Cela a causé chez lui une crise hypotensive, et on a dû lui administrer, dans un centre de santé communautaire, des solutions par voie intraveineuse pour rétablir sa pression artérielle.

[298] Il y a, en outre, de nombreuses lacunes dans l'ensemble des autres sources de soins de santé cernées par les défendeurs. Ces autres sources de soins de santé ne sont pas toujours opportunes. Nous savons que c'est seulement grâce à la bonne volonté de son ophtalmologue, qui a accepté de pratiquer la chirurgie pour une fraction du coût habituel, que M. Garcia Rodrigues n'a pas perdu la vision dans son œil, ce qui aurait pu nuire à sa capacité de subvenir aux besoins de sa famille.

[299] Les solutions de rechange proposées par les défendeurs sont aussi incertaines et elles ne tiennent pas compte du préjudice psychologique causé à des personnes comme M. Akhtar, qui, en plus de se faire diagnostiquer un cancer, ne savait pas s'il pourrait avoir droit à la chimiothérapie dont sa vie dépendait.

[300] Les solutions de rechange proposées par les défendeurs ne tiennent pas non plus compte des répercussions néfastes sur la dignité humaine qui découlent du fait d'obliger les gens à compter sur la charité d'autrui pour des traitements médicaux d'importance vitale.

[301] Les défendeurs concèdent que des personnes ont probablement subi des préjudices en raison des modifications apportées au PFSI en 2012 : transcription, vol. 2, à la page 119. Étant donné le nombre de personnes concernées par les modifications et le caractère incertain et insatisfaisant des autres sources de soins, cela est sans doute vrai. D'ailleurs, je retiens le témoignage du Dr. Rachlis, dans la mesure où il affirme que les modifications apportées au PFSI sont certainement source de maladies et d'invalidités. Je conviens également avec le Dr. Caulford que, tôt ou tard, [TRADUCTION] « un demandeur d'asile décèdera parce qu'il n'aura pas pu accéder

adéquatement à des soins de santé » en raison des modifications apportées : affidavit du D^r Caulford, au paragraphe 28.

IV. Issues

[302] The applicants identify the subject of their challenge as being the decision of the Governor in Council to cancel the pre-2012 IFHP and replace it with a new IFHP that provides lesser care to most Program beneficiaries, and eliminates health care insurance coverage altogether for others.

[303] The following issues have been raised by the parties:

1. Whether CDRC, CARL and JFCY should be granted public interest standing in this matter;
2. Whether the 2012 modifications to the IFHP are unlawful because the 2012 OICs are *ultra vires* the executive branch of government;
3. Whether Governor in Council breached its duty of procedural fairness by failing to provide notice and an opportunity to participate prior to the proclamation of the 2012 OICs;
4. Whether the 2012 changes to the IFHP violate section 7 of the Charter;
5. Whether the 2012 changes to the IFHP violate section 12 of the Charter;
6. Whether the 2012 changes to the IFHP violate section 15 of the Charter;
7. Whether any breaches of Charter rights can be saved under section 1 of the Charter; and
8. What, if any, remedy is appropriate in this case.

IV. Les questions en litige

[302] Les demandeurs déclarent qu'ils contestent la décision du gouverneur en conseil d'annuler le PFSI en vigueur avant 2012 et de le remplacer par un nouveau Programme qui offre moins de soins à la plupart de ses bénéficiaires et qui cesse complètement d'offrir une couverture en matière de soins de santé à d'autres bénéficiaires.

[303] Les parties soulèvent les questions en litige suivantes :

1. Doit-on accorder à MCSR, à l'ACAADR et à JFCY qualité pour agir dans l'intérêt public dans la présente affaire?
2. Les modifications apportées au PFSI en 2012 sont-elles illégales parce que l'exécutif a outrepassé sa compétence en prenant les décrets de 2012?
3. Le gouverneur en conseil a-t-il manqué à son obligation d'équité procédurale en ne donnant pas d'avis et en ne donnant pas la possibilité de participer avant la promulgation des décrets de 2012?
4. Les modifications apportées au PFSI sont-elles contraires à l'article 7 de la Charte?
5. Les modifications apportées au PFSI sont-elles contraires à l'article 12 de la Charte?
6. Les modifications apportées au PFSI sont-elles contraires à l'article 15 de la Charte?
7. L'atteinte aux droits garantis par la Charte peut-elle être justifiée aux termes de l'article premier de la Charte?
8. Quelles sont les mesures appropriées, s'il y a lieu, en l'espèce?

V. Standing

[304] The law of standing governs who is entitled to bring a case before the courts. It is intended to limit the ability of those with no real stake in a matter from overburdening the Court system with frivolous or duplicative cases, and to ensure that cases are determined based upon the competing arguments of those directly affected by matters in dispute. This in turn allows Courts to fulfill their proper function within our democratic system of government: *Finlay v. Canada (Minister of Finance)*, [1986] 2 S.C.R. 607, at page 631.

[305] Those whose individual rights are at stake or who have been directly affected by government action are generally entitled to pursue legal action to enforce those rights or interests. Indeed, the respondents do not dispute the entitlement of Mr. Ayubi and Mr. Garcia Rodrigues to pursue their challenges to the 2012 OICs before this Court.

[306] Standing may also be granted to individuals and organizations to advance a case before the courts where it is in the public interest to do so. CDRC, CARL and JFCY seek public interest standing in this case.

[307] The parties agree that the test for public interest standing is that articulated by the Supreme Court of Canada in *Canada (Attorney General) v. Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence Society*, 2012 SCC 45, [2012] 2 S.C.R. 524 and considered again in *Manitoba Metis Federation Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2013 SCC 14, [2013] 1 S.C.R. 623.

[308] In these cases the Supreme Court recognized that in public law cases such as the one before me, courts “have taken a flexible, discretionary approach to public interest standing, guided by the purposes which underlie the traditional limitations [on standing]”: *Downtown Eastside*, above, at paragraph 1.

V. La question de la qualité pour agir

[304] Le droit relatif à la qualité pour agir vise ceux qui ont le droit de porter une affaire devant les tribunaux. Il vise à empêcher ceux qui n’ont pas d’intérêt réel dans une affaire de submerger le système judiciaire avec des poursuites frivoles ou redondantes, et à assurer que les affaires soient tranchées en fonction des thèses opposées des personnes qui sont directement concernées par les questions en litige. Cela permet au juge de jouer le rôle qui lui est propre dans notre système démocratique de gouvernement : *Finlay c. Canada (Ministre des Finances)*, [1986] 2 R.C.S. 607, à la page 631.

[305] Les personnes dont les droits individuels sont en jeu ou qui ont été directement touchées par les mesures prises par le gouvernement ont généralement le droit de s’adresser à la justice pour faire valoir ces droits. D’ailleurs, les défendeurs ne contestent pas le fait que M. Ayubi et M. Garcia Rodrigues ont le droit d’exercer un recours en justice pour s’opposer devant la Cour aux décrets de 2012.

[306] On peut aussi accorder qualité d’agir aux particuliers et aux organismes pour qu’ils puissent présenter une cause devant les tribunaux lorsqu’il est dans l’intérêt public de le faire. MCSR, l’ACAADR et JFCY cherchent à se faire reconnaître la qualité pour agir dans l’intérêt public en l’espèce.

[307] Il n’est pas controversé entre les parties que le critère applicable à la qualité pour agir dans l’intérêt public est celui que la Cour suprême du Canada a formulé à l’occasion de l’affaire *Canada (Procureur général) c. Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence Society*, 2012 CSC 45, [2012] 2 R.C.S. 524, qui a de nouveau été examiné à l’occasion de l’affaire *Manitoba Metis Federation Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2013 CSC 14, [2013] 1 R.C.S. 623.

[308] Par ces arrêts, la Cour suprême du Canada a reconnu que, dans les affaires de droit public comme celle dont je suis saisie, la jurisprudence a « adopté une approche souple et discrétionnaire quant à la question de la qualité pour agir dans l’intérêt public, guidés en cela par les objectifs qui étaient sous-jacents aux limites

[309] The Supreme Court also noted in *Downtown Eastside* that “[a]t the root of the law of standing is the need to strike a balance ‘between ensuring access to the courts and preserving judicial resources’”: at paragraph 23, citing *Canadian Council of Churches v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 236, at page 252.

[310] There are three factors that a court must weigh in deciding whether or not to exercise its discretion in favour of granting public interest standing. These are:

1. Whether the case raises a serious justiciable issue;
2. Whether the party bringing the action has a real stake or a genuine interest in its outcome; and
3. Whether, having regard to a number of factors, the proposed action is a reasonable and effective means to bring the case to court.

[311] In exercising the Court’s discretion with respect to a question of public interest standing, these factors are not, however, to be treated as “technical requirements”. Instead, “the factors should be seen as interrelated considerations to be weighed cumulatively, not individually, and in light of their purposes”: *Downtown Eastside*, above, at paragraph 36. The principles governing the exercise of this discretion should, moreover, “be interpreted in a liberal and generous manner”: *Downtown Eastside*, at paragraphs 2 and 35, citing *Canadian Council of Churches*, above, at pages 253 and 256.

A. *Serious Justiciable Issue*

[312] A “serious justiciable issue” is one that raises a substantial or important constitutional issue that is “far from frivolous”: *Downtown Eastside*, above, at

traditionnelles [en matière de qualité pour agir] » : *Downtown Eastside*, précité, au paragraphe 1.

[309] Par l’arrêt *Downtown Eastside*, la Cour suprême du Canada a aussi relevé que « [e]n somme, les règles de droit relatives à la qualité pour agir tirent leur origine de la nécessité d’établir un équilibre “entre l’accès aux tribunaux et la nécessité d’économiser les ressources judiciaires” » : au paragraphe 23, en citant l’arrêt *Conseil canadien des Églises c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 236, à la page 252.

[310] Il existe trois facteurs que le juge doit soupeser pour décider s’il doit exercer son pouvoir discrétionnaire de reconnaître ou non la qualité pour agir dans l’intérêt public. Ces facteurs sont les suivants :

1. Une question justiciable sérieuse est-elle soulevée dans l’affaire?
2. La partie qui intente l’action a-t-elle un intérêt réel ou véritable dans l’issue de l’action?
3. Compte tenu d’un certain nombre de facteurs, l’action proposée constitue-t-elle une manière raisonnable et efficace de porter l’affaire devant le juge?

[311] Lorsque la Cour exerce son pouvoir discrétionnaire à l’égard de la question de la qualité pour agir dans l’intérêt public, elle ne doit toutefois pas assimiler ces facteurs à des « exigences techniques. Ils doivent plutôt être vus comme des considérations connexes devant être appréciées ensemble, plutôt que séparément, et de manière téléologique » : *Downtown Eastside*, au paragraphe 36. Les principes qui encadrent l’exercice de ce pouvoir discrétionnaire doivent, en outre, « être interprétés d’une façon libérale et souple » : *Downtown Eastside*, précité, aux paragraphes 2 et 35, en citant l’arrêt *Conseil canadien des Églises*, précité, aux pages 253 et 256.

A. *Question justiciable sérieuse*

[312] La « question justiciable sérieuse » est une question importante ou un point constitutionnel important qui est « “loin d’être futile[e]” » : *Downtown Eastside*,

paragraph 42 [citing *Finlay*, above, at page 633]. The respondents concede that this case raises serious justiciable issues.

[313] The respondents contend, however, that the CDRC, CARL and JFCY should not be granted public interest standing in this matter as JFCY has not shown that it has a genuine interest in the issues before the Court, and none of the three organizations have demonstrated that allowing them to participate in this proceeding will result in reasonable and effective litigation of the issues.

B. *Does JFCY Have a Genuine Interest in this Proceeding?*

[314] In support of their contention that JFCY has not shown that it has a genuine interest in the issues before the Court, the respondents point out that JFCY did not express any interest in this issue for more than a year after the 2012 changes to the IFHP came into effect.

[315] The respondents also say that JFCY's position is "largely redundant", given that it has relied on the affidavit evidence of the other applicants and has not raised any new issues. Indeed, the respondents point to the fact that JFCY did not attend the cross-examination of several affiants upon whose evidence they rely as evidence of their lack of interest in this proceeding.

[316] The Supreme Court addressed this second aspect of the test for public interest standing in *Downtown Eastside*, where it noted that "this factor reflects the concern for conserving scarce judicial resources and the need to screen out the mere busybody": at paragraph 43, citing *Finlay*, above, at page 633. The Supreme Court went on to describe this factor as being concerned with "whether the plaintiff has a real stake in the proceedings or is engaged with the issues they raise": at paragraph 43.

précité, au paragraphe 42 [citant l'arrêt *Finlay*, précité, à la page 633]. Les défendeurs concèdent que la présente affaire soulève des questions justiciables sérieuses.

[313] Cependant, les défendeurs soutiennent que la qualité pour agir dans l'intérêt public ne doit pas être accordée à MCSR, à l'ACAADR et à JFCY en l'espèce, étant donné que JFCY n'a pas montré qu'il a un intérêt véritable dans les questions dont la Cour est saisie, et qu'aucun des trois organismes n'a démontré que ces questions pourront être instruites de manière raisonnable et efficace par la Cour s'il leur est permis de participer à l'instance.

B. *JFCY a-t-il un intérêt véritable dans la présente instance?*

[314] À l'appui de leur thèse selon laquelle JFCY n'a pas montré qu'il a un intérêt véritable dans les questions dont la Cour est saisie, les défendeurs relèvent que JFCY n'a pas manifesté quelque intérêt que ce soit dans la question pendant plus d'un an après l'entrée en vigueur des modifications apportées au PFSI en 2012.

[315] Les défendeurs affirment aussi que la position de JFCY est [TRADUCTION] « en grande partie redondante », étant donné que l'organisme s'est fondé sur la preuve par affidavit des autres demandeurs et qu'il n'a pas soulevé de nouvelles questions. En effet, pour établir l'absence d'intérêt de JFCY dans la présente instance, les défendeurs signalent que JFCY n'a pas assisté aux contre-interrogatoires de plusieurs des déposants dont il invoque le témoignage.

[316] La Cour suprême du Canada a discuté le deuxième élément du critère applicable à la qualité pour agir dans l'intérêt public à l'occasion de l'affaire *Downtown Eastside*; elle a alors signalé que « ce facteur traduisait la préoccupation de conserver les ressources judiciaires limitées et la nécessité d'écarter les simples trouble-fête » : au paragraphe 43, en citant l'arrêt *Finlay*, précité, à la page 633. La Cour suprême du Canada a ensuite précisé que ce facteur concernait « la question de savoir si le demandeur [avait] un intérêt réel dans les procédures ou [était] engagé quant aux questions qu'elles soul[evai]ent » : au paragraphe 43.

[317] The Court then went on to discuss the interests of litigants granted public interest standing in earlier jurisprudence. Of particular note are the Court’s comments with respect to the interests of the applicant in the *Canadian Council of Churches* case cited earlier. The Court observed that in that case, the Canadian Council of Churches had a “‘genuine interest’” in the proceedings at issue, “as it enjoyed ‘the highest possible reputation and has demonstrated a real and continuing interest in the problems of the refugees and immigrants’”: *Downtown Eastside*, above, at paragraph 43, citing *Canadian Council of Churches*, at page 254.

[318] By examining the organization’s reputation, its continuing interest, and its link with the claim, “the Court thus assessed its ‘engagement’, so as to ensure an economical use of scarce judicial resources”: *Downtown Eastside*, at paragraph 43, citing Kent Roach, *Constitutional Remedies in Canada* (loose-leaf), at paragraph 5.120.

[319] In order to situate the respondents’ argument in this case, it is first necessary to have an understanding of the procedural history of this matter.

[320] JFCY was not originally a party to this application, which was commenced by the other applicants on February 25, 2013. JFCY commenced its own application for judicial review on August 13, 2013 (T-1376-13). JFCY’s application raised essentially the same issues as this application, although it did so from the perspective of the impact of the 2012 changes to the IFHP on the legal rights of child refugees and migrants.

[321] On the consent of the parties, I ordered that JFCY be added as a party to this application on the basis of an undertaking by JFCY that it would discontinue its application in T-1376-13. It was understood at the time that this order was made without prejudice to the rights of the respondents to challenge the standing of JFCY to pursue this matter at the hearing on the merits.

[317] La Cour suprême du Canada a ensuite discuté l’intérêt des plaideurs à qui l’on a accordé la qualité pour agir dans l’intérêt public dans la jurisprudence antérieure. Il convient de porter une attention particulière aux observations que la Cour suprême du Canada a formulées à l’égard de l’intérêt du demandeur à l’occasion de l’arrêt *Conseil canadien des Églises*, précité. La Cour suprême du Canada a fait remarquer que, dans cette affaire, le Conseil canadien des Églises avait un « “intérêt véritable” » dans l’instance, « vu qu’il jouissait “de la meilleure réputation possible et [qu’]il a[vait] démontré un intérêt réel et constant dans les problèmes des réfugiés et des immigrants” » : *Downtown Eastside*, précité, au paragraphe 43, en citant l’arrêt *Conseil canadien des Églises*, à la page 254.

[318] En examinant la réputation de l’organisme, son intérêt continu et son lien avec l’action, « la Cour a ainsi évalué son “engagement”, de façon à assurer une utilisation efficace des ressources judiciaires limitées » : *Downtown Eastside*, au paragraphe 43, en citant Kent Roach, *Constitutional Remedies in Canada* (feuilles mobiles), au paragraphe 5.120.

[319] Afin de replacer la thèse des défendeurs dans la présente affaire, il faut tout d’abord comprendre l’historique de la procédure en l’espèce.

[320] À l’origine, JFCY n’était pas partie à la présente demande, qui a été déposée par les autres demandeurs le 25 février 2013. JFCY a présenté sa propre demande de contrôle judiciaire le 13 août 2013 (T-1376-13). La demande de JFCY soulève essentiellement les mêmes questions que celles soulevées dans la présente demande, bien que celles-ci soient soulevées sous l’angle des répercussions des modifications apportées au PFSI en 2012 sur les droits des enfants qui sont réfugiés et migrants.

[321] Du consentement des parties, j’ai ordonné que JFCY soit ajouté comme partie à la présente demande, à la condition qu’il s’engage à se désister de sa demande dans le dossier T-1376-13. À ce moment-là, il était entendu que l’ordonnance était rendue sans porter atteinte au droit des défendeurs de s’opposer à la qualité de JFCY pour poursuivre l’affaire lors de l’audition de la demande sur le fond.

[322] At the respondents' request, and with the consent of the parties (including JFCY), I also ordered that JFCY not be permitted to file any additional evidence in this application beyond the affidavit of Jeffrey Rosekat, which had been filed in support of application T-1376-13.

[323] I further ordered, once again with consent of the parties, that rather than participate directly in the cross-examinations on the respondents' affidavits, JFCY was to provide lead counsel for the applicants with any questions that it wanted to have posed to the respondents' affiants, so that the witnesses would be cross-examined by only one lawyer. This did not, however, preclude JFCY from attending the cross-examinations, and indeed their counsel attended the cross-examinations of the respondents' three main affiants, as well as the cross-examinations of eight of the eleven applicants' affiants.

[324] Given this background, I am not prepared to accord a great deal of weight to the fact that JFCY has relied on the affidavit evidence adduced by the other applicants and did not attend some of the cross-examinations as evidence of their lack of interest in this proceeding.

[325] I am, moreover, satisfied that JFCY is engaged with the issues that it raises. As was noted earlier, JFCY is a non-profit legal aid clinic with a focus on the legal rights of children. It has experience working with child refugees and has a demonstrated history of advocating for the rights of children. For example, it was the sole applicant in the constitutional challenge to the corporal punishment sections of the *Criminal Code* [R.S.C., 1985, c. C-46]: *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law v. Canada (Attorney General)*, 2004 SCC 4, [2004] 1 S.C.R. 76. JFCY was also granted leave to intervene before the Supreme Court in *Downtown Eastside*, and in *Canada (Prime Minister) v. Khadr*, 2010 SCC 3, [2010] 1 S.C.R. 44.

[326] As such, I am satisfied that JFCY has demonstrated a genuine interest in, and a real engagement with

[322] À la demande des défendeurs, et avec le consentement des parties (y compris JFCY), j'ai aussi ordonné qu'il soit interdit à JFCY de produire des éléments de preuve supplémentaires dans le cadre de la présente instance, mis à part l'affidavit de Jeffrey Rosekat, qui avait été produit à l'appui de la demande T-1376-13.

[323] J'ai aussi ordonné, encore une fois du consentement des parties, qu'au lieu de participer directement aux contre-interrogatoires portant sur les affidavits des défendeurs, JFCY communique à l'avocat principal des demandeurs les questions qu'il voulait poser aux déposants des défendeurs, afin que les témoins ne soient contre-interrogés que par un seul avocat. Cela n'a toutefois pas empêché JFCY d'assister aux contre-interrogatoires, et leur avocat a effectivement assisté aux contre-interrogatoires des trois principaux déposants des défendeurs ainsi qu'aux contre-interrogatoires des déposants des demandeurs.

[324] Compte tenu du contexte, je ne suis pas disposée à accorder beaucoup d'importance au fait que JFCY s'est fondé sur la preuve par affidavit présentée par les autres demandeurs et au fait qu'il n'a pas assisté à certains des contre-interrogatoires, et à en inférer un manque d'intérêt à la présente instance.

[325] Je conclus, en outre, que JFCY est interpellé par les questions qu'il soulève. Comme je l'ai déjà signalé, JFCY est une clinique juridique sans but lucratif dont l'activité concerne surtout les droits des enfants. Cet organisme compte une expérience en ce qui a trait aux enfants réfugiés et il est connu comme défenseur des droits des enfants. Par exemple, il était le seul demandeur dans la contestation constitutionnelle des dispositions du *Code criminel* [L.R.C. (1985), ch. C-46] ayant trait au châtime corporel : *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)*, 2004 CSC 4, [2004] 1 R.C.S. 76. JFCY a aussi obtenu l'autorisation d'agir à titre d'intervenant devant la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Downtown Eastside*, de même que dans l'affaire *Canada (Premier ministre) c. Khadr*, 2010 CSC 3, [2010] 1 R.C.S. 44.

[326] Je conclus donc que JFCY a montré qu'il avait un intérêt véritable dans les questions soulevées par la

the issues raised by this application, insofar as it affects the rights of children.

C. *Is Granting Public Interest Standing to the Applicant Organizations a Reasonable and Effective Way to Bring these Issues Before the Court?*

[327] The respondents say that none of the three applicant organizations have demonstrated that allowing them to participate in this proceeding will result in reasonable and effective litigation of the issues.

[328] The respondents note that in *Downtown Eastside*, the Supreme Court observed that having a plaintiff with standing as of right is generally to be preferred: at paragraph 37. Moreover, in *Canadian Council of Churches*, the Supreme Court stated that the granting of public interest standing “is not required when, on a balance of probabilities, it can be shown that the measure will be subject to attack by a private litigant”: at page 252.

[329] Given the number of people directly affected by the 2012 changes to the IFHP, including the numerous individuals referred to in the applicants’ affidavits, the respondents say that granting public interest standing to the three applicant organizations is not required. Indeed, the respondents point out that there are already two individual applicants with standing as of right in this case.

[330] The respondents do not accept that there are any impediments that would limit the ability of individual applicants to mount a challenge to the IFHP. Insofar as the alleged reluctance of individuals to come forward with such a challenge against the government from which they are claiming protection is concerned, the respondents note that thousands of individuals challenge immigration decisions in the Federal Court every year and there is no evidence that any of these

présente procédure, et qu’il est véritablement interpellé par celles-ci, dans la mesure où elles concernent les droits des enfants.

C. *La reconnaissance de la qualité pour agir dans l’intérêt public aux organismes demandeurs constitue-t-elle une façon raisonnable et efficace de déférer les questions à la Cour?*

[327] Les défendeurs déclarent qu’aucun des trois organismes demandeurs n’a démontré que, si on lui permettait de participer à l’instance, cela constituerait une manière raisonnable et efficace de déférer l’affaire devant la Cour.

[328] Les défendeurs soulignent que, par l’arrêt *Downtown Eastside*, la Cour suprême du Canada a observé qu’il sera généralement préférable d’avoir un demandeur qui possède de plein droit la qualité pour agir : au paragraphe 37. De plus, par l’arrêt *Conseil canadien des Églises*, la Cour suprême du Canada a déclaré qu’« [i]l n’est pas nécessaire de reconnaître la qualité pour agir dans l’intérêt public lorsque, selon une prépondérance des probabilités, on peut établir qu’un particulier contestera la mesure » : à la page 252.

[329] Étant donné le nombre de personnes qui sont directement concernées par les modifications apportées au PFSI en 2012, y compris les nombreuses personnes auxquelles il est fait référence dans les affidavits des demandeurs, les défendeurs disent qu’il n’est pas nécessaire de reconnaître la qualité pour agir dans l’intérêt public aux trois organismes demandeurs. D’ailleurs, les défendeurs signalent qu’il y a déjà deux particuliers demandeurs qui ont la qualité pour agir de plein droit dans la présente affaire.

[330] Les défendeurs rejettent l’idée que quelque obstacle que ce soit limiterait la capacité des particuliers demandeurs de contester le PFSI. En ce qui concerne le fait que les personnes auraient hésité à manifester leur intention de contester le gouvernement dont ils demandent la protection, les défendeurs relèvent que, chaque année, des milliers de personnes contestent des décisions en matière d’immigration devant la Cour fédérale et que rien ne prouve que ces personnes aient été

individuals suffer reprisals from the government as a result.

[331] The respondents further submit that there is no evidence before me to show that directly affected individuals have been prevented from litigating the issues raised by this application due to a lack of *pro bono* counsel or legal aid funding.

[332] The respondents concede that public interest standing may be granted where allowing public interest groups to bring a challenge can result in the creation of a better evidentiary foundation on which to determine the issues than would be the case in an individual application. However, the respondents say that the evidentiary foundation produced by the applicants in this case is deficient as they have provided “very little direct, reliable, correct evidence before the court of negative ramifications of the IFHP”: transcript, Vol. 3, at page 119.

[333] It was, moreover, open to the three organizations to bring a motion to intervene in applications brought by individual applicants. According to the respondents, the organizations’ failure to do so does not mean that the applicant organizations should now be granted public interest standing to pursue this application.

[334] While recognizing that a flexible approach must be taken to the question of public interest standing, the respondents cite *Downtown Eastside*, above, for the proposition that this “should not be equated with a license to grant standing to whoever decides to set themselves up as the representative of the poor or marginalized”: at paragraph 51.

[335] In *Downtown Eastside*, the Supreme Court observed that courts are required to consider whether, in light of a number of considerations, the proposed suit is a reasonable and effective means to bring the challenge

victimes de représailles de la part du gouvernement du fait de leur contestation.

[331] Les défendeurs soutiennent en outre que je ne suis saisie d’aucun élément de preuve dont il ressort que des personnes directement concernées n’ont pas pu porter les questions soulevées dans la présente demande devant la Cour parce qu’elles n’avaient pas accès à un avocat bénévole ou à un financement provenant de l’aide juridique.

[332] Les défendeurs concèdent que la qualité pour agir dans l’intérêt public peut être accordée dans les cas où le fait d’autoriser des groupes de défense de l’intérêt public à engager une contestation peut aboutir à la production d’éléments de preuve plus solides en fonction desquels les questions en litige peuvent être mieux tranchées que si l’on ne dispose que des éléments de preuve du demandeur particulier. Cependant, les défendeurs affirment que les éléments de preuve produits par les demandeurs en l’espèce ne sont pas suffisants, car ils n’ont produit que [TRADUCTION] « très peu d’éléments de preuve directs, fiables et exacts à la Cour au sujet des répercussions négatives du PFSI » : transcription, vol. 3, à la page 119.

[333] Ces trois organismes avaient, en outre, toute latitude pour présenter une requête en intervention dans les procédures engagées par les demandeurs particuliers. Selon les défendeurs, le fait que ces organismes ne l’ont pas fait ne signifie pas que les organismes demandeurs doivent maintenant se voir accorder la qualité pour agir dans l’intérêt public pour la poursuite de la présente demande.

[334] Les défendeurs admettent qu’une approche souple est de mise en matière de qualité pour agir dans l’intérêt public, mais ils renvoient à l’arrêt *Downtown Eastside*, précité, pour affirmer que cela « ne devrait naturellement pas être assimilé à une permission de reconnaître la qualité pour agir à quiconque décide de s’afficher comme le représentant des personnes pauvres et marginalisées » : au paragraphe 51.

[335] À l’occasion de l’affaire *Downtown Eastside*, la Cour suprême du Canada a fait remarquer que le juge est tenu d’examiner la question de savoir si, à la lumière d’un grand nombre de facteurs, la poursuite proposée

to court: at paragraph 44. The Court stressed the need for this third factor, in particular, to be “assessed and weighed cumulatively, in light of the underlying purposes of limiting standing and applied in a flexible and generous manner that best serves those underlying purposes”: at paragraph 20.

[336] In considering whether there are other reasonable and effective ways of bringing the issues raised by this application before the Court, the question must be addressed “from a practical and pragmatic point of view and in light of the particular nature of the challenge which the plaintiffs [propose] to bring”: at paragraph 47.

[337] The Supreme Court further instructed that this third factor is not to be applied rigidly but purposively, so as to ensure a full and complete adversarial presentation and conserve scarce judicial resources: at paragraph 49. Amongst other things, Courts should consider “whether the proposed action is an economical use of judicial resources, whether the issues are presented in a context suitable for judicial determination in an adversarial setting and whether permitting the proposed action to go forward will serve the purpose of upholding the principle of legality.” Consideration must also be given to realistic alternatives: at paragraph 50.

[338] Taking these matters into consideration, I have concluded that granting public interest standing to the three applicant organizations will best allow for the reasonable and effective litigation of the issues raised by this application.

[339] In coming to this conclusion, I note that both Mr. Ayubi and Mr. Garcia Rodrigues are failed refugees, neither of whom is currently in any danger of being removed from Canada. As such, they come from only one of the several different classes of individuals affected by the 2012 changes to the IFHP. No directly affected privately sponsored refugees, refugee claimants from non-DCO countries, refugee claimants from DCO countries or PRRA-only applicants have come forward with their own applications.

constitue une manière raisonnable et efficace de déférer la question à la justice : au paragraphe 44. La Cour suprême du Canada souligne la nécessité que le troisième facteur, plus particulièrement, soit « apprécié[é] et soupes[é] de façon cumulative — à la lumière des objectifs qui sous-tendent les restrictions à la qualité pour agir — et appliqué[é] d’une manière souple et libérale de façon à favoriser la mise en œuvre de ces objectifs sous-jacents » : au paragraphe 20.

[336] Pour savoir s’il existe d’autres façons raisonnables et efficaces de déférer les questions soulevées dans la présente demande à notre Cour, il faut examiner la question « d’un point de vue pratique et pragmatique, et en fonction de la nature précise de la contestation que le demandeur [a] l’intention d’engager » : au paragraphe 47.

[337] La Cour suprême du Canada a de plus conclu que ce troisième facteur ne doit pas être appliqué de façon rigide, mais téléologique : il faut s’assurer qu’il aura confrontation complète des positions contradictoires des parties et que seront bien gérées les ressources judiciaires : au paragraphe 49. Le juge doit notamment rechercher « si l’action envisagée constitue une utilisation efficiente des ressources judiciaires, si les questions sont justiciables dans un contexte accusatoire, et si le fait d’autoriser la poursuite de l’action envisagée favorise le respect du principe de la légalité ». Il faut aussi prendre en considération les solutions de rechange pratiques : au paragraphe 50.

[338] Compte tenu de ces facteurs, je conclus que, si j’accorde aux trois organismes demandeurs la qualité pour agir dans l’intérêt public, les questions soulevées dans la présente demande pourront être déférées de façon plus raisonnable et efficace à notre Cour.

[339] Pour tirer cette conclusion, je tiens compte du fait que M. Ayubi et M. Garcia Rodrigues sont tous les deux demandeurs d’asile déboutés et qu’aucun d’eux ne risque d’être renvoyé du Canada. Ils ne font donc partie que d’une des diverses catégories de personnes concernées par les modifications apportées au PFSI en 2012. Aucun des réfugiés parrainés par le secteur privé, des demandeurs d’asile ne provenant pas d’un pays d’origine désigné, des demandeurs d’asile provenant d’un pays d’origine désigné ou des demandeurs ayant

[340] Although concerted efforts were made by CDRC and CARL to identify individuals from other classes of beneficiaries to challenge the cuts to the IFHP, their evidence shows that most of the individuals identified were unwilling to participate in the litigation. Amongst other practical impediments, some potential applicants were simply too physically or mentally ill to mount such a challenge. Others were facing removal from Canada, with the result that they might not be here to see the litigation through to its conclusion. Some were lacking in the financial or other resources to do so.

[341] In addition, evidence was adduced from Mitchell Goldberg (a refugee lawyer and vice-president of CARL) and Dr. Rashid, both of whom describe the reluctance of applicants to challenge the Government of Canada while their immigration status is uncertain.

[342] While the respondents are correct that thousands of applicants challenge individual immigration decisions in this Court every year, these challenges are generally mounted once the claims have been denied, and the applicants have little left to lose. It is quite a different thing to ask a refugee claimant whose case is still pending to take on the very government whose protection he or she seeks in a systemic challenge to a government policy.

[343] It is true that many immigration decisions are not in fact made by the government, but rather by arm's-length tribunals such as the Immigration and Refugee Board. However, one cannot expect someone seeking the protection of Canada, who may have limited education and knowledge of Canada's official languages, and no familiarity with the Canadian legal system, to understand the nuances of independent decision making by quasi-judicial tribunals in deciding whether to take on the government.

seulement droit à un ERAR n'a présenté de demande à titre individuel.

[340] Bien que MCSR et l'ACAADR aient déployé des efforts concertés pour trouver des personnes faisant partie des autres catégories de bénéficiaires dans le but de s'opposer aux coupures effectuées dans le PFSI, il ressort de leur preuve que la plupart des personnes trouvées ne voulaient pas prendre part à la procédure. Parmi les autres obstacles qui se dressaient, certaines des personnes susceptibles de présenter une demande étaient tout simplement trop malades physiquement ou mentalement pour présenter une telle contestation. D'autres risquaient d'être renvoyés du Canada et étaient donc susceptibles de ne pas être présents pour poursuivre l'affaire jusqu'à la fin. D'aucuns ne disposaient pas des ressources financières ou autres nécessaires pour le faire.

[341] De plus, des éléments de preuve ont été présentés par Mitchell Goldberg, (avocat spécialisé en droit des réfugiés et vice-président de l'ACAADR) et le D^r Rashid, qui ont tous les deux précisé que les demandeurs hésitaient à se dresser contre le gouvernement du Canada alors que leur statut d'immigration était incertain.

[342] Bien que les défendeurs aient raison d'affirmer que des milliers de demandeurs contestent des décisions en matière d'immigration devant la Cour chaque année, les demandeurs présentent généralement ces contestations une fois que leurs demandes ont été rejetées et qu'ils n'ont presque plus rien à perdre. C'est toute autre chose que de demander à un demandeur d'asile dont le dossier est encore en suspens de s'en prendre au gouvernement dont il cherche à obtenir la protection dans une contestation systémique d'une politique gouvernementale.

[343] Il est vrai que bon nombre des décisions en matière d'immigration ne sont, en fait, pas prises par le gouvernement, mais plutôt par des tribunaux indépendants, comme la Commission de l'immigration et du statut de réfugié. Cependant, on ne peut pas s'attendre à ce qu'une personne demandant la protection du Canada, dont le degré d'instruction et la connaissance des langues officielles du Canada peuvent être limités, et qui ne connaît pas du tout le système judiciaire canadien, comprenne les subtilités du pouvoir décisionnel

[344] Even if members of the other affected classes were to commence their own separate challenges to the changes to the Program, this would simply result in a multiplicity of proceedings and the unnecessary expenditure of scarce judicial resources. It makes more sense from a resource allocation perspective to have these issues addressed once, in a coherent, comprehensive manner, rather than have them litigated in a piecemeal fashion down the road.

[345] The applicant organizations in this case have assembled a substantial evidentiary record, including numerous affidavits from individuals affected by the 2012 changes to the IFHP, health care providers, historians, health policy and health economics experts, and survey data analysis experts. Frailties in the applicants' evidentiary record have previously been identified and discussed. However, the reliable evidence before this Court greatly exceeds what one could reasonably expect individuals seeking the protection of Canada, who the respondents concede are generally economically disadvantaged, to assemble. Viewing the matter from a practical and pragmatic perspective, it is unlikely that individual litigants could mount the sort of challenge that is now before the Court.

[346] Beyond this, the Supreme Court has held that even if there could be other plaintiffs with a direct interest in the issue, a court may nevertheless consider whether a given public interest plaintiff "will bring any particularly useful or distinct perspectives to the resolution of the issue": *Manitoba Metis*, above, at paragraph 43.

[347] The three applicant organizations seeking public interest standing in this case are credible organizations with demonstrated expertise in the issues raised by these applications. They are represented by experienced counsel, and have the capacity, resources, and ability to present these issues concretely in a well-developed factual setting: *Downtown Eastside*, above, at paragraph 51. This suggests that this litigation

indépendant des tribunaux quasi-judiciaires lorsqu'il s'agit de décider si elle veut s'attaquer au gouvernement.

[344] Même si les personnes faisant partie des autres catégories de personnes concernées présentaient leur propre contestation aux modifications apportées au PFSI, cela aurait simplement pour effet la multiplication des instances et le gaspillage des ressources judiciaires rares. Du point de vue de l'affectation des ressources, il est plus logique d'examiner ces questions une seule fois, de façon cohérente et exhaustive, que de les examiner une par une, au fur et à mesure qu'elles sont présentées.

[345] Les organismes demandeurs en l'espèce ont constitué un dossier de preuve considérable, comprenant de nombreux affidavits de personnes concernées par les modifications apportées au PFSI en 2012, de prestataires de soins de santé, d'historiens, d'experts en matière de politique de santé et d'économie de la santé, ainsi que d'experts en matière d'analyse de données d'enquête. Les lacunes du dossier des demandeurs ont déjà été signalées et analysées. Toutefois, les éléments de preuve fiables dont je dispose excèdent grandement ce à quoi on pourrait s'attendre de la part de personnes demandant la protection du Canada, lesquels, les défendeurs le concèdent, sont généralement défavorisés sur le plan économique. Si on examine la question d'un point de vue pratique et pragmatique, il est peu probable que des plaideurs particuliers puissent présenter le genre de contestation dont la Cour est saisie en l'espèce.

[346] À part cela, la Cour suprême du Canada a statué que, même s'il peut y avoir d'autres demandeurs ayant un intérêt direct dans le litige, il est néanmoins permis au juge de rechercher si un demandeur d'intérêt public donné « offrira une perspective particulièrement utile ou distincte sur la question à trancher » : *Manitoba Metis*, précité, au paragraphe 43.

[347] Les trois organismes demandeurs qui cherchent à obtenir la qualité pour agir dans l'intérêt public en l'espèce sont des organismes crédibles dont l'expertise n'est plus à démontrer en ce qui concerne les questions soulevées dans les présentes demandes. Ils sont représentés par un avocat expérimenté, et ils ont la capacité, les ressources et les compétences nécessaires pour présenter les questions dans un contexte factuel suffisamment

constitutes an effective means of bringing the issues raised by the application to court in a context suitable for adversarial determination.

[348] CARL's membership has extensive experience in refugee law, and the organization is an active advocate for refugees. Although a relatively new organization, it has already been granted intervenor status in at least three cases before the Supreme Court of Canada: *Downtown Eastside*; *Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 SCC 36, [2013] 2 S.C.R. 559; and *Ezokola v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2013 SCC 40, [2013] 2 S.C.R. 678.

[349] CDRC is a group of physicians specializing in the treatment of refugees and refugee health issues. The organization has extensive practical knowledge of matters relating to refugee health care. In addition to its medical expertise, CDRC brings a particular perspective to these proceedings as its members deal with the practical realities of the 2012 changes to the IFHP, as well as the ethical, moral and professional challenges that they and other health care providers face as a result. I note that it was on a similar basis that an individual physician was granted public interest standing in *Chaoulli v. Quebec (Attorney General)*, 2005 SCC 35, [2005] 1 S.C.R. 791, at paragraph 35.

[350] As the Supreme Court observed in *Downtown Eastside*, courts should also consider the fact that one of the concepts animating public interest litigation "is that it may provide access to justice for disadvantaged persons in society whose legal rights are affected": at paragraph 51. The issues raised by this application impact on an admittedly economically disadvantaged and vulnerable group, and are clearly matters of significant public interest which transcend the interests of those most directly affected by the 2012 changes to the IFHP.

concret et élaboré : *Downtown Eastside*, précité, au paragraphe 51. On peut conclure que la présente action constitue une façon efficace de soumettre à la Cour les questions soulevées dans la présente procédure, et ce, dans un contexte favorable à ce qu'une décision soit rendue dans le cadre du système contradictoire.

[348] Les membres de l'ACAADR comptent une vaste expérience en matière de droit des réfugiés, et cet organisme défend activement les réfugiés. Bien qu'il s'agisse d'un organisme assez récent, la Cour suprême du Canada lui a déjà accordé la qualité pour agir à titre d'intervenant dans au moins trois affaires : *Downtown Eastside*; *Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 36, [2013] 2 R.C.S. 559; et *Ezokola c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2013 CSC 40, [2013] 2 R.C.S. 678.

[349] MCSR est un groupe de médecins spécialisés dans les soins aux réfugiés et dans les problèmes de santé des réfugiés. Cet organisme compte une grande expérience pratique en ce qui concerne les questions relatives à la prestation de soins de santé aux réfugiés. En plus de son expertise médicale, MCSR apporte une perspective particulière à la présente instance, car ses membres doivent composer avec la réalité concrète des modifications apportées en 2012 au PFSI et ils font ainsi face à des défis d'ordre déontologique, moral et professionnel auxquels font également face d'autres professionnels de la santé. Je relève que c'est pour la même raison qu'un médecin a obtenu qualité pour agir dans l'intérêt public à l'occasion de l'affaire *Chaoulli c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 35, [2005] 1 R.C.S. 791, au paragraphe 35.

[350] Comme l'a fait remarquer la Cour suprême à l'occasion de l'affaire *Downtown Eastside*, le juge doit tenir compte du fait qu'une des idées associées aux poursuites d'intérêt public est que « [celles-ci] peuvent assurer un accès à la justice aux personnes défavorisées de la société dont les droits reconnus par la loi sont touchés » : au paragraphe 51. Les questions soulevées par la présente procédure ont certes une incidence sur un groupe vulnérable et économiquement défavorisé, et sont manifestement des questions qui revêtent un intérêt public considérable et qui transcendent les intérêts de

[351] Finally, this is not a case where “the failure of a diffuse challenge could prejudice subsequent challenges to the impugned rules by parties with specific and factually established complaints”. Nor am I persuaded that the failure of those members of affected classes with a direct and personal stake in the issues to bring applications challenging the 2012 changes to the IFHP should militate against granting public interest standing to CDRC and CARL: see *Downtown Eastside*, above, at paragraph 51, citing *Danson*, above, at page 1093.

[352] Many of the points made above apply with equal force to JFCY. I have, moreover, already found that the organization brings a particular expertise to the proceeding insofar as the legal rights of children are concerned. As such, JFCY is uniquely positioned to address the impact that the 2012 changes to the IFHP have had on child refugees and migrants.

[353] The medical evidence demonstrates how children’s health issues can differ from those of adults, and how the 2012 cuts to the IFHP can have a differential impact on children’s health. Other evidence shows that limitations on the health care insurance available to children can also impact their ability to access social institutions such as schools, as well as youth programs such as the Sea Cadets. Having regard to the factors articulated by the Supreme Court in *Downtown Eastside*, I am satisfied that JFCY should also be granted public interest standing in this matter.

VI. Are the 2012 OICs *Ultra Vires* the Governor in Council?

[354] The applicants contend that the 2012 modifications to the IFHP are unlawful because the 2012 OICs

ceux qui sont le plus directement touchés par les modifications apportées en 2012 au PFSI.

[351] Enfin, il ne s’agit pas en l’espèce d’une affaire où « l’échec d’une contestation trop diffuse pourrait faire obstacle à des contestations ultérieures des règles en question, par certaines parties qui auraient des plaintes précises fondées sur des faits » ». Je ne suis pas non plus convaincue que le fait que les membres des groupes touchés directement et personnellement par les questions en cause n’ont pas présenté de demandes en vue de contester les modifications apportées en 2012 au PFSI doit militer contre la reconnaissance de la qualité pour agir dans l’intérêt public à MCSR et à l’ACAADR : voir l’arrêt *Downtown Eastside*, au paragraphe 51, où l’on cite l’arrêt *Danson*, précité, à la page 1093.

[352] Plusieurs des points susmentionnés jouent tout autant en ce qui concerne JFCY. J’ai toutefois déjà conclu que cet organisme apporte une expertise particulière à l’instance pour ce qui est des droits légaux des enfants. À ce titre, JFCY est particulièrement bien placé pour parler de l’incidence qu’ont eue les modifications apportées en 2012 au PFSI sur les enfants réfugiés et les migrants.

[353] Les éléments de preuve médicaux révèlent en quoi les questions de santé touchant les enfants peuvent être différentes de celles touchant les adultes, et en quoi les compressions budgétaires appliquées en 2012 au PFSI peuvent avoir une incidence différente sur la santé des enfants. Il ressort d’autres éléments de preuve que l’imposition de limites à l’assurance maladie offerte aux enfants peut également avoir une incidence sur leur capacité d’avoir accès à des institutions sociales comme les écoles et les programmes destinés aux jeunes comme les Cadets de la Marine. Compte tenu des facteurs exposés par la Cour suprême dans l’arrêt *Downtown Eastside*, je conclus que JFCY doit également se voir accorder qualité pour agir dans l’intérêt public dans la présente affaire.

VI. Le gouverneur en conseil a-t-il outrepassé sa compétence en prenant les décrets de 2012?

[354] Les demandeurs soutiennent que les modifications apportées en 2012 au PFSI sont illégales parce que

are *ultra vires* the executive branch of government. There is no suggestion that the actions of the Governor in Council in enacting the 2012 OICs constituted an unlawful incursion into an area of provincial jurisdiction. Rather, the applicants say that the Governor in Council simply lacked the authority to make the modifications to the Program.

A. *The Applicants' Arguments*

[355] The applicants note that an “OIC Backgrounder” appended to the April 2012 OIC [Regulatory Impact Analysis Statement, SI/2012-26, *C. Gaz.* 2012.II.1138, at page 1140], describes the IFHP as “a discretionary, *ex gratia* program not based on statutory obligation.” According to the applicants, this description is incorrect, as *ex gratia* payments typically arise in the context of relationships that are governed by the common law of contract, tort, and property, where the entity making the payment expressly disavows any private law obligation to render the payment.

[356] The applicants note that the Government of Canada’s own definition of an *ex gratia* payment is “a benevolent payment made by the Crown”, which payment “is made in the public interest for loss or expenditure incurred where the Crown has no obligation of any kind or has no legal liability or where the claimant has no right of payment or is not entitled to relief in any form.” Such payments are “used only when there is no other statutory, regulatory or policy vehicle to make the payment”: all quotes from Appendix A—Definitions to the Directive on Claims and Ex Gratia Payments, October 1, 2009, available online: <http://www.tbs-sct.gc.ca/pol/doc-eng.aspx?id=15782§ion=text>.

[357] According to the applicants, when the 1957 OIC was promulgated, Canada did not have a nation-wide, provincially administered, publicly funded health care system. Health care was paid for through private contracts between patients and health care providers. As a consequence, describing a program of publicly reimbursing health care providers for care provided to those

l’exécutif a outrepassé sa compétence en prenant les décrets de 2012. Nul ne soutient que les mesures que le gouverneur en conseil a prises lorsqu’il a adopté le PFSI de 2012 constituaient une ingérence illégale dans un domaine de compétence provinciale. Les demandeurs soutiennent plutôt que le gouverneur en conseil n’a tout simplement pas compétence pour modifier le Programme.

A. *Les thèses des demandeurs*

[355] Les demandeurs relèvent que le « document d’information sur le décret » annexé au décret d’avril 2012 [Résumé de l’étude d’impact de la réglementation, TR/2012-26, *Gaz. C.* 2012.II.1138, à la page 1140] qualifie le PFSI de « programme discrétionnaire, qui est offert à titre gracieux et qui ne remplit pas une obligation imposée par la loi ». Selon les demandeurs, cette qualification est inexacte, puisqu’il est habituellement question de paiement à titre gracieux en matière de rapport régis par le droit classique des contrats, de la responsabilité délictuelle et des biens, où l’auteur du paiement nie être obligé, en vertu du droit privé, de faire ce paiement.

[356] Les demandeurs relèvent que selon la définition donnée par le gouvernement du Canada, le paiement à titre gracieux est un « [p]aiement de secours versé par l’État », et il « est effectué dans l’intérêt public au titre de pertes subies ou de dépenses engagées dans les cas où l’État n’a aucune obligation juridique ou autre, le réclamant n’a droit à aucun paiement ni à aucune forme d’indemnisation ». Le paiement à titre gracieux est « accordé dans le cas où il n’existe aucun instrument législatif, réglementaire ou stratégique pour effectuer le paiement » : tous les extraits tirés de l’annexe A – Définitions du Directive sur les réclamations et les paiements à titre gracieux, 1^{er} octobre 2009, accessibles en ligne à l’adresse suivante : <http://www.tbs-sct.gc.ca/pol/doc-fra.aspx?id=15782§ion=text>.

[357] Selon les demandeurs, lorsque le décret de 1957 a été promulgué, le Canada n’était pas doté d’un système de soins de santé public national, administré par les provinces. Les soins de santé étaient payés grâce à des contrats privés conclus entre les patients et les prestataires de soins de santé. Par conséquent, dire qu’était « à titre gracieux » un programme public de remboursement des

in “refugee-like” situations as “*ex gratia*” was consistent with the otherwise private nature of health care in Canada at the time.

[358] By the 1960s, however, publicly insured, universal, accessible health care had become the norm, and deviations (based on duration of provincial residency or type of service) became the exception. As a result, the applicants say that to describe publicly insured health care in 2012 as “*ex gratia*” is inaccurate and anachronistic.

[359] The applicants note that Ms. Le Bris, the acting manager of Migration Health Policy at CIC, acknowledged in her cross-examination that doctors who provide services that are covered by IFHP have a legally enforceable right to receive payment. The applicants say that this is completely contrary to the notion of *ex gratia* payments which were never intended to be part of ongoing permanent insurance schemes. Indeed, the applicants say that the 2012 OICs are statutory instruments that create legal obligations.

[360] The applicants say that the fact that the Governor in Council can modify or terminate the IFHP does not make the Program “*ex gratia*”, or otherwise distinguish it from any other government program that distributes benefits such as social assistance or pensions, whether by way of statute or regulation.

[361] None of these schemes arise out of prior legal obligation in contract or tort. According to the applicants, the public instrument used to deliver a benefit (whether it be statute, regulation, or, as in this case, orders in council) does not determine the character of the benefit, but simply determines how that scheme of public benefits might be altered or abolished.

[362] Finally, the applicants observe that the Government of Canada has specific accounting requirements for *ex gratia* payments and that payments made

fournisseurs de soins de santé pour des soins fournis à des personnes qui se trouvent dans des situations « assimilables à celles de réfugiés » cadrerait avec la nature par ailleurs privée des soins de santé au Canada à l’époque.

[358] Toutefois, dans les années 1960, un régime public, universel, accessible, de soins de santé était devenu la norme, et les dérogations (fondées sur la durée de résidence dans une province ou sur le type de service) sont devenues l’exception. Par conséquent, les demandeurs soutiennent qu’il est inexact et anachronique de qualifier les soins de santé assurés par l’État en 2012 de soins assurés « à titre gracieux ».

[359] Les demandeurs soulignent que M^{me} Le Bris, directrice intérimaire, Politiques et partenariats liés à la santé migratoire, CIC, reconnaît dans son contre-interrogatoire que les médecins qui assurent des services qui sont couverts par le PFSI disposent d’un droit exécutoire à recevoir les paiements. Les demandeurs soutiennent que cela est tout à fait contraire à la notion de paiement à titre gracieux qui n’a jamais été censée faire partie des régimes d’assurance permanente actuels. En effet, les demandeurs soutiennent que les décrets de 2012 sont des textes réglementaires qui créent des obligations légales.

[360] Les demandeurs affirment que le fait que le gouverneur en conseil peut modifier ou mettre fin au PFSI ne fait pas du programme un Programme « à titre gracieux » ou ne le distingue pas par ailleurs des autres programmes gouvernementaux qui dispensent des avantages comme l’aide sociale ou les pensions, en vertu de la loi ou d’un règlement.

[361] Aucun de ces régimes ne découle d’une obligation légale antérieure en matière contractuelle ou délictuelle. Selon les demandeurs, l’instrument public utilisé pour fournir un avantage (une loi, un règlement, ou, comme en l’espèce, un décret) ne détermine pas la nature de l’avantage, il détermine tout simplement de quelle manière le régime d’avantages publics en question peut être modifié ou aboli.

[362] Enfin, les demandeurs observent que le gouvernement canadien a des exigences précises en matière de comptabilité en ce qui concerne les paiements à titre

by CIC under the IFHP have never been reported as *ex gratia* payments in the *Public Accounts of Canada*. According to the applicants, this is proof of the fact that IFHP expenditures are not *ex gratia* payments.

[363] If the IFHP does not involve *ex gratia* payments, then the applicants say that the only other way that the Program could be legal would be if it was a valid exercise of the Crown prerogative. The applicants say that this is not the case, however, as there is no residual executive prerogative for the Governor in Council to exercise in relation to immigration and health care.

[364] The applicants say that the Crown prerogative regarding immigration, including access to insured health care for non-citizens involved in the refugee determination system, was extinguished by the exercise of federal jurisdiction to legislate in relation to aliens and naturalization and by whatever jurisdiction it may have over health care.

[365] As the Ontario Court of Appeal observed in *Black v. Canada (Prime Minister)*, 2001 CanLII 8537, 54 O.R. (3d) 215 (C.A.), “once a statute occupies ground formerly occupied by the prerogative, the prerogative goes into abeyance. The Crown may no longer act under the prerogative, but must act under and subject to the conditions imposed by the statute”: at paragraph 27.

[366] According to the applicants, the legislative landscape at the time of the enactment of the 2012 OICs was very different than it was in 1957. By 2012, the combined effect of the *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA), the *Immigration and Refugee Protection Regulations* [SOR/2002-227], and the *Canada Health Act* was to extinguish, either expressly or by necessary implication, any residual federal prerogative over refugees and refugee claimants, including regulation of publicly insured health care for refugee claimants and refugees.

[367] Insofar as IRPA is concerned, the applicants note that the structure of the 2012 OICs “is entirely

gracieux et que les paiements faits par CIC en vertu du PFSI n’ont jamais été inscrits comme paiements à titre gracieux dans les *Comptes publics du Canada*. Selon les demandeurs, cela prouve que les dépenses relatives au PFSI ne sont pas des paiements à titre gracieux.

[363] Si le PFSI ne comporte aucun paiement à titre gracieux, alors, selon les demandeurs, il ne peut être légal que s’il s’agissait d’un exercice valide de la prérogative de la Couronne. Selon les demandeurs, tel n’est toutefois pas le cas, car il n’existe aucune prérogative résiduaire que l’exécutif peut exercer relativement à l’immigration et aux soins de santé.

[364] Les demandeurs soutiennent que la prérogative de la Couronne concernant l’immigration, y compris l’accès aux soins de santé assurés pour les non-citoyens concernés par le système de détermination du statut de réfugié, a été éteinte en raison de l’exercice de la compétence législative fédérale relativement à la naturalisation et aux aubains, ainsi que par quelque compétence qu’il peut avoir en matière de soins de santé.

[365] Comme la Cour d’appel de l’Ontario l’a fait remarquer à l’occasion de l’affaire *Black v. Canada (Prime Minister)*, 2001 CanLII 8537, 54 R.J.O. (3^e) 215 (C.A.), [TRADUCTION] « [d]ès qu’une loi régit un domaine qui relevait jusque-là d’une prérogative, celle-ci cesse de jouer. La Couronne ne peut alors plus intervenir en s’autorisant de la prérogative, mais doit agir conformément aux conditions prévues par la loi » : au paragraphe 27.

[366] Selon les demandeurs, le contexte législatif au moment de la prise des décrets de 2012 était très différent de ce qu’il était en 1957. En 2012, la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* (la LIPR), le *Règlement sur l’immigration et la protection des réfugiés* [DORS/2002-227], et la *Loi canadienne sur la santé* ont eu pour effet d’éteindre, expressément ou implicitement, toute prérogative fédérale résiduaire en matière de réfugiés et de demandeurs d’asile, y compris la réglementation en matière de soins de santé assurés par l’État à l’égard des demandeurs d’asile et des réfugiés.

[367] En ce qui concerne la LIPR, les demandeurs relèvent que la structure des décrets de 2012

parasitic on *IRPA*'s classifications of refugees and refugee claimants". They say that this further demonstrates the extent to which *IRPA* has already occupied the field of governing Canada's refugee regime: applicants' memorandum of fact and law, at paragraph 49.

[368] The applicants also say that through the *Canada Health Act*, Parliament has spoken with respect to the federal government's spending powers over health matters, specifically how federal money is to be allocated in relation to health care across the country. As a consequence, any previously existing Crown or executive prerogative governing this sphere of activity has been extinguished.

[369] In support of their extinguishment claim, the applicants note that in *Liability of the Crown*, Hogg and Monahan list the existing residual spheres of the executive prerogative. They identify these as including the legislature, foreign affairs, the armed forces, "emergency", appointments and honours, mercy, the creation of Indian reserves, immunities and privileges, and unclaimed property. Nowhere on this list do refugees, refugee claimants or health care appear: P. W. Hogg, P. J. Monahan and W. K. Wright, *Liability of the Crown*, 4th ed. (Toronto: Carswell, 2011), chapter 1.5(b), at pages 23–24.

[370] Finally, the applicants argued at the hearing of this application that the IFHP could not be a valid exercise of the federal spending power because it was not an Act of Parliament and the federal spending power is one that can only be exercised by Parliament itself.

B. *The Respondents' Arguments*

[371] The respondents say that the *vires* issue has already been decided by this Court in *Hospitality House Refugee Ministry Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2013 FC 543, 284 C.R.R. (3d) 156, at paragraphs 13–16. In the interests of judicial comity, the respondents say that this Court should follow that decision and find that the OIC is legally valid.

[TRANSLATION] « est complètement tributaire de la classification faite dans la LIPR quant aux réfugiés et quant aux demandeurs d'asile ». Ils affirment que cela démontre encore plus à quel point la LIPR occupe déjà le champ en matière d'asile au Canada : mémoire des faits et du droit des demandeurs, au paragraphe 49.

[368] Les demandeurs soutiennent également que, grâce à la *Loi canadienne sur la santé*, le législateur s'est exprimé sur le pouvoir de dépenser du gouvernement fédéral en matière de santé, plus précisément de la façon selon laquelle les fonds fédéraux doivent être attribués en matière de santé dans l'ensemble du pays. Par conséquent, toute prérogative antérieure de la Couronne ou de l'exécutif régissant ce domaine d'activités a été éteinte.

[369] À l'appui de cette thèse portant extinction, les demandeurs soulignent que dans le traité *Liability of the Crown*, Hogg et Monahan recensent les domaines résiduels visés par la prérogative de l'exécutif. Selon eux, il s'agit de la législature, des affaires étrangères, des forces armées, des « situations d'urgence », des nominations et distinctions, de la clémence, de la création des réserves indiennes, des immunités et des privilèges, et des biens vacants. Cette liste ne fait aucune mention de réfugiés, de demandeurs d'asile ou de soins de santé : P. W. Hogg, P. J. Monahan et W. K. Wright, *Liability of the Crown*, 4^e éd. (Toronto : Carswell, 2011), chapitre 1.5(b), aux pages 23 et 24.

[370] Enfin, les demandeurs ont soutenu lors de l'audition de la présente demande que le PFSI ne constituait pas un exercice valide du pouvoir fédéral de dépenser parce qu'il ne s'agissait pas d'une loi fédérale et parce que le pouvoir de dépenser du fédéral ne peut être exercé que par le législateur fédéral.

B. *Les thèses des défendeurs*

[371] Les défendeurs soutiennent que la question de l'excès de compétence a déjà été tranchée par notre Cour à l'occasion de l'affaire *Hospitality House Refugee Ministry Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2013 CF 543, aux paragraphes 13 à 16. Vu la doctrine de la courtoisie judiciaire, les défendeurs soutiennent que la Cour doit suivre cette jurisprudence et conclure que le décret est légalement valide.

[372] The respondents further submit that the federal government has the inherent power to spend the money that it raises through its taxing power in the manner that it chooses to authorize, and that the power of the Crown to create spending programs can be considered a Crown prerogative power.

[373] According to the respondents, the prerogative power of the Crown to make executive decisions regarding the expenditure of public funds to which individual members of the public have no enforceable entitlement has not been displaced by either IRPA or the *Canada Health Act*.

[374] The respondents submit that the Crown's power to create spending programs includes the power to establish an administrative scheme for the program. The Crown may exercise its prerogative or common law power by creating a scheme for payment of funds in accordance with specific criteria, as long as it is not in substance legislation encroaching on a matter coming within provincial jurisdiction.

[375] The Courts have, moreover, confirmed that the Crown's authority to make *ex gratia* payments pursuant to the federal spending power and to establish administrative schemes governing the spending is entirely discretionary.

[376] Contrary to the applicants' submission, the respondents say that *ex gratia* payments are not necessarily limited to one-time, lump-sum payments for a specific loss or harm suffered. The IFHP is a very different type of *ex gratia* payment scheme in the form of insurance: the federal government created a formalized, yet wholly discretionary scheme to administer and fund health care coverage, pursuant to an order in council. The Crown's prerogative power to establish such a funding scheme includes the ability to define, restrict and change that scheme.

C. Analysis

[377] I do not accept the respondents' contention that the issue of the *vires* of the 2012 OICs has already been

[372] Les défendeurs allèguent de plus que le gouvernement fédéral a le pouvoir inhérent de dépenser, comme bon lui semble, les fonds qu'il recueille grâce à son pouvoir fiscal et que le pouvoir de la Couronne de créer des programmes de dépenses peut être considéré comme une prérogative de la Couronne.

[373] Selon les défendeurs, la LIPR et la *Loi canadienne sur la santé* n'ont rien changé à la prérogative de la Couronne de prendre des décisions concernant l'utilisation de fonds publics sur lesquels le grand public ne saurait élever quelque prétention que ce soit en droit.

[374] Les défendeurs soutiennent que le pouvoir de créer des programmes de dépenses comprend le pouvoir d'établir un régime administratif relativement à ce programme. La Couronne peut exercer sa prérogative ou son pouvoir tiré de la common law en créant un régime pour le versement de fonds en conformité avec des critères précis, tant qu'il ne s'agit pas essentiellement de lois qui empiètent sur une matière relevant de la compétence provinciale.

[375] En outre, la jurisprudence a confirmé que le pouvoir de la Couronne de faire des paiements à titre gracieux en vertu du pouvoir fédéral de dépenser et d'établir des régimes administratifs régissant ces dépenses est tout à fait discrétionnaire.

[376] Contrairement à ce que soutiennent les demandeurs, les défendeurs affirment que les paiements à titre gracieux ne sont pas nécessairement limités à des paiements forfaitaires uniques visant une perte ou un préjudice précis. Le PFSI est un type très différent de régime de paiements à titre gratuit sous forme d'assurance : le gouvernement fédéral, en vertu d'un décret, a créé un régime officiel, mais entièrement discrétionnaire, pour administrer et financer la couverture des soins de santé. La prérogative de la Couronne lui permettant d'établir un tel régime de financement comprend la capacité de définir, de limiter et de modifier ce régime.

C. Analyse

[377] Je ne retiens pas la thèse des défendeurs portant que la question de l'excès de compétence des décrets de

decided by this Court in *Hospitality House*. At paragraph 13 of his decision in *Hospitality House*, Justice O'Reilly described the applicants' *vires* argument in that case as being that the 2012 OICs were:

... inconsistent with the *Immigration and Refugee Protection Act ... and Regulations...* and, therefore, is *ultra vires*. In particular, they maintain that, since members of the refugee abroad class cannot be found medically inadmissible to Canada ... it would be inconsistent to require sponsors to assume the health care expenses of members of that group. The exemption from inadmissibility, they say, should be interpreted as an exemption from the payment of medical expenses.

[378] The applicants further argued in *Hospitality House* that the 2012 OICs “[conflict] with s. 153(3) of the [*Immigration and Refugee Protection Regulations*], which provides that the parties to a sponsorship agreement are jointly and severally liable for breach of a sponsorship undertaking.” As a result, the applicants contended that “as a party to sponsorship agreements, the Minister cannot breach the corresponding undertakings”: *Hospitality House*, at paragraph 14.

[379] It is thus apparent that the *vires* argument in *Hospitality House* was fundamentally different to that being advanced in this case. As a consequence, the decision in that case has no bearing on the question before me.

[380] The question here is whether the executive branch of the federal government has the authority to spend money providing health care to individuals seeking the protection of Canada as an exercise of the Crown prerogative, and whether any such prerogative has been extinguished by the enactment of IRPA and the *Canada Health Act*.

[381] I would start by observing that this entire argument appears to be contrary to the applicants' ultimate interests, given that they are seeking an order restoring the IFHP to its pre-2012 levels.

2012 a déjà été tranchée par notre Cour à l'occasion de l'affaire *Hospitality House*. Au paragraphe 13 de la décision qu'il a alors rendue, le juge O'Reilly a qualifié de la manière suivante la thèse de l'excès de compétence invoquée par les demandeurs dans cette affaire :

[...] n'est pas conforme à la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* [...] et au *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés* [...] et, par conséquent, est *ultra vires*. En particulier, ils affirment que, puisque les membres de la catégorie des réfugiés outre-frontières ne peuvent être déclarés interdits de territoire au Canada pour des raisons médicales [...] il ne serait pas cohérent d'exiger aux répondants de payer les soins de santé des membres de ce groupe. Ils affirment que l'exemption relative à l'interdiction de territoire devrait être interprétée comme une exemption du paiement des frais médi[c]aux.

[378] Les demandeurs ont de plus soutenu à l'occasion de l'affaire *Hospitality House* que les décrets de 2012 « [sont incompatibles] avec le par. 153(3) du [*Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*], lequel prévoit que les parties à une entente de parrainage sont solidairement responsables d'un manquement à un engagement de parrainage ». Par conséquent, les demandeurs ont soutenu qu'« en tant que partie à une entente de parrainage, le ministre ne peut violer les engagements correspondants » : *Hospitality House*, au paragraphe 14.

[379] Il est donc manifeste que les thèses d'excès de compétence invoquées à l'occasion de l'affaire *Hospitality House* sont fondamentalement différents des thèses avancées en l'espèce. Par conséquent, la décision rendue dans cette affaire n'a aucune incidence à l'égard de la question dont je suis saisie.

[380] La question qu'il faut trancher en l'espèce est la suivante: le pouvoir exécutif fédéral a-t-il le pouvoir, à titre d'exercice de la prérogative de la Couronne, de consacrer des fonds à la prestation de soins de santé à des personnes qui demandent la protection du Canada et cette prérogative fut-elle éteinte par l'adoption de la LIPR et de la *Loi canadienne sur la santé*?

[381] Je ferai d'abord remarquer que cette thèse, dans son ensemble, semble aller à l'encontre des intérêts fondamentaux des demandeurs, étant donné qu'ils sollicitent une ordonnance rétablissant le PFSI dans l'état où il se trouvait avant 2012.

[382] As was noted earlier, “once a statute occupies ground formerly occupied by the prerogative, the prerogative goes into abeyance”: *Black v. Canada (Prime Minister)*, above, at paragraph 27. If the applicants are correct and the effect of the enactment of IRPA and the *Canada Health Act* is to occupy ground formerly occupied by the Crown prerogative, this would call into question the authority not just of the 2012 IFHP, but of the pre-2012 IFHP as well.

[383] That said, the applicants have not persuaded me that the 2012 OICs are in fact *ultra vires* the executive branch.

[384] In *Khadr*, above, the Supreme Court described the Crown’s prerogative power as being the “residue of discretionary or arbitrary authority, which at any given time is legally left in the hands of the Crown”: at paragraph 34, citing *Reference as to the effect of the Exercise by His Excellency the Governor General of the Royal Prerogative of Mercy upon Deportation Proceedings*, [1933] S.C.R. 269, at page 272, per Duff C.J., quoting A. V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (8th ed., 1915), at page 420.

[385] The Supreme Court went on in the same paragraph to refer to the Crown’s prerogative power as “a limited source of non-statutory administrative power accorded by the common law to the Crown”: citing P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. supplemented (Scarborough, Ont.: Thomson/Carswell, 2007) (loose-leaf updated 2009, release 1), at page 1-17.

[386] The applicants rely on the list of residual spheres of the executive prerogative identified in Hogg and Monahan’s *Liability of the Crown*, suggesting that because refugees, refugee claimants or health care do not appear on that list, there can be no existing Crown prerogative allowing the Governor in Council to regulate in these areas.

[387] It is not at all clear, however, that the list in question is intended to be an exhaustive one. Indeed, it

[382] Comme nous l’avons déjà relevé, [TRADUCTION] « dès qu’une loi régit un domaine qui relevait jusque-là d’une prérogative, cette dernière cesse de s’appliquer » (*Black v. Canada (Prime Minister)*, précité, au paragraphe 27). Si les demandeurs ont raison et que l’adoption de la LIPR et de la *Loi canadienne sur la santé* ont eu pour effet d’occuper un domaine qui relevait jusque-là d’une prérogative de la Couronne, alors le pouvoir d’adopter non seulement le PFSI de 2012, mais également celui qui existait avant 2012, serait matière à controverse.

[383] Cela dit, les demandeurs ne m’ont pas convaincue qu’en prenant les décrets de 2012, l’exécutif a outrepassé sa compétence.

[384] Dans l’arrêt *Khadr*, précité, la Cour suprême a qualifié la prérogative de la Couronne de « résidu du pouvoir discrétionnaire ou arbitraire dont la Couronne est légalement investie à tout moment » : au paragraphe 34, renvoyant à *Reference as to the effect of the Exercise by His Excellency the Governor General of the Royal Prerogative of Mercy upon Deportation Proceedings*, [1933] R.C.S. 269, à la page 272, le juge en chef Duff, citant A. V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (8^e éd., 1915), à la page 420.

[385] La Cour suprême, dans le même paragraphe, a ensuite qualifié la prérogative de la Couronne de « source limitée de pouvoir administratif ne découlant pas de la législation, que confère la common law à la Couronne » : renvoyant à l’ouvrage de P. W. Hogg intitulé *Constitutional Law of Canada*, 5^e éd. supplémenté (Scarborough, Ont. : Thomson/Carswell, 2007) (feuilles mobiles mises à jour 2009, envoi n° 1), à la page 1-17.

[386] Les demandeurs invoquent la liste des éléments résiduels de la prérogative de l’exécutif relevés dans l’ouvrage de Hogg et Monahan intitulé *Liability of the Crown*, et soutiennent qu’étant donné que les réfugiés, les demandeurs d’asile ou les soins de santé ne figurent pas sur cette liste, il n’existe aucune prérogative de la Couronne autorisant le gouverneur en conseil à régler dans ces domaines.

[387] Il est toutefois loin d’être clair que la liste en question est censée être exhaustive. En effet, il ressort

is apparent from the jurisprudence that the Crown retains the power to spend in areas apart from those on the list in question.

[388] As the applicants have pointed out, a number of the cases relied upon by the respondents (such as *Winterhaven Stables Limited v. Canada (Attorney General)*, 1988 ABCA 334 (CanLII), 91 A.R. 114, at paragraph 16, leave to appeal to S.C.C. refused, [1989] 1 S.C.R. xvi; *YMHA Jewish Community Centre of Winnipeg Inc. v. Brown*, [1989] 1 S.C.R. 1532; *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624; and *Reference Re Canada Assistance Plan (B.C.)*, [1991] 2 S.C.R. 525) deal with Parliament's spending power, as opposed to that of the Governor in Council. While the funds for the IFHP are appropriated by Parliament, the terms and conditions under which they are disbursed are determined by the Governor in Council.

[389] However, in *Pharmaceutical Manufacturers Assn of Canada v. British Columbia (Attorney General)*, 1997 CanLII 4597, 149 D.L.R. (4th) 613, leave to appeal to S.C.C. refused, [1998] 1 S.C.R. xiii, the British Columbia Court of Appeal held that it was open to the executive branch of the provincial government to make decisions regarding the expenditure of public funds, specifically to modify a program that reimbursed certain individuals for drug costs so as to reduce the level of reimbursement available to program beneficiaries.

[390] In coming to this conclusion, the Court cited the English decision in *Regina v. Criminal Injuries Compensation Board, Ex parte Lain*, [1967] 2 Q.B. 864 (C.A.) for a broader understanding of the Crown's prerogative power, which includes the "general power of government to make executive decisions regarding the expenditure of public funds to which individual members of the public have no enforceable entitlement": *Pharmaceutical Manufacturers*, above, at paragraph 27.

[391] The Court further noted in *Pharmaceutical Manufacturers* that "it is not necessary for the government to rely on its traditional prerogative powers in

de la jurisprudence que la Couronne détient le pouvoir de dépenser dans des domaines autres que ceux qui figurent sur la liste en question.

[388] Comme les demandeurs l'ont souligné, un certain nombre de décisions invoquées par les défendeurs (p. ex., *Winterhaven Stables Limited v. Canada (Attorney General)*, 1988 ABCA 334 (CanLII), 91 A.R. 114, au paragraphe 16, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, [1989] 1 R.C.S. xvi ; *YMHA Jewish Community Centre of Winnipeg Inc. c. Brown*, [1989] 1 R.C.S. 1532; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624; et *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*, [1991] 2 R.C.S. 525) portent sur le pouvoir de dépenser du Parlement, par opposition à celle de le gouverneur en conseil. Bien que les fonds consacrés au PFSI soient votés par le Parlement, les modalités selon lesquelles ces fonds sont dépensés sont fixées par le gouverneur en conseil.

[389] Toutefois, à l'occasion de l'affaire *Pharmaceutical Manufacturers Assn. of Canada v. British Columbia (Attorney General)*, 1997 CanLII 4597, 149 D.L.R. (4th) 613, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, [1998] 1 R.C.S. xiii, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a conclu qu'il était loisible à l'exécutif provincial de prendre des décisions concernant les dépenses de fonds publics, notamment afin de modifier un programme en vertu duquel certaines personnes reçoivent un remboursement relatif au prix de leurs médicaments. Le gouvernement peut donc diminuer le taux de remboursement dont bénéficient les prestataires du programme.

[390] Pour tirer cette conclusion, cette Cour s'est appuyée sur une jurisprudence anglaise, *Regina v. Criminal Injuries Compensation Board, Ex parte Lain*, [1967] 2 Q.B. 864 (C.A.), afin d'avaliser une interprétation plus large de la notion de prérogative de la Couronne, qui comprend le [TRADUCTION] « pouvoir général du gouvernement de prendre des décisions concernant les dépenses de fonds publics sur lesquels le grand public ne saurait élever quelque prétention que ce soit en droit » : *Pharmaceutical Manufacturers*, précité, au paragraphe 27.

[391] La Cour a de plus relevé, à l'occasion de l'affaire *Pharmaceutical Manufacturers* qu'[TRADUCTION] « il n'est pas nécessaire que le gouvernement invoque ses

this context: the Crown has the capacities and powers of a natural person and a natural person has the capacity to establish programs for public benefit and to define or restrict the distribution of such benefits”: at paragraph 27. Moreover, there was nothing in the legislation at issue in that case (the *Continuing Care Act* [R.S.B.C. 1996, c. 70]) that was incompatible with the Crown’s authority to adopt its own drug pricing policy.

[392] As Peter Hogg states in *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. supplemented, at page 1-19, “[s]ometimes, the term ‘prerogative’ is used loosely, in a wider sense, as encompassing all the powers of the Crown that flow from the common law.” He further notes that “[n]othing practical now turns on the distinction between the Crown’s ‘true prerogative’ powers and the Crown’s natural-person powers, because the exercise of both kinds of powers is reviewable by the Courts.”

[393] The question remains as to whether the Crown can continue to exercise this power in the area of health insurance as it pertains to refugees and refugee claimants.

[394] I agree with the respondents that the applicants’ suggestion that the Government of Canada’s accounting practices concerning IFHP funds means that it cannot involve *ex gratia* payments “elevates form over substance”. That said, describing the IFHP as involving *ex gratia* payments is not entirely apt. That is, while there may have been no obligation on the Governor in Council to create the IFHP, once the Program was created, health care providers have a right to payment under the plan.

[395] Nor do I accept the applicants’ contention that any Crown prerogative that may have existed to make executive decisions regarding the expenditure of public funds on health care for those seeking the protection of Canada has been displaced or extinguished by either IRPA or the *Canada Health Act*. Indeed, as noted above,

pouvoirs de prérogative traditionnels dans ce contexte : la Couronne dispose de la capacité et des pouvoirs d’une personne physique, laquelle a la capacité de créer des programmes destinés au grand public et à définir ou restreindre les avantages qu’ils comportent » : au paragraphe 27. De plus, rien dans la loi en question dans cette affaire (la *Continuing Care Act* [R.S.B.C. 1996, ch. 70]) n’était incompatible avec le pouvoir de la Couronne d’adopter sa propre politique en matière d’établissement des prix des médicaments.

[392] Comme Peter Hogg le signale dans *Constitutional Law of Canada*, 5^e éd, supplémenté, à la page 1-19, [TRADUCTION] « [p]arfois, le terme prérogative est utilisé de façon non rigoureuse, au sens large, comme s’il englobait tous les pouvoirs de la Couronne qui découlent de la common law ». Il relève de plus que [TRADUCTION] « [r]ien de concret ne se joue à l’heure actuelle sur la distinction entre les véritables pouvoirs de prérogative de la Couronne et les pouvoirs de la personne physique de la Couronne, parce que l’exercice des deux types de pouvoir est contrôlable par les tribunaux ».

[393] Il reste à déterminer si la Couronne peut continuer à exercer ce pouvoir dans le domaine de l’assurance maladie, car il se rapporte aux réfugiés et aux demandeurs d’asile.

[394] Je conviens avec les défendeurs que la thèse des demandeurs portant que les pratiques comptables du gouvernement du Canada concernant les fonds consacrés au PFSI ont pour conséquence qu’il ne peut pas mettre en jeu des paiements à titre gracieux [TRADUCTION] « privilégie la forme sur le fond ». Cela dit, soutenir que le PFSI comporte des paiements à titre gracieux n’est pas tout à fait judicieux. C’est-à-dire que, bien que le gouverneur en conseil ne fût pas tenu de créer le PFSI, dès que le Programme fut créé, les fournisseurs de soins de santé avaient le droit d’être payés en vertu du Programme.

[395] Je ne retiens pas non plus la thèse des demandeurs portant que toute prérogative dont la Couronne a pu jouir afin de prendre les décisions qui relèvent de l’exécutif en ce qui a trait aux dépenses de fonds publics relativement à la prestation de soins de santé à des personnes demandant la protection du Canada a été écartée

if that were the case, the enactment of these Acts would arguably have invalidated the pre-2012 IFHP as well.

[396] The Crown prerogative can only be abolished or exhausted by clear words in a statute or by necessary implication from words in a statute. Section 17 of the *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21 codifies this common law rule of statutory interpretation, providing that “[n]o enactment is binding on Her Majesty or affects her Majesty’s rights or prerogatives in any manner, except as mentioned or referred to in the enactment”: see also *Ross River Dena Council Band v. Canada*, 2002 SCC 54, [2002] 2 S.C.R. 816.

[397] The applicants admit that there is nothing in IRPA that deals with the provision of health care to individuals governed by the legislation. The fact that the 2012 OICs may adopt terminology and concepts from IRPA such as “refugee” and “designated country of origin” does not mean that the Act has occupied the field of creating and funding a scheme to provide insured health care benefits to refugee claimants, refugees, and failed claimants.

[398] Indeed, there was shared terminology between the pre-2012 IFHP and the relevant immigration legislation. The applicants do not, however, suggest that the 1957 OIC was *ultra vires* because it adopted terminology from the 1952 Immigration Act [*The Immigration Act*, S.C. 1952, c. 42].

[399] The *Canada Health Act* requires the federal government to contribute to the funding of provincial health insurance programs provided that they conform to certain specified statutory criteria: *Eldridge*, above, at paragraph 25.

[400] That is, the *Canada Health Act* establishes criteria and conditions related to insured health care services that the provinces and territories must fulfill in order to receive federal cash contributions under the Canada Health Transfer. Under the Act, insured persons are generally residents of a province or territory who have completed the minimum residence period. The

ou éteinte par la LIPR ou la *Loi canadienne sur la santé*. En effet, comme je l’ai déjà mentionné, si tel était le cas, on pourrait prétendre que l’adoption de ces lois a également invalidé le PFSI qui existait avant 2012.

[396] La prérogative de la Couronne ne peut être abolie ou épuisée que par les dispositions claires d’une loi ou par implication nécessaire découlant des dispositions d’une loi. L’article 17 de la *Loi d’interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, codifie cette règle de common law relative à l’interprétation des lois : il dispose que « [s]auf indication contraire y figurant, nul texte ne lie Sa Majesté ni n’a d’effet sur ses droits et prérogatives » : voir aussi *Conseil de la bande dénée de Ross River c. Canada*, 2002 CSC 54, [2002] 2 R.C.S. 816.

[397] Les demandeurs reconnaissent que rien dans la LIPR ne porte sur la prestation de soins de santé à des personnes assujetties à la loi. Le fait que les décrets de 2012 puisse adopter une terminologie et des concepts tirés de la LIPR, comme « réfugié » et « pays désignés », n’a pas pour conséquence que la Loi a occupé le champ de compétence en matière de création et de financement d’un régime visant à assurer des services de soins de santé assurés aux demandeurs d’asile, aux réfugiés et aux demandeurs d’asile déboutés.

[398] D’ailleurs, le PFSI en vigueur avant 2012 et la loi pertinente en matière d’immigration utilisaient parfois la même terminologie. Les demandeurs ne soutiennent toutefois pas que le décret de 1957 était *ultra vires* parce qu’il utilisait une terminologie tirée de la *Loi sur l’immigration* de 1952 [S.C. 1952, ch. 42].

[399] Selon la *Loi canadienne sur la santé*, le gouvernement fédéral doit contribuer au financement des programmes provinciaux d’assurance maladie qui satisfont à certaines conditions d’octroi spécifiées : *Eldridge*, précité, au paragraphe 25.

[400] C’est-à-dire que la *Loi canadienne sur la santé* établit les critères et les conditions relativement aux services de soins de santé assurés auxquels les provinces et les territoires doivent satisfaire afin de recevoir, en vertu du Transfert canadien en matière de santé, les contributions financières de la part du gouvernement fédéral. Selon la Loi, les assurés sont généralement des

Canada Health Act does not legislate concerning immigrant or refugee groups, nor does it provide health insurance for them.

[401] Indeed, there is no federal legislation that requires the federal government to provide health care to refugees, refugee claimants, or failed refugee claimants. As a consequence, the Crown's prerogative power to spend in an area not addressed by statute remains intact, and the 2012 OICs are *intra vires* the executive branch of the Government of Canada.

[402] This does not, however, mean that modifications made to the IFHP resulting from the 2012 OICs are immune from judicial scrutiny. The exercise of the Crown prerogative by the Governor in Council is subject to certain limits: it must be *intra vires* federal jurisdiction, it must be procedurally fair (if a duty of fairness is owed) and it must conform to the Charter: see, for example, *Operation Dismantle Inc. et al. v. The Queen et al.*, [1985] 1 S.C.R. 441, at page 452; *Canada Assistance Plan*, above, at page 567; and *Winterhaven Stables*, above, at paragraph 28.

VII. Did the Government Breach its Duty of Procedural Fairness by Failing to Provide Notice and an Opportunity to Participate Prior to the Proclamation of the 2012 OICs?

[403] It will be recalled that the 2012 modifications to the IFHP were first announced on April 25, 2012 as part of the federal budget. On the same day, the *Order Respecting the Interim Federal Health Program, 2012* (the April 2012 OIC) was published in the *Canada Gazette*.

[404] Because the changes to the IFHP were effected through the budget process, they were subject to Cabinet confidentiality and budget secrecy. As a consequence, there was no advance notice of the pending changes to the Program, nor was there any consultation with stakeholders prior to the enactment of the April 2012

habitants d'une province ou d'un territoire qui s'y trouvent depuis une période de temps au moins égale au délai minimal de résidence exigé. La *Loi canadienne sur la santé* est muette en ce qui concerne les groupes d'immigrants ou les groupes de réfugiés, et elle ne prévoit aucune assurance maladie en ce qui les concerne.

[401] En effet, aucune loi fédérale n'exige que le gouvernement fédéral assure des soins de santé aux réfugiés, aux demandeurs d'asile ou aux demandeurs d'asile déboutés. Par conséquent, la prérogative de la Couronne de dépenser dans un domaine non prévu par la loi demeure intacte, et les décrets de 2012 concernant le PFSI relève de la compétence du pouvoir exécutif fédéral.

[402] Toutefois, cela ne veut pas dire que le PFSI découlant des décrets de 2012 est à l'abri de tout examen judiciaire. L'exercice de la prérogative de la Couronne par le gouverneur en conseil est soumis à certaines restrictions : il doit relever de la compétence fédérale, il doit être équitable sur le plan procédural (s'il y a obligation d'agir équitablement) et il doit être conforme aux préceptes de la Charte : voir, par exemple, *Operation Dismantle Inc. et autres c. La Reine et autres*, [1985] 1 R.C.S. 441, à la page 452; *Régime d'assistance publique du Canada*, précité, à la page 567; et *Winterhaven Stables*, précité, au paragraphe 28.

VII. Le gouvernement a-t-il manqué à son obligation d'équité procédurale en omettant de donner avis et en ne donnant pas l'occasion de participer avant la proclamation des décrets de 2012?

[403] Il faut se rappeler que les modifications apportées en 2012 au PFSI ont d'abord été annoncées le 25 avril 2012, dans le cadre du budget fédéral. À la même date, le *Décret concernant le Programme fédérale de santé intérimaire (2012)* (le décret d'avril 2012) a été publié dans la *Gazette du Canada*.

[404] Comme les modifications apportées au PFSI ont été apportées dans le cadre du processus budgétaire, elles étaient visées par la confidentialité des délibérations du Cabinet et le secret budgétaire. Par conséquent, les modifications qui allaient être apportées au Programme n'ont fait l'objet d'aucun préavis et les intéressés n'ont

OIC, despite the fact that the changes to the IFHP detrimentally affected provinces, health care providers, and patients. The applicants say that this breached the general duty of fairness owed to stakeholders by the executive branch of government and was, moreover, contrary to stakeholders' legitimate expectation that they would be accorded participatory rights before any fundamental changes were made to the IFHP.

A. *The Applicants' Arguments*

[405] The applicants acknowledge that the jurisprudence has held that no general duty of procedural fairness is owed by the government in the exercise of its legislative functions. However, they note that because the modifications to the IFHP were brought about by executive fiat rather than through a legislative or regulatory process, there was also no opportunity for public notice, study or debate prior to the changes coming into effect.

[406] The applicants say that the parliamentary appropriation of funds for the IFHP (which is the extent of Parliament's engagement with the Program) is not equivalent to the parliamentary readings, committee hearings, debate in the House of Commons, and Senate review that would ordinarily take place as part of the legislative process.

[407] According to the applicants, "the tenuous Parliamentary engagement occasioned by appropriation is exacerbated in the present case, where the appropriation was located in a budget document hundreds of pages long, and shielded from advance disclosure by claims to budget secrecy": applicants' memorandum of fact and law, at paragraph 54.

[408] While recognizing that the doctrine of legitimate expectation does not create substantive rights, the applicants note that it can give rise to procedural obligations. These include procedural entitlements that might not otherwise exist, but for the legitimate expectation

pas été consultés avant l'adoption du décret d'avril 2012, et ce, en dépit du fait que les modifications apportées au PFSI avaient un effet préjudiciable sur les provinces, sur les prestataires de soins de santé et sur les patients. Les demandeurs soutiennent que cette façon de procéder constituait un manquement à l'obligation générale du pouvoir exécutif fédéral d'agir équitablement envers les intéressés et, de plus, allait à l'encontre de l'attente légitime qu'avaient les intéressés de se voir accorder un droit de participation avant que toute modification fondamentale ne soit apportée au PFSI.

A. *Les thèses des demandeurs*

[405] Les demandeurs soutiennent que, selon la jurisprudence, le gouvernement n'est tenu à aucune obligation générale de respect de l'équité procédurale dans le cadre de l'exercice de ses fonctions législatives. Toutefois, ils soulignent qu'étant donné que les modifications au PFSI ont été apportées par décret du pouvoir exécutif plutôt que dans le cadre d'un processus législatif ou réglementaire, il n'y a eu aucun avis public, aucune étude et aucun débat avant que ces modifications n'entrent en vigueur.

[406] Les demandeurs soutiennent que le processus d'octroi de crédits parlementaires relativement au PFSI (qui est la mesure de la participation du Parlement au Programme) n'équivaut pas au processus parlementaire comportant des lectures, des audiences devant des comités, un débat à la Chambre des communes et un examen par le Sénat, qui aurait normalement lieu dans le cadre du processus législatif.

[407] Selon les demandeurs, [TRADUCTION] « la faible participation du Parlement au moyen de crédits est exacerbée en l'espèce, car les crédits figuraient dans un document budgétaire comptant des centaines de pages et étaient à l'abri de toute communication préalable par application du principe du secret budgétaire » : mémoire des faits et du droit des demandeurs, au paragraphe 54.

[408] Bien qu'ils reconnaissent que la doctrine de l'attente légitime ne crée pas de droits fondamentaux, les demandeurs relèvent qu'elle peut donner naissance à des obligations procédurales. Ces obligations comprennent des garanties procédurales qui n'existeraient peut-être

created by an administrative decision maker that a particular procedure would be followed prior to a decision being made.

[409] By 2012, the IFHP had been in effect for some 55 years, and the contemplated changes would clearly have a dramatic impact on the people who relied on the Program. According to the applicants, the interests of various stakeholders had been recognized and taken into account over the history of the pre-2012 IFHP. There had, moreover, been repeated consultations with the provinces. By way of example, the applicants note that when the Province of Ontario decided that it no longer wished to cover refugee claimants under OHIP, the federal and Ontario governments entered into negotiations that culminated in a 1995 Memorandum of Understanding.

[410] The applicants assert that this past practice and these prior consultations gave rise to a legitimate expectation on the part of stakeholders that the IFHP would not be radically altered without a public process involving advance notice and consultation in which Program beneficiaries, the provinces, health professionals, refugee organizations, and other affected parties could participate.

[411] In support of this contention, the applicants note that English courts have recognized that reliance on a certain policy by certain individuals or groups can ground a legitimate expectation that the policy will not be fundamentally altered absent notice and an opportunity to participate: *R. (on the application of) Bhatt Murphy (a firm) v. Independent Assessor*, [2008] EWCA Civ. 755 (BAILII).

[412] The applicants also cite the Federal Court of Appeal's decision in *Apotex Inc. v. Canada (Attorney General)*, [2000] 4 F.C. 264 as authority for the proposition that the doctrine of legitimate expectation can and should extend to executive rule making, whether it be authorized by prerogative or by delegation.

[413] In *Apotex*, Justice Evans, writing for himself, noted that the doctrine of legitimate expectation “applies

pas, si ce n'était l'attente légitime, créée par un décideur administratif, selon laquelle une procédure précise doit être suivie avant qu'une décision ne soit prise.

[409] En 2012, le PFSI était en vigueur depuis environ 55 ans, et il était manifeste que les modifications envisagées auraient de graves répercussions sur les personnes qui comptaient sur le Programme. Selon les demandeurs, le PFSI qui existait avant 2012 tenait compte des intérêts des divers intéressés. Par ailleurs, de nombreuses consultations ont eu lieu avec les autorités des provinces. Par exemple, les demandeurs relèvent que lorsque la province de l'Ontario a décidé que les demandeurs d'asile ne seraient plus couverts par le Régime, le gouvernement fédéral et le gouvernement de l'Ontario ont entamé des négociations qui ont abouti à la signature d'un protocole d'entente en 1995.

[410] Selon les demandeurs, les consultations qui ont déjà eu lieu et la pratique établie en ce qui concerne le PFSI ont donné naissance chez les intéressés à l'attente légitime que le Programme ne serait pas modifié en profondeur sans que les bénéficiaires du PFSI, les provinces, les professionnels de la santé, les organismes d'aide aux réfugiés et les autres parties touchées ne puissent participer à un processus public comportant un préavis et des consultations.

[411] À l'appui de cet argument, les demandeurs soulignent que la jurisprudence anglaise reconnaît que, lorsque certaines personnes ou certains groupes se fient à une certaine politique, ceux-ci doivent légitimement s'attendre à ce qu'elle ne soit pas modifiée en l'absence d'avis et sans possibilité de participer : *R. (on the application of) Bhatt Murphy (a firm) v. Independent Assessor*, [2008] EWCA Civ. 755 (BAILII).

[412] Les demandeurs citent aussi la décision rendue par la Cour d'appel fédérale à l'occasion de l'affaire *Apotex Inc. c. Canada (Procureur général)*, [2000] 4 C.F. 264 à l'appui de la thèse selon laquelle la doctrine de l'attente légitime peut et doit jouer en matière de prise de règlements par le pouvoir exécutif, qu'elle soit autorisée par prerogative ou par délégation.

[413] Dans l'arrêt *Apotex*, le juge Evans, s'exprimant en son nom, a relevé que la doctrine de l'attente légitime

in principle to delegated legislative powers so as to create participatory rights when none would otherwise arise”. In coming to this conclusion, he noted that the rationale for exempting legislation from the doctrine of legitimate expectation did not apply to Cabinet regulations which are not subject to the same level of scrutiny as primary legislation that must pass through the full legislative process: at paragraph 126.

[414] It bears noting, however, that Justice Evans’ comments were made in *obiter* and that serious reservations were expressed by Justices Décaré and Sexton as to the applicability of the doctrine of legitimate expectation to Cabinet in the exercise of its regulation-making power. The Supreme Court also took note of Justice Evans’ comments in *Mount Sinai Hospital Center v. Quebec (Minister of Health and Social Services)*, 2001 SCC 41, [2001] 2 S.C.R. 281, remarking that the “issue remains open for another day”: at paragraph 34.

[415] The applicants recognize that Justice Evans’ comments in *Apotex* were made with respect to participatory rights in connection with delegated legislation, rather than executive action. They say, however, that the distinction he drew between the enactment of statutory and delegated legislation, “applies equally to Orders in Council untethered to statute”: applicants’ memorandum of fact and law, at paragraph 55.

[416] The applicants also assert that a duty of fairness was owed by the executive prior to making changes to the IFHP, independent of any legitimate expectation that may have arisen as a result of past practice. In support of their claim that the duty of fairness can apply in relation to orders in council, the applicants cite jurisprudential examples such as the Federal Court of Appeal’s decision in *Oberlander v. Canada (Attorney General)*, 2004 FCA 213, [2005] 1 F.C.R. 3, and the Supreme Court’s decision in *Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada et al.*, [1980] 2 S.C.R. 735.

« s’applique en principe aux pouvoirs législatifs délégués de façon à créer des droits de participation dans des circonstances où aucun droit de ce genre n’aurait par ailleurs pris naissance ». En tirant cette conclusion, il a fait remarquer que le motif invoqué pour soustraire la loi à l’application de la doctrine de l’attente légitime ne joue pas en ce qui concerne les règlements pris par le cabinet, lesquels ne sont pas assujettis au même degré d’examen qu’un texte de loi principal qui doit être soumis au processus législatif complet : au paragraphe 126.

[414] Il convient toutefois de signaler que les observations du juge Evans étaient incidentes et que les juges Décaré et Sexton ont exprimé de sérieuses réserves quant à l’applicabilité de la doctrine de l’attente légitime au Cabinet dans le cadre de l’exercice de son pouvoir de réglementation. La Cour suprême a également pris note de l’observation portant que « [c]ette question reste à trancher », qui avait été formulé par le juge Evans, au paragraphe 34 de l’arrêt *Centre hospitalier Mont-Sinai c. Québec (Ministre de la Santé et des Services sociaux)*, 2001 CSC 41, [2001] 2 R.C.S. 281.

[415] Les demandeurs reconnaissent que les observations du juge Evans dans l’arrêt *Apotex* avaient trait aux droits de participation relatifs aux pouvoirs législatifs délégués, plutôt qu’à un acte du pouvoir exécutif. Ils affirment toutefois que la distinction qu’il a opérée entre l’adoption d’un règlement en vertu d’un pouvoir reconnu par la loi et l’adoption d’un règlement en vertu d’un pouvoir délégué, [TRADUCTION] « joue également en matière de décrets non-rattachés à une loi » : mémoires des faits et du droit des demandeurs, au paragraphe 55.

[416] Les demandeurs soutiennent également que le pouvoir exécutif avait l’obligation d’agir équitablement avant d’apporter des modifications au PFSI, indépendamment de toute attente légitime à laquelle a pu donner lieu l’usage. À l’appui de leur thèse selon laquelle l’obligation d’agir équitablement peut jouer en matière de décrets, les demandeurs citent notamment l’arrêt rendu par la Cour d’appel fédérale à l’occasion de l’affaire *Oberlander c. Canada (Procureur général)*, 2004 CAF 213, [2005] 1 R.C.F. 3, et l’arrêt rendu par la Cour suprême à l’occasion de l’affaire *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada et autre*, [1980] 2 R.C.S. 735.

[417] Because the minimum requirements of procedural fairness (which they identify as consultation and an opportunity to engage) were not met in this case, the applicants say that a declaration should issue that the 2012 changes to the IFHP were effected in a manner that was inconsistent with principles of fairness, as well as natural and fundamental justice, with the result that the 2012 changes to the IFHP should be set aside.

B. *The Respondents' Arguments*

[418] The respondents deny that any duty of fairness was owed to the applicants in this case, or that the applicants could have had any legitimate expectation that they would be accorded participatory rights before the IFHP was modified.

[419] The respondents also say that even though CIC had no legal duty to provide notice or to consult, it did in fact engage with stakeholders between April of 2012, when the April 2012 OIC was published in the *Canada Gazette*, and June 30, 2012, when the two OICs came into force. During this time, stakeholders reviewed the proposed changes and made representations to government. CIC also delivered numerous public briefings to explain the policy reform.

[420] Finally, the respondents assert that the fact that the April 2012 OIC was amended on June 28, 2012 in relation to government-assisted refugees and some privately sponsored refugees is evidence of stakeholder engagement in the process.

C. *Analysis*

[421] The question, then, is whether, either as a result of a legitimate expectation on the part of stakeholders or the nature of the rights affected by the OIC, the Governor in Council owed a duty of procedural fairness to stakeholders in connection with the changes made to the IFHP. I find that no such duty arose in this case.

[417] Étant donné que les exigences minimales en matière d'équité procédurale (définies comme étant la consultation et la possibilité de faire valoir ses arguments) n'ont pas été satisfaites dans cette affaire, les demandeurs soutiennent que notre Cour doit déclarer que les modifications au PFSI en 2012 ont été apportées d'une manière allant à l'encontre des principes d'équité, de justice naturelle et de justice fondamentale, de sorte les modifications qui ont été apportées au PFSI en 2012 devraient être annulées.

B. *Les thèses des défendeurs*

[418] Les défendeurs rejettent la thèse portant qu'il existait en l'espèce une obligation d'équité envers les demandeurs ou que les demandeurs pouvaient légitimement s'attendre à se voir accorder des droits de participation avant que le PFSI ne soit modifié.

[419] Les défendeurs soutiennent également que, même si CIC n'était pas tenue légalement de donner avis ou de consulter, elle a bel et bien consulté les intéressés entre avril 2012, lorsque le décret d'avril 2012 a été publié dans la *Gazette du Canada*, et le 30 juin 2012, date à laquelle les deux décrets sont entrés en vigueur. Au cours de cette période, les intéressés ont examiné les modifications envisagées et ils ont formulé des observations au gouvernement. CIC a également tenu de nombreuses séances d'information publiques afin d'expliquer la réforme de la politique.

[420] Enfin, les défendeurs soutiennent que le fait que le décret d'avril 2012 a été modifié le 28 juin 2012 relativement aux réfugiés pris en charge par le gouvernement et à un certain nombre de réfugiés parrainés par le secteur privé témoigne de la participation des intéressés au processus.

C. *Analyse*

[421] La question est donc de savoir si, soit en raison d'une attente légitime de la part des intéressés, soit en raison de la nature des droits touchés par le décret, le gouverneur en conseil avait une obligation d'équité procédurale envers les intéressés relativement aux modifications apportées au PFSI. Je conclus que cette obligation n'existait pas en l'espèce.

[422] In coming to this conclusion, I would start by observing that the legitimate expectations of a person challenging a decision may affect the procedures that must be followed in a given case: *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, at paragraph 26.

[423] The doctrine of legitimate expectation arises where representations have been made to an applicant concerning the procedure that will be followed in particular circumstances. However, as the Supreme Court observed in *Canada (Attorney General) v. Mavi*, 2011 SCC 30, [2011] 2 S.C.R. 504, the representations said to give rise to the legitimate expectations must be “clear, unambiguous and unqualified”: at paragraph 68.

[424] The applicants have not adduced evidence of any clear, unambiguous and unqualified practices, conduct or representations that could reasonably have been relied upon so as to create a legitimate expectation on the part of stakeholders that they would be accorded participatory rights in this case.

[425] Moreover, as was noted by both sides, no duty of fairness is owed by the government in the exercise of its legislative functions: see, for example, *Authorson v. Canada (Attorney General)*, 2003 SCC 39, [2003] 2 S.C.R. 40.

[426] While certain decisions of the Governor in Council can attract a duty of fairness, this is by no means always the case. Whether a duty to observe natural justice or procedural fairness exists in a given case depends on a number of factors, including the subject-matter of the decision in question, the consequences of the decision for those affected by it, and the number of people involved: *Baker*, above, at paragraphs 23–27.

[427] According to the Supreme Court of Canada, procedural rights do not arise where the executive decision at issue is a “legislative and general” one rather than one that is “administrative and specific”: *Wells v. Newfoundland*, [1999] 3 S.C.R. 199, at paragraph 61.

[422] En ce qui concerne cette conclusion, je ferai tout d’abord remarquer que les attentes légitimes d’une personne qui conteste une décision peuvent avoir une incidence sur les procédures qui doivent être suivies dans tel ou tel cas : *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, au paragraphe 26.

[423] La doctrine de l’attente légitime joue lorsque des déclarations ont été faites à un demandeur concernant la procédure qui sera suivie dans certaines circonstances. Toutefois, comme la Cour suprême l’a affirmé au paragraphe 68 de l’arrêt *Canada (Procureur général) c. Mavi*, 2011 CSC 30, [2011] 2 R.C.S. 504, les affirmations qui ont censément suscité les attentes doivent être « claires, nettes et explicites ».

[424] Les demandeurs n’ont présenté aucun élément de preuve de pratiques, conduites ou déclarations claires, nettes et explicites, qui permettrait raisonnablement d’affirmer que celles-ci ont amené les intéressés à légitimement s’attendre à se voir accorder des droits de participation en l’espèce.

[425] En outre, comme l’ont souligné l’ensemble des parties, le gouvernement n’est tenu à aucune obligation d’équité dans le cadre de l’exercice de ses fonctions législatives : voir, par exemple, *Authorson c. Canada (Procureur général)*, 2003 CSC 39, [2003] 2 R.C.S. 40.

[426] Certaines décisions du gouverneur en conseil peuvent faire naître une obligation d’équité, mais c’est loin d’être toujours le cas. L’existence d’une obligation d’observer, dans un cas donné, les règles de justice naturelle ou d’équité procédurale dépend d’un certain nombre de facteurs, notamment l’objet de la décision en question, les conséquences de la décision sur les personnes en cause et le nombre de personnes concernées (*Baker*, précité, aux paragraphes 23 à 27).

[427] Selon la Cour suprême du Canada, les droits procéduraux n’entrent pas en jeu lorsque la décision controversée prise par l’exécutif est une décision « législative et générale » plutôt qu’une décision « administrative et particulière » : *Wells c. Terre-Neuve*, [1999] 3 R.C.S. 199, au paragraphe 61.

[428] An example of an “administrative and specific” decision giving rise to participatory rights is found in *Oberlander*, above. The decision at issue in that case was the decision by the Governor in Council to revoke Mr. Oberlander’s Canadian citizenship, a matter of obvious direct and immediate concern to him.

[429] In contrast, no duty of fairness was owed in circumstances where, by Order in Council, the government denied appeals of a decision of the Canadian Radio-television and Telecommunications Commission setting a new rate structure for Bell Canada. The Supreme Court concluded that this was a regulatory matter that was not of individual concern, with the result that there was no duty for notice or consultation: *Inuit Tapirisat*, above.

[430] As was the case with the OIC at issue in *Inuit Tapirisat*, the 2012 OICs implementing the modifications to the IFHP were clearly “legislative and general”, and did not give rise to participatory rights on the part of what was clearly an amorphous and potentially infinite group of stakeholders.

[431] I note that Justice O’Reilly came to a similar conclusion in *Hospitality House*. It is instructive to have regards to the facts of that case, however, as they are far more compelling from a fairness perspective than the situation here. Nevertheless, no duty of fairness was found to have been owed to the applicants in that case.

[432] *Hospitality House* involved a challenge to the 2012 modifications to the IFHP insofar as they changed the rules relating to health coverage for privately sponsored refugees. Hospitality House and the Synod of the Diocese of Rupert’s Land had undertaken to support the resettlement of hundreds of refugees through the Government of Canada’s private sponsorship program. In turn, the Minister of Citizenship and Immigration had agreed to provide the sponsored refugees with health insurance coverage through the IFHP.

[428] On trouve dans l’affaire *Oberlander*, précitée, un exemple de décision « administrative et particulière » faisant jouer des droits de participation. La décision controversée dans cette affaire était la décision prise par le gouverneur en conseil de révoquer la citoyenneté canadienne de M. Oberlander, une question qui le touchait de manière bien évidemment directe et immédiate.

[429] Par contre, il n’existe aucune obligation d’équité dans les cas où, par décret, le gouvernement a rejeté les appels d’une décision du Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes établissant une nouvelle structure de tarifs pour Bell Canada. La Cour suprême a conclu qu’il s’agissait d’un processus réglementaire dont l’objet n’était pas de nature personnelle, et que, par conséquent, il n’existait aucune obligation de donner avis ou de tenir des consultations : *Inuit Tapirisat*, précité.

[430] Comme dans le cas du décret controversé dans l’affaire *Inuit Tapirisat*, les décrets de 2012 qui mettaient en application les modifications au PFSI étaient manifestement « législatifs et généraux », et ne faisaient pas jouer l’octroi de droits de participation à qui constituait manifestement un groupe imprécis et possiblement illimité d’intéressés.

[431] Je souligne que le juge O’Reilly a tiré une conclusion semblable à l’occasion de l’affaire *Hospitality House*. Il est toutefois intéressant de tenir compte des faits de cette affaire, car ils sont beaucoup plus probants du point de vue de l’équité que la présente espèce. Néanmoins, il a été conclu dans cette affaire qu’il n’existait aucune obligation d’équité envers les demandeurs.

[432] Dans l’affaire *Hospitality House*, il était question d’une contestation des modifications apportées au PFSI en 2012 dans la mesure où celles-ci modifiaient les règles relatives à la couverture en matière de soins de santé pour les réfugiés parrainés par le secteur privé. Hospitality House et le Synode du diocèse de la Terre de Rupert s’étaient engagés à fournir de l’aide pour la réinstallation de centaines de réfugiés grâce au programme de parrainage privé du gouvernement du Canada. En retour, le ministre a convenu de fournir aux réfugiés parrainés une couverture d’assurance maladie en vertu du PFSI.

[433] After the sponsorship agreement was entered into between the applicants and the Government of Canada, the changes to the IFHP came into effect. The applicants were concerned that they would henceforth be called upon to pay the difference between pre-2012 IFHP health care coverage and the new, more limited coverage then available to the sponsored refugees. As a consequence, the sponsoring groups brought an application in this Court challenging the 2012 OICs, asserting, amongst other things, that the OICs breached the sponsorship contract between them and the Minister. They also asserted that the OICs were enacted in breach of the duty of fairness owed to them.

[434] Justice O'Reilly concluded that the promulgation of the 2012 OICs was a legislative act, and was not a direct or intentional attack upon the applicants' interests. As a consequence, he concluded that there was no legal duty on the part of the Governor in Council to consult with the applicants before proceeding with the policy changes reflected in the OICs: *Hospitality House*, above, at paragraph 19.

[435] It bears noting that the applicants in *Hospitality House* were a finite and readily identifiable group who had entered into direct contractual arrangements with CIC, only to find that the basis upon which they had undertaken financial responsibility for refugees had been fundamentally altered by the 2012 modifications to the IFHP.

[436] That is, the result of the changes to the IFHP was to potentially expose the sponsoring organizations to greater financial obligations than they could reasonably have anticipated at the time that they entered into the sponsorship agreements. Even then, this Court concluded that the applicants were not entitled to advance notice of the changes, or an opportunity to be consulted.

[437] As the evidence adduced by the applicants in this case demonstrates, the 2012 OICs affect numerous classes of individuals seeking the protection of Canada,

[433] Après la conclusion de l'entente de parrainage entre les demandeurs et le gouvernement du Canada, les modifications apportées au PFSI sont entrées en vigueur. Les demandeurs craignaient de devoir compenser la différence entre la couverture en matière de soins de santé prévue dans le PFSI qui existait avant 2012 et la nouvelle couverture, moins large que celle qui était offerte aux réfugiés parrainés. Par conséquent, les groupes de parrainage ont présenté à la Cour une demande en contestation des décrets de 2012, demande dans laquelle ils soutenaient, notamment, que les décrets contrevenaient à l'entente de parrainage conclue entre eux et le ministre. Ils soutenaient également que l'adoption des décrets constituait un manquement à l'obligation d'équité envers eux.

[434] Le juge O'Reilly a conclu que la promulgation des décrets de 2012 était un acte législatif et ne constituait pas une attaque directe ou intentionnelle contre les intérêts des demandeurs. Par conséquent, il a conclu que le gouverneur en conseil n'était pas légalement tenu de consulter directement les demandeurs avant de mettre en œuvre les modifications apportées à la politique dans les décrets : *Hospitality House*, précitée, au paragraphe 19.

[435] Il convient de relever que les demandeurs dans l'affaire *Hospitality House* constituaient un groupe limité facilement identifiable qui avait conclu des ententes contractuelles directes avec CIC et qui avait découvert que la base sur laquelle il s'était engagé financièrement quant aux réfugiés avait été modifiée en profondeur par les modifications apportées au PFSI en 2012.

[436] Autrement dit, les modifications apportées au PFSI risquaient d'obliger les organisations parrainées à assumer des obligations financières plus importantes que celles auxquelles elles pouvaient raisonnablement s'attendre au moment où elles avaient conclu les ententes de parrainage. Même dans ce cas, la Cour a conclu que les demandeurs n'avaient pas un droit à un préavis concernant les modifications en cause, ni celui de se voir accorder la possibilité d'être consultés.

[437] Comme il ressort des éléments de preuve produits par les demandeurs, les décrets de 2012 touchent de nombreuses catégories de personnes qui demandent

including refugee claimants from DCO and non-DCO countries, some privately sponsored refugees, successful refugee claimants and other protected persons, failed refugee claimants, victims of human trafficking, foreign nationals, permanent residents detained under IRPA and PRRA-only applicants.

[438] The applicants' witnesses have also identified the various ways in which the changes to the IFHP have detrimentally affected provincial governments, doctors and other health care providers, as well as hospitals and other health care facilities, and social agencies. There is, thus, a very large and not readily identifiable group of potential stakeholders, some of whose interests are potentially considerably more remote than those of the applicants in *Hospitality House*.

[439] The Supreme Court observed in *Wells* that the interests at stake in that case were no different in kind than those "of an unhappy taxpayer who is out-of-pocket as a result of a newly enacted budget, or an impoverished welfare recipient whose benefits are reduced as a result of a legislative change in eligibility criteria": at paragraph 61. The Supreme Court nevertheless concluded that the executive action in question in that case did not involve a personal matter, but rather a legislative policy choice that did not attract a duty of procedural fairness. The same may be said here.

[440] As a consequence, I have concluded that there was no duty of procedural fairness owed to stakeholders in connection with the changes made to the IFHP, whether as a result of a legitimate expectation or the nature of the rights affected by the 2012 OICs.

VIII. The International Law Arguments

[441] Before considering the various Charter issues raised by this application, it is important to first have regard to the international law arguments advanced by

l'asile au Canada, y compris les demandeurs d'asile provenant de pays d'origine désignés et de pays qui ne sont pas d'origine désignés, certains réfugiés parrainés par le secteur privé, des réfugiés dont la demande d'asile a été accueillie et d'autres personnes protégées, des demandeurs d'asile déboutés, des victimes de la traite des personnes, des étrangers, des résidents permanents gardés en détention sous le régime de la LIPR et des demandeurs d'ERAR.

[438] Les témoins des demandeurs ont relevé les diverses façons dont les gouvernements provinciaux, les médecins et les autres professionnels de la santé, les hôpitaux et les autres établissements de santé, et les organismes sociaux ont subi un préjudice en raison des modifications apportées au PFSI. Il existe donc un très grand groupe non facilement identifiable d'éventuels intéressés dont les intérêts sont peut-être beaucoup plus indirects que ceux des demandeurs en cause dans l'affaire *Hospitality House*.

[439] La Cour suprême a fait remarquer, au paragraphe 61 de l'arrêt *Wells*, que les intérêts en jeu dans cette affaire n'étaient pas de nature différente de ceux « d'un contribuable mécontent désargenté à cause d'un budget nouvellement adopté, ni de celle d'un bénéficiaire de l'aide sociale dont les prestations sont réduites à cause de modifications législatives des critères d'admissibilité ». La Cour suprême a néanmoins conclu que la mesure en question prise par l'exécutif ne comportait aucun aspect personnel, il s'agissait plutôt d'un choix de politique législative qui ne faisait naître aucune obligation d'équité. Ces observations sont également pertinentes en l'espèce.

[440] Par conséquent, je conclus qu'il n'existait aucune obligation d'équité envers les intéressés relativement aux modifications apportées au PFSI, soit en raison d'une attente légitime soit en raison de la nature des droits touchés par les décrets.

VIII. Les arguments fondés sur le droit international

[441] Avant d'examiner les diverses questions relatives à la Charte soulevées dans la présente demande, il est important de prendre d'abord en considération les

the applicants. These arguments are based primarily on the *United Nations Convention Relating to the Status of Refugees*, July 28, 1951, [1969] Can T.S. No. 6 (the Refugee Convention), in particular, articles 3 and 7 thereof, and the *Convention on the Rights of the Child*, November 20, 1989, [1992] Can T.S. No. 3.

[442] It is undisputed that “[i]nternational treaties and conventions are not part of Canadian law unless they have been implemented by statutes”: *Baker*, above, at paragraph 69.

[443] The respondents note that articles 3 and 7 of the Refugee Convention and the *Convention on the Rights of the Child* have not been incorporated into Canadian law, and that the mere ratification of an international treaty does not give the treaty the force of law in Canada: *Quebec (Minister of Justice) v. Canada (Minister of Justice)*, 2003 CanLII 52182, 228 D.L.R. (4th) 63 (Que. C.A.), at paragraph 89. The respondents further note that international law, whether binding or not, is not a source of domestic rights or remedies.

[444] The respondents do acknowledge, however, that international law is an interpretive aid, sometimes a valuable and persuasive one, when courts are determining whether there has been a breach of the Charter: see the respondents’ memorandum of fact and law, at paragraph 132, citing *R. v. Hape*, 2007 SCC 26, [2007] 2 S.C.R. 292; *Baker*, above; *Health Services and Support – Facilities Subsector Bargaining Assn. v. British Columbia*, 2007 SCC 27, [2007] 2 S.C.R. 391; *Ahani v. Canada (Attorney General)*, 2002 CanLII 23589, 58 O.R. (3d) 107 (C.A.).

[445] The Supreme Court of Canada has, moreover, observed that the Charter should be presumed to provide *at least* as great a level of protection as is found in the international human rights instruments which Canada has ratified: see, for example, *Health Services*, above, at paragraph 70; *Divito v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 SCC 47, [2013] 3 S.C.R. 157, at paragraphs 22–23. The Supreme Court’s repeated use of the phrase “at least as great” signals that

arguments fondés sur le droit international que les demandeurs invoquent. Ces arguments sont principalement fondés sur la *Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés*, 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6 (la Convention sur les réfugiés), en particulier les articles 3 et 7, ainsi que sur la *Convention relative aux droits de l’enfant*, 20 novembre 1989, [1992] R.T. Can. n° 3 (la Convention sur les enfants).

[442] Il n’est pas contesté que « [l]es conventions et les traités internationaux ne font pas partie du droit canadien à moins d’être rendus applicables par la loi » : *Baker*, précité, au paragraphe 69.

[443] Les défendeurs soulignent que les articles 3 et 7 de la Convention sur les réfugiés ainsi que la Convention sur les enfants n’ont pas été intégrés au droit canadien et que la simple ratification d’une convention internationale ne donne pas force de loi à cette convention au Canada : *Québec (Ministre de la Justice) c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2003 CanLII 52182, [2003] R.J.Q. 1118 (C.A. Qué.), au paragraphe 89. Les défendeurs soulignent également que le droit international, qu’il soit contraignant ou non, ne constitue pas une source de droits ou de recours internes.

[444] Les défendeurs admettent, toutefois, que le droit international est un outil d’interprétation, parfois utile et convaincant, lorsque les tribunaux sont appelés à décider s’il y a eu une violation de la Charte : voir le mémoire des faits et du droit des défendeurs, au paragraphe 132, citant *R. c. Hape*, 2007 CSC 26, [2007] 2 R.C.S. 292; *Baker*, précité; *Health Services and Support – Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, 2007 CSC 27, [2007] 2 R.C.S. 391; *Ahani v. Canada (Attorney General)*, 2002 CanLII 23589, 58 R.J.O. (3^e) 107 (C.A.).

[445] La Cour suprême du Canada a en outre fait remarquer qu’il faut présumer que la Charte accorde une protection au moins aussi grande que les instruments internationaux ratifiés par le Canada en matière de droits de la personne : voir, par exemple, l’arrêt *Health Services*, précité, au paragraphe 70; *Divito c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 47, [2013] 3 R.C.S. 157, aux paragraphes 22 et 23. Le recours répété de la Cour suprême du Canada aux mots

Canadian Charter protections may, in some cases, actually exceed those provided by international law.

[446] Canada's international obligations and principles of international law are also instructive in defining the rights in issue: *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *United States v. Burns*, 2001 SCC 7, [2001] 1 S.C.R. 283; *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law v. Canada (Attorney General)*, above; *R. v. Hape*, above.

[447] In *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3, the Supreme Court observed that "in seeking the meaning of the Canadian Constitution, the courts may be informed by international law." In making this comment, the Court observed that its concern was "not with Canada's international obligations *qua* obligations; rather, our concern is with the principles of fundamental justice. We look to international law as evidence of these principles and not as controlling in itself": at paragraph 60. See also *Toussaint* (F.C.A.), above, at paragraph 87. As a consequence, it is important to have regard to the international norms relating to the issues raised by this application.

[448] Canada is a party to the Refugee Convention, which applies to refugees and refugee claimants, but not to rejected refugee claimants. Article 3 of the Refugee Convention provides that contracting states "shall apply the provisions of this Convention to refugees without discrimination as to race, religion or country of origin." This Article has been interpreted not just as a general anti-discrimination provision, but as one prohibiting discrimination between refugee claimants and refugees and the nationals of the host country, as well as prohibiting discrimination between classes of refugees: see James Hathaway, *The Rights of Refugees under International Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2005), at page 238.

« au moins aussi grande » signifie que les protections prévues par la Charte canadienne peuvent, dans certains cas, être effectivement supérieures à celles prévues par le droit international.

[446] Les obligations internationales du Canada et les principes du droit international sont aussi utiles pour définir les droits en cause : *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *États-Unis c. Burns*, 2001 CSC 7, [2001] 1 R.C.S. 283; *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)*, précité; *R c. Hape*, précité.

[447] Dans l'arrêt *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3, la Cour suprême du Canada a fait remarquer que « les tribunaux peuvent faire appel au droit international pour dégager le sens de la Constitution du Canada ». En faisant cette observation, la Cour suprême du Canada a noté que son analyse « ne port[ait] pas sur les obligations internationales du Canada en tant qu'obligations, mais plutôt sur les principes de justice fondamentale [et qu'elle faisait] [...] appel au droit international non pas parce qu'il régit la question, mais afin d'y trouver la confirmation de ces principes » : au paragraphe 60. Voir aussi l'arrêt *Toussaint* (C.A.F.), précité, au paragraphe 87. Il est donc important de tenir compte des normes internationales relatives aux questions qui sont soulevées dans la présente demande.

[448] Le Canada est partie à la Convention sur les réfugiés, qui s'applique aux réfugiés et aux demandeurs d'asile, mais pas aux demandeurs d'asile déboutés. L'article 3 de la Convention sur les réfugiés prévoit que les états contractants « appliqueront les dispositions de cette Convention aux réfugiés sans discrimination quant à la race, la religion ou le pays d'origine ». Cet article a été interprété non seulement comme une disposition générale interdisant la discrimination, mais comme une disposition interdisant la discrimination entre les demandeurs d'asile, les réfugiés et les ressortissants du pays d'accueil, ainsi que la discrimination entre les différentes catégories de réfugiés : voir James Hathaway, *The Rights of Refugees under International Law* (Cambridge : Cambridge University Press, 2005), à la page 238.

[449] According to the applicants, the 2012 IFHP provides different (and inferior) health insurance coverage for refugee claimants from DCO countries as compared to that available to refugee claimants from non-DCO countries. The applicants say that this constitutes discrimination between and among refugees on the basis of their country of origin.

[450] The applicants also cite Hathaway as authority for the proposition that “refugee status under the Convention arises from the nature of one’s predicament rather than from a formal determination of status.” As a consequence, the applicants say that the rights accorded to refugees under the Refugee Convention “must be respected by state parties until and unless a negative determination of the refugee’s claim to protection is rendered”: both quotes from Hathaway, at page 278. See also the United Nations High Commissioner for Refugees, *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*, HCR/IP/4/Eng/REV.1 (reedited, Geneva, January 1992), at paragraph 28.

[451] The applicants also rely on Article 7, paragraph 1 of the Refugee Convention which provides that “[e]xcept where this Convention contains more favorable provisions, a Contracting State shall accord to refugees the same treatment as is accorded to aliens generally.”

[452] The applicants say that Canada generally affords aliens access to publicly funded universal health care, as long as their presence in Canada is authorized and of some foreseeable duration. The applicants cite, as examples, permanent residents and, in some cases, students and persons on long-term work visas, all of whom are eligible for provincial or territorial health insurance programs.

[453] The applicants thus say that, in keeping with Article 7, paragraph 1 standards, resettled refugees and

[449] Selon les demandeurs, le PFSI de 2012 prévoit une couverture différente (et inférieure) en matière d’assurance maladie pour les demandeurs d’asile provenant d’un pays d’origine désigné, comparativement à celle offerte aux demandeurs d’asile ne provenant pas d’un pays d’origine désigné. Les demandeurs affirment que cela constitue de la discrimination entre les réfugiés en fonction de leur pays d’origine.

[450] Les demandeurs citent aussi James Hathaway à l’appui de la thèse selon laquelle [TRADUCTION] « le statut de réfugié au sens de la Convention découle de la nature de la situation difficile dans laquelle se trouve une personne plutôt que d’une détermination formelle du statut ». Par conséquent, selon les demandeurs, les droits que la Convention sur les réfugiés confère aux réfugiés [TRADUCTION] « doivent être respectés par les États parties tant qu’une décision défavorable concernant la demande de protection d’un réfugié n’est pas rendue » : les deux citations sont des extraits de l’ouvrage de James Hathaway, à la page 278. Voir aussi le *Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié au regard de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés* du Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés, HCR/1P/4/FRE/REV.1 (réédité, Genève, janvier 1992), au paragraphe 28.

[451] Les demandeurs se fondent aussi sur le paragraphe 1 de l’article 7 de la Convention sur les réfugiés, qui prévoit que « [s]ous réserve des dispositions plus favorables prévues par cette Convention, tout État Contractant accordera aux réfugiés le régime qu’il accorde aux étrangers en général ».

[452] Les demandeurs disent que le Canada donne généralement aux étrangers accès à des soins de santé universels publics, pour autant que leur présence au Canada soit autorisée et qu’ils prévoient y rester un certain temps. Les demandeurs citent, à titre d’exemple, les résidents permanents et, dans certains cas, les étudiants et les personnes titulaires d’un permis de travail à long terme, qui peuvent tous bénéficier des programmes d’assurance maladie provinciaux ou territoriaux.

[453] Les demandeurs déclarent donc que, conformément aux normes du paragraphe 1 de l’article 7, les

refugees recognized within Canada's refugee determination system should be entitled to similar health insurance coverage, which had been the case under the provisions of the pre-2012 IFHP.

[454] The applicants acknowledge that treaty rights flowing from the Refugee Convention technically do not adhere to failed asylum seekers. However, they note that the circumstances of this group can vary widely. Some failed refugee claimants may be applying for subsidiary forms of international protection, whereas others, such as Mr. Ayubi, cannot be removed from Canada because of the conditions in their countries of origin.

[455] The applicants submit that failed asylum seekers are still considered to be under the jurisdiction of the United Nations High Commissioner for Refugees and deserve to be treated humanely in the context of their removal, especially where removal is delayed through no fault of the failed refugee claimant.

[456] The applicants point to other international agreements as providing additional guidance with respect to the international norms in this area. For example, they note that Article 19 of the European Union's "Reception Directive" provides that: "Member States shall ensure that applicants receive the necessary health care which shall include, at least, emergency care and essential treatment of illnesses and of serious mental disorders": *Directive 2013/33/EU of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 laying down standards for the reception of applicants for international protection (recast)*, OJ L 180/96, at page 180/106.

[457] The applicants further note that Article 19 of the "Reception Directive" applies both to those seeking Convention refugee status, and to those who are seeking subsidiary forms of protection.

[458] The applicants also observe that there are other principles enshrined in the Refugee Convention that have application here, such as the principle of family

réfugiés réétablis et les réfugiés reconnus selon le système de détermination du statut de réfugié du Canada devraient avoir droit à une couverture d'assurance maladie semblable, ce qui était le cas aux termes des dispositions du PFSI en vigueur avant 2012.

[454] Les demandeurs admettent que, techniquement, les droits découlant de la Convention sur les réfugiés ne s'appliquent pas aux demandeurs d'asile déboutés. Ils soulignent cependant que les circonstances de ce groupe peuvent grandement varier. Certains demandeurs d'asile déboutés chercheront peut-être à bénéficier d'une forme subsidiaire de protection internationale, alors que d'autres, comme M. Ayubi, ne pourront pas être renvoyés du Canada en raison des conditions qui prévalent dans leurs pays d'origine.

[455] Les demandeurs soutiennent que les demandeurs d'asile déboutés sont encore considérés comme relevant de la juridiction du Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés et qu'ils méritent d'être traités avec humanité dans le contexte de leur renvoi, surtout lorsque leur renvoi est retardé indépendamment de leur volonté.

[456] Les demandeurs mentionnent d'autres ententes internationales qui donnent des précisions additionnelles quant aux normes internationales qui s'appliquent dans ce domaine. Par exemple, ils notent que l'article 19 de la « Directive pour l'accueil » de l'Union européenne prévoit que : « [1]es États membres font en sorte que les demandeurs reçoivent les soins médicaux nécessaires qui comportent, au minimum, les soins urgents et le traitement essentiel des maladies et des troubles mentaux graves » : *Directive 2013/33/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 établissant des normes pour l'accueil des personnes demandant la protection internationale (refonte)*, JO L 180/96, à la page 180/106.

[457] Les demandeurs soulignent également que l'article 19 de la « Directive pour l'accueil » s'applique tant à ceux qui demandent le statut de réfugié au sens de la Convention qu'à ceux qui cherchent à obtenir des formes subsidiaires de protection.

[458] Les demandeurs font aussi remarquer qu'il y a d'autres principes inscrits dans la Convention sur les réfugiés qui s'appliquent en l'espèce, comme le principe

unity. By way of example, the applicants note that Mr. Garcia Rodrigues' wife is a Convention refugee, and they submit that he should be able to draw on her status.

[459] Insofar as the *Convention on the Rights of the Child* is concerned, the applicants note that Canada played an instrumental role in drafting and promoting the Convention and that it ratified it in 1991. The *Convention on the Rights of the Child* requires Canada to act in the best interests of children, and codifies its obligation as a signatory to ensure, to the maximum extent possible, the survival and development of children: article 6, paragraph 2.

[460] Article 2, paragraph 1 of the *Convention on the Rights of the Child* provides that State Parties are required to "respect and ensure the rights set forth in the present Convention to each child within their jurisdiction without discrimination of any kind, irrespective of the child's or his or her parent's or legal guardian's race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national, ethnic or social origin, property, disability, birth or other status."

[461] Article 3, paragraph 1 of the *Convention on the Rights of the Child* provides that "[i]n all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the best interests of the child shall be a primary consideration."

[462] The United Nations Committee on the Rights of the Children has provided guidance in how the "best interests" principle is to be applied, noting that the child's right to health is central in assessing a child's best interests: *General comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art. 3, para. 1)*, U.N. Doc. CRC/C/GC/14 (29 May 2013), at paragraph 77.

[463] State parties are, moreover, required to ensure that the best interests of children are "*appropriately*

de l'unité familiale. Par exemple, les demandeurs font remarquer que l'épouse de M. Garcia Rodrigues est une réfugiée au sens de la Convention, et ils soutiennent qu'il devrait pouvoir tirer parti du statut de celle-ci.

[459] En ce qui concerne la Convention sur les enfants, les demandeurs soulignent que le Canada a joué un rôle clé dans la rédaction et la promotion de cette convention et qu'il l'a ratifiée en 1991. La Convention sur les enfants exige que le Canada agisse dans l'intérêt supérieur de l'enfant et codifie son obligation en tant que signataire en vue d'assurer, dans toute la mesure possible, la survie et le développement de l'enfant : paragraphe 2 de l'article 6.

[460] Le paragraphe 1 de l'article 2 de la Convention sur les enfants prévoit que les États parties sont tenus de « respecter les droits qui sont énoncés dans la présente Convention et [de] les garantir à tout enfant relevant de leur juridiction, sans distinction aucune, indépendamment de toute considération de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou autre de l'enfant ou de ses parents ou représentants légaux, de leur origine nationale, ethnique ou sociale, de leur situation de fortune, de leur incapacité, de leur naissance ou de toute autre situation ».

[461] Le paragraphe 1 de l'article 3 de la Convention sur les enfants prévoit que « [d]ans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale ».

[462] Le Comité des droits de l'enfant des Nations Unies a fourni des lignes directrices quant à la façon dont le principe de l'« intérêt supérieur » doit être appliqué, en soulignant que le droit de l'enfant à la santé occupe une place centrale dans l'évaluation de son intérêt supérieur : *Observation générale n° 14 (2013) sur le droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit une considération primordiale (art. 3, par. 1)*, Doc. N.U. CRC/C/GC/14 (29 mai 2013), au paragraphe 77.

[463] Les États parties sont en outre tenus de veiller à ce que l'intérêt supérieur de l'enfant soit « *intégré de*

integrated and consistently applied in every action taken by a public institution” [emphasis in original], and that all policies and legislation concerning children demonstrate that the best interests of the child, or particular group of children, have been a primary consideration: paragraphs 14 and 32. In addition, the “[s]hort-, medium- and long-term effects of actions related to the development of the child over time” must be borne in mind: at paragraph 16.

[464] The Supreme Court of Canada has, moreover, recognized that the interests and needs of children, including non-citizen children, are important factors that must be given substantial weight as they are central humanitarian and compassionate values in Canadian society: *Baker*, above, at paragraphs 67 and 70.

[465] The respondents say that in accordance with the provisions of the *Immigration and Refugee Protection Act*, refugee status is not conferred until the Immigration and Refugee Board determines a person to be a Convention refugee or a person in need of protection, the person has been determined to be a Convention refugee (or a person in similar circumstances) under a visa application, or the Minister allows an application for protection.

[466] The respondents also deny that refugee claimants, refugees and failed refugees are all entitled to the same bundle of rights, noting that each group has a distinct status under Canadian law.

[467] Moreover, the respondents note that in *Toussaint* (F.C.), Justice Zinn quoted the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights and the World Health Organization as recognizing that states have expressly stated before international human rights bodies or in their own domestic legislation “that they cannot or do not wish to provide the same level of protection to migrants as to their own citizens.” As a result, “most countries have defined their health obligations towards non-citizens in terms of ‘essential care’ or ‘emergency health care’ only”: at paragraph 68.

manière appropriée et systématiquement appliqué dans toutes les actions conduites par une institution publique » [en italique dans l’original], et qu’il ressorte de l’ensemble des politiques et des textes législatifs concernant les enfants que l’intérêt supérieur de l’enfant, ou d’un groupe particulier d’enfants, a été une considération primordiale : aux paragraphes 14 et 32. De plus, il faut prendre en considération les « effets à court, à moyen et à long terme des actions liées au développement de l’enfant dans le temps » : au paragraphe 16.

[464] La Cour suprême du Canada a de plus reconnu que les intérêts et les besoins des enfants, y compris ceux qui ne sont pas des citoyens canadiens, sont des facteurs importants auxquels il faut accorder un poids considérable, étant donné qu’il s’agit de valeurs d’ordre humanitaire centrales dans la société canadienne : *Baker*, précité, aux paragraphes 67 et 70.

[465] Les défendeurs affirment que, selon les dispositions de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*, le statut de réfugié n’est accordé que lorsque la Commission de l’immigration et du statut de réfugié reconnaît à une personne la qualité de réfugié au sens de la Convention ou celle de personne à protéger, lorsqu’il est constaté que la personne est un réfugié au sens de la Convention (ou une personne en situation semblable) à la suite d’une demande de visa, ou lorsque le ministre accorde une demande de protection.

[466] Les défendeurs nient également que les demandeurs d’asile, les réfugiés et les demandeurs d’asile déboutés ont droit au même ensemble de droits, et soulignent que chaque groupe possède un statut distinct en droit canadien.

[467] De plus, les défendeurs soulignent que, dans la décision *Toussaint* (C.F.), le juge Zinn a cité le Commissariat des Nations Unies aux droits de l’homme et l’Organisation mondiale de la santé, qui reconnaissent que les États ont expressément déclaré devant les organes internationaux chargés des droits de l’homme ou ont précisé dans leur législation interne « qu’ils ne peuvent ou ne souhaitent pas accorder le même niveau de protection aux migrants qu’à leurs propres ressortissants ». Ainsi, « la plupart des pays ont défini leurs obligations en matière de santé envers les non

[468] Because these concepts “mean different things in different countries, their interpretation is often left to individual health-care staff. Practices and laws may therefore be discriminatory”: *Toussaint* (F.C.), above, at paragraph 68, citing the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights and World Health Organization, *The Right to Health: Fact Sheet No. 31*, June 2008, online: OHCHR <<http://www.ohchr.org/Documents/Publications/Factsheet31.pdf>>, at page 19.

[469] According to the respondents, there is no principle in the *Convention on the Rights of the Child* requiring Canada to provide and fund health care for every child at each stage of the refugee determination process. This Court has confirmed in *Toussaint* (F.C.), above, that there is no right in Canada to health care based upon international law, either for citizens or non-citizens, that the scope of the international legal right to health is contested, and that claims to the right to health care based on alleged international law obligations cannot succeed on the basis of international conventions that Canada’s Parliament has not expressly implemented through specific legislation: *Toussaint* (F.C.), at paragraphs 67 and 70. See also *Toussaint* (F.C.A.), above, at paragraph 99.

[470] The respondents accept that the principles set out in the Convention must be interpreted through the lens of Canadian values and that Canadian jurisprudence recognizes the “best interests of the child” principle as a “primary consideration”. The respondents note, however, that the Supreme Court has expressly rejected the claim that “the best interests of the child” is “a principle of fundamental justice” under section 7 of the Charter: *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law v. Canada (Attorney General)*, above, at paragraph 7.

[471] To the extent that the applicants rely on international jurisprudence in support of their Charter claims,

ressortissants en termes de “soins essentiels” ou de “soins d’urgence uniquement” » : au paragraphe 68.

[468] Comme ces concepts « ont des significations différentes en fonction des pays, leur interprétation est souvent laissée au personnel de santé à titre individuel. Les pratiques et les lois peuvent donc être discriminatoires » : *Toussaint* (C.F.), précitée, au paragraphe 68, citant le Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l’homme et l’Organisation mondiale de la santé, *Le droit à la santé : Fiche d’information n° 31*, juin 2008, en ligne : HCDH <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/Factsheet31_fr.pdf>, à la page 19.

[469] Selon les défendeurs, aucun des principes consacrés dans la Convention sur les enfants n’exige au Canada de fournir et de financer des soins de santé pour tous les enfants à chaque étape du processus de détermination du statut de réfugié. La Cour a confirmé dans la décision *Toussaint* (C.F.), précitée, qu’il n’existe au Canada aucun droit à des soins de santé fondé sur le droit international, que ce soit pour les citoyens ou les non-citoyens, que la portée du droit à la santé reconnue en droit international est contestée, et que les arguments portant sur le droit à des soins de santé fondés sur de présumées obligations prévues par le droit international ne peuvent pas être retenus sur le fondement de conventions internationales que le Parlement du Canada n’a pas expressément mises en œuvre au moyen de lois particulières : *Toussaint* (C.F.), aux paragraphes 67 et 70. Voir aussi l’arrêt *Toussaint* (C.A.F.), précité, au paragraphe 99.

[470] Les défendeurs admettent que les principes énoncés dans la Convention doivent être interprétés en fonction des valeurs canadiennes et que la jurisprudence canadienne reconnaît que le principe de « l’intérêt supérieur de l’enfant » est une « considération primordiale ». Les défendeurs soulignent, cependant, que la Cour suprême du Canada a expressément rejeté l’allégation selon laquelle « l’intérêt supérieur de l’enfant » est un « principe de justice fondamentale » suivant l’article 7 de la Charte : *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)*, précité, au paragraphe 7.

[471] En ce qui concerne le fait que les demandeurs invoquent la jurisprudence internationale à l’appui de

the respondents say that the Federal Court of Appeal has explicitly cautioned that foreign cases are not binding on Canadian courts: *Mohamed v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FCA 112, 432 N.R. 328, at paragraph 17.

[472] While the applicants have pointed to the health care benefits provided to migrants and refugee claimants by some European countries, the respondents note that Canadian courts have rejected such comparative approaches where they do not reflect “what the Canadian vision of democracy embodied in the *Charter* permits”: *Sauvé v. Canada (Chief Electoral Officer)*, 2002 SCC 68, [2002] 3 S.C.R. 519, at paragraph 41. It is worth noting, however, that the Supreme Court’s comment in *Sauvé* was made in a situation where *lesser* rights were accorded to a disadvantaged group by foreign governments than were accorded in Canada.

[473] The respondents further point out that in *Chaoulli*, the Supreme Court cautioned that “it is particularly dangerous to venture selectively into aspects of foreign health care systems with which we, as Canadians, have little familiarity”: above, at paragraph 229.

[474] I accept the respondents’ contention that because none of the operative portions of the two Conventions relied upon by the applicants have been incorporated into Canadian law, they do not have the force of law in Canada, nor are they the source of domestic rights or remedies. That said, the Supreme Court has been clear that the Conventions to which Canada is a signatory are relevant as interpretive guides in a *Charter* analysis and they will thus be taken into account for that purpose.

[475] Insofar as the international jurisprudence cited by the applicants is concerned, I will address the relevance of that jurisprudence as the issues arise.

leurs arguments fondés sur la Charte, les défendeurs affirment que la Cour d’appel fédérale a expressément prévenu que les tribunaux canadiens ne sont pas liés par la jurisprudence étrangère : *Mohamed c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CAF 112, au paragraphe 17.

[472] Bien que les demandeurs aient signalé les services de soins de santé qui étaient fournis aux migrants et aux demandeurs d’asile dans certains pays européens, les défendeurs notent que les tribunaux canadiens ont rejeté de telles méthodes comparatives lorsqu’elles ne reflétaient pas « ce que permet la vision canadienne de la démocratie consacrée dans la *Charte* » : *Sauvé c. Canada (Directeur général des élections)*, 2002 CSC 68, [2002] 3 R.C.S. 519, au paragraphe 41. Il convient cependant de souligner que l’observation de la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *Sauvé* a été formulée dans une situation où des gouvernements étrangers accordaient des droits moindres à un groupe défavorisé que ceux qui étaient accordés au Canada.

[473] Les défendeurs soulignent aussi que, dans l’arrêt *Chaoulli*, la Cour suprême du Canada a fait une mise en garde en disant qu’il « [était] particulièrement risqué de s’aventurer de manière sélective dans l’étude de certains aspects de systèmes de santé étrangers que nous connaissons peu, comme Canadiens » : précité, au paragraphe 229.

[474] J’accepte l’argument des défendeurs selon lequel, puisqu’aucune des dispositions applicables des deux conventions sur lesquelles les demandeurs se sont fondés n’a été intégrée dans le droit canadien, ces conventions n’ont pas force de loi au Canada et elles ne sont pas non plus une source de droits ou de recours internes. Cela étant dit, la Cour suprême du Canada a clairement établi que les conventions dont le Canada est signataire sont pertinentes, en ce sens qu’elles servent d’outils d’interprétation dans une analyse fondée sur la Charte, et je les prendrai donc en considération à cette fin.

[475] En ce qui concerne la jurisprudence internationale citée par les demandeurs, je me pencherai sur la pertinence de cette jurisprudence au fur et à mesure que les questions seront soulevées.

IX. Introduction to the Charter Issues

[476] The applicants identify the subject matter of this proceeding as being the decision implemented by the 2012 OICs to cancel the pre-2012 IFHP and replace it with a modified IFHP which limits access to health care insurance for the majority of Program beneficiaries, and eliminates it altogether for certain individuals who had previously received coverage under the pre-2012 IFHP.

[477] The applicants have served a notice of constitutional question in which they assert that the changes to the IFHP reflected in the 2012 OICs violate sections 7, 12 and 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] (the Charter), in a manner that cannot be saved under section 1 of the Charter.

[478] In order to provide a context for these arguments, consideration must first be given to the role of the Courts when reviewing actions taken by the executive branch of government.

[479] The respondents identify three main changes that were made to the previous IFHP. These include the abolition of the means test, and the institution of tiered coverage tied to the immigration status of the individual. The third change has been described by the respondents as the institution of a different “comparator group”.

[480] That is, the respondents say that there has been a “shift in focus of the program”. Rather than continue to tie the level of insurance coverage available to IFHP beneficiaries to that available to low-income Canadians on social assistance, the goal is now to “try and make most of the recipients receive what working Canadians not collecting social assistance, but having provincial healthcare get”: transcript, Vol. 2, at page 136.

IX. Introduction des questions relatives à la Charte

[476] Selon les demandeurs, l’objet de la présente instance est la décision mise en application par les décrets de 2012 d’annuler le PFSI en vigueur avant 2012 et de le remplacer par un PFSI modifié qui limite l’accès à une assurance maladie pour la majorité des bénéficiaires du PFSI, et l’interdit complètement pour certaines personnes qui bénéficiaient auparavant de la couverture offerte par le PFSI avant 2012.

[477] Les demandeurs ont signifié un avis de question constitutionnelle dans lequel ils allèguent que les modifications apportées au PFSI reflétées dans les décrets de 2012 violent les articles 7, 12 et 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44] (la Charte), d’une façon qui ne saurait être sauvegardée par l’article premier de la Charte.

[478] Pour situer ces arguments dans leur contexte, il faut tout d’abord examiner le rôle que les tribunaux jouent lorsqu’ils examinent les mesures prises par le pouvoir exécutif du gouvernement.

[479] Les défendeurs identifient trois principales modifications qui ont été apportées à l’ancien PFSI. Il s’agit de l’élimination du critère des moyens financiers et de la mise en place d’une couverture comportant différents niveaux en fonction du statut d’immigration de la personne. La troisième modification a été décrite par les défendeurs comme étant la création d’un « groupe de comparaison » différent.

[480] Autrement dit, les défendeurs déclarent que [TRADUCTION] « le programme a changé d’orientation ». Plutôt que de continuer à rattacher le niveau de couverture offert aux bénéficiaires du PFSI au niveau offert aux Canadiens à faible revenu qui sont bénéficiaires de l’aide sociale, l’objectif est maintenant de [TRADUCTION] « faire en sorte que la plupart des bénéficiaires puissent avoir ce à quoi ont droit les Canadiens sur le marché du travail qui ne touchent pas de prestation d’assurance sociale, mais qui ont accès aux régimes provinciaux de soins de santé » : transcription, vol. 2, à la page 136.

[481] According to the respondents, each of these changes reflects a governmental policy choice.

[482] The respondents concede that “probably some Interim Federal Health plan beneficiaries have been harmed in some way, to some degree by the changes in the Order in Council”: transcript, Vol. 2, at page 119. Nevertheless, they say that the Courts have recognized that “[s]ometimes hard choices need to be made”: *Li v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FCA 110, [2012] 4 F.C.R. 479, at paragraph 37.

[483] Indeed, the respondents say that the making of, and acting on policy choices is at the heart of the role of both the executive and the legislative branches of government, and that considerable deference has to be paid to these choices by the courts.

[484] In support of this contention, the respondents cite the decision of Justice Hugessen in *A.O. Farms Inc. v. Canada*, 2000 CanLII 17045, 28 Admin. L.R. (3d) 315 (F.C.T.D.), where he observed that “[a]ny, perhaps most, government actions are likely to cause harm to some members of the public. That is why government is not an easy matter. Of course, the government owes a duty to the public but it is a duty owed to the public collectively and not individually. The remedy for those who think that duty has not been fulfilled is at the polls and not before the Courts”: at paragraph 11.

[485] That said, the respondents do acknowledge that in exercising its powers, the executive branch of government is not exempt from constitutional scrutiny: *Operation Dismantle*, above; *Khadr*, above, at paragraph 36. As the Supreme Court observed in *Canada (Attorney General) v. PHS Community Services Society*, 2011 SCC 44, [2011] 3 S.C.R. 134 (*Insite*), once a government policy choice has been translated into state action, it becomes reviewable under the Charter: at paragraph 105.

[481] Selon les défendeurs, chacune de ces modifications reflète un choix de politique gouvernementale.

[482] Les défendeurs concèdent que [TRADUCTION] « certains bénéficiaires du PFSI ont probablement subi un préjudice quelconque, dans une certaine mesure, en raison des modifications apportées par le Décret » : transcription, vol. 2, à la page 119. Ils affirment néanmoins que les tribunaux ont reconnu qu’ils « est parfois nécessaire de faire des choix difficiles » : *Li c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CAF 110, [2012] 4 R.C.F. 479, au paragraphe 37.

[483] Les défendeurs déclarent effectivement que la prise de décisions au sujet de choix de politique et la prise de mesures en fonction de ces choix sont au cœur du rôle que jouent l’exécutif et la législature, et que les tribunaux doivent faire preuve d’une grande retenue à l’égard de ces choix.

[484] À l’appui de cette prétention, les défendeurs citent la décision que le juge Hugessen a rendue dans l’affaire *A.O. Farms Inc. c. Canada*, 2000 CanLII 17045 (C.F. 1^{re} inst.), où il a fait remarquer, au paragraphe 11, que « [s]urtout, les actions du gouvernement sont susceptibles de nuire à certains membres du public. C’est pourquoi, il n’est pas facile de gouverner. Bien entendu, le gouvernement a un devoir envers le public, mais il s’agit d’un devoir à l’endroit de l’ensemble du public et non d’une obligation individuelle à l’endroit de chacun des membres de celui-ci. Ceux qui estiment que ce devoir n’a pas été rempli correctement doivent s’exprimer en ce sens au moment du scrutin et non devant les tribunaux ».

[485] Cela étant dit, les défendeurs admettent que, lorsqu’il exerce ses pouvoirs, l’exécutif n’est pas à l’abri du contrôle constitutionnel : *Operation Dismantle*, précité; *Khadr*, précité, au paragraphe 36. Comme la Cour suprême du Canada l’a fait remarquer dans l’arrêt *Canada (Procureur général) c. PHS Community Services Society*, 2011 CSC 44, [2011] 3 R.C.S. 134 (*Insite*), lorsqu’un choix de politique gouvernemental se traduit en un acte de l’État, cet acte peut faire l’objet d’un examen fondé sur la Charte : au paragraphe 105.

[486] Indeed, this Court has already found that the exclusion of individuals from coverage under the IFHP constitutes government action to which the Charter applies: *Toussaint* (F.C.), above, at paragraph 87.

[487] As Justice Zinn also noted in *Toussaint* (F.C.), the Supreme Court held in *Singh et al. v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177, at page 202, that “the word ‘everyone’ in section 7 of the Charter ‘includes every human being who is physically present in Canada’.” He went on to observe that “[s]uch a broad conception of section 7 is consistent with the notion that all human beings, regardless of their immigration status, are entitled to dignity and the protection of their fundamental right to life, liberty and security of the person”: *Toussaint* (F.C.), above, at paragraph 87.

[488] A number of factors favour a high degree of deference being paid to governmental policy choices. The Supreme Court has identified a non-exhaustive list of these factors as including “the prospective nature of the decision, the impact on public finances, the multiplicity of competing interests, the difficulty of presenting scientific evidence and the limited time available to the state”: *Chaoulli*, above, at paragraph 95.

[489] At the same time, however, as (now Chief) Justice McLachlin stated in *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199, “care must be taken not to extend the notion of deference too far.” Indeed, she went on to observe that “[d]eference must not be carried to the point of relieving the government of the burden which the *Charter* places upon it of demonstrating that the limits it has imposed on guaranteed rights are reasonable and justifiable”: at paragraph 136.

[490] Even though a matter may be “complex, contentious or laden with social values”, this “does not mean that the courts can abdicate the responsibility vested in them by our Constitution to review legislation for *Charter* compliance when citizens challenge it”: *Chaoulli*, above, at paragraph 107. Indeed, it is the duty of the courts to ensure that governments “do not

[486] La Cour a effectivement déjà conclu que l’exclusion de la couverture offerte par le PFSI constitue une mesure gouvernementale à laquelle la Charte s’applique : *Toussaint* (C.F.), précitée, au paragraphe 87.

[487] Comme le juge Zinn l’a aussi fait remarquer dans la décision *Toussaint* (C.F.), la Cour suprême du Canada avait statué, dans l’arrêt *Singh et autres c. Ministre de l’Emploi et de l’Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177, à la page 202, que « le mot “chacun” employé à l’article 7 “englobe tout être humain qui se trouve au Canada” ». Il a ensuite mentionné qu’« [u]ne conception aussi large de l’article 7 concorde avec le principe que tous les êtres humains ont, indépendamment de leur statut au regard de l’immigration, droit à la dignité et à la protection de leur droit fondamental à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne » : *Toussaint* (C.F.), précitée, au paragraphe 87.

[488] Un certain nombre de facteurs militent en faveur d’une grande déférence à l’égard des choix politiques du gouvernement. La Cour suprême du Canada a dressé une liste non exhaustive de ces facteurs, lesquels consistent notamment en « l’aspect prospectif de la décision, l’incidence sur les finances publiques, la multiplicité des intérêts divergents, la difficulté d’apporter une preuve scientifique et le court délai dont a bénéficié l’État » : *Chaoulli*, précité, au paragraphe 95.

[489] Cependant, parallèlement à cela, la juge McLachlin (maintenant juge en chef) a énoncé dans l’arrêt *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, qu’« il faut prendre soin de ne pas pousser trop loin la notion du respect ». Elle a effectivement fait remarquer ensuite que « [l]e respect porté ne doit pas aller jusqu’au point de libérer le gouvernement de l’obligation que la *Charte* lui impose de démontrer que les restrictions qu’il apporte aux droits garantis sont raisonnables et justifiables » : au paragraphe 136.

[490] Bien qu’une question puisse être « complexe ou controversée ou encore qu’elle mette en cause des valeurs sociales », cela « ne signifie pas pour autant que les tribunaux peuvent renoncer à exercer leur responsabilité constitutionnelle de vérifier la conformité à la *Charte* d’une mesure législative contestée par des citoyens » : *Chaoulli*, précité, au paragraphe 107. En effet,

transgress the limits of their constitutional mandate and engage in the illegal exercise of power”: *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, at page 497, citing *Amax Potash Ltd. et al. v. Government of Saskatchewan*, [1977] 2 S.C.R. 576, at page 590.

[491] Finally, the Supreme Court has not hesitated to intervene in cases where it finds that government policy choices in relation to the provision of health services violate the Charter rights of affected individuals: see, for example, *Chaoulli* and *Insite*.³

[492] With this understanding of the role of the courts in reviewing actions taken by the executive branch of government, I turn now to consider the Charter arguments advanced by the parties, starting with their section 7 arguments.

X. Do the 2012 Changes to the IFHP Violate Section 7 of the Charter?

[493] Section 7 of the Charter provides that “[e]veryone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.”

[494] I understand the parties to agree that the onus is on the applicants to prove the violation of constitutional rights: *Chaoulli*, above, at paragraph 30. This violation must be proved on a balance of probabilities: *Khadr*, above, at paragraph 21.

³ Indeed, some academic commentators have suggested that the Supreme Court’s decisions in *Chaoulli* and *Insite* make it “clear that the Charter has become ... an important tool for policy change in the health care field”: Matthew Rottier Voell, “*PHS Community Services Society v Canada (Attorney General)*: Positive Health Rights, Health Care Policy, and Section 7 of the Charter” (January 2012), 31 *Windsor Rev. Legal & Soc. Issues* 41, at page 63, citing Christopher P. Manfredi & Antonia Maioni, “Judicializing Health Policy: Unexpected Lessons and an Inconvenient Truth” in James B. Kelly & Christopher P. Manfredi, eds, *Contested Constitutionalism: Reflections on the Canadian Charter of Rights and Freedoms* (Vancouver: UBC Press, 2009), p. 129, at p. 137.

l’une des fonctions des cours est de s’assurer que les gouvernements « n’outrepassent pas les limites de leur mandat constitutionnel et n’exercent pas illégalement certains pouvoirs » : *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, à la page 497, renvoyant à l’arrêt *Amax Potash Ltd. et al. c. Gouvernement de la Saskatchewan*, [1977] 2 R.C.S. 576, à la page 590.

[491] En dernier lieu, la Cour suprême du Canada n’a pas hésité à intervenir dans les cas où elle concluait que les choix politiques du gouvernement relativement à la prestation des services de santé violaient les droits garantis par la Charte des personnes concernées : voir, à titre d’exemple, les arrêts *Chaoulli* et *Insite*.³

[492] Après avoir ainsi expliqué le rôle de la Cour en ce qui a trait au contrôle des mesures adoptées par le pouvoir exécutif, j’examinerai ci-dessous les arguments mis de l’avant par les parties relativement à la Charte, en commençant par leurs arguments portant sur l’article 7.

X. Les modifications apportées en 2012 au PFSI violent-elles l’article 7 de la Charte?

[493] L’article 7 de la Charte est libellé ainsi : « Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu’en conformité avec les principes de justice fondamentale. »

[494] J’en conviens que les parties s’entendent sur le fait qu’il incombe aux demandeurs de démontrer l’existence de la violation des droits garantis par la constitution : *Chaoulli*, précité, au paragraphe 30. Cette violation doit être établie selon la prépondérance des probabilités : *Khadr*, précité, au paragraphe 21.

³ Certains théoriciens ont laissé entendre que les arrêts de la Cour suprême du Canada dans les affaires *Chaoulli* et *Insite* ne laissent [TRADUCTION] « aucun doute quant au fait que la Charte est devenue [...] un important instrument de changement des politiques dans le domaine des soins de santé » : Matthew Rottier Voell, « *PHS Community Services Society v Canada (Attorney General)*: Positive Health Rights, Health Care Policy, and Section 7 of the Charter » (janvier 2012), 31 *Windsor Rev. Legal & Soc. Issues* 41, à la p. 63, citant Christopher P. Manfredi et Antonia Maioni, « Judicializing Health Policy: Unexpected Lessons and an Inconvenient Truth », dans James B. Kelly et Christopher P. Manfredi, dir., *Contested Constitutionalism: Reflections on the Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Vancouver : UBC Press, 2009, p. 129, à la p. 137.

[495] I also understand it to be common ground that the test to be applied in determining whether or not there has been a violation of section 7 of the Charter is the two-part test established by the Supreme Court of Canada in cases such as *Gosselin v. Quebec (Attorney General)*, 2002 SCC 84, [2002] 4 S.C.R. 429, at paragraph 75; *Chaoulli*, above, at paragraphs 29 and 109; *Insite*, above, at paragraph 84; and *R. v. Malmø-Levine*; *R. v. Caine*, 2003 SCC 74, [2003] 3 S.C.R. 571, at paragraph 83.

[496] That is, the applicants must demonstrate:

1. That the government action in issue deprives individuals of their right to life, liberty, security of the person;
2. If so, that this deprivation was not carried out in accordance with the principles of fundamental justice.

[497] The first question, then, is whether the modifications to the IFHP implemented through the 2012 OICs deprive persons seeking the protection of Canada of their right to life, liberty or security of the person. In addressing this question, I note that the Supreme Court has held that government action that interferes with any of these rights will “engage” this provision of the Charter or constitute a “deprivation” under section 7: *Insite*, above, at paragraph 85.

[498] The applicants say that the 2012 modifications to the IFHP have affected individuals’ section 7 rights to life and to security of the person. Because those seeking the protection of Canada are generally unable to afford to pay for medical services, the changes to the IFHP will expose them to a risk of not having access to basic and necessary health care, which will in turn put lives and the security of these persons at risk.

[495] Je crois aussi comprendre que les parties s’entendent quant au fait que le critère applicable pour trancher la question de savoir s’il y a eu ou non violation d’un droit garanti à l’article 7 de la Charte est le critère à deux volets énoncé par la Cour suprême du Canada dans des arrêts comme *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, 2002 CSC 84, [2002] 4 R.C.S. 429, au paragraphe 75; *Chaoulli*, précité, aux paragraphes 29 et 109; *Insite*, précité, au paragraphe 84; et *R. c. Malmø-Levine*; *R. c. Caine*, 2003 CSC 74, [2003] 3 R.C.S. 571, au paragraphe 83.

[496] C’est-à-dire, les demandeurs doivent donc démontrer :

1. Que la mesure gouvernementale en cause porte atteinte au droit des personnes à la vie, à la liberté et à la sécurité de leur personne;
2. Si tel est le cas, que l’atteinte n’a pas été faite en conformité avec les principes de justice fondamentale.

[497] La première question est donc celle de savoir si les modifications au PFSI mises en œuvre par les décrets de 2012 constituent, à l’égard des personnes demandant la protection du Canada, une atteinte à la vie, à la liberté ou à la sécurité de leur personne. Je fais remarquer, dans le cadre de mon examen de cette question, que la Cour suprême du Canada a statué qu’une mesure gouvernementale qui restreint l’un ou l’autre de ces droits garantis par l’article 7 « met en jeu » cette disposition ou constitue une « atteinte » au sens de cette dernière : *Insite*, précité, au paragraphe 85.

[498] Les demandeurs affirment que les modifications apportées aux PFSI en 2012 ont porté atteinte au droit des personnes concernées à la vie et à la sécurité de leur personne qui leur est garanti par l’article 7. Parce que, règle générale, les personnes sollicitant la protection du Canada n’ont pas les moyens de payer des services médicaux, les modifications apportées au PFSI les exposeront au risque de ne pas avoir accès à des soins de santé fondamentaux et nécessaires, ce qui, en revanche, mettra leur vie et la sécurité de leur personne en péril.

[499] The right to security of the person is also implicated in this case, the applicants say, because of the severe psychological distress caused by being denied the health insurance coverage that had previously been made available to those seeking the protection of Canada.

[500] The applicants acknowledge that although the government may not be prohibiting refugees and asylum seekers from obtaining health care *per se*, the government is nevertheless creating a situation of deprivation in which the lives and the security of the person of vulnerable individuals are being jeopardized.

[501] According to the applicants, the government should have known that the vast majority of affected individuals would be unable to pay for health care or private health insurance. It should, moreover, have also been aware that philanthropic access to health care for these individuals might not be consistently and uniformly available to them.

[502] By reducing IFHP health insurance coverage for individuals who cannot afford to pay for their own health care or for private health insurance, and for whom alternative avenues of access to health care may be neither consistent nor satisfactory, the applicants say that the Governor in Council has effectively erected a barrier to essential health services for refugees and asylum seekers.

[503] According to the applicants, this constitutes a deprivation of section 7 rights that is at least as serious as the bar to accessing private health insurance that was found to constitute a section 7 deprivation in *Chaoulli*.

[504] The applicants further submit that their argument does not require a finding by this Court that the Government of Canada has a positive duty to provide state-funded health care to those seeking its protection. Rather, what they challenge is the withdrawal of a previously available service, which exposes vulnerable individuals to risks to their lives and to the security of their persons.

[499] Les demandeurs affirment que le droit à la sécurité de la personne est aussi en jeu dans la présente affaire, en raison de l'importante détresse psychologique occasionnée par le fait, pour les personnes concernées, de se voir refuser une couverture d'assurance maladie qui était auparavant offerte à toutes les personnes sollicitant la protection du Canada.

[500] Les demandeurs affirment que, bien que le gouvernement n'empêche pas comme tel les réfugiés et les demandeurs d'asile d'obtenir des soins de santé, il crée néanmoins une situation de privation qui met en danger la vie de personnes vulnérables ainsi que la sécurité de leur personne.

[501] Selon les demandeurs, le gouvernement aurait dû savoir que la vaste majorité des personnes concernées n'auraient pas les moyens de payer pour obtenir des soins de santé ou une assurance maladie privée. En outre, il aurait aussi dû savoir que ces personnes n'auraient peut-être pas accès de manière constante et uniforme aux soins de santé grâce à la charité des autres.

[502] En réduisant la couverture d'assurance-maladie du PFSI pour les personnes qui n'ont pas les moyens de payer leurs propres soins de santé ou d'obtenir une assurance maladie privée, et pour lesquelles les solutions de rechange d'accès aux soins de santé ne sont possiblement ni constantes, ni satisfaisantes, les demandeurs affirment que le gouverneur en conseil a, dans les faits, érigé une barrière à la prestation de soins de santé essentiels pour les réfugiés et les demandeurs d'asile.

[503] Selon les demandeurs, cela constitue une atteinte aux droits garantis par l'article 7 qui est au moins aussi grave que l'interdiction d'obtenir une assurance maladie privée, interdiction qui, selon l'arrêt *Chaoulli*, constituait une violation de l'article 7.

[504] Les demandeurs soutiennent de plus que leur argument ne nécessite pas que la Cour statue que le gouvernement du Canada a l'obligation positive de fournir des soins de santé financés par l'État aux personnes qui sollicitent sa protection. Ils contestent plutôt l'annulation d'un service qui était auparavant disponible, laquelle expose des personnes vulnérables à un risque à leur vie et à la sécurité de leur personne.

[505] The respondents say that what the applicants are asserting is a right to state-funded health care under section 7 of the Charter, and that there is no positive obligation on the Government of Canada to provide health insurance coverage to those seeking its protection. In support of this contention, the respondents note that Canadian law to date has overwhelmingly held that section 7 of the Charter does not create or impose a positive obligation on the state to provide any necessities to maintain life and the security of the person.

[506] The respondents recognize that in *Chaoulli*, the Supreme Court held that while the Charter does not confer a free-standing constitutional right to health care, if the government does choose to put a health insurance scheme in place, it must comply with the Charter.

[507] However, the respondents say that the 2012 OICs do not cause a deprivation of medical care, nor do they prevent or prohibit access to it. According to the respondents, it remains open to any refugee, refugee claimant or failed refugee claimant who is not otherwise eligible for IFHP coverage or specific services or products under the IFHP to obtain such care, services or products by other means.

[508] This distinguishes this case from the situation in *Chaoulli*, where the question was whether residents of the province of Quebec who were prepared to spend their own money to get speedier access to health care could be prevented from doing so by the state. As a result, the respondents say that the rights at issue in this case are economic in nature, and are not protected by section 7 of the Charter.

[509] Finally, the respondents say that even if there is a deprivation of section 7 Charter rights in this case, the 2012 OICs are not the operative cause of that deprivation.

[510] As will be explained in the next section of these reasons, after giving their arguments careful

[505] Les défendeurs affirment que les demandeurs font valoir que l'article 7 de la Charte garantit le droit à des soins de santé financés par l'État, et que le gouvernement du Canada n'a pas l'obligation positive de fournir aux personnes qui sollicitent sa protection une couverture d'assurance maladie. Les défendeurs font remarquer à l'appui de leur prétention que, suivant une jurisprudence canadienne abondante, l'article 7 de la Charte n'impose aucune obligation positive à l'État de fournir les éléments nécessaires à la protection de la vie et de la sécurité de la personne.

[506] Les défendeurs reconnaissent que la Cour suprême du Canada a statué, dans l'arrêt *Chaoulli*, que, bien que la Charte ne confère pas un droit constitutionnel distinct à des soins de santé, si le gouvernement choisit effectivement de créer un régime d'assurance maladie, celui-ci doit être conforme à la Charte.

[507] Les défendeurs affirment toutefois que les décrets de 2012 n'occasionnent pas de privation de soins médicaux et qu'ils n'empêchent pas ou n'interdit pas l'accès à ces soins. Les défendeurs sont d'avis que les réfugiés, les demandeurs d'asile et les demandeurs d'asile déboutés qui ne sont par ailleurs pas admissibles à la couverture du PFSI ou à des services ou produits particuliers prévus au PFSI ont toujours la possibilité d'obtenir de tels soins, services ou produits par d'autres moyens.

[508] Cela différencie la présente affaire de l'arrêt *Chaoulli*, où la question en litige était de savoir si les résidents de la province de Québec qui étaient prêts à dépenser leur propre argent pour avoir un accès plus rapide à des soins de santé pouvaient en être empêchés par l'État. Il s'ensuit, les défendeurs affirment, que les droits en cause dans la présente affaire sont de nature économique et qu'ils ne sont pas protégés par l'article 7 de la Charte.

[509] En dernier lieu, les défendeurs affirment que, même s'il y a atteinte aux droits garantis par l'article 7 dans la présente affaire, les décrets de 2012 ne sont pas la cause véritable de cette atteinte.

[510] Comme je l'expliquerai dans la partie suivante des présents motifs, j'ai conclu, après avoir examiné

consideration, I have concluded that the applicants' section 7 claim must be dismissed as what they seek is to impose a positive obligation on the Government of Canada to fund health care for those seeking the protection of Canada. As sympathetic as the applicants' arguments may be, the law does not currently recognize a section 7 Charter right to state-funded health care.

A. *Positive Rights and Section 7 of the Charter*

[511] As noted above, a major focus of the respondents' section 7 argument is their contention that the applicants are essentially seeking to impose a positive obligation on the Government of Canada to provide state-funded health care for those seeking the protection of Canada. According to the respondents, the applicants' section 7 claim cannot succeed as it is well established in Canadian jurisprudence that the Charter does not impose positive obligations on governments to provide social benefits programs such as health insurance in order to secure their life, liberty or security of persons.

[512] The question of whether the Charter imposes positive obligations on governments to provide social benefits programs is one that has generated an enormous amount of discussion, both in the jurisprudence⁴ and in academic circles.⁵ Different courts have, however, ad-

⁴ See, for example, the discussion in the various opinions in *Gosselin*, above, where the majority of the Supreme Court accepted the possibility that section 7 could be read as encompassing economic rights, and that "[o]ne day s. 7 may be interpreted to include positive obligations": at para. 82.

⁵ See, for example, Colleen Flood and Brandon Chen, "Charter Rights & Health Care Funding: A Typology of Canadian Health Rights Litigation" (2010), 19 *Annals Health L.* 479; Voell, "PHS Community Services Society v. Canada (Attorney General): Positive Health Rights, Health Care Policy, and Section 7 of the Charter", above [at footnote 3]; Mel Cousins, "*Health Care and Human Rights after Auton and Chaoulli*" (2009), 54 *McGill L.J.* 717; Martha Jackman, "Charter Review as a Health Care Accountability Mechanism in Canada" (2010), 18 *Health L.J.* 1; Cara Wilkie and Meryl Zisman Gary, "Positive and Negative Rights under the Charter: Closing the Divide to Advance Equality" (2011), 30 *Windsor Rev. Legal & Soc. Issues* 37; Jamie Cameron, "Positive Obligations under Sections 15 and 7 of the Charter: A Comment on *Gosselin v. Québec*" (2003), 20 *S.C.L.R.* (2d) 65.

les arguments des parties de manière consciencieuse, que l'allégation des demandeurs fondée sur l'article 7 doit être rejetée, parce que ceux-ci visent à imposer au gouvernement du Canada l'obligation positive de financer les soins de santé à l'égard des personnes sollicitant la protection du Canada. Bien que les arguments des demandeurs puissent susciter de la sympathie, le droit à des soins de santé financés par l'État en vertu de l'article 7 de la Charte n'est pas actuellement reconnu en droit.

A. *Les droits positifs et l'article 7 de la Charte*

[511] Comme je l'ai déjà mentionné, un élément important des arguments des défendeurs en ce qui concerne l'article 7 est leur prétention selon laquelle les demandeurs visent essentiellement à imposer au gouvernement du Canada l'obligation positive de fournir une couverture de soins de santé financés par l'État aux personnes qui sollicitent sa protection. Selon les défendeurs, la prétention des demandeurs quant à l'article 7 ne peut être accueillie, puisqu'il est bien établi dans la jurisprudence canadienne que la Charte n'impose pas aux gouvernements l'obligation positive de fournir des programmes sociaux, comme l'assurance maladie, pour garantir la vie, la liberté et la sécurité de la personne.

[512] La question de savoir si la Charte impose aux gouvernements l'obligation positive de fournir des programmes sociaux a suscité nombre de discussions, autant dans la jurisprudence⁴ qu'à l'intérieur des cercles universitaires⁵. Différents tribunaux ont toutefois traité

⁴ Voir, à titre d'exemple, la discussion dans les diverses opinions formulées dans l'arrêt *Gosselin*, précité, dans lequel les juges majoritaires de la Cour suprême ont accepté la possibilité que l'article 7 puisse être interprété comme englobant les droits économiques et ont mentionné qu'« [i]l est possible qu'on juge un jour que l'article 7 a pour effet de créer des obligations positives » : au par. 82.

⁵ Voir, par exemple, Colleen Flood et Brandon Chen, « Charter Rights & Health Care Funding: A Typology of Canadian Health Rights Litigation » (2010), 19 *Annals Health L.* 479; Voell, « PHS Community Services Society v. Canada (Attorney General): Positive Health Rights, Health Care Policy, and Section 7 of the Charter », précité [à la note en bas de page 3]; Mel Cousins, « *Health Care and Human Rights after Auton and Chaoulli* » (2009), 54 *R.D. McGill* 717; Martha Jackman, « Charter Review as a Health Care Accountability Mechanism in Canada » (2010), 18 *Health L.J.* 1; Cara Wilkie et Meryl Zisman Gary, « Positive and Negative Rights under the Charter: Closing the Divide to Advance Equality » (2011), 30 *Windsor Rev. Legal & Soc. Issues* 37; Jamie Cameron, « Positive Obligations under Sections 15 and 7 of the Charter: A Comment on *Gosselin v. Québec* », (2003), 20 *S.C.L.R.* (2d) 65.

dressed this question at different stages in the section 7 analysis.

[513] For example, it was at the outset of its section 7 analysis that the Supreme Court held in *Chaoulli* that there is no “free-standing” constitutional right to health care: at paragraph 104.

[514] In contrast, in *Bedford*, above, the Supreme Court addressed the question of whether the case involved the assertion of a positive right in the context of its discussion of whether section 7 rights were engaged and whether there had been a deprivation of those rights: at paragraphs 88–89. A similar approach was taken by the Supreme Court in *Gosselin*, above, at paragraph 81 and by the Ontario Court of Appeal in *Wynberg v. Ontario*, 2006 CanLII 22919, 82 O.R. (3d) 561, at paragraphs 218–225.

[515] In contrast, the question of whether the case involved the assertion of a positive right under section 7 of the Charter was discussed in the context of the Federal Court of Appeal’s “fundamental justice” analysis in *Toussaint* (F.C.A.), above, at paragraphs 76–80.

[516] Finally, in *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)*, [1999] 3 S.C.R. 46 (*J.G.*), the Supreme Court addressed the issue of positive rights in the context of its section 1 analysis, and again in relation to the question of remedy.

[517] The respondents’ assertion that the applicants were seeking to assert a positive section 7 right was a major focus of their section 7 argument. Moreover, the question of whether a claim involves the assertion of a positive right permeates the entire section 7 analysis, starting with the question of whether section 7 rights have been engaged. As a consequence, I will deal with this issue at the outset of my analysis, keeping in mind the teachings of the jurisprudence mentioned above.

de cette question à différents stades de leur analyse relative à l’article 7.

[513] À titre d’exemple, c’est au tout début de son analyse relative à l’article 7 dans l’arrêt *Chaoulli* que la Cour suprême du Canada a conclu, au paragraphe 104, qu’il n’y a pas de droit constitutionnel « distinct » à des soins de santé.

[514] En comparaison, dans l’arrêt *Bedford*, précité, la Cour suprême a traité, aux paragraphes 88 et 89, de la question à savoir si l’affaire en question avait trait à la revendication d’un droit positif dans le contexte de savoir si les droits garantis à l’article 7 étaient en jeu et s’il y avait eu atteinte à ces droits. Elle a adopté une stratégie similaire dans l’arrêt *Gosselin*, précité, au paragraphe 81, tout comme l’a fait la Cour d’appel de l’Ontario dans l’arrêt *Wynberg v. Ontario*, 2006 CanLII 22919, 82 R.J.O. (3^e) 561, aux paragraphes 218 à 225.

[515] Par contre, dans l’arrêt *Toussaint* (C.A.F.), c’est dans son analyse relative à la « justice fondamentale » que la Cour d’appel fédérale a traité de la question de savoir si l’affaire avait trait à la revendication d’un droit positif fondé sur l’article 7 de la Charte : voir les paragraphes 76 à 80.

[516] En dernier lieu, dans l’arrêt *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46 (*J.G.*), la Cour suprême du Canada a traité de la question des droits positifs dans le contexte de son analyse relative à l’article premier ainsi que, à nouveau, en ce qui a trait à la question du redressement.

[517] L’affirmation des défendeurs selon laquelle les demandeurs revendiquent l’existence d’un droit positif au titre de l’article 7 était un élément important de leur argument en ce qui a trait à l’article 7. En outre, la question de savoir si une allégation se rapporte à la revendication d’un droit positif imprègne toute l’analyse relative à l’article 7, à commencer par la question de savoir si les droits garantis par l’article 7 sont en jeu. Par conséquent, j’aborderai cette question au tout début de mon analyse, tout en gardant à l’esprit les enseignements de la jurisprudence dont j’ai fait mention ci-dessus.

[518] In *Baier v. Alberta*, 2007 SCC 31, [2007] 2 S.C.R. 673, the Supreme Court discussed the difference between positive and negative rights, albeit in the context of a freedom of expression claim under paragraph 2(b) of the Charter. The Court explained that in order “[t]o determine whether a right claimed is a positive right, the question is whether the appellants claim the government must legislate or otherwise act to support or enable an expressive activity.” In contrast, “a negative right would require the appellants to seek freedom from government legislation or action suppressing an expressive activity in which people would otherwise be free to engage, without any need for any government support or enablement”: at paragraph 35.

[519] A number of academics have observed that the line between positive and negative rights is not always a bright one: see, for example, Wilkie and Zisman Gary, above [footnote 5], at page 38. Professor Jamie Cameron argues that “the distinction between the two is not persuasive”: at page 71 [above, footnote 5]. Indeed, one commentator has gone so far as to describe the distinction between positive and negative rights as “highly artificial”: Cousins, above [footnote 5], at page 725.

[520] Indeed, as Professor Cameron has observed, it can be difficult to characterize an entitlement as either exclusively positive or exclusively negative. She cites the example of an accused’s negative right not to be denied a trial within a reasonable time under paragraph 11(b) of the Charter. She observes that the practical consequence of the Supreme Court’s decision in *R. v. Askov*, [1990] 2 S.C.R. 1199, vindicating a negative paragraph 11(b) right not to be deprived of a trial within a reasonable time, was nevertheless to compel the government to inject significant sums of money into the justice system in order to ensure that timely trials could be provided: at pages 70–71.

[518] Dans l’arrêt *Baier c. Alberta*, 2007 CSC 31, [2007] 2 R.C.S. 673, la Cour suprême a discuté de la différence entre les droits positifs et les droits négatifs, quoique dans le contexte d’une allégation fondée sur la liberté d’expression garantie à l’alinéa 2b) de la Charte. La Cour a expliqué que, « [p]our déterminer si le droit invoqué est positif, il faut se demander si les appelants prétendent que le gouvernement devrait légiférer ou prendre d’autres mesures pour appuyer ou permettre une activité expressive. » En revanche, « [p]our [...] un droit négatif, il faudrait que les appelants cherchent à ne pas être assujettis à des dispositions législatives ou à des mesures gouvernementales supprimant une activité expressive qu’ils seraient autrement libres d’exercer sans appui ou habilitation de la part du gouvernement » : au paragraphe 35.

[519] Un certain nombre d’universitaires ont fait remarquer que la distinction entre les droits positifs et les droits négatifs n’est pas toujours limpide : voir, à titre d’exemple, Wilkie et Zisman Gary, précité [note en bas de page 5], à la page 38. La professeure Jamie Cameron prétend que [TRADUCTION] « la distinction entre les deux n’est pas convaincante » : à la page 71 [précité, note en bas de page 5]. Effectivement, un des analystes est allé aussi loin que de qualifier de [TRADUCTION] « hautement artificielle » la distinction entre les droits positifs et les droits négatifs : Cousins, précité [note en bas de page 5], à la page 725.

[520] En effet, comme l’a fait remarquer la professeure Jamie Cameron, il peut être ardu de décrire un droit comme étant exclusivement positif ou exclusivement négatif. Elle cite l’exemple du droit négatif d’un accusé de ne pas se voir refuser un procès dans un délai raisonnable, un droit garanti par l’alinéa 11b) de la Charte. Elle fait observer que la conséquence pratique de l’arrêt *R. c. Askov*, [1990] 2 R.C.S. 1199, de la Cour suprême du Canada, par lequel celle-ci a confirmé le droit négatif prévu à l’alinéa 11b) de la Charte de ne pas être privé d’un procès dans un délai raisonnable, était néanmoins de contraindre le gouvernement à injecter d’importantes sommes d’argent dans l’appareil judiciaire pour garantir la tenue de procès en temps opportun : aux pages 70 et 71.

[521] I recognize that *Askov* was not a section 7 claim. I note, however, that the Supreme Court's section 7 decision in *Singh*, above, had similar consequences for the refugee determination process.

[522] Indeed, the section 7 jurisprudence has demonstrated that the fact that a particular claim may involve a request that the government spend money in a particular way is not necessarily fatal to the claim. For example, in *J.G.*, the Supreme Court ordered that state-funded legal counsel be provided in a child welfare case in light of, amongst other things, the seriousness of the interests at stake and the limited capacity of *J.G.* to represent herself: at paragraphs 75–81.

[523] Similarly, in *Inglis v. British Columbia (Minister of Public Safety)*, 2013 BCSC 2309, 298 C.R.R. (2d) 35, the British Columbia Supreme Court recently observed that “the fact that the state might be required to expend some resources does not transform the claim into one alleging a positive obligation”: at paragraph 393.

[524] The respondents rely on a line of cases (cited at paragraph 103 of their memorandum of fact and law) which have culminated in the recent decision of the Ontario Superior Court of Justice in *Tanudjaja v. Canada (Attorney General)*, 2013 ONSC 5410 (CanLII), 116 O.R. (3d) 574,⁶ as authority for the proposition that there is no positive obligation on the Government of Canada to fund social programs such as comprehensive health care insurance for all IFHP beneficiaries. In the absence of such an obligation, the respondents say that there can be no violation of section 7 of the Charter.

[525] The question raised in the *Tanudjaja* case was whether section 7 of the Charter imposed a positive obligation on governments to provide affordable,

[521] Je reconnais que l'arrêt *Askov* ne traitait pas d'une revendication fondée sur l'article 7. Je constate toutefois que, dans l'arrêt *Singh*, précité, la conclusion de la Cour suprême du Canada en ce qui concerne l'article 7 a eu des conséquences similaires sur le processus d'adjudication des demandes d'asile.

[522] En fait, la jurisprudence portant sur l'article 7 démontre que le fait qu'une revendication particulière comprenne possiblement une demande visant à ce que le gouvernement dépense des sommes d'argent d'une certaine manière ne porte pas nécessairement un coup fatal à la revendication. Par exemple, dans l'arrêt *J.G.*, la Cour suprême du Canada a ordonné à l'État de fournir de l'aide juridique dans une affaire se rapportant à la protection de l'enfance, notamment en raison de la gravité des intérêts en jeu et de la capacité limitée de *J.G.* d'agir pour son propre compte : aux paragraphes 75 à 81.

[523] Dans la même veine, la Cour suprême de la Colombie-Britannique a récemment fait remarquer, dans l'arrêt *Inglis v. British Columbia (Minister of Public Safety)*, 2013 BCSC 2309, 298 C.R.R. (2d) 35 que [TRADUCTION] « le fait que l'État puisse avoir l'obligation de consacrer des ressources n'a pas pour effet de muter la réclamation en une allégation d'obligation positive » : au paragraphe 393.

[524] Les défendeurs invoquent une série de précédents (cités au paragraphe 103 de leur mémoire des faits et du droit), qui a culminé par la récente décision rendue par la Cour supérieure de l'Ontario dans l'affaire *Tanudjaja v. Canada (Attorney General)*, 2013 ONSC 5410 (CanLII), 116 R.J.O. (3^e) 574⁶, à l'appui de la thèse selon laquelle le gouvernement du Canada n'a pas l'obligation positive de financer des programmes sociaux, comme un régime d'assurance maladie complet pour tous les bénéficiaires du PFSI. Les défendeurs affirment qu'en absence d'une telle obligation, il ne peut y avoir de violation de l'article 7 de la Charte.

[525] La question que soulevait l'affaire *Tanudjaja* était celle de savoir si l'article 7 de la Charte imposait aux gouvernements l'obligation positive de fournir des

⁶ The appeal of this decision has been argued and has been taken under reserve by the Ontario Court of Appeal.

⁶ L'appel de cette décision a été entendu et la Cour d'appel de l'Ontario a réservé sa décision.

adequate, accessible housing for vulnerable individuals or to take steps to reduce homelessness.

[526] Unlike the present case, however, *Tanudjaja* did not involve a single, discrete decision taken by a government with respect to access to a particular social program. Rather what was in issue were a series of changes to legislative policies, programs and services taken over a number of decades, at both the federal and provincial levels, which allegedly eroded access to affordable housing. According to the applicants in *Tanudjaja*, the combined effect of these changes over the years was to increase homelessness and violate the section 7 rights of vulnerable individuals.

[527] The Court struck out the application in *Tanudjaja* as disclosing no reasonable cause of action and as having no reasonable prospect of success. In concluding that the application should be struck, the Court noted that there was no positive obligation on governments under section 7 to provide affordable, adequate, accessible housing for vulnerable individuals, nor was it obliged to take steps to reduce homelessness. The Court further held that the government action at issue in *Tanudjaja* did not constitute a “decision” that engaged section 7 of the Charter.

[528] The Court was, however, careful to distinguish the Supreme Court’s decision in *Chaoulli*. The Court observed in *Tanudjaja* that in *Chaoulli*, the Government of Quebec had made “a self-contained decision to disallow the purchase of private insurance”: at paragraph 33. It was as a result of this decision that access to timely health care was limited, thereby breaching section 7 of the Charter.

[529] Like *Tanudjaja*, a number of the other cases cited by the respondents involve the sort of broad,

logements abordables, adéquats et accessibles aux personnes vulnérables, ou celle de prendre des mesures en vue de réduire l’itinérance.

[526] Cependant, contrairement à l’espèce, l’affaire *Tanudjaja* ne se rapportait pas à une seule et unique décision prise par un gouvernement concernant l’accès à un programme social en particulier. La contestation visait plutôt une série de modifications apportées aux politiques législatives, aux programmes et aux services sur une période couvrant plusieurs décennies, autant au palier fédéral qu’au palier provincial, et dont le résultat aurait été la détérioration de l’accès à des logements abordables. Les demandeurs dans l’affaire *Tanudjaja* affirmaient que ces modifications avaient cumulativement eu pour effet au cours des années d’accroître l’itinérance et de violer les droits garantis par l’article 7 des personnes vulnérables.

[527] La Cour supérieure de Justice de l’Ontario a radié la demande dans l’affaire *Tanudjaja*, car celle-ci ne révélait aucune cause d’action valable et qu’elle n’avait aucune possibilité raisonnable d’être accueillie. Pour conclure que la demande devait être radiée, la Cour a relevé que les gouvernements n’avaient pas une obligation positive au titre de l’article 7 de fournir des logements abordables, adéquats et accessibles aux personnes en situation de vulnérabilité, pas plus qu’il n’avait l’obligation de prendre des mesures pour réduire l’itinérance. Elle a en outre conclu que la mesure gouvernementale en cause dans cette affaire ne constituait pas une « décision » qui entraînait l’application de l’article 7 de la Charte.

[528] La Cour supérieure de justice de l’Ontario a toutefois pris bien soin d’effectuer une distinction entre l’affaire dont elle était saisie et l’arrêt *Chaoulli* de la Cour suprême du Canada. Elle a fait remarquer, dans la décision *Tanudjaja* que, dans l’affaire *Chaoulli*, le gouvernement du Québec avait pris [TRADUCTION] « la décision autonome de ne pas permettre l’achat d’une police d’assurance privée » : au paragraphe 33. C’était en raison de cette décision que l’accès rapide aux soins de santé était restreint, et c’est la raison pour laquelle la décision contrevenait à l’article 7 de la Charte.

[529] Un certain nombre des autres précédents invoqués par les défendeurs traitent de questions larges se

values-based social policy questions that might be better addressed through a Royal Commission than a Charter challenge.

[530] For example, in *Grant v. Canada (Attorney General)*, 2005 CanLII 50882, 77 O.R. (3d) 481, the Ontario Superior Court of Justice held that section 7 of the Charter did not impose a positive duty on governments to provide housing. In *Lacey v. British Columbia*, 1999 CanLII 7023, the Supreme Court of British Columbia held that section 7 did not guarantee a minimum standard of living and welfare benefits.

[531] In contrast, this case raises a focused question with respect to a discrete government action, namely the decision of the Governor in Council reflected in the 2012 OICs to reduce IFHP health care insurance coverage for the majority of those previously entitled to benefits under the Program, and to eliminate it altogether for those only entitled to apply for a PRRA. As a consequence, the issue in this case is closer to that in *Chaoulli* than the issues that confronted the courts in *Tanudjaja* and its predecessors.

[532] Does it necessarily follow from this that the decision of the Governor in Council engages section 7 Charter rights? A review of the jurisprudence confirms that it does not.

[533] In *Chaoulli*, the applicants succeeded in their section 7 challenge to provincial health care legislation in Quebec. However, it is important to note that the Supreme Court was not asked in *Chaoulli* to *require* that the Province of Quebec fund specific health services for the applicants. Rather, what was at issue was a provincial law that *limited* access to private health services by prohibiting the individuals from purchasing private health insurance for those services covered by provincial

rapportant aux politiques sociales et aux valeurs, à l'instar de la décision *Tanudjaja*; ces questions seraient peut-être mieux abordées devant une commission d'enquête parlementaire que par l'intermédiaire d'une contestation fondée sur la Charte.

[530] Par exemple, dans la décision *Grant v. Canada (Attorney General)*, 2005 CanLII 50882, 77 R.J.O. (3^e) 481, la Cour supérieure de justice de l'Ontario a conclu que l'article 7 de la Charte n'imposait pas aux gouvernements une obligation positive de fournir des logements. Dans l'arrêt *Lacey v. British Columbia*, 1999 CanLII 7023, la Cour suprême de la Colombie-Britannique a conclu que l'article 7 ne garantissait pas un niveau de vie minimal et des prestations d'aide sociale.

[531] En revanche, cette décision soulève une question bien précise relativement à une mesure distincte prise par le gouvernement, à savoir la décision prise par le gouverneur en conseil, énoncée dans les décrets de 2012, de réduire la couverture offerte par le PFSI en matière d'assurance maladie quant à la majorité des personnes qui avaient auparavant droit à des avantages au titre de ce Programme, et de l'éliminer complètement quant aux personnes qui n'avaient droit que de présenter une demande d'ERAR. Par conséquent, la question en litige en l'espèce s'apparente davantage à celle qui est en litige dans l'arrêt *Chaoulli* qu'à celles dont étaient saisis les tribunaux dans l'affaire *Tanudjaja* et les affaires qui l'ont précédée.

[532] S'ensuit-il nécessairement de ce qui précède que la décision du gouverneur en conseil déclenche l'application des droits garantis par l'article 7 de la Charte? Un examen de la jurisprudence confirme que ce n'est pas le cas.

[533] Dans l'arrêt *Chaoulli*, les demandeurs ont eu gain de cause dans leur contestation fondée sur l'article 7 des lois du Québec en matière de soins de santé. Toutefois, il est important de souligner que, dans l'arrêt *Chaoulli*, il n'était pas demandé à la Cour suprême d'exiger que la Province de Québec finance des services de soins de santé particuliers pour les demandeurs. Le litige portait plutôt sur une loi provinciale qui limitait l'accès à des services de soins de santé privés en

public insurance. What the applicants sought was “a ruling that because delays in the public system place their health and security at risk, they should be allowed to take out insurance to permit them to access private services”: at paragraph 103.

[534] In other words, the applicants in *Chaoulli* were not asking the Court to order that the government pay for their private health care. As the Ontario Court of Appeal observed in *Wynberg v. Ontario*, “on the contrary, they sought the right to spend their own money to obtain insurance to pay for private health care services”: above, at paragraph 222.

[535] In their dissenting opinion in *Chaoulli*, Justices Binnie and LeBel warned that basing a positive right to health care on section 7 of the Charter would require the courts to weigh in and determine the appropriate scope of health services and the acceptable length of wait times reasonably required under the Charter. This would be a very uncomfortable role for the courts, as it has long been recognized that decisions as to the setting of priorities and the allocation of scarce resources are matters not for the courts, but for governments.

[536] In *Insite*, a governmental decision was made not to renew an exemption from the application of the *Controlled Drugs and Substances Act*, S.C. 1996, c. 19 that had previously allowed for the operation of safe injection sites for drug addicts. Once again, the Supreme Court did *not* find that there was a positive obligation on the government to fund safe injection sites. Rather, the Court was satisfied that the ministerial decision not to renew an exemption from the application of drug legislation created a risk to health by preventing access to health care. Consequently, it was the decision to deny the exemption that led to the deprivation of the right to security of the person in that case.

interdisant aux particuliers de souscrire à une assurance maladie privée quant aux services couverts par un régime public d’assurance provincial. Les demandeurs sollicitaient « une décision qui les autoriserait à souscrire une assurance leur donnant accès à des services privés, pour le motif que les délais du système public compromett[aient] leur santé et leur sécurité » : au paragraphe 103.

[534] En d’autres mots, les demandeurs, dans l’arrêt *Chaoulli*, ne demandaient pas à la Cour d’ordonner que le gouvernement assume le coût de leurs soins de santé privés. Comme la Cour d’appel de l’Ontario l’a fait remarquer dans l’arrêt *Wynberg v. Ontario*, [TRADUCTION] « au contraire, ils cherchaient à obtenir le droit de dépenser leur propre argent afin de souscrire à une assurance de services de soins de santé privés » : précité, au paragraphe 222.

[535] Dans l’opinion dissidente qu’ils ont exprimée dans l’arrêt *Chaoulli*, les juges Binnie et LeBel ont souligné que fonder un droit à des soins de santé sur l’article 7 de la Charte obligerait les tribunaux à apprécier et à déterminer la portée appropriée des services de soins de santé et les délais d’attente acceptables raisonnablement exigés par la Charte. Il s’agirait là d’un rôle très inconfortable pour les tribunaux, car il est reconnu depuis longtemps que les décisions relatives à l’établissement des priorités et à l’affectation des ressources restreintes sont des questions qui ne relèvent pas des tribunaux, mais plutôt des gouvernements.

[536] Dans l’affaire *Insite*, le gouvernement avait décidé de ne pas renouveler une exemption à l’application de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 1996, ch. 19, qui avait déjà été accordée relativement à des sites d’injection supervisés pour les toxicomanes. Encore une fois, la Cour suprême du Canada n’a pas conclu que le gouvernement était absolument obligé de financer les sites d’injection supervisés. Elle s’est plutôt dite convaincue que la décision du ministre de ne pas renouveler une exemption de l’application des lois sur les drogues engendrait un risque pour la santé en empêchant l’accès à des soins de santé. Par conséquent, dans ce cas, c’est la décision de révoquer l’exemption qui a porté atteinte au droit à la sécurité de la personne dans cette instance.

[537] It can be argued that in *Chaoulli*, the Supreme Court ordered the government not to do something, whereas in *Insite*, the government was ordered to do something, namely grant the exemption. Indeed, it has been suggested that portions of the Supreme Court's decision in *Insite* can arguably be interpreted "as holding that where a government action will decrease the risk of death and disease, (i.e. ensure access to health care) and there are no compelling reasons to do otherwise, the government should take that action, and that *the failure to do so may amount to a breach of the Charter*": Voell, above [footnote 3], at pages 58–59 [emphasis in original].

[538] There is, however, a world of difference between requiring the state to grant an exemption that would allow a health care provider to provide medical services funded by others and requiring the state itself to fund medical care.

[539] Indeed, the respondents have cited a line of cases dealing with access to health care services as authority for the proposition that there is no obligation on governments to fund specific health care services: see, for example, *Flora v. Ontario Health Insurance Plan*, 2008 ONCA 538, 91 O.R. (3d) 412; *C.-W. (C.) v. Ontario Health Insurance Plan (General Manager)*, 2009 CanLII 712, 95 O.R. (3d) 48 (S.C.J.); and *Wynberg*, above. These cases are instructive as to the scope of the health-related rights that have been found to exist based upon section 7 of the Charter.

[540] At issue in *Flora* was a decision of the Health Services Appeal and Review Board which upheld OHIP's refusal to reimburse the appellant for the \$450 000 cost of a liver transplant on the basis that it was not an "insured service" within the meaning of the provincial *Health Insurance Act* [R.S.O. 1990, c. H.6]. The appellant had been diagnosed with liver cancer and had been told that he was not a suitable candidate for a liver transplant by Ontario standards. He subsequently

[537] On peut prétendre que, dans l'arrêt *Chaoulli*, la Cour suprême du Canada a ordonné au gouvernement de ne pas faire quelque chose, alors que dans l'arrêt *Insite*, il a été ordonné au gouvernement de faire quelque chose, à savoir accorder l'exemption. En effet, on a prétendu que certaines parties de la décision rendue par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Insite* peuvent être interprétées comme [TRADUCTION] « établissant que, lorsqu'une mesure gouvernementale aura pour effet de diminuer le risque de décès et de maladie (c.-à-d. garantir l'accès à des soins de santé) et qu'il n'y a aucun motif impérieux justifiant d'agir autrement, le gouvernement devrait prendre cette mesure, et que *l'omission de le faire peut constituer une violation de la Charte* » : Voell, précité [note en bas de page 3], aux pages 58 et 59 [en italique dans l'original].

[538] Néanmoins, il existe toute une différence entre exiger que l'État accorde une exemption qui permettrait à un fournisseur de soins de santé de fournir des services médicaux financés par d'autres et exiger que l'État finance lui-même les soins médicaux.

[539] En effet, les défendeurs ont renvoyé à une série de décisions portant sur l'accès à des services de soins de santé à l'appui de la thèse selon laquelle les gouvernements ne sont pas tenus de financer des services particuliers de soins de santé : voir, par exemple, *Flora v. Ontario Health Insurance Plan*, 2008 ONCA 538, 91 R.J.O. (3^e) 412; *C.-W. (C.) v. Ontario Health Insurance Plan (General Manager)*, 2009 CanLII 712, 95 R.J.O. (3^e) 48 (C.S.J.); et *Wynberg*, précité. Ces décisions nous éclairent quant à la portée des droits en matière de soins de santé dont on a conclu qu'ils étaient garantis par l'article 7 de la Charte.

[540] L'arrêt *Flora* portait sur une décision rendue par la Commission d'appel et de révision des services de santé qui a confirmé le refus du Régime d'assurance-santé de l'Ontario de rembourser à l'appelant les frais de 450 000 \$ occasionnés par une transplantation du foie au motif qu'il ne s'agissait pas d'un « service assuré » au sens de la *Loi sur l'assurance-santé* de la province [L.R.O. 1990, ch. H.6]. L'appelant avait reçu un diagnostic de cancer du foie et on lui avait dit que, selon les

underwent transplant surgery in the United Kingdom, surgery which saved his life.

[541] The Ontario Court of Appeal had to address the appellant's claim that his rights to life and security of the person under section 7 of the Charter had been violated by the statutory definition of "insured services", which limited coverage to services that were "generally accepted in Ontario as appropriate for a person in the same medical circumstances as the insured person" [clause 28.4(2)(a) of R.R.O. 1990, Regulation 552 made under the *Health Insurance Act*].

[542] *That is, the appellant in Flora contended that the denial of his OHIP claim deprived him of access to a life-saving medical treatment, thus violating his section 7 rights to life and security of the person. Amongst other things, the appellant argued that section 7 of the Charter imposed a positive obligation on the government to provide lifesaving medical treatment: at paragraph 93.*

[543] The Ontario Court of Appeal concluded in *Flora* that the appellant had failed to demonstrate that the law in question constituted a "deprivation" by the state of his right to life or to the security of his person, and that this was fatal to his section 7 claim: above, at paragraph 95.

[544] In coming to this conclusion, the Ontario Court of Appeal distinguished the Supreme Court's decisions in *Chaoulli*; *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30; and *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519, on the basis that, in contrast to the legislative provisions at issue in those cases, the legislation at issue in the case before it did "not prohibit or impede anyone from seeking medical treatment": *Flora*, above, at paragraph 101.

[545] Rather, the legislation provided "a defined benefit for out-of-country medical treatment that is not

normes de l'Ontario, il n'était pas un bon candidat pour une transplantation du foie. Il a par la suite subi, au Royaume-Uni, une transplantation qui lui a sauvé la vie.

[541] La Cour d'appel de l'Ontario devait examiner la prétention de l'appelant selon laquelle ses droits à la vie et à la sécurité de la personne garantis par l'article 7 de la Charte avaient été violés par la définition de « services assurés » prévue dans la loi, qui limitait la couverture à des services qui étaient [TRADUCTION] « généralement reconnus en Ontario comme étant appropriés pour une personne qui se trouve dans la même situation médicale que l'assuré » [alinéa 28.4(2)a) du R.R.O. 1990, Règl. 552 pris en application de la *Loi sur l'assurance-santé*].

[542] *C'est-à-dire que l'appelant, dans l'arrêt Flora, a prétendu que le rejet de la demande qu'il avait présentée au titre du Régime d'assurance-santé de l'Ontario le privait de l'accès à un traitement médical pouvant lui sauver la vie, violant ainsi ses droits à la vie et à la sécurité de la personne garantis par l'article 7. L'appelant a notamment prétendu que l'article 7 de la Charte impose au gouvernement l'obligation de fournir des soins médicaux pouvant lui sauver la vie : au paragraphe 93.*

[543] La Cour d'appel de l'Ontario a conclu, dans l'arrêt *Flora*, que l'appelant n'avait pas démontré que la loi en question constituait une [TRADUCTION] « violation » par l'État de son droit à la vie ou à la sécurité de sa personne, et que cela portait un coup fatal à sa prétention fondée sur l'article 7 : précité, au paragraphe 95.

[544] Pour en arriver à cette conclusion, la Cour d'appel de l'Ontario a établi une distinction à l'égard des arrêts rendus par la Cour suprême dans les affaires *Chaoulli*; *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; et *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519, au motif que, contrairement aux dispositions législatives en litige dans ces affaires, la loi en litige dans l'affaire dont elle était saisie [TRADUCTION] « n'interdisait ni empêchait personne de demander des soins médicaux » : *Flora*, précité, au paragraphe 101.

[545] La loi prévoyait plutôt [TRADUCTION] « une prestation déterminée pour les soins médicaux obtenus

otherwise available to Ontarians.” It identified this as “the right to obtain public funding for certain specific out-of-country medical treatments.” The Court held that “[b]y not providing funding for *all* out-of-country medical treatments, it does not deprive an individual of the rights protected by s. 7 of the *Charter*”: *Flora*, above, at paragraph 101. See also *C.-W. (C.) v. Ontario Health Insurance Plan*, above, at paragraph 100.

[546] The Ontario Court of Appeal expressly addressed the question of whether the protections afforded by section 7 of the Charter could extend to require the provision of a minimum level of health care: *Flora*, above, at paragraphs 105–109. Noting that this question had specifically been left open by the Supreme Court in *Gosselin*, the Court also observed that thus far, the protection afforded by the Charter had not been extended to cases involving what the Court in *Flora* characterized as “solely economic rights”: above, at paragraph 106.

[547] The Ontario Court of Appeal further observed in *Flora* that there was no law limiting the appellant’s ability to spend his own money to obtain a liver transplant at a private hospital in England, which was, of course, precisely what he had chosen to do: above, at paragraph 107.

[548] The Court concluded that “where – as here – the government elects to provide a financial benefit that is not otherwise required by law, legislative limitations on the scope of the financial benefit provided do not violate s. 7.” The Court went on to observe that “[o]n the law at present, the reach of s. 7 does not extend to the imposition of a positive constitutional obligation on the Ontario government to fund out-of-country medical treatments even where the treatment in question proves to be life-saving in nature”: at paragraph 108. Consequently, the Court found that the appellant had failed to establish a deprivation of his right to life or security of his person under section 7 of the Charter: at paragraph 109.

à l’étranger auxquels les Ontariens n’ont pas autrement accès ». Elle précisait qu’il s’agissait [TRADUCTION] « du droit d’obtenir du financement public quant à certains soins médicaux particuliers obtenus à l’étranger ». La Cour a conclu qu’ [TRADUCTION] « [e]n ne prévoyant aucun financement pour tous les soins médicaux obtenus à l’étranger, elle ne prive pas une personne de ses droits garantis par l’article 7 de la *Charte* » : *Flora*, précité, au paragraphe 101. Voir aussi la décision *C.-W. (C.) v. Ontario Health Insurance Plan*, précitée, au paragraphe 100.

[546] La Cour d’appel de l’Ontario a expressément abordé la question de savoir si les protections offertes par l’article 7 de la Charte pouvaient aller jusqu’à comprendre l’exigence de fournir un niveau minimal de soins de santé : *Flora*, précité, aux paragraphes 105 à 109. Soulignant que cette question avait été expressément laissée sans réponse par la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *Gosselin*, la Cour a également affirmé que, jusqu’à présent, la protection offerte par la Charte ne s’appliquait pas aux cas comportant ce que, dans l’arrêt *Flora*, elle a qualifié de [TRADUCTION] « droits purement économiques » : précité, au paragraphe 106.

[547] La Cour d’appel de l’Ontario a également affirmé dans l’arrêt *Flora* qu’il n’existait aucune loi limitant la possibilité pour l’appelant de se servir de ses propres fonds afin d’obtenir une transplantation de foie dans un hôpital privé en Angleterre, précisément, bien entendu, ce qu’il avait décidé de faire : précité, au paragraphe 107.

[548] La Cour d’appel de l’Ontario a conclu que [TRADUCTION] « lorsque, comme en l’espèce, le gouvernement décide de fournir un avantage financier qui n’est pas exigé par la loi, les limites imposées par la loi quant à la portée de l’avantage financier fourni ne violent pas l’article 7 ». La Cour a ensuite ajouté que [TRADUCTION] « [s]elon le droit actuel, la portée de l’article 7 ne va pas jusqu’à imposer une obligation constitutionnelle au gouvernement de l’Ontario d’assumer le coût des soins médicaux obtenus à l’étranger, même lorsque les soins en question s’avèrent être de nature à sauver la vie » : au paragraphe 108. Par conséquent, la Cour a conclu que l’appelant n’avait pas démontré qu’il y avait eu violation

[549] Similarly, in *Toussaint* (F.C.A.), the Federal Court of Appeal observed that claims under section 7 of the Charter seeking to obtain state funding or financial assistance for necessary medical care had all been rejected by the courts, referring specifically to *Flora* and *Wynberg*, above, as well as to the Supreme Court's decision in *Auton* (*Guardian ad litem of*) *v. British Columbia* (*Attorney General*), 2004 SCC 78, [2004] 3 S.C.R. 657, at paragraph 78.

[550] Likewise, in *Covarrubias v. Canada* (*Minister of Citizenship and Immigration*), 2006 FCA 365, [2007] 3 F.C.R. 169, an applicant was seeking a positive pre-removal risk assessment on the basis that he would be unable to access life-sustaining medical treatment in his country of origin. In rejecting his appeal, the Federal Court of Appeal found that the appellant was essentially seeking to expand the law so as to create a new human right to a minimum level of health care for the purposes of section 97 of IRPA.

[551] The Court observed in *Covarrubias* that “[w]hile their efforts are noble, the law in Canada has not extended that far”: at paragraph 36, citing *Chaoulli* for the proposition that there is no freestanding constitutional right to health care. That being the case, the Federal Court of Appeal observed that the Supreme Court would be unlikely to contemplate “a freestanding right to health care for all of the people of the world who happen to be subject to a removal order in Canada”.

[552] The applicants in this case say that they are not asking the Governor in Council to implement a social benefit program where none previously existed. They note that the executive branch has, for more than half a century, chosen to provide health care insurance to those seeking the protection of Canada. It is the decision made by the Governor in Council in 2012 to reduce the level of benefits available to most IFHP beneficiaries and to eliminate benefits altogether for others who had

de son droit à la vie et la sécurité de sa personne garanti par l'article 7 de la Charte : au paragraphe 109.

[549] Dans la même veine, dans l'arrêt *Toussaint* (C.A.F.), la Cour d'appel fédérale, renvoyant expressément aux arrêts *Flora* et *Wynberg*, précités, ainsi qu'à l'arrêt rendu par la Cour suprême dans l'affaire *Auton* (*Tutrice à l'instance de*) *c. Colombie-Britannique* (*Procureur général*), 2004 CSC 78, [2004] 3 R.C.S. 657, au paragraphe 78, a constaté que les demandes fondées sur l'article 7 de la Charte visant à obtenir des fonds de l'État ou une aide financière pour des traitements nécessaires avaient toutes été rejetées par les tribunaux.

[550] De même, dans l'arrêt *Covarrubias c. Canada* (*Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration*), 2006 CAF 365, [2007] 3 R.C.F. 169, un demandeur sollicitait une décision favorable relativement à l'évaluation des risques avant renvoi au motif qu'il ne pourrait pas avoir accès à des soins médicaux pouvant lui sauver la vie dans son pays d'origine. En rejetant son appel, la Cour d'appel fédérale a conclu que l'appelant cherchait essentiellement à élargir la portée de la loi de manière à créer un nouveau droit de la personne qui permettrait d'exiger la prestation de soins de santé minimum aux fins de l'application de l'article 97 de la LIPR.

[551] La Cour a affirmé, au paragraphe 36 de l'arrêt *Covarrubias*, que « [b]ien que leurs intentions soient nobles, la loi ne va pas aussi loin au Canada », renvoyant à l'arrêt *Chaoulli* dans lequel il est mentionné qu'il n'existe aucun droit constitutionnel distinct à des soins de santé. Cela étant, la Cour d'appel fédérale a affirmé que la Cour suprême n'envisagerait probablement pas « l'existence d'un droit distinct à des soins de santé pour tout ressortissant étranger visé par une mesure de renvoi au Canada ».

[552] Les demandeurs en l'espèce affirment qu'ils ne demandent pas au gouverneur en conseil de mettre en place un programme d'avantages sociaux qui n'a jamais existé. Ils soulignent que, depuis plus d'un demi-siècle, l'exécutif a choisi de fournir de l'assurance maladie aux personnes qui demandent la protection du Canada. C'est la décision prise en 2012 par le gouverneur en conseil de réduire le montant des prestations auxquelles la majorité des prestataires du PFSI avaient droit et de supprimer

previously been entitled to benefits under the pre-2012 regime that the applicants say is the subject of the section 7 Charter challenge in this case.

[553] Indeed, the applicants concede that there may have been no obligation on the executive branch to provide health insurance coverage to those seeking the protection of Canada. However, they say that once it chooses to do so, it must do so in a manner that complies with the Charter, citing *Chaoulli*, above, at paragraph 104.

[554] In support of this contention, the applicants rely on the statement by the Supreme Court in *Eldridge* that even though the state may be under no obligation to provide a benefit, once it elects to do so, the benefit must be provided “in a non-discriminatory manner”, and in some circumstances, “this will require governments to take positive action”: above, at paragraph 73. See also *Auton*, above, at paragraph 41 to the same effect.

[555] I accept that this is so, but this does not mean that the Charter necessarily imposes an ongoing positive right to a particular level of health insurance.

[556] It should be noted that the statements in *Eldridge* and *Auton* relied upon by the applicants were made in the context of claims made under section 15 of the Charter, and not under section 7. As will be discussed further on in these reasons, courts have been far less reluctant to impose positive obligations on governments in order to ensure substantive equality.

[557] As previously noted, the applicants assert that what is in issue in this case is the decision to cut or eliminate the IFHP benefits available to affected individuals. According to the applicants, it is this change to the Program that makes their claim reviewable under section 7 of the Charter.

[558] The difficulty with this argument is that it has already been rejected in a number of cases. For example, in *Flora*, the appellant argued that the Ontario

entièrement les prestations auxquelles d’autres personnes avaient droit au titre du régime qui existait avant 2012 qui, selon les demandeurs, est visée en l’espèce par la contestation fondée sur l’article 7 de la Charte.

[553] En effet, les demandeurs reconnaissent que l’exécutif n’était peut-être pas obligé de fournir une assurance maladie aux personnes qui demandent la protection du Canada. Toutefois, renvoyant à l’arrêt *Chaoulli*, précité, au paragraphe 104, ils affirment que, dès qu’il décide de le faire, l’exécutif doit le faire de manière à respecter la Charte.

[554] À l’appui de cette prétention, les demandeurs relèvent la déclaration faite par la Cour suprême dans l’arrêt *Eldridge* selon laquelle, même si l’État n’est pas obligé d’accorder un avantage, à partir du moment où l’État décide de le faire, il est obligé de le faire « sans discrimination », et dans certains cas, « les gouvernements auront à prendre des mesures concrètes » : précité, au paragraphe 73. Voir aussi, dans le même sens, l’arrêt *Auton*, précité, au paragraphe 41.

[555] Je reconnais que c’est le cas, mais cela ne veut pas dire que la Charte impose nécessairement un droit permanent à une assurance maladie d’un niveau précis.

[556] Toutefois, il convient de souligner que les déclarations figurant dans l’arrêt *Eldridge* et dans l’arrêt *Auton* qui ont été relevées par les demandeurs ont été faites dans le contexte de demandes fondées sur l’article 15 de la Charte, et non pas sur l’article 7. Comme on le verra plus loin dans les présents motifs, les tribunaux ont eu beaucoup moins de réticence à imposer des obligations positives aux gouvernements afin de garantir l’égalité réelle.

[557] Comme il a déjà été souligné, les demandeurs prétendent que ce qui est en litige en l’espèce c’est la décision d’éliminer les prestations du PFSI offertes aux personnes concernées. Selon les demandeurs, c’est cette modification au Programme qui fait que leur demande est susceptible de contrôle en vertu de l’article 7 de la Charte.

[558] Le problème que pose cet argument est qu’il a déjà été rejeté dans un certain nombre d’affaires. Par exemple, dans l’arrêt *Flora*, l’appellant a prétendu que

legislature's decision to amend the former version of the legislation so as to modify the test for OHIP funding for out-of-country medical services constituted a deprivation of his rights under section 7 of the Charter. However, the Ontario Court of Appeal held that "a Charter violation cannot be grounded on a mere change in the law": *Flora*, above, at paragraph 104, citing *Ferrel v. Ontario (Attorney General)*, 1998 CanLII 6274, 42 O.R. (3d) 97 (C.A.).

[559] In *Ferrel*, Associate Chief Justice Morden observed that "[i]f there is no constitutional obligation to enact [the legislation at issue] in the first place, I think that it is implicit, as far as the requirements of the constitution are concerned, that the legislature is free to return the state of the statute book to what it was before [the impugned legislation]": at page 110 [of 42 O.R. (3d)].

[560] The Ontario Court of Appeal came to a similar conclusion in *Lalonde v. Ontario (Commission de restructuration des services de santé)*, 2001 CanLII 21164, 56 O.R. (3d) 505, where the Court held that "in the absence of a constitutional right that requires the government to act in the first place, there can be no constitutional right to the continuation of measures voluntarily taken, even where those measures accord with or enhance Charter values": at paragraph 94.

[561] Similarly, in *Masse v. Ontario (Ministry of Community and Social Services)* (1996), 134 D.L.R. (4th) 20, the Ontario Divisional Court held that no section 7 Charter violation was established where the provincial government cut welfare benefits by 21.6 per cent: see also *Tanudjaja*, above, at paragraphs 38 and 107.

[562] Indeed, *Gosselin*, above, involved a change made by the Government of Quebec to the provincial social assistance scheme. In an effort to encourage young people to obtain job training and enter the work force, the Province decided that the base amount of welfare benefits payable to recipients under the age of 30 should be lower than those payable to welfare

la décision du législateur ontarien de modifier l'ancienne version de la loi afin d'apporter des changements au critère relatif au Régime quant aux services médicaux obtenus à l'étranger constituait une violation de ses droits garantis par l'article 7 de la Charte. Toutefois, la Cour d'appel de l'Ontario a conclu qu'[TRADUCTION] « une prétention de violation de la Charte ne peut reposer sur une simple modification à la loi » : *Flora*, précité, au paragraphe 104, renvoyant à *Ferrel v. Ontario (Attorney General)*, 1998 CanLII 6274, 42 R.J.O. (3^e) 97 (C.A.).

[559] Dans la décision *Ferrel*, le juge en chef adjoint Morden a affirmé que [TRADUCTION] « [s]'il n'existe d'abord aucune obligation constitutionnelle d'adopter [la loi en litige], selon moi, il est implicite, dans la mesure où les exigences de la Constitution sont concernées, que le législateur a toute liberté pour remettre le recueil de droit dans l'état où il était avant [la loi contestée] » : à la page 110 [de 42 R.J.O. (3^e)].

[560] La Cour d'appel de l'Ontario a tiré une conclusion similaire dans la décision *Lalonde c. Ontario (Commission de restructuration des services de santé)*, 2001 CanLII 21164, 56 R.J.O. (3^e) 577. En effet, la Cour a conclu que « en l'absence d'un droit constitutionnel qui oblige le gouvernement à agir, il n'existe aucun droit constitutionnel à la préservation d'une mesure prise volontairement, même si cette mesure s'accorde avec les valeurs prônées par la Charte ou favorise ces valeurs » : au paragraphe 94.

[561] Dans la même veine, dans la décision *Masse v. Ontario (Ministry of Community and Social Services)* (1996), 134 D.L.R. (4th) 20, la Cour divisionnaire de l'Ontario a conclu qu'aucune violation de l'article 7 de la Charte n'avait été démontrée lorsque le gouvernement provincial avait réduit de 21,6 p. 100 les prestations d'aide sociale : voir aussi la décision *Tanudjaja*, précitée, aux paragraphes 38 et 107.

[562] En effet, dans l'arrêt *Gosselin*, précité, il était question d'une modification apportée par le gouvernement du Québec au régime provincial d'aide sociale. Dans le but d'encourager les jeunes à suivre des cours de formation professionnelle et à entrer le marché du travail, la province avait décidé que le montant de base des prestations d'aide sociale payables aux bénéficiaires

recipients over the age of 30, unless the younger recipients agreed to participate in a designated work activity or educational program. In rejecting a Charter challenge to the legislation, the Supreme Court held that the change effected by the new legislation did not affect an interest protected by the right to life, liberty and security of the person guaranteed by section 7 of the Charter, in the absence of a positive right to an adequate standard of living.

[563] Consequently, I cannot accept the applicants' argument that the exercise of the discretionary power of the Governor in Council in enacting the IFHP becomes reviewable under the Charter by virtue of the changes that were made to the Program in 2012.

[564] Like the legislation that confronted the Ontario Court of Appeal in *Flora*, there is nothing in the 2012 IFHP that limits the ability of those seeking the protection of Canada to spend their own money to obtain health care. I fully recognize that the right of those affected to pay for their own medical treatment will be a largely illusory one, given the fact that most of those affected by the 2012 modifications to the IFHP will be economically disadvantaged individuals.

[565] I would, however, note that in *Wynberg*, the Ontario Court of Appeal upheld a limitation on access to publicly funded treatment for autistic children through the public school system, even though the Court recognized that alternative avenues of access to the treatment at issue were likely to be out of reach for most families.

[566] In so doing, the Court observed that there was no constitutional obligation on governments to ensure that every school-age autistic child had access to particular educational services. As a result, the failure of the Province to provide a particular type of treatment to children over a certain age, did not amount to depriving those children of a constitutionally protected right:

âgé de moins de 30 ans devrait être moins élevé que celui des prestations d'aide sociale payables aux bénéficiaires de l'aide sociale âgés de plus de 30 ans, sauf si les jeunes bénéficiaires acceptaient de participer à une activité de travail désignée ou à un programme de formation. En rejetant une contestation de la loi fondée sur la Charte, la Cour suprême du Canada a conclu que, en l'absence d'un droit positif à un niveau de vie décent, la modification apportée par la nouvelle loi ne portait pas atteinte à un intérêt protégé par le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne garanti par l'article 7 de la Charte.

[563] Par conséquent, je ne peux pas retenir les arguments du demandeur selon lesquels l'exercice par le gouverneur en conseil de son pouvoir discrétionnaire en adoptant le PFSI peut faire l'objet d'un examen fondé sur la Charte en raison des modifications apportées au Programme en 2012.

[564] Tout comme la loi dont il était question dans l'arrêt *Flora* qui a été rendu par la Cour d'appel de l'Ontario, il n'y a rien dans le PFSI de 2012 qui limite la possibilité pour les personnes qui demandent la protection du Canada de se servir de leurs propres fonds afin d'obtenir des soins de santé. Je reconnais pleinement que le droit des personnes qui devront payer les soins médicaux qu'ils recevront sera en grande partie illusoire, étant donné que la plupart des personnes concernées par les modifications apportées en 2012 au PFSI seront désavantagées sur le plan économique.

[565] Je tiens toutefois à souligner que, dans l'arrêt *Wynberg*, la Cour d'appel de l'Ontario a confirmé la validité de la restriction à l'accès, dans le réseau des écoles publiques, à des traitements pour enfants autistes financés par l'État, même si elle a reconnu que les autres moyens d'avoir accès au traitement risquaient d'être hors de portée de la plupart des familles.

[566] Ce faisant, la Cour d'appel de l'Ontario a souligné que les gouvernements n'étaient pas obligés, en vertu de la Constitution, de voir à ce que chaque enfant autiste d'âge scolaire ait accès à des services d'enseignement particuliers. Par conséquent, le défaut par la province de fournir un type particulier de traitement aux enfants qui ont atteint un certain âge ne privait

see also *Sagharian v. Ontario (Education)*, 2008 ONCA 411, 172 C.R.R. (2d) 105.⁷

[567] As the Court observed in *Wynberg*, there was no mandatory requirement that school-age children attend public school. Parents were free to seek treatment elsewhere, and there was no legal impediment to parents educating their children at home or in private schools. The Court expressly recognized that the financial realities were such that this may not be a viable option for “many if not most parents”. This financial reality did not, however, engage section 7 rights that were not otherwise engaged, nor did it convert a non-section 7 deprivation into a deprivation of section 7 rights: at paragraph 231.

[568] Finally, the applicants rely on the Supreme Court’s decision in *Dunmore v. Ontario (Attorney General)*, 2001 SCC 94, [2001] 3 S.C.R. 1016, at paragraphs 24–26, as authority for the proposition that there are circumstances where positive action on the part of the state may be required in order to allow vulnerable claimants access to a Charter-protected right that they could not otherwise enjoy.

[569] As the applicants note, in *Dunmore*, the majority decision in Supreme Court identified three requirements for recognition of such a positive obligation:

1. The claim must be grounded in a fundamental Charter right, not just access to a statutory regime;

⁷ It bears noting that a different approach to access to treatment for learning disabilities has been taken under provincial human rights legislation. That is, in *Moore v. British Columbia (Education)*, 2012 SCC 61, [2012] 3 S.C.R. 360, the Supreme Court of Canada held that if education services are ordinarily provided to the public, they must be made available in a way that does not arbitrarily or unjustifiably exclude individuals by virtue of their membership in a protected group.

en rien ces enfants d’un droit garanti par la Constitution (voir aussi l’arrêt *Sagharian v. Ontario (Education)*, 2008 ONCA 411, 172 C.R.R. (2d) 105⁷).

[567] Comme la Cour d’appel de l’Ontario l’a souligné dans l’arrêt *Wynberg*, les enfants d’âge scolaire n’étaient pas obligés de fréquenter l’école publique. Il était loisible aux parents de chercher à obtenir un traitement ailleurs, et la loi n’empêchait pas les parents de faire instruire leurs enfants à la maison ou dans des écoles privées. La Cour d’appel de l’Ontario a expressément reconnu que la situation financière des parents était telle qu’il ne s’agissait pas d’une solution envisageable pour [TRADUCTION] « bon nombre sinon la plupart des parents ». Cette situation financière ne faisait toutefois pas entrer en jeu les droits garantis par l’article 7 qui n’entraient pas autrement en jeu, et ne transformait pas non plus une non-violation des droits garantis par l’article 7 en une violation de ces mêmes droits : au paragraphe 231.

[568] Enfin, les demandeurs invoquent l’arrêt rendu par la Cour suprême dans l’affaire *Dunmore c. Ontario (Procureur général)*, 2001 CSC 94, [2001] 3 R.C.S. 1016, aux paragraphes 24 à 26, à l’appui de la thèse selon laquelle il existe des circonstances où l’État doit prendre des mesures concrètes afin de permettre aux demandeurs vulnérables d’avoir accès à un droit garanti par la Charte dont ils ne jouiraient pas autrement.

[569] Comme les demandeurs le font remarquer, dans l’arrêt *Dunmore*, les juges majoritaires de la Cour suprême du Canada ont relevé trois exigences qui doivent être satisfaites pour qu’une telle mesure concrète soit reconnue :

1. L’argument doit reposer sur un droit fondamental garanti par la Charte, plutôt que sur l’accès à un régime légal;

⁷ Il convient de souligner qu’une stratégie différente quant à l’accès au traitement de troubles d’apprentissage a été adoptée dans une loi provinciale sur les droits de la personne. En effet, dans l’arrêt *Moore c. Colombie-Britannique (Éducation)*, 2012 CSC 61, [2012] 3 R.C.S. 360, la Cour suprême du Canada a conclu que, si un service d’enseignement est ordinairement fourni au public, il doit l’être sans exclusion de façon arbitraire — ou injustifiable — des personnes en raison de leur appartenance à un groupe protégé.

- | | |
|---|---|
| <p>2. There must be an evidentiary foundation that the claimants must be incapable of accessing this right on their own; and</p> <p>3. It must be possible to hold the state accountable for any inability to exercise a fundamental freedom.</p> | <p>2. La preuve doit démontrer que les demandeurs sont dans l'incapacité d'exercer ce droit par eux-mêmes; et</p> <p>3. Il doit être possible de tenir l'État responsable de toute incapacité d'exercer une liberté fondamentale.</p> |
|---|---|

[570] The difficulty for the applicants is, of course, with the first element of the *Dunmore* test. That is, they have not established that there is indeed a right to state-funded health care under section 7 of the Charter.

[570] De toute évidence, la difficulté pour les demandeurs réside dans le premier élément du critère de l'arrêt *Dunmore*. C'est-à-dire qu'ils n'ont pas établi qu'il existe bel et bien, en vertu de l'article 7 de la Charte, un droit à des soins de santé financés par l'État.

B. *Conclusion with respect to the Applicants' Section 7 Claim*

B. *Conclusion relativement à la prétention des demandeurs fondée sur l'article 7*

[571] For these reasons I have concluded that the current state of the law in Canada is that section 7 of the Charter's guarantees of life, liberty and security of the person do not include the positive right to state funding for health care. Consequently, the applicants' section 7 claim must be dismissed.

[571] Pour les présents motifs, j'ai conclu que, selon l'état actuel du droit au Canada, les garanties relatives à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne prévues à l'article 7 de la Charte ne comprennent pas le droit positif à des soins de santé financés par l'État. Par conséquent, la prétention des demandeurs fondée sur l'article 7 de la Charte doit être rejetée.

XI. Do the 2012 Changes to the IFHP Violate Section 12 of the Charter?

XI. Les modifications apportées en 2012 au PFSI violent-elles l'article 12 de la Charte?

[572] Section 12 of the Charter provides that "[e]veryone has the right not to be subjected to any cruel and unusual treatment or punishment."

[572] L'article 12 de la Charte prévoit que « [c]haque un a droit à la protection contre tous traitements ou peines cruels et inusités ».

[573] The applicants accept that the 2012 changes to the IFHP do not constitute "punishment" as contemplated by section 12 of the Charter. They do, however, assert that the changes to the IFHP constitute cruel and unusual treatment of a poor, vulnerable and disadvantaged group by the executive branch of the Canadian government.

[573] Les demandeurs admettent que les modifications apportées en 2012 au PFSI ne constituent pas des « peines » au sens de l'article 12 de la Charte. Ils font toutefois valoir qu'en raison des modifications apportées au PFSI, l'exécutif du gouvernement canadien fait subir des traitements cruels et inusités à un groupe pauvre, vulnérable et défavorisé.

[574] The respondents say that the IFHP funds health care "treatment" at the expense of the state, but that no one in Canada is "subjected" to the IFHP. The respondents contend that section 12 of the Charter is concerned with mandatory matters imposed by the state and is in no way analogous to an IFHP beneficiary's acceptance of medical "treatment". The IFHP does not

[574] Les défendeurs affirment que l'État finance des « traitements » médicaux par l'intermédiaire du PFSI, mais que personne au Canada n'est « assujéti » au PFSI. Les défendeurs prétendent que l'article 12 de la Charte a trait aux éléments obligatoires imposés par l'État et qu'il n'est pas du tout analogue à l'acceptation, par un bénéficiaire du PFSI, d'un « traitement » médical. Le

prevent anyone from obtaining medical care: rather it offers and funds some health care services for eligible beneficiaries, who can access them if they choose, at state expense.

[575] As the respondents point out, the threshold for establishing a breach of section 12 is high: *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 SCC 9, [2007] 1 S.C.R. 350, at paragraph 95. Moreover, as the Ontario Court (General Division) held at paragraph 24 of *McNeill v. Ontario (Ministry of Solicitor General and Correctional Services)*, 1998 CanLII 14947, 126 C.C.C. (3d) 466, “[a] program introduced to comply with a well motivated and properly passed law designed to meet an entirely worthy social goal, public health, can hardly be found to be cruel and unusual.”

[576] With this in mind, there are two questions that must be resolved in determining whether a breach of section 12 of the Charter has been made out. The first is whether those seeking the protection of Canada are being subjected to “treatment” within the meaning of section 12. The second is whether any such treatment is “cruel and unusual”.

A. *Do the 2012 Changes to the IFHP Constitute “Treatment” within the Meaning of Section 12 of the Charter?*

[577] The vast majority of the section 12 jurisprudence arises out of the criminal law, and involves “punishment” rather than “treatment”. As a consequence, there has been limited judicial consideration of the meaning of “treatment” for the purposes of section 12 of the Charter.

[578] None of the parties have identified a successful section 12 claim made outside of the penal or quasi-penal context. While there has in fact been at least one such case, it was an early Charter decision and is of limited assistance here: see *Alvero-Rautert v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1988] 3 F.C. 163 (T.D.).

PFSI n’empêche pas personne d’obtenir des soins médicaux : il offre plutôt, aux frais de l’État, certains soins de santé aux bénéficiaires admissibles, qui peuvent y avoir accès s’ils le désirent.

[575] Comme les défendeurs l’ont souligné, le seuil de violation de l’article 12 est élevé : *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CSC 9, [2007] 1 R.C.S. 350, au paragraphe 95. De plus, comme la Cour de l’Ontario (Division générale) l’a statué, au paragraphe 24 de la décision *McNeill v. Ontario (Ministry of Solicitor General and Correctional Services)*, 1998 CanLII 14947, 126 C.C.C. (3d) 466, [TRADUCTION] « [il est] difficile de conclure qu’un programme mis sur pied dans le but de respecter une loi qui a été conçue et dûment adoptée pour de bons motifs, à savoir atteindre un objectif social tout à fait louable, la santé publique, est cruel et inusité ».

[576] À cet égard, deux questions se posent pour décider si une violation de l’article 12 de la Charte a été établie. La première est la question de savoir si les personnes qui demandent la protection du Canada subissent des « traitements » au sens de l’article 12. La deuxième est la question de savoir si ces traitements sont « cruels et inusités ».

A. *Les modifications apportées en 2012 au PFSI constituent-elles des « traitements » au sens de l’article 12 de la Charte?*

[577] La grande majorité des précédents qui portent sur l’article 12 découlent du droit pénal et ont trait à des « peines » plutôt qu’à des « traitements ». Par conséquent, les tribunaux se sont peu penchés sur le terme « traitements » au sens de l’article 12 de la Charte.

[578] Aucune des parties n’a relevé l’existence d’une demande fondée sur l’article 12 qui a été accueillie dans un contexte de nature autre que pénale ou quasi pénale. Bien que, dans les faits, il existe au moins une décision de ce genre, il s’agit d’une décision antérieure fondée sur la Charte et elle n’est guère utile en l’espèce : voir la décision *Alvero-Rautert c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1988] 3 C.F. 163 (1^{re} inst).

[579] The Supreme Court has, however, expressly left open the possibility that “treatment” may include “that imposed by the state in contexts other than that of a penal or quasi-penal nature”: *Rodriguez*, above, at page 611.

[580] In *Chiarelli v. Canada (Minister of Employment & Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 711, the Supreme Court observed that the *Concise Oxford Dictionary* (1990) defined “treatment” as “a process or manner of behaving towards or dealing with a person or thing”. According to the Supreme Court, deportation may “come within the scope of a ‘treatment’ in s. 12”: at page 735.

[581] In *Rodriguez*, the Supreme Court considered what could constitute “treatment” for the purposes of section 12 of the Charter in the context of a Charter challenge to the provision of the *Criminal Code* that prohibited assisting in a suicide. After referring to its earlier comments in *Chiarelli*, the Court observed that “a mere prohibition by the state on certain action, without more, cannot constitute ‘treatment’ under s. 12.” However, the Court went on to state that by this it “should not be taken as deciding that only positive state actions can be considered to be treatment under s. 12; there may well be situations in which a prohibition on certain types of actions may be ‘treatment’”: both quotes at page 611.

[582] The Court went on in *Rodriguez* to explain that in cases where a prohibition on certain types of actions may constitute “treatment”, claimants will be “in some way within the special administrative control of the state”: at page 611. It was not enough that Ms. Rodriguez, like all other Canadians, was subject to the prohibition on assisted suicide contained in the *Criminal Code*. Similarly, the fact that the prohibition created particular suffering for her as a result of her illness did not mean that she had been subjected to “treatment” by the state.

[579] La Cour suprême du Canada n’a toutefois pas expressément écarté la possibilité que le « traitement » puisse inclure « ce qui est imposé par l’État dans un contexte de nature autre que pénale ou quasi pénale » : *Rodriguez*, précité, à la page 611.

[580] Dans l’arrêt *Chiarelli c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 711, la Cour suprême du Canada a fait remarquer que le *Nouveau Petit Robert* (1990) définit le terme « traitement » comme un « [c]omportement à l’égard de [quelqu’un]; actes traduisant ce comportement ». Selon la Cour suprême du Canada, il se peut que l’expulsion « constitue un “traitement” au sens de l’art. 12 » : à la page 735.

[581] Dans l’arrêt *Rodriguez*, la Cour suprême du Canada s’est penchée sur la question de savoir ce qui pouvait constituer un « traitement » pour l’application de l’article 12 de la Charte dans le contexte d’une contestation fondée sur la Charte de la disposition du *Code criminel* interdisant l’aide au suicide. Après s’être reportée aux observations qu’elle avait antérieurement formulées dans l’arrêt *Chiarelli*, la Cour a fait remarquer que « la simple prohibition imposée par l’État à l’égard d’une certaine action, sans plus, ne peut constituer un “traitement” au sens de l’art. 12 ». Cependant, elle a poursuivi en disant qu’il « ne [fallait] pas en déduire [que] [...] seules les actions positives de l’État peuvent être considérées comme des traitements au sens de l’art. 12; il peut très bien exister des situations où l’interdiction de certaines formes d’actions peut constituer un “traitement” » : les deux citations renvoient à la page 611, renvois omis.

[582] Dans l’arrêt *Rodriguez*, la Cour suprême du Canada a ensuite expliqué que, dans les cas où l’interdiction de certaines formes d’actions peut constituer un « traitement », les demandeurs seront « d’une certaine façon soumis à un contrôle administratif particulier de l’État » : à la page 611. Il n’était pas suffisant que M^{me} Rodriguez, au même titre que tous les autres Canadiens, soit assujettie à l’interdiction de l’aide au suicide figurant dans le *Code criminel*. De même, le fait que l’interdiction lui cause des souffrances particulières en raison de sa maladie ne signifiait pas qu’elle avait été soumise à un « traitement » imposé par l’État.

[583] Indeed the Court was clear in *Rodriguez* that “[t]here must be some more active state process in operation, involving an exercise of state control over the individual, in order for the state action in question, whether it be positive action, inaction or prohibition, to constitute ‘treatment’ under s. 12”: at page 612.

[584] I agree with the applicants that the situation of those seeking the protection of Canada may be readily distinguished from that of Ms. Rodriguez.

[585] In this case, those seeking the protection of Canada are under immigration jurisdiction, and as such are effectively under the administrative control of the state. Some claimants may be detained, and obligations such as reporting requirements may be imposed upon others. In addition, their rights and opportunities (such as their right to work or their ability to receive social assistance benefits) may be limited in a number of different ways by the state. Indeed, their entitlement to a range of benefits is wholly dependent upon decisions made by various branches of the Government of Canada as to their right to seek protection, and the ultimate success of their claims for protection.

[586] Furthermore, Ms. Rodriguez was subject to a law of general application, albeit one that had an adverse differential impact on her because of her compromised physical condition.

[587] In contrast, in the present case, the decision to change the IFHP was not a neutral decision taken by the Governor in Council that has only incidentally had a negative impact on historically marginalized individuals who were covered under the former IFHP. Rather, the executive branch of government has in this case *intentionally targeted* an admittedly vulnerable, poor and disadvantaged group for adverse treatment, making the 2012 changes to the IFHP for the express purpose of inflicting predictable and preventable physical and psychological suffering on many of those seeking the protection of Canada.

[583] En effet, la Cour suprême du Canada a clairement affirmé, dans l’arrêt *Rodriguez*, que « [p]our qu’elle constitue un “traitement” au sens de l’art. 12, l’action de l’État, qu’il s’agisse d’une action positive, d’une inaction ou d’une interdiction, doit faire intervenir la mise en œuvre d’un processus étatique plus actif, comportant l’exercice d’un contrôle de l’État sur l’individu » : à la page 612.

[584] Je conviens avec les demandeurs que la situation des personnes qui demandent la protection du Canada peut être aisément distinguée de celle de M^{me} Rodriguez.

[585] En l’espèce, les personnes qui demandent la protection du Canada relèvent de l’immigration et sont donc bel et bien assujetties au contrôle administratif de l’État. Certains demandeurs d’asile peuvent être mis en détention, et des obligations, telles que les exigences en matière de déclaration, peuvent être imposées à d’autres. De plus, leurs droits et les possibilités qui s’offrent à eux (comme leur droit de travailler et la possibilité qu’ils reçoivent des prestations d’aide sociale) peuvent être limités de diverses façons par l’État. En effet, leur admissibilité à un ensemble d’avantages dépend entièrement des décisions prises par divers organes du gouvernement du Canada quant à leur droit de demander la protection du pays, et de l’issue de leurs demandes de protection.

[586] En outre, M^{me} Rodriguez était assujettie à une loi d’application générale, quoique cette loi ait eu des répercussions défavorables sur elle en raison de son mauvais état de santé.

[587] En revanche, dans la présente affaire, la décision de modifier le PFSI n’était pas une décision neutre prise par le gouverneur en conseil qui n’a qu’accessoirement eu des répercussions négatives sur des personnes historiquement marginalisées qui étaient couvertes par l’ancien PFSI. En l’espèce, l’exécutif a plutôt délibérément fait subir à un groupe de personnes, de toute évidence vulnérables, pauvres et défavorisées, un traitement défavorable lorsqu’il a apporté des modifications au PFSI en 2012 dans le but exprès d’infliger des souffrances physiques et psychologiques prévisibles et évitables à bon nombre de ceux qui sollicitent la protection du Canada.

[588] The respondents explain that “the previous IFHP was perceived by some as constituting a reason some foreign nationals came to Canada to assert unfounded claims and also a reason why they sought to remain in Canada for as long as possible after their claims were rejected”: Le Bris affidavit, at paragraph 73. Indeed, one of the articulated objectives of the 2012 OIC was to deter this supposed abuse of the refugee system.

[589] Thus, through the introduction of the 2012 changes to the IFHP, the Governor in Council is intentionally trying to make life harder for vulnerable, poor and disadvantaged individuals who have lawfully come to Canada seeking the protection of this country. It has done this in order to encourage these individuals to leave the country more quickly once their refugee claims have been rejected: see transcript, Vol. 3, at page 38. In addition, as the then-Minister of Immigration himself noted, the 2012 changes to the IFHP were also intended to discourage “bogus” refugees from coming to Canada and abusing the generosity of Canadians.

[590] Whether or not this action can be justified by the government in furtherance of its policy goals is a matter for consideration under section 1 of the Charter. For the purpose of my section 12 analysis, however, this intentional targeting of a vulnerable, poor and disadvantaged group distinguishes this case from the usual situation involving the assigning of priorities and the drawing of lines by government in relation to the availability of social benefit programs. In the unusual circumstances of this case, I am thus satisfied that the actions of the executive branch of government at issue here constitute “treatment” for the purposes of section 12 of the Charter.

[591] While recognizing that foreign jurisprudence is not binding on me, I would nevertheless note that my conclusion on this point is consistent with the international jurisprudence. Of particular relevance is the decision of the British House of Lords in *Adam, R. (on the application of) v. Secretary of State for the Home Department*, [2005] UKHL 66 (*ex parte Adam*).

[588] Les défendeurs expliquent que [TRADUCTION] « certains étaient d’avis que l’ancien PFSI constituait une des raisons pour lesquelles certains ressortissants étrangers venaient au Canada sous de faux prétextes, ainsi qu’une des raisons pour lesquelles ils cherchaient à demeurer au Canada le plus longtemps possible après le rejet de leur demande d’asile » : affidavit de Sonia Le Bris, au paragraphe 73. En effet, l’un des objectifs énoncés dans le cadre du décret de 2012 était de dissuader le recours censé abusif au système de protection des réfugiés.

[589] Par conséquent, en ayant apporté les modifications au PFSI en 2012, le gouverneur en conseil cherche délibérément à compliquer les choses pour les personnes vulnérables, pauvres et défavorisées qui sont légalement venues au Canada afin d’y demander sa protection. L’exécutif a agi ainsi afin d’encourager ces personnes à quitter le pays plus rapidement après le rejet de leur demande d’asile : voir la transcription, vol. 3, à la page 38. De plus, comme le ministre de l’Immigration de l’époque l’a lui-même souligné, les modifications apportées au PFSI en 2012 visaient aussi à dissuader les demandeurs d’asile « bidon » de venir au Canada et d’abuser de la générosité des Canadiens.

[590] La question de savoir si le gouvernement peut justifier la prise d’une telle mesure en vue de la réalisation de ses objectifs stratégiques doit être examinée au regard de l’article premier de la Charte. Cependant, pour les besoins de mon analyse fondée sur l’article 12, le fait qu’un groupe vulnérable, pauvre et défavorisé ait été intentionnellement ciblé distingue la présente affaire de la situation habituelle ayant trait à l’établissement des priorités et des règles par le gouvernement en ce qui concerne l’accessibilité aux programmes d’avantages sociaux. Étant donné les circonstances exceptionnelles de la présente affaire, je suis convaincue que les actions de l’exécutif qui sont en cause en l’espèce constituent « traitements » au sens de l’article 12 de la Charte.

[591] Bien que j’admette que je ne suis pas liée par la jurisprudence étrangère, je tiens néanmoins à souligner que ma conclusion sur ce point est conforme à celle-ci. Il est particulièrement pertinent d’examiner l’arrêt qu’a rendu la Chambre des lords, en Angleterre, dans l’affaire *Adam, R. (on the application of) v. Secretary of State for the Home Department*, [2005] UKHL 66 (*ex parte Adam*).

[592] Before addressing the ruling in *ex parte Adam*, it must first be recognized that it was a case decided under the *European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, 4 November 1950, 213 U.N.T.S. 221 (European Convention). Article 3 of the European Convention prohibits member states from subjecting persons within their jurisdiction “to torture or inhuman or degrading treatment or punishment.”

[593] The wording of Article 3 of the European Convention is somewhat different to that of section 12 of the Canadian Charter. However, when invited to do so, counsel for the respondents was unable to explain how “torture or inhuman or degrading treatment or punishment” is materially different from “cruel or unusual treatment or punishment”.

[594] Indeed, in *R. v. Smith (Edward Dewey)*, [1987] 1 S.C.R. 1045, the Supreme Court of Canada observed that Article 3 of the European Convention provides protection against cruel or inhuman punishment that is “similar” to that provided under section 12 of the Charter. The Court further noted that this, and other international instruments with comparable provisions, “may on occasion be of assistance in attempting to give meaning to relevant provisions of the *Charter*”: at page 1061. See also *United States v. Burns*, 2001 SCC 7, [2001] 1 S.C.R. 283, at paragraph 5.

[595] *Ex parte Adam* involved a challenge to a British law that disqualified asylum seekers who were deemed to have delayed in filing their applications for asylum from receiving government support in most cases. According to Lord Bingham, the legislation at issue prohibited the Secretary of State “from providing or arranging for the provision of accommodation and even the barest necessities of life for such an applicant”: at paragraph 6.

[596] The question for determination by the House of Lords was whether the regime imposed on late claimants amounted to “treatment” within the meaning of Article 3 of the European Convention.

[592] Avant d’aborder l’arrêt *ex parte Adam*, il faut d’abord reconnaître qu’il s’agit d’une affaire jugée sous le régime de la *Convention de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales*, 4 novembre 1950, 213 R.T.N.U. 221 (la Convention européenne). L’article 3 de la Convention européenne interdit aux États membres de soumettre les personnes relevant de leur juridiction « à la torture [ou] à des peines ou traitements inhumains ou dégradants ».

[593] Le libellé de l’article 3 de la Convention européenne est quelque peu différent de celui de l’article 12 de la Charte. Cependant, lorsqu’on a demandé aux avocates des défendeurs d’expliquer en quoi la « torture [ou les] peines ou traitements inhumains ou dégradants » différaient sensiblement des « traitements ou peines cruels et inusités », celles-ci ont été incapables de le faire.

[594] En effet, dans l’arrêt *R. c. Smith (Edward Dewey)*, [1987] 1 R.C.S. 1045, la Cour suprême du Canada a fait remarquer que l’article 3 de la Convention européenne offre une protection contre les peines cruelles ou inhumaines « analogue » à celle prévue à l’article 12 de la Charte. La Cour suprême du Canada a également souligné que la Convention européenne et d’autres instruments internationaux comportant des dispositions comparables « peu[ven]t parfois être utile[s] pour tenter d’interpréter les dispositions pertinentes de la *Charte* » : à la page 1061. Voir aussi l’arrêt *États-Unis c. Burns*, 2001 CSC 7, [2001] 1 R.C.S. 283, au paragraphe 5.

[595] L’affaire *Ex parte Adam* portait sur la contestation d’une loi britannique qui empêchait les demandeurs d’asile réputés avoir tardé à présenter leur demande de recevoir de l’aide du gouvernement. Selon lord Bingham, les dispositions législatives en cause interdisaient au secrétaire d’État [TRADUCTION] « d’assurer ou de prendre des mesures en vue d’assurer le logement et même les autres nécessités de subsistance pour de tels demandeurs » : au paragraphe 6.

[596] La question que devait trancher la Chambre des lords était de savoir si le régime imposé aux demandeurs d’asile tardifs constituait un « traitement » au sens de l’article 3 de la Convention européenne.

[597] In concluding that it did, the House of Lords started its analysis by identifying the concerns that had given rise to the legislative change in issue. These concerns bear a striking resemblance to those identified by the respondents' affiants in this case as motivating the 2012 changes to the IFHP.

[598] In his reasons, Lord Bingham explained that there had been a sharp rise in the number of applications for asylum that had been made in the United Kingdom over the last decade, and that this had "given rise to a number of administrative and other problems": at paragraph 2. He went on to observe that:

The legislative response of successive governments has been founded on two premises in particular: that while some of the applications are made by genuine refugees, having a well-founded fear of persecution in their home countries, a majority are not but are made by so-called economic migrants, applicants seeking a higher standard of living than is available in their home countries; and that the UK is an attractive destination for such migrants because it treats, or is widely believed to treat, such applicants more generously than other countries.

[599] In order to address this latter concern, legislation had been enacted to limit the access of asylum claimants to public funds in order to "reduce the burden on the public purse; to restrict public support, so far as possible, to those who both need and deserve it; to mitigate the resentment widely felt towards unmeritorious applicants perceived as battening on the British taxpayer": at paragraph 2.

[600] As in this case, a further objective of the legislation at issue in *ex parte Adam* was "to discourage the arrival here of economic migrants by dispelling the international belief that applicants for asylum are generously treated." Lord Bingham noted, however, that the legislative policy choices underlying the statutory provision in question were not at issue before the Court: at paragraph 2.

[597] Pour conclure que c'était le cas, la Chambre des lords a amorcé son analyse en cernant les préoccupations qui avaient donné lieu aux modifications législatives en litige. Ces préoccupations présentent de grandes similitudes avec celles cernées par les déposants des défendeurs en l'espèce à l'appui des modifications apportées en 2012 au PFSI.

[598] Dans ses motifs, lord Bingham a expliqué qu'il y avait eu une forte augmentation du nombre de demandes d'asile au Royaume-Uni au cours de la dernière décennie et que cela avait [TRADUCTION] « entraîné de nombreux problèmes administratifs et autres » : au paragraphe 2. Puis, il a ajouté ce qui suit :

[TRADUCTION] La réponse législative des divers gouvernements qui se sont succédé est fondée sur deux prémisses particulières. La première est que, bien que certaines des demandes d'asile soient présentées par des réfugiés de bonne foi, qui craignent avec raison d'être persécutés dans leur pays d'origine, la majorité des demandes d'asile sont présentées par de soi-disant migrants économiques, soit des demandeurs d'asile qui cherchent à obtenir un niveau de vie plus élevé que celui dont ils jouissent dans leur pays d'origine. La deuxième est que le Royaume-Uni est une destination intéressante pour de tels migrants, parce qu'il est plus généreux envers eux que les autres pays, ou est généralement réputé l'être.

[599] Pour répondre à cette dernière préoccupation, des dispositions législatives ont été adoptées pour limiter l'accès par les demandeurs d'asile aux fonds publics dans le but [TRADUCTION] « d'alléger le fardeau financier de l'État; de limiter l'appui du public, dans la mesure du possible, à ceux qui le méritent et qui en ont besoin; d'atténuer la rancœur généralement éprouvée contre les faux demandeurs d'asile qui sont perçus comme des personnes s'enrichissant aux dépens des contribuables britanniques » : au paragraphe 2.

[600] Comme c'est le cas en l'espèce, les dispositions législatives en cause dans l'affaire *ex parte Adam* visaient aussi [TRADUCTION] « à empêcher l'arrivée au pays de migrants économiques en mettant fin à la croyance internationale que les demandeurs d'asile reçoivent un traitement généreux ». Lord Bingham a cependant souligné que les choix politiques en matière de législation sous-tendant les dispositions législatives en question n'étaient pas en cause : au paragraphe 2.

[601] While there may be no general public duty to provide for the destitute under Article 3 of the European Convention, Lord Bingham stated that he had “no doubt that the threshold [for establishing an Article 3 claim] may be crossed if a late applicant with no means and no alternative sources of support, unable to support himself, is, by the deliberate action of the state, denied shelter, food or the most basic necessities of life”: at paragraph 7 (my emphasis).

[602] An alternative test for the existence of “treatment” can be found in the judgments of Lords Hope and Brown in *ex parte Adam*, where both Law Lords held that in determining whether “treatment” has occurred, the focus should be on whether the government could be held responsible for the applicant’s suffering, rather than on whether the conduct in issue constituted positive or negative state action.

[603] In concluding that the regime imposed on refugee claimants who filed their claims late amounted to “treatment” within the meaning of Article 3 of the European Convention, Lord Hope noted that “the imposition by the legislature of a regime which prohibits asylum-seekers from working and further prohibits the grant to them, when they are destitute, of support amounts to positive action directed against asylum-seekers and not to mere inaction. This constitutes ‘treatment’ within the meaning of the article”: at paragraph 56.

[604] Lord Scott noted in *ex parte Adam*, albeit in *obiter* and by way of illustration, that a bar from receiving health care services under the national health care service would constitute “treatment” under Article 3 where the government provides such services and determines entitlement to them, even where it is not required to do so. He noted that “[i]t could not, in my opinion, sensibly be argued that a statutory bar preventing asylum seekers, or a particular class of asylum seekers, from obtaining NHS treatment would not be treatment of them for article 3 purposes”: at paragraph 69.

[601] Bien qu’aucune obligation publique générale de subvenir aux besoins des démunis ne soit prévue à l’article 3 de la Convention européenne, lord Bingham a déclaré qu’il n’avait [TRADUCTION] « aucun doute que le seuil [pour établir une violation de l’article 3] pouvait être franchi si une personne présentant une demande d’asile en retard, qui n’a pas les moyens d’assurer sa subsistance, n’a pas d’autres sources de soutien et est incapable de subvenir à ses besoins, est, par une action délibérée de l’État, privée de nourriture, de logement ou des autres nécessités de subsistance » : au paragraphe 7 (non souligné dans l’original).

[602] On retrouve un autre critère applicable à l’existence d’un « traitement » dans les motifs des lords Hope et Brown, dans l’arrêt *ex parte Adam*, dans lesquels ceux-ci ont statué que, pour décider s’il y a eu un « traitement », il faut se concentrer sur la question de savoir si le gouvernement pourrait être tenu responsable des souffrances subies par les demandeurs, plutôt que sur la question de savoir si la conduite en cause constitue une action positive ou négative de l’État.

[603] Pour conclure que le régime imposé aux demandeurs d’asile qui présentaient leur demande d’asile en retard constituait un « traitement » au sens de l’article 3 de la Convention européenne, lord Hope a souligné que [TRADUCTION] « [l’]imposition par la législature d’un régime qui interdit aux demandeurs d’asile de travailler et qui interdit aussi de leur fournir du soutien, lorsqu’ils sont démunis, constitue une action positive à l’endroit des demandeurs d’asile et non simplement de l’inaction. Cela constitue un “traitement” au sens de l’article » : au paragraphe 56.

[604] Dans l’arrêt *ex parte Adam*, lord Scott a souligné, dans une opinion incidente, à titre d’exemple, que le fait d’empêcher des personnes de recevoir des soins de santé au titre du service national de la santé constituera un « traitement » au sens de l’article 3 lorsque le gouvernement fournit de tels services et décide qui y a droit, même lorsqu’il n’est pas tenu de le faire. Il a noté qu’[TRADUCTION] « [o]n ne peut pas, à mon avis, raisonnablement faire valoir qu’une interdiction prévue par la loi ayant pour effet d’empêcher les demandeurs d’asile, ou une catégorie particulière de demandeurs d’asile, de

[605] I recognize that there is no express statutory bar contained in the IFHP preventing asylum seekers, or a particular class of asylum seekers, from obtaining medical treatment. The Governor in Council has, however, deliberately cut access to health insurance coverage in order to achieve a similar goal to that of the legislation at issue in *ex parte Adam*, namely to deter “bogus” refugee claimants from seeking the protection of Canada.

[606] Moreover, as was discussed earlier in these reasons, the practical effect of the 2012 cuts to the coverage provided by the IFHP is to limit or prevent access to a range of health care to those seeking the protection of Canada as a result of the combined effect of the impecuniosity of the majority of IFHP beneficiaries and the uncertain and unsatisfactory nature of the alternative sources of health care that were identified by the respondents.

[607] Furthermore, as was the case in *ex parte Adam*, at least some of those seeking the protection of Canada are statutorily prohibited from working. In this regard it will be recalled that refugee claimants from DCO countries are not entitled to receive a work permit for the first 180 days that they are in Canada. Others, such as privately sponsored refugees, are banned from going on social assistance for their first year in Canada. These statutory bars further inhibit the ability of affected individuals to access health care, through provincial or private health insurance schemes or by self-funding, thereby exacerbating the impact of the 2012 changes to the IFHP.

[608] There has, moreover, been express government action limiting the health care coverage to some classes of individuals affected by the 2012 changes to the IFHP, and eliminating it altogether for others. For instance, subsection 4(3) of the April 2012 OIC states that the “Minister is not authorized to pay ... the cost of health

recevoir un traitement au titre du service national de la santé ne constitue pas un traitement au sens de l’article 3 » : au paragraphe 69.

[605] J’admets que le PFSI ne renferme aucune interdiction expresse prescrite par la loi qui empêche les demandeurs d’asile, ou une catégorie particulière de demandeurs d’asile, d’obtenir des soins médicaux. Le gouverneur en conseil a, toutefois, délibérément interdit l’accès à une assurance maladie dans le but d’atteindre un objectif semblable à celui des dispositions législatives en cause dans l’affaire *ex parte Adam*, soit de dissuader les demandeurs d’asile « bidon » de demander la protection du Canada.

[606] De plus, comme je l’ai déjà mentionné, concrètement, les compressions effectuées à l’égard de la couverture offerte par le PFSI limitent l’accès, pour les personnes demandant la protection du Canada, à un éventail de soins de santé ou les empêchent d’y avoir accès, en raison de l’effet combiné de la pauvreté de la majorité des bénéficiaires du PFSI et du caractère incertain et insatisfaisant des autres sources de soins de santé relevées par les défendeurs.

[607] De plus, comme c’était le cas dans l’affaire *ex parte Adam*, la loi interdit à une partie des personnes demandant la protection du Canada de travailler. À cet égard, il y a lieu de rappeler que les demandeurs d’asile provenant de POD doivent attendre 180 jours après leur arrivée au Canada avant de pouvoir obtenir un permis de travail. D’autres, comme les réfugiés parrainés par le secteur privé, sont interdits de devenir bénéficiaires de l’aide sociale durant la première année où ils séjournent au Canada. Ces interdictions prévues par la loi empêchent d’autant plus les personnes concernées d’avoir accès à des soins de santé, que ce soit au moyen de régimes d’assurance maladie provinciaux ou privés ou de l’autofinancement, ce qui exacerbe les répercussions des modifications apportées en 2012 au PFSI.

[608] En apportant les modifications au PFSI en 2012, le gouvernement a, en outre, pris des mesures précises en vue de limiter l’accès à une assurance maladie pour certaines catégories de personnes concernées, ainsi qu’en vue de l’éliminer complètement pour d’autres. Par exemple, le paragraphe 4(3) du décret d’avril 2012

care coverage incurred for refugee claimants who are nationals of a country that is, when services or products are provided, [a] designated [country of origin]”. This has been done, to quote Lord Bingham [at paragraph 7], “by the deliberate action of the state”, in order to make the lives of a vulnerable, poor and disadvantaged group even more difficult.

[609] This is precisely the kind of “more active state process” contemplated by the Supreme Court of Canada in *Rodriguez* that constitutes “treatment” under section 12 of the Charter.

[610] As a result, in the unusual circumstances of this case, I am prepared to find that the decision of the Governor in Council to limit or eliminate a benefit previously provided to a discrete minority of poor, vulnerable and disadvantaged individuals coming within the administrative control of the Government of Canada subjects these individuals to “treatment” for the purposes of section 12 of the Charter.

[611] The next question, then, is whether this treatment is “cruel and unusual”.

B. *Are the 2012 Changes to the IFHP “Cruel and Unusual” within the Meaning of Section 12 of the Charter?*

[612] In *R. v. Smith (Edward Dewey)*, above, the Supreme Court established the test to be applied in determining when a treatment or punishment will be found to have violated section 12 of the Charter. The Court held that “in its modern application, the meaning of ‘cruel and unusual treatment or punishment’ must be drawn ‘from the evolving standards of decency that mark the progress of a maturing society’”: at page 1089, citing *Trop v. Dulles*, 356 U.S. 86 (1958), at page 101.

[613] The Court concluded in *R. v. Smith (Edward Dewey)* that “cruel and unusual” treatment or punishment is that which is “so excessive as to outrage [our] standards of decency”: above, at page 1089.

prévoit que le ministre « ne peut payer [...] le coût de la couverture des soins de santé engagé pour les demandeurs d’asile qui sont des ressortissants d’un pays qui, lorsque les services et produits sont fournis, [est un pays d’origine désigné] ». Cela a été fait, pour reprendre les termes de lord Bingham [au paragraphe 7], [TRADUCTION] « au moyen d’une action délibérée de l’État », en vue de compliquer les choses pour les personnes vulnérables, pauvres et défavorisées.

[609] C’est précisément le genre de « processus étatique plus actif » envisagé par la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *Rodriguez* qui constitue un « traitement » au sens de l’article 12 de la Charte.

[610] Par conséquent, étant donné les circonstances extraordinaires de la présente affaire, je suis disposée à conclure que la décision du gouverneur en conseil de réduire ou d’éliminer un avantage antérieurement fourni à une minorité identifiable de personnes pauvres, vulnérables et défavorisées assujettie au contrôle administratif du gouvernement du Canada fait subir à ces personnes un « traitement » au sens de l’article 12 de la Charte.

[611] La prochaine question est donc de savoir si ce traitement est « cruel et inusité ».

B. *Les modifications apportées en 2012 au PFSI constituent-elles des traitements « cruels et inusités » au sens de l’article 12 de la Charte?*

[612] Dans l’arrêt *R. c. Smith (Edward Dewey)*, précité, la Cour suprême du Canada a établi le critère qu’il convient d’appliquer pour décider si un traitement ou une peine contrevient à l’article 12 de la Charte. La Cour a statué que « le sens actuel de l’expression “traitements ou peines cruels et inusités” doit refléter [TRADUCTION] “l’évolution des normes de la décence d’une société qui mûrit” » : à la page 1089, renvoyant à *Trop v. Dulles*, 356 U.S. 86 (1958), à la page 101.

[613] La Cour suprême du Canada a conclu, dans l’arrêt *R. c. Smith (Edward Dewey)*, que les peines ou traitements « cruels et inusités » sont ceux qui sont « excessi[fs] au point de ne pas être compatible[s] avec la dignité humaine » : précité, à la page 1089.

[614] In determining whether treatment or punishment is “cruel and unusual”, Canadian courts have looked at a number of factors as part of a kind of “cost/benefit” analysis. These factors include whether the treatment goes beyond what is necessary to achieve a legitimate aim, whether there are adequate alternatives, whether the treatment is arbitrary and whether it has a value or social purpose. Other considerations include whether the treatment in question is unacceptable to a large segment of the population, whether it accords with public standards of decency or propriety, whether it shocks the general conscience, and whether it is unusually severe and hence degrading to human dignity and worth: *R. v. Smith (Edward Dewey)*, above, at pages 1068–1069.

[615] With respect to the question of whether the treatment goes beyond what is necessary to achieve a legitimate aim, as will be discussed in greater detail in the context of my section 1 analysis, while deterring abuse of the refugee system is a legitimate goal, it has not been shown that the 2012 changes to the IFHP are necessary to achieve the government’s aims.

[616] The modifications to the IFHP are part of a comprehensive package of changes that have been made to the Canadian refugee process over the last several years. These changes include faster processing times and removals, temporal restrictions on access to the PRRA and H&C [humanitarian and compassionate] processes, the introduction of the DCO list and a summary claims process for claimants from DCO countries, as well as other measures that have been taken by the Government of Canada. Early evidence indicates that these changes have reduced the overall amount of time that refugee claimants spend in Canada relying on IFHP insurance coverage, thereby reducing the overall cost of the Program.

[617] There is, however, no persuasive evidence to show that the changes to the eligibility and coverage

[614] Pour décider si un traitement ou une peine est « cruel et inusité », les tribunaux canadiens ont examiné de nombreux facteurs dans le cadre d’une sorte d’analyse « coûts-bénéfices ». Ces facteurs comprennent la question de savoir si le traitement va au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre un objectif légitime, s’il existe des solutions de rechange appropriées, si le traitement est arbitraire, ainsi que s’il a une valeur ou une fin sociale. Parmi les autres considérations pertinentes, mentionnons la question de savoir si le traitement en question est inacceptable pour une grande partie de la population, s’il s’accorde avec les normes publiques de la décence ou de l’intégrité, s’il choque la conscience collective et s’il est d’une sévérité inhabituelle et donc dégradante pour la dignité et la valeur de l’être humain : *R. c. Smith (Edward Dewey)*, précité, aux pages 1068 et 1069.

[615] En ce qui concerne la question de savoir si le traitement va au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre un objectif légitime, comme nous le verrons plus en détail, plus loin dans l’analyse de l’article premier, bien que la prévention du recours abusif au système de protection des réfugiés soit un objectif légitime, il n’a pas été démontré que les modifications apportées en 2012 au PFSI sont nécessaires pour atteindre les objectifs du gouvernement.

[616] Les modifications apportées au PFSI font partie d’un ensemble complet de modifications qui ont été apportées au processus de traitement des demandes d’asile au Canada au cours des dernières années. Ces modifications comprennent des délais de traitement plus courts et des renvois plus rapides, des restrictions temporelles de l’accès aux processus d’ERAR et de demande CH [considérations d’ordre humanitaire], la création de la liste des POD et un processus de traitement accéléré des demandes présentées par des demandeurs d’asile provenant de POD, ainsi que d’autres mesures prises par le ministre. Il ressort de données préliminaires que les modifications ont permis de réduire, de façon générale, le temps que les demandeurs d’asile passent au Canada à bénéficier de la couverture offerte par le PFSI, ce qui a ainsi permis de diminuer le coût global du Programme.

[617] Je ne dispose, toutefois, d’aucun élément de preuve convaincant selon lequel les modifications

provisions of the IFHP have served to deter unmeritorious claims, thereby reducing the cost of the Program. While the respondents have provided information regarding the overall reduction in refugee claims following the recent changes to the refugee process, there has been no attempt to identify how much of a reduction in refugee claims, if any, is actually attributable to the cuts to the IFHP, as opposed to the other changes that have been made to the refugee determination process. As a consequence, it cannot be said that the 2012 changes to the IFHP were necessary to achieve a legitimate aim.

[618] The cuts to the IFHP are also somewhat arbitrary. Funding for medical care is being allocated in accordance with factors that are completely unrelated to the health needs of those seeking the protection of Canada. While the respondents initially asserted that the Program had been “tailored to meet the [needs of] specific subgroups of beneficiaries who get benefits under the IFH[P]”, when asked to explain how this was, it was conceded that the Program does not in fact respond to the health needs of the various classes of individuals covered under the Program: transcript, Vol. 2, at pages 187–190.

[619] Moreover, as counsel for the applicants pointed out by way of illustration, under the 2012 IFHP, a government-assisted refugee from Burma will have insurance coverage for asthma medication, but a refugee claimant from Burma would not. A pregnant refugee claimant from Iran will have insurance coverage for prenatal and obstetrical care, but a pregnant refugee claimant from Mexico will not. A psychotic refugee claimant from Hungary will have insurance coverage for medications and doctors’ visits, while a suicidal refugee claimant from Hungary will not.

apportées aux dispositions du PFSI en matière d’admissibilité et de couverture ont permis de prévenir la présentation de demandes d’asile non fondées et, ainsi, de réduire le coût du Programme. Bien que les défendeurs aient fourni des renseignements concernant la baisse générale du nombre de demandes d’asile à la suite des récentes modifications apportées au processus de traitement des demandes d’asile, ils n’ont pas tenté d’établir dans quelle mesure la baisse du nombre de demandes d’asile, s’il y a lieu, était effectivement attribuable aux compressions effectuées dans le PFSI, comparativement aux autres modifications qui ont été apportées au processus de détermination du statut de réfugié. Par conséquent, on ne peut pas dire que les modifications apportées au PFSI en 2012 étaient nécessaires pour atteindre un objectif légitime.

[618] Les compressions apportées au PFSI sont aussi quelque peu arbitraires. Le financement des soins médicaux est accordé en fonction de facteurs qui n’ont absolument rien à voir avec les besoins des personnes qui demandent la protection du Canada. Bien que les défendeurs aient initialement soutenu que le programme avait été [TRADUCTION] « conçu pour répondre [aux besoins] de sous-groupes particuliers de personnes qui bénéficient du [P]FSI », lorsqu’on leur a demandé d’expliquer de quelle façon le Programme répondait à ces besoins, ils ont concédé que, dans les faits, le Programme ne répondait pas aux besoins en matière de santé des diverses catégories de personnes visées par le Programme : transcription, vol. 2, aux pages 187 à 190.

[619] De plus, comme les avocats des demandeurs, à titre d’exemple, l’ont souligné, dans le cadre du PFSI de 2012, un réfugié parrainé par le gouvernement provenant du Myanmar bénéficiera d’une assurance pour des médicaments contre l’asthme, mais pas un demandeur d’asile du Myanmar. Une demanderesse d’asile enceinte originaire de l’Iran bénéficiera d’une assurance pour les soins prénataux ou obstétricaux, mais pas une demanderesse d’asile enceinte originaire du Mexique. Un demandeur d’asile psychotique originaire de la Hongrie bénéficiera d’une assurance pour des médicaments et des visites chez le médecin, mais pas un demandeur d’asile suicidaire originaire de la Hongrie.

[620] The changes to the IFHP have limited social value. While cutting the level of benefits provided may result in a cost savings to taxpayers (at least at the federal level), they do not make health care any more accessible to Canadians. Nor do they address an inequity in the health care system between Canadians and refugees and asylum seekers—one of the stated objectives of the changes—because no such unfairness existed in the first place.

[621] Again, as will be explained in greater detail in the context of my section 1 analysis, there was nothing inherently unfair about providing those seeking the protection of Canada (who are admittedly predominately low-income individuals) with a comparable level of health insurance coverage to that provided to low-income Canadians. It is, moreover, difficult to see how it is any fairer to Canadians to provide low-income refugees and asylum seekers with a comparable level of health care to that available to working Canadians who are not on social assistance.

[622] Similarly, it is difficult to see how it is any fairer to Canadians to only provide PHPS coverage to refugee claimants from DCO countries. Nor is it apparent how it is any fairer to Canadians to deny any health care insurance coverage whatsoever to those only entitled to a PRRA. Indeed, one has to ask how fair it is to Canadians to deny insurance coverage to PRRA-only claimants for the diagnosis and treatment of infectious diseases that potentially present a risk to the health and safety of the Canadian public.

[623] While I have insufficient evidence before me to make a finding in this regard, I would also note that there is a real question as to whether the cuts to the IFHP will in fact achieve any real cost savings to taxpayers—another stated objective of the changes—or whether the costs of providing medical care to those seeking the

[620] La valeur sociale des modifications apportées au PFSI est limitée. Même si la réduction des services de soins de santé fournis entraînera peut-être des économies pour les contribuables (du moins pour le gouvernement fédéral), cela ne permet pas de rendre les soins de santé plus accessibles pour les Canadiens. Cela ne permet pas non plus de pallier l'iniquité qui existe dans le système de soins de santé entre les Canadiens et les réfugiés et les demandeurs d'asile — l'un des objectifs énoncés des modifications — parce qu'il n'y a jamais eu d'iniquité de ce genre.

[621] Encore une fois, comme nous le verrons plus en détail dans l'analyse de l'article premier, il n'y avait rien de foncièrement injuste dans le fait de fournir aux personnes qui demandent la protection du Canada (et qui sont certes principalement des personnes à faible revenu) un niveau de couverture d'assurance maladie comparable à celui fourni aux Canadiens à faible revenu. Il est, en outre, difficile de voir comment il est plus juste pour les Canadiens de fournir aux réfugiés à faible revenu et aux demandeurs d'asile un niveau de couverture de soins de santé comparable à celui dont disposent les travailleurs canadiens qui ne sont pas prestataires de l'aide sociale.

[622] De même, il est difficile de voir comment il est plus juste pour les Canadiens de seulement fournir une CSSSSP à des demandeurs d'asile en provenance de POD. Il ne semble pas non plus évident de voir comment cela peut être plus juste pour les Canadiens de refuser quelque couverture d'assurance maladie que ce soit aux personnes ayant seulement droit à un ERAR. En effet, il convient de se demander comment il est juste pour les Canadiens de refuser une couverture d'assurance maladie aux demandeurs d'asile ayant seulement droit à un ERAR pour le diagnostic et le traitement de maladies infectieuses qui présentent possiblement un risque à la santé et la sécurité des Canadiens.

[623] Bien que je ne dispose pas d'éléments de preuve suffisants pour tirer une conclusion à cet égard, je tiens aussi à souligner qu'il existe une véritable question à se poser, à savoir celle de savoir si les compressions dont a fait l'objet le PFSI permettront en réalité aux contribuables de réaliser de véritables économies — un autre

protection of Canada are simply being downloaded to the provinces and others.

[624] The next question is whether the 2012 changes to the IFHP are unacceptable to a large segment of the population. As was noted earlier, the cuts to the IFHP were met with considerable consternation on the part of provincial governments, groups involved in providing health care and other forms of assistance to those seeking the protection of Canada, and newspaper editorial writers.

[625] Some 21 national medical organizations, including the Canadian Medical Association, the Royal College of Physicians and Surgeons of Canada, the College of Family Physicians of Canada, the Canadian Association of Midwives, the Canadian Psychiatric Association, the Canadian Paediatric Society, the Public Health Physicians of Canada and the Canadian Association of Emergency Physicians offered statements expressing concerns with respect to the cuts to the IFHP. As an editorial in the *Calgary Herald* observed, “it’s rare that doctors are so outspoken on political matters”.

[626] A group of these organizations also wrote to the Minister of Citizenship and Immigration on May 18, 2012, decrying the pending changes to the IFHP. Amongst other things, the organizations observed that by failing to provide “upfront health services” there was a risk that undiagnosed and untreated medical conditions would result in increased medical complications, as well as future health care costs. In addition, the failure to address medical concerns would make it more difficult for newcomers to Canada to learn new languages, attend school or enter the job market.

[627] In a June 6, 2012 letter to the Minister of Citizenship and Immigration, the Canadian Psychiatric Association asked “[h]ow are we to tell a woman with PTSD that she can no longer receive an anti-depressant

objectif énoncé dans les modifications — ou si les coûts liés à la fourniture de soins médicaux aux demandeurs d’asile au Canada sont simplement transférés aux provinces et à d’autres intervenants.

[624] La question suivante est de savoir si les modifications apportées au PFSI en 2012 sont inacceptables pour une grande partie de la population. Comme je l’ai déjà mentionné, les compressions dont a fait l’objet le PFSI ont été accueillies avec une grande consternation par les gouvernements provinciaux, par les groupes qui participent à la fourniture de soins de santé et d’autres formes d’aide aux demandeurs d’asile au Canada ainsi que par des éditorialistes de journaux.

[625] Quelque 21 organismes médicaux à l’échelle nationale, y compris l’Association médicale canadienne, le Collège royal des médecins et chirurgiens du Canada, le Collège des médecins de famille du Canada, l’Association canadienne des sages-femmes, l’Association des psychiatres du Canada, la Société canadienne de pédiatrie, Médecins de santé publique du Canada et l’Association canadienne des médecins d’urgence, ont produit des déclarations par lesquelles ils exprimaient leurs inquiétudes relativement aux compressions effectuées dans le PFSI. Comme l’a fait observer un éditorialiste du *Calgary Herald*, [TRADUCTION] « il est rare que des médecins s’expriment aussi ouvertement sur des questions politiques ».

[626] Le 18 mai 2012, un groupe de ces organismes a également écrit au ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration pour décrier les modifications attendues au PFSI. Les organismes ont fait remarquer notamment qu’en l’absence de [TRADUCTION] « services de santé initiaux », il y a un risque que des problèmes de santé non diagnostiqués et non traités entraînent des complications ainsi que des coûts de santé à l’avenir. De plus, le défaut de traiter les problèmes de santé pourrait rendre plus difficile l’apprentissage de nouvelles langues, la fréquentation d’un établissement d’enseignement ou l’entrée sur le marché du travail pour les nouveaux arrivants.

[627] Dans une lettre datée du 6 juin 2012 adressée au ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration, l’Association des psychiatres du Canada a posé la question suivante : [TRADUCTION] « [c]omment peut-on

or an anxiolytic to help her cope with the effects of trauma?” The letter goes on to ask “[h]ow should we tell a recently arrived mother fleeing from danger and suffering from depression that neither she nor her child are eligible for care, simply because of their country of origin?”

[628] A group of health professionals at the McGill University Department of Psychiatry noted their concerns with the changes, observing that, “for example, a rape victim from a Designated Country of Origin suffering from severe depression would not be entitled to either health care or anti-depressant medication unless she is viewed as a threat to others”.

[629] The City of Toronto’s Medical Officer of Health observed that “[r]efugees are an already marginalized group, facing health risks, barriers to access, and difficult and traumatic pre-migration experiences”. Similar concerns were also expressed by the Ontario Medical Association, University of Toronto Department of Psychiatry, the Canadian Healthcare Association, the Catholic Health Alliance of Canada, the Public Health Association of British Columbia, and the Wellesley Institute.

[630] Provincial governments also expressed serious concerns with respect to the changes to the IFHP. For example, as was mentioned earlier, shortly before the 2012 IFHP came into effect the Ontario Minister of Health and Long-Term Care wrote to the federal ministers of Health and Immigration, accusing the Government of Canada of having “abdicat[ed] its responsibility towards some of the most vulnerable in our society”.

[631] The Ontario Health Minister stated that by denying coverage for medications and early health care interventions, people would not seek medical care until

dire à une femme souffrant de l’ESPT qu’elle ne recevra plus d’antidépresseur ou d’anxiolytique pour l’aider à surmonter les effets d’un traumatisme »? L’Association poursuit ainsi dans sa lettre [TRADUCTION] « [c]omment pourrait-on dire à une mère souffrant de dépression, qui a fui le danger et qui est récemment arrivée au Canada, que ni elle ni son enfant ne sont admissibles pour des soins de santé, simplement à cause de leur pays d’origine »?

[628] Un groupe de professionnels de la santé du Département de psychiatrie de l’Université McGill a signalé ses préoccupations concernant les modifications, faisant observer que [TRADUCTION] « par exemple, la victime d’un viol provenant d’un pays d’origine désigné et souffrant d’une grave dépression n’aurait droit ni à des soins de santé ni à des antidépresseurs, à moins qu’elle ne soit considérée comme une menace aux autres ».

[629] Le médecin hygiéniste de la Ville de Toronto a souligné que les [TRADUCTION] « [r]éfugiés constituent déjà un groupe marginalisé, qui est exposé à des risques en matière de santé, qui fait face à des barrières à l’accessibilité et qui a connu des difficultés et des traumatismes prémigratoires ». Certaines institutions ont également exprimé des préoccupations semblables : l’Ontario Medical Association, le département de psychiatrie de l’Université de Toronto, l’Association canadienne des soins de santé, l’Alliance catholique canadienne de la santé, la Public Health Association of British Columbia ainsi que le Wellesley Institute.

[630] Les gouvernements provinciaux ont aussi exprimé de sérieuses réserves relativement aux modifications apportées au PFSI. À titre d’exemple, comme je l’ai déjà mentionné, peu de temps avant l’entrée en vigueur du PFSI de 2012, le ministre de la Santé et des Soins de longue durée de l’Ontario a écrit aux ministres fédéraux de la Santé et de l’Immigration, accusant le gouvernement du Canada d’avoir [TRADUCTION] « abdiqué sa responsabilité à l’égard de certains des plus vulnérables de notre société ».

[631] La ministre de la Santé de l’Ontario a affirmé que les gens qui se voient refuser une couverture d’assurance pour les médicaments et les interventions

they were in need of emergency treatment. She added that in addition to causing “needless pain and suffering”, the failure to treat conditions “will exacerbate the future health care needs [of affected individuals]” and has “effectively downloaded federal costs onto the provincial health care system”.

[632] It will also be recalled that Premier Brad Wall of Saskatchewan was quoted in the newspaper in relation to Mr. Akhtar’s case, stating that “[i]t’s unbelievable ... [t]he decisions that have been taken federally have been having this impact on people who are clearly the most vulnerable”.

[633] Premier Wall went on to say that he did not understand the government’s decision, observing that “it is very much part of Canadian values and Saskatchewan values to want to make sure that these people, who are obviously very vulnerable, especially if they have a medical issue that they developed either before or after they came here, that we help them”.

[634] Newspaper editorials from across the country also decried the changes to the IFHP. A number of these editorials questioned whether any real saving to the taxpayer would be realized as a result, or whether costs would simply be downloaded to the provinces. More importantly for our purposes, they questioned the humanity of subjecting already disadvantaged and vulnerable individuals to this kind of treatment, describing it in one case as “needlessly punitive”: applicants’ compendium, at page 838.

[635] There is, thus, substantial evidence before me, not just of philosophical differences with a government policy choice, but of real outrage on the part of informed, affected individuals and groups at what has been done through the 2012 changes to the IFHP. While this is by no means determinative, it is a strong indication that the

médicales précoces ne chercheront pas à obtenir des soins de santé avant que leur situation ne nécessite un traitement urgent. Elle a ajouté que, en plus d’occasionner des [TRADUCTION] « douleurs et souffrances gratuites », l’omission de traiter les problèmes de santé [TRADUCTION] « exacerbera les besoins futurs en matière de soins de santé [des personnes concernées] » et a [TRADUCTION] « effectivement transféré les coûts fédéraux vers le système de santé provincial ».

[632] Rappelons que le premier ministre de la Saskatchewan, Brad Wall, a déclaré dans un article de presse au sujet du cas de M. Akhtar que [TRADUCTION] « [c]’est incroyable [...] [l]es décisions qui ont été prises par le gouvernement fédéral ont eu de telles répercussions sur des personnes qui sont manifestement les plus vulnérables ».

[633] Le premier ministre Wall a poursuivi en disant qu’il ne comprenait pas la décision du gouvernement, et a précisé que [TRADUCTION] « cela fait partie intégrante des valeurs canadiennes et des valeurs de la Saskatchewan de veiller à ce que ces personnes, qui sont manifestement très vulnérables, surtout si elles sont tombées malades avant ou après leur arrivée au Canada, reçoivent notre aide ».

[634] Les éditorialistes de journaux dans tout le pays ont également décrié les modifications apportées au PFSI. Un certain nombre de ces éditorialistes ont posé la question de savoir si les modifications en question donneraient lieu à quelque véritables économies que ce soit pour le contribuable ou si les coûts seraient simplement transférés aux provinces. Plus important encore en ce qui nous concerne, ils ont remis en question l’humanité d’une mesure visant à soumettre des personnes déjà désavantagées et vulnérables à un traitement de cette nature, qu’ils ont décrit dans un cas comme étant [TRADUCTION] « inutilement punitif » : recueil des demandeurs, à la page 838.

[635] Il existe donc des éléments de preuve importants dont je suis saisie, qui ne témoignent pas simplement de différences philosophiques à l’égard d’un choix de politique d’un gouvernement, mais d’une réelle indignation de la part de personnes et de groupes avisés et touchés par les modifications apportées au PFSI en 2012. Bien

cuts to the IFHP are unacceptable to at least a segment of the Canadian population and do not, in the view of these individuals and organizations, accord with public standards of decency or propriety.

[636] I am, moreover, satisfied that the effects of the 2012 changes to the IFHP are indeed “cruel and unusual” in terms of their impact on affected individuals.

[637] While the negative impact of the 2012 changes to the IFHP is by no means felt exclusively by the children of those seeking the protection of Canada, the cruelty of the changes to the IFHP is especially evident insofar as they affect children.

[638] To the extent that the 2012 changes to the IFHP were intended to act as a deterrent to so-called “bogus” claims, it must be recognized that children ordinarily have no choice in where they live: this is a matter that will be determined by the adults in their lives. Children are thus the innocent victims of world events and family choices.

[639] Nevertheless, the ability of these children to access health care has been severely curtailed by the Governor in Council in its attempt to deter their parents and others from coming to Canada and seeking the protection of this country.

[640] Indeed, the effect of the 2012 changes to the IFHP is to take away insurance coverage for pediatric health care for certain children who are in Canada seeking the protection of this country. Some children will only have insurance coverage for conditions that endanger the public health and safety of Canadians, and others will have no insurance coverage whatsoever for *any* form of health care.

[641] The applicants’ witnesses have provided evidence with respect to the impact of the 2012 changes to

que cela ne soit aucunement déterminant, il s’agit d’une forte indication que les compressions apportées au PFSI sont inacceptables, à tout le moins pour une partie de la population canadienne et, de l’avis de ces personnes et de ces organisations, qu’elles ne s’accordent pas avec les normes publiques de la décence ou de l’intégrité.

[636] De plus, je suis convaincue que les modifications apportées au PFSI en 2012 ont effectivement eu des conséquences « cruelles et inusitées » pour les personnes touchées.

[637] Bien que les conséquences négatives des modifications apportées au PFSI en 2012 soient loin de toucher exclusivement les enfants de demandeurs d’asile au Canada, la cruauté engendrée par ces modifications est en particulier évidente dans le sens où celles-ci affectent les enfants.

[638] Dans la mesure où les modifications apportées au PFSI en 2012 étaient censées avoir un effet dissuasif à ce qui est appelé des demandes d’asile « bidon », il est important de reconnaître qu’habituellement, les enfants ne choisissent pas l’endroit où ils vivent : c’est une question qui est réglée par les adultes qui s’occupent d’eux. Ainsi, les enfants sont des victimes innocentes des événements qui se passent dans le monde et des choix faits par la famille.

[639] Néanmoins, la capacité de ces enfants à avoir accès aux soins de santé a été considérablement réduite par le gouverneur en conseil dans sa tentative de dissuader leurs parents et d’autres personnes de venir au Canada et d’en demander sa protection.

[640] En réalité, les modifications apportées au PFSI en 2012 ont pour effet de supprimer la couverture d’assurance en ce qui concerne les soins de santé pédiatriques pour certains enfants qui sont au Canada afin d’y demander asile. Certains enfants ne seront couverts que dans des situations qui posent un risque pour la santé et la sécurité publiques des Canadiens, et d’autres n’auront pas du tout de couverture médicale, et ce, pour aucune forme de soins de santé.

[641] Les témoins des demandeurs ont fourni des éléments de preuve relativement aux conséquences que

the IFHP on children seeking the protection of Canada. While I have found that the evidence surrounding certain of these cases to be lacking, I note that section 12 jurisprudence permits the use of reasonable hypothetical examples to demonstrate constitutional deficiencies: see, for example, *R. v. Goltz*, [1991] 3 S.C.R. 485 [cited above], at pages 515–516. See also *R. v. Wiles*, 2005 SCC 84, [2005] 3 S.C.R. 895, at paragraph 5; *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668, at paragraph 41.

[642] A “reasonable hypothetical example” is one which is “not far-fetched or only marginally imaginable as a live possibility”. It must not involve “remote or extreme examples”, but must instead “focus on imaginable circumstances which could commonly arise in day-to-day life”: *Goltz*, above [at pages 515–516]. See also *R. v. Wiles*, above; *R. v. Mills*, above.

[643] With this in mind, the following examples serve to illustrate the cruelty of the government’s policy choice insofar as it relates to children.

[644] It will be recalled that the recipients of HCC benefits include refugee claimants from non-DCO countries, refugees, successful PRRA applicants, most privately sponsored refugees, and all refugee claimants whose claims were filed before December 15, 2012, regardless of the claimant’s country of origin.

[645] HCC provides health insurance coverage for medical services of an urgent or essential nature. It does not, however, cover the cost of medications, even if they are required for life-threatening conditions, unless they are required to prevent or treat a disease posing a risk to public health or to treat a condition that is a public safety concern.

[646] As a result, a refugee-claimant child with asthma may be able to access emergency room treatment for an acute asthma attack, but could later be left gasping for breath if his impoverished refugee claimant

les modifications apportées au PFSI ont sur les enfants qui demandent l’asile au Canada. Même si j’ai conclu que la preuve concernant certains de ces cas était insuffisante, je tiens à souligner que la jurisprudence portant sur l’article 12 de la Charte permet l’utilisation d’exemples hypothétiques raisonnables pour démontrer l’existence de vices constitutionnels : voir, par exemple, *R. c. Goltz*, [1991] 3 R.C.S. 485 [précité], aux pages 515 et 516. Voir aussi *R. c. Wiles*, 2005 CSC 84, [2005] 3 R.C.S. 895, au paragraphe 5; *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668, au paragraphe 41.

[642] Un « exemple hypothétique raisonnable » n’est « ni invraisemblable ni difficilement imaginable ». Il ne doit pas consister en des « exemples extrêmes ou n’ayant qu’un faible rapport avec l’espèce », mais plutôt en une norme « centrée sur des circonstances imaginables qui pourraient se présenter couramment dans la vie quotidienne » : *Goltz*, précité [aux pages 515 et 516]. Voir aussi *R. c. Wiles* et *R. c. Mills*, précités.

[643] Si l’on garde cela à l’esprit, les exemples suivants permettent d’illustrer la cruauté du choix de politique du gouvernement en ce qui concerne les enfants.

[644] Il convient de rappeler que les bénéficiaires de la CSS sont notamment les demandeurs d’asile qui ne sont pas des ressortissants de POD, les réfugiés, les demandeurs d’ERAR ayant reçu une décision favorable, la plupart des réfugiés parrainés par le secteur privé et tous les demandeurs d’asile dont les demandes ont été déposées avant le 15 décembre 2012, peu importe leur pays d’origine.

[645] La CSS s’applique à des services médicaux de nature urgente ou essentielle. Toutefois, elle ne couvre pas le coût de médicaments, même s’ils sont nécessaires pour le traitement d’une maladie mortelle, à moins que les médicaments ne soient nécessaires pour prévenir ou traiter une maladie présentant un risque pour la santé publique ou pour traiter un état préoccupant pour la sécurité publique.

[646] Par conséquent, un enfant asthmatique qui demande l’asile pourrait avoir accès à des soins en salle d’urgence pour une crise d’asthme aigüe, mais il pourrait ultérieurement avoir des problèmes à respirer si ses

parents could not afford the cost of the child's asthma medication.

[647] A child with difficulties hearing might receive coverage for a hearing assessment, but may be left hearing impaired if his parents could not afford the cost of a hearing aid. This could impact on the child's ability to attend school, and have long-term consequences for the child's development.

[648] The situation is far worse for children brought to Canada by their parents from designated countries of origin whose refugee claims were filed after December 15, 2012. It will be recalled that these children are only entitled to public health or public safety health care coverage. PHPS coverage only insures those health care services and products that are necessary or required to diagnose, prevent or treat a disease posing a risk to public health, or to diagnose or treat a condition of public safety concern.

[649] As a consequence, a child screaming in pain because of an ear infection would not be entitled to funding for any medical care whatsoever, because an ear infection is not a condition that poses a risk to public health or safety. While the child's parent's might be able to have the child seen by a doctor through a hospital emergency room, no health insurance coverage would be available to assist with the cost of the antibiotics that would be required to treat the infection.

[650] In his affidavit, Dr. Rashid described the case of a young child with a fever and cough who was unable to get a chest x-ray to rule out pneumonia—a potentially life-threatening illness—because the child only had PHPS coverage.

[651] Dr. Caulford described the case of an asthmatic 8-year-old from Africa who began coughing and wheezing more severely because his mother could no longer afford medical care and asthma medications after

parents, demandeurs d'asile et démunis, n'ont pas les moyens de payer le coût des médicaments pour soigner son asthme.

[647] Un enfant atteint de problèmes auditifs pourrait être couvert pour une évaluation de l'audition, mais il pourrait devenir malentendant si ses parents n'ont pas les moyens d'acheter un appareil auditif. Cela pourrait avoir une incidence sur la capacité de l'enfant à fréquenter l'école et des conséquences à long terme sur son développement.

[648] La situation est beaucoup plus grave en ce qui concerne les enfants qui sont amenés au Canada par leurs parents, à partir de pays d'origine désignés, et dont les demandes d'asile ont été déposées après le 15 décembre 2012. Il convient de rappeler que ces enfants n'ont droit qu'à la couverture des soins de santé pour la santé ou la sécurité publiques. La CSSSSP ne couvre que les soins de santé et les produits qui sont essentiels pour diagnostiquer, prévenir ou traiter une maladie qui constitue un risque pour la santé publique ou pour diagnostiquer ou traiter une affection qui constitue un danger pour la sécurité publique.

[649] Par conséquent, un enfant qui crie de douleur en raison d'une infection à l'oreille n'aurait droit à aucune aide financière quant à quelques soins médicaux que ce soit, parce qu'une infection à l'oreille n'est pas une affection qui constitue un danger pour la santé ou la sécurité publiques. Le parent de l'enfant peut faire examiner celui-ci par un médecin dans une salle d'urgence, mais il ne disposera d'aucune couverture d'assurance maladie l'aidant à assumer le coût des antibiotiques nécessaires au traitement de l'infection.

[650] Dans son affidavit, le D^r Rashid a décrit le cas d'un jeune enfant, atteint d'une fièvre et d'une toux, qui était incapable d'obtenir une radiographie pulmonaire afin de savoir s'il était atteint d'une pneumonie — une maladie qui peut être fatale — parce qu'il ne bénéficiait que de la CSSSSP.

[651] Le D^r Caulford a décrit le cas d'un Africain asthmatique, de 8 ans, qui s'est mis à tousser et à respirer difficilement, de façon plus importante, parce sa mère n'avait plus les moyens de le faire soigner et d'acheter

his IFHP coverage was reduced to the PHPS level following the rejection of the family's refugee claim: Caulford affidavit, at paragraph 17.

[652] Similarly, the young girl from a DCO country who has been traumatized by sexual or gang violence in her country of origin would not be entitled to health insurance coverage for any kind of mental health care if she becomes suicidal, as medical care is not available to the child whose mental health condition only poses a risk to the child herself. Once again, emergency hospital care might be available to deal with a suicide attempt, but no insurance coverage would be available for the ongoing psychiatric treatment and medications that could assist in allowing the traumatized child to recover.

[653] Finally, it will be recalled that children who are only entitled to a PRRA are not entitled to any medical care whatsoever, even if they have a health condition that poses a risk to the public health and safety of Canadians.

[654] Thus a young child infected at birth with HIV would have no right to insurance coverage for any kind of medical treatment, effectively condemning the child to an early death.

[655] Not only would a child with active tuberculosis be ineligible for insurance coverage to cover the cost of his or her diagnosis and treatment, the child could also potentially expose family members, friends, teachers and classmates to the disease.

[656] I recognize that many of the situations that could result in claimants only being entitled to a PRRA, such as past involvement in war crimes, are unlikely to arise in the case of children. However, children could find themselves in this position if their parents fail to file their refugee claims in a timely manner, whether it be as a result of ignorance or bad advice: see IRPA subsection 99(3).

des médicaments pour l'asthme après que la couverture auquel elle avait droit en vertu du PFSI eut été réduite au niveau de celle de la CSSSSP suite au rejet de la demande d'asile de la famille : affidavit du D^r Caulford, au paragraphe 17.

[652] Dans la même veine, la jeune fille qui provient d'un POD qui a été traumatisée par la violence sexuelle ou la violence liée aux gangs dans son pays d'origine n'aurait droit à aucune couverture d'assurance-maladie quant à des soins de santé mentale, quels qu'ils soient, si elle devient suicidaire, car des soins médicaux ne sont pas dispensés à l'enfant dont la santé mentale ne constitue un risque que pour lui-même. Je le répète, il est possible d'avoir accès à des soins d'urgence dans les cas de tentative de suicide, mais le traitement psychiatrique qui doit suivre et les médicaments qui peuvent aider l'enfant traumatisé à guérir ne sont pas couverts par une assurance maladie.

[653] Enfin, il convient de rappeler que les enfants qui n'ont droit qu'à un ERAR n'ont droit à aucun soin médical, quels qu'ils soient, même si leur état de santé constitue un risque pour la santé et la sécurité des Canadiens.

[654] Par conséquent, un jeune enfant infecté à la naissance par le VIH n'aurait droit à aucune couverture pour un traitement médical, et il serait condamné effectivement à une mort prématurée.

[655] Non seulement un enfant souffrant de tuberculose n'aurait pas droit à une assurance couvrant le coût de son diagnostic et de son traitement, il serait également susceptible de transmettre la maladie aux membres de la famille, aux amis, aux enseignants et aux camarades de classe.

[656] Je reconnais que bon nombre des cas où les demandeurs n'ont droit qu'à un ERAR, comme la participation antérieure à des crimes de guerre, sont peu susceptibles de se produire dans le cas d'enfants. Toutefois, des enfants pourraient se trouver dans cette situation si leurs parents, par ignorance ou suite à de mauvais conseils, n'ont pas déposé leurs demandes d'asile en temps opportun : voir la LIPR, paragraphe 99(3).

[657] A child could also find him or herself in this position if the child's parent has previously made an unsuccessful refugee claim on behalf of the family: see, for example, *Tobar Toledo v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2013 FCA 226, 454 N.R. 139.

[658] As the Federal Court of Appeal observed in *Toledo*, children do sometimes have to live with the consequences of their parents' actions: at paragraph 67. It is, however, one thing to say that a child has to live with the procedural consequences of his parents' choices, insofar as they relate to access to the refugee determination process. It is quite another thing to say that children should be exposed to unnecessary pain and suffering, potentially putting their very lives at risk, because of choices made by their parents.

[659] As was noted earlier in discussing Canada's international obligations, Canada has recognized its obligations with respect to children, most particularly in the *Convention on the Rights of the Child*. While this Convention has not been incorporated into Canadian law, the respondents accept that it is nevertheless a valuable interpretive aid in determining whether there has been a breach of the Charter.

[660] It will also be recalled that article 6, paragraph 2 of the *Convention on the Rights of the Child* requires Canada to act in the best interests of children, and codifies its obligation as a signatory to ensure to the maximum extent possible, the survival and development of children. The treatment of children described in the preceding paragraphs does not, in my view, conform to this standard.

[661] Moreover, Canada's own domestic law recognizes that the best interests of children should always be taken into account, and contemplates the exercise of *parens patriae* jurisdiction where necessary to ensure that the interests of children are protected. In *Baker*, above, the Supreme Court of Canada recognized that the interests and needs of children, including non-citizen children, are important factors that must be given substantial weight, as they are central humanitarian and compassionate values in Canadian society: at paragraphs 67 and 70.

[657] Un enfant pourrait également se trouver dans cette situation si son parent a déjà présenté, sans succès, une demande d'asile au nom de la famille : voir, par exemple, *Tobar Toledo c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2013 CAF 226.

[658] Comme la Cour d'appel fédérale l'a fait remarquer dans l'arrêt *Toledo*, les enfants doivent parfois subir les conséquences des actes de leurs parents : au paragraphe 67. Toutefois, c'est une chose de dire qu'un enfant doit subir les conséquences, sur le plan procédural, des choix faits par ses parents, dans la mesure où ils ont trait au processus de détermination du statut de réfugié. C'est une tout autre chose de dire que des enfants seraient exposés à des souffrances inutiles et que leurs vies pourraient être en danger en raison des choix faits par leurs parents.

[659] Comme il a déjà été souligné, en discutant de ses obligations internationales, le Canada a reconnu qu'il avait des obligations relativement aux enfants, plus particulièrement en vertu de la Convention sur les enfants. Cette convention n'a pas été incluse dans le droit canadien, mais les défendeurs reconnaissent qu'il s'agit néanmoins d'un outil d'interprétation utile pour déterminer s'il y a eu violation de la Charte.

[660] Il faut également rappeler que le paragraphe 2 de l'article 6 de la Convention sur les enfants exige que le Canada agisse dans l'intérêt supérieur des enfants et codifie son obligation, à titre de signataire, d'assurer dans toute la mesure possible la survie et le développement de l'enfant. Selon moi, le traitement des enfants décrits dans les paragraphes précédents ne respecte pas cette norme.

[661] De plus, le Canada, dans son droit interne, reconnaît que l'intérêt supérieur des enfants devrait toujours être pris en compte et prévoit l'exercice, au besoin, de la compétence *parens patriae* afin de veiller à ce que les intérêts supérieurs des enfants soient protégés. Dans l'arrêt *Baker*, précité, la Cour suprême du Canada a reconnu que les intérêts et les besoins des enfants, y compris des enfants non citoyens, sont des facteurs importants auxquels on doit accorder un poids important, car ils sont des valeurs d'ordre humanitaire centrales dans la société canadienne : aux paragraphes 67 et 70.

[662] I have not, however, been directed by the respondents to *any* evidence that would show that *any* consideration was given by the Governor in Council as to the impact that the 2012 cuts to the IFHP would have on the lives of children affected by the changes.

[663] I fully accept that amongst those who arrive here ostensibly seeking the protection of Canada there will inevitably be some who are not refugees at all, but economic migrants who are attempting to use the refugee system as a back door into this country. There will be others who file refugee claims in an attempt to achieve family reunification in Canada.

[664] Be that as it may, it is surely antithetical to the values of our Canadian society to visit the sins of parents on their innocent children.

[665] While recognizing that it is not binding on me, the words of the Supreme Court of the United States in *Plyler v. Doe*, 457 U.S. 202 (1982) on this point are nevertheless apposite.

[666] In *Plyler v. Doe*, the United States' Supreme Court struck down a state statute denying funding for the education of the children of illegal immigrants. In so doing, the Court stated that the children in question were "special members" of the underclass of illegal immigrants. The Court went on to observe that while "[p]ersuasive arguments support the view that a State may withhold its beneficence from those whose very presence within the United States is the product of their own unlawful conduct. These arguments do not apply with the same force to classifications imposing disabilities on the minor children of such illegal entrants": at pages 219–220.

[667] While recognizing that those who elect to enter the United States illegally should be prepared to bear the consequences of their actions, the Court held that the children of illegal immigrants are not comparably situated. It went on to observe that "[e]ven if the State found it expedient to control the conduct of adults by acting against their children, legislation directing the onus of

[662] Toutefois, les défendeurs ne m'ont présenté aucun élément de preuve démontrant que le gouverneur en conseil a le moins tenu compte de l'incidence que les compressions apportées en 2012 au PFSI auraient sur la vie des enfants touchés par les modifications.

[663] Je reconnais tout à fait que, parmi les personnes qui arrivent ici soi-disant pour solliciter la protection du Canada, il y en aura un certain nombre qui inévitablement ne seront pas des réfugiés, mais seront des migrants économiques qui tentent de se servir du système de protection des réfugiés pour entrer de façon détournée au Canada. Certains autres présenteront des demandes d'asile afin de regrouper leur famille au Canada.

[664] Quoi qu'il en soit, faire retomber les fautes des parents sur leurs enfants innocents va certainement à l'encontre des valeurs de la société canadienne.

[665] Même si je ne suis pas liée par ceux-ci, les propos tenus par la Cour suprême des États-Unis dans l'arrêt *Plyler v. Doe*, 457 U.S. 202 (1982) sur cette question sont néanmoins pertinents.

[666] Dans l'arrêt *Plyler v. Doe*, la Cour suprême des États-Unis a invalidé une loi d'un état qui refusait de fournir du financement pour l'enseignement aux enfants des immigrants illégaux. Ce faisant, la Cour suprême des États-Unis a déclaré que les enfants en question étaient des [TRADUCTION] « membres particuliers » de la sous-catégorie des immigrants illégaux. Elle a ensuite fait remarquer que, bien que [TRADUCTION] « [d]es arguments convaincants étaient l'opinion selon laquelle un état peut priver de sa bienveillance des personnes dont la simple présence aux États Unis est le résultat de leur propre conduite illicite, ces arguments ne s'appliquent pas avec la même vigueur aux classifications imposant des incapacités aux enfants mineurs de ces immigrants illégaux » : aux pages 219 et 220.

[667] Tout en reconnaissant que les personnes qui choisissent d'entrer illégalement aux États-Unis devraient être prêtes à subir les conséquences de leurs actes, la Cour suprême des États-Unis a néanmoins conclu que les enfants d'immigrants illégaux ne sont pas dans une situation comparable. Elle a ensuite affirmé que, [TRADUCTION] « [m]ême si l'état a estimé qu'il était

a parent's misconduct against his children does not comport with fundamental conceptions of justice": at page 220.

[668] Citing its earlier decision in *Weber v. Aetna Casualty & Surety Co.*, 406 U.S. 164 (1972), the Court stated that "[v]isiting ... condemnation on the head of an infant is illogical and unjust. Moreover, imposing disabilities on the ... child is contrary to the basic concept of our system that legal burdens should bear some relationship to individual responsibility or wrongdoing. Obviously, no child is responsible for his birth and penalizing the ... child is an ineffectual — as well as unjust — way of deterring the parent": at page 220 (my emphasis).

[669] There is an important distinction between the children in *Plyler v. Doe* and the children affected by the 2012 changes to the IFHP: the children in this case are generally *not* in this country illegally. With that caveat, the same point may be made in this case. Denying health care insurance coverage to innocent children as a means of affecting the behaviour of their parents and others is illogical and unjust. It constitutes cruel and unusual treatment.

[670] The cruelty of the 2012 changes to the IFHP is not, however, limited to children. Because pregnancy is not a condition that poses a risk to public health or public safety, the pregnant victim of sexual violence from a DCO country will have no coverage for prenatal or obstetrical care, potentially putting the lives of both mother and baby at risk: see CIC's "Interim Federal Health Program Reform: Examples of Coverage for Selected Conditions", at page 5.

[671] Similarly, no health insurance coverage will be available for a refugee claimant from a DCO country who is having a heart attack: CIC's Interim Federal

utile de contrôler les actes des adultes en prenant des mesures contre leurs enfants, la loi qui fait retomber la faute commise par un parent sur ses enfants va à l'encontre de nos conceptions fondamentales de la justice » : à la page 220.

[668] Citant la décision qu'elle a déjà rendue dans l'arrêt *Weber v. Aetna Casualty & Surety Co.*, 406 U.S. 164 (1972), la Cour suprême des États-Unis a déclaré que [TRADUCTION] « faire retomber la condamnation [...] sur un nourrisson est illogique et injuste. De plus, imposer des incapacités à l'enfant [...] va à l'encontre du principe fondamental de notre système selon lequel les obligations légales doivent avoir un certain rapport avec la responsabilité individuelle ou les actes répréhensibles. Manifestement, aucun enfant n'est responsable de sa naissance, et pénaliser l'enfant [...] est une manière inefficace et injuste de décourager le parent » : à la page 220 (non souligné dans l'original).

[669] Il existe une distinction importante entre les enfants en question dans l'arrêt *Plyler v. Doe* et les enfants touchés par les modifications apportées en 2012 au PFSI : les enfants dont il est question en l'espèce ne se trouvent généralement pas illégalement au Canada. Compte tenu de cette mise en garde, on peut prétendre la même chose en l'espèce. Refuser d'accorder une couverture des soins de santé à des enfants innocents dans le but d'influencer le comportement de leurs parents et d'autres personnes est illogique et injuste. Cela constitue un traitement cruel et inusité.

[670] Le caractère cruel des modifications apportées en 2012 au PFSI ne touche toutefois pas que les enfants. Comme la grossesse n'est pas un état qui constitue un risque pour la santé ou la sécurité publiques, la femme enceinte provenant d'un POD qui a été victime de violence sexuelle ne bénéficiera d'aucune assurance quant aux soins prénataux ou obstétricaux, ce qui pourrait mettre en danger la vie de la mère et celle du bébé : voir le guide de CIC intitulé « Réforme du Programme fédéral de santé intérimaire : exemples de couverture offerte en lien avec certains états de santé », à la page 5.

[671] Dans la même veine, le demandeur d'asile provenant d'un POD qui fait une crise cardiaque ne bénéficiera d'aucune assurance maladie : voir le guide

Health Program Reform: Examples of Coverage for Selected Conditions, at page 6.

[672] It is no answer to say, as the respondents suggest, that claimants from DCO countries can simply get health care in their countries of origin. If that is indeed the case, one has to wonder how the availability of health insurance coverage in Canada under the pre-2012 IFHP would have operated as a “pull factor” in the first place.

[673] More fundamentally, however, for some claimants from DCO countries, returning home is simply not an option. The respondents have conceded that not every refugee claimant from a DCO country will be making an unfounded claim. At the hearing, the respondents expressly accepted that there can and will be *bona fide* refugee claims from all of the countries that have been identified as designated countries of origin: transcript, Vol. 2, at pages 170–171.

[674] Recognizing that this is the case, the respondents’ argument actually demonstrates that it is the DCO claimants who cannot return home—those who really are genuine refugees—who are the ones most severely hurt by the cuts to their insurance coverage resulting from the 2012 changes to the IFHP.

[675] Nor is it an answer to say that alternative sources of health care are available to those seeking the protection of Canada, including claimants from DCO countries. As I previously found, it is theoretically possible that such individuals may purchase such care, services or products themselves, or may purchase private medical insurance to cover this type of expenses. However, as a practical matter, this will be beyond the reach of most of those affected by the 2012 changes to the IFHP, given their extreme economic deprivation.

[676] Indeed, the observations of the trial judge in *Chaoulli* that, in light of the costs involved, the

de CIC intitulé « Réforme du Programme fédéral de santé intérimaire : exemples de couverture offerte en lien avec certains états de santé », à la page 6.

[672] Il ne suffit pas de répondre, comme les défendeurs l’affirment, que les demandeurs d’asile provenant des POD n’ont qu’à obtenir des soins de santé dans leur pays d’origine. Si c’est bien le cas, il faut se demander en quoi l’accessibilité à une assurance maladie au Canada en vertu du PFSI qui existait avant 2012 aurait au départ constitué un « facteur d’attraction ».

[673] Toutefois, d’une manière plus fondamentale, pour certains demandeurs d’asile provenant des POD, il n’est pas question de retourner chez eux. Les demandeurs ont reconnu que ce ne sont pas tous les demandeurs d’asile provenant d’un POD qui présenteront une demande non fondée. À l’audience, les défendeurs ont explicitement reconnu qu’il se peut qu’il y ait, et qu’il y aura, des demandes d’asile authentiques provenant de tous les pays qui ont été désignés comme étant un pays d’origine désigné : transcription, aux pages 170 et 171.

[674] Reconnaissant que c’est le cas, l’argument des défendeurs démontre que ce sont les demandeurs d’asile provenant d’un POD qui ne peuvent pas retourner chez eux — ceux qui sont réellement de véritables réfugiés — qui sont les personnes les plus défavorablement touchées par les compressions effectuées quant à leur couverture d’assurance suite aux modifications qui ont été apportées au PFSI en 2012.

[675] Il ne suffit pas non plus de dire qu’il existe d’autres sources de soins de santé auxquelles peuvent avoir recours les personnes qui demandent la protection du Canada, notamment les demandeurs provenant d’un POD. Comme je l’ai déjà conclu, il est théoriquement possible que ces personnes se procurent des soins, des services ou des produits avec leur propre fonds ou souscrivent à une assurance maladie privée afin de payer ce type de dépenses. Toutefois, en pratique, la plupart des personnes concernées par les modifications apportées au PFSI en 2012 n’auront pas les moyens de faire cela étant donné leur extrême dénuement sur le plan économique.

[676] En effet, dans l’arrêt *Chaoulli*, les observations formulées par le juge de première instance selon

economic barriers in that case were so closely related to the possibility of gaining access to healthcare that access to private care was illusory, have similar application here.

[677] Moreover, as was explained earlier in these reasons, there are numerous shortcomings in all of the alternate sources of health care identified by the respondents. They are uncertain and not always timely. Indeed, in some cases, the treatment prescribed by doctors has simply been unavailable to patients.

[678] I have also concluded that forcing individuals to rely on the charity of others is not a reliable or appropriate alternate source of medical care for affected individuals, and that it is demeaning to require desperately ill people to go begging for essential medical treatment.

[679] Nor do the respondents' proposed alternatives take into account the psychological harm inflicted on individuals with serious health conditions as a result of their uncertain or limited access to medical treatment.

[680] Refugee claimants from non-DCO countries also face potentially devastating consequences as a result of the 2012 cuts to the IFHP.

[681] It will be recalled that Mr. Akhtar came to Canada from Pakistan, a non-DCO country, and was waiting for his refugee hearing when he was diagnosed with an aggressive form of lymphoma. Mr. Akhtar and others described "awful" psychological distress that he felt being alone in a strange country, having just been diagnosed with an aggressive cancer, and not knowing whether or not he would be able to get the chemotherapy treatments on which his life depended.

[682] The cruelty of the 2012 changes to the IFHP is also evident as it relates to Mr. Ayubi. As a failed refugee

lesquelles, vu les coûts qui seraient occasionnés, les barrières économiques sont tellement intimement liées à la possibilité d'avoir accès à des soins de santé que l'accès aux soins privés est illusoire, s'appliquent en l'espèce.

[677] En outre, comme je l'ai déjà expliqué dans les présents motifs, il y a de nombreuses déficiences dans l'ensemble des autres sources de soins de santé relevées par les défendeurs. Elles sont incertaines et les soins ne sont pas toujours prodigués en temps opportun. En effet, dans certains cas, les patients ne peuvent tout simplement pas obtenir le traitement prescrit par les médecins.

[678] J'ai également conclu qu'obliger des personnes à compter sur la charité d'autrui n'est pas une façon fiable ou convenable de permettre aux personnes concernées d'obtenir des soins médicaux et qu'il est déshonorant de demander à des personnes gravement malades de demander des traitements médicaux essentiels.

[679] Les solutions proposées par les défendeurs ne tiennent également pas compte du préjudice psychologique infligé aux personnes souffrant de graves problèmes de santé en raison de leur accès incertain ou restreint à un traitement médical.

[680] Les demandeurs d'asile provenant d'un pays autre qu'un POD risquent également de subir des conséquences dévastatrices en raison des compressions apportées au PFSI en 2012.

[681] Il faut se rappeler que M. Akhtar est arrivé au Canada en provenance du Pakistan, un pays qui n'est pas POD, et que, pendant qu'il attendait la tenue de l'audition de sa demande d'asile, on lui a diagnostiqué une forme agressive de lymphome. M. Akhtar et d'autres personnes ont décrit la [TRADUCTION] « terrible » détresse psychologique qu'il a soufferte, tout seul dans un pays étranger, venant tout juste d'apprendre qu'il était atteint d'un cancer agressif, et ne sachant pas s'il serait capable d'obtenir des traitements de chimiothérapie susceptibles de lui sauver la vie.

[682] En ce qui concerne M. Ayubi, le caractère cruel des modifications apportées en 2012 au PFSI est

claimant, Mr. Ayubi only had public health or public safety coverage after June 30, 2012 until May of 2013, when the Minister exercised his discretion under section 7 of the 2012 IFHP to provide him with discretionary IFHP coverage. Mr. Ayubi still does not, however, have insurance coverage for the cost of his medications.

[683] Mr. Ayubi is, however, effectively trapped in this country as he cannot safely return to Afghanistan. Indeed, through the imposition of a moratorium on removals to Afghanistan, the Government of Canada has itself recognized that it is simply too dangerous to allow for the repatriation of Afghan citizens.

[684] As a diabetic, Mr. Ayubi has a life-threatening illness. He is trying to work. He pays his taxes. Nevertheless, he never knows from one day to the next whether he will be able to get the insulin upon which his survival depends. He has already suffered at least one health crisis as a result of his lack of access to necessary medications, and he is now dependent on the charity of others.

[685] Mr. Garcia Rodrigues also suffered great stress and came very close to losing the vision in his eye, because of his lack of insurance coverage. Indeed, it was only as a result of the kindness of Dr. Wong that Mr. Garcia Rodrigues' vision was saved.

[686] In *Smith*, the Supreme Court of Canada identified the question of whether state action is degrading to human dignity and worth as being another factor to consider in determining whether a treatment is cruel and unusual: above, at page 1068.

[687] Access to health care is recognized as being at the core of the preservation of human dignity: see, for example, *Chaoulli*, above, at paragraph 241.

[688] As I have already found, putting individuals affected by the 2012 cuts to the IFHP such as Mr. Ayubi, Mr. Garcia Rodrigues and Mr. Akhtar in the position

également manifeste. À titre de demandeur d'asile débouté, M. Ayubi, après le 30 juin 2012, et ce, jusqu'en mai 2013, ne disposait que de la couverture des soins de santé pour la santé ou la sécurité publiques, alors que le ministre a exercé le pouvoir discrétionnaire que lui confère l'article 7 du PFSI de lui accorder la couverture prévue par le PFSI. M. Ayubi n'est toutefois toujours pas couvert par une assurance quant aux coûts de ses médicaments.

[683] Toutefois, M. Ayubi est effectivement coincé au Canada, car il ne peut pas retourner en toute sécurité en Afghanistan. En effet, en imposant un moratoire sur les renvois vers l'Afghanistan, le Canada a lui-même reconnu qu'il est tout simplement trop dangereux de permettre le rapatriement de citoyens afghans.

[684] À titre de diabétique, M. Ayubi souffre d'une maladie qui met sa vie en danger. Il tente de travailler. Il paye ses impôts. Néanmoins, il ne sait jamais si, du jour au lendemain, il pourra se procurer de l'insuline dont dépend sa survie. Il a déjà souffert d'au moins un problème de santé grave en raison du fait qu'il n'a pas pu obtenir les médicaments nécessaires, et il doit maintenant s'en remettre à la charité d'autrui.

[685] M. Garcia Rodrigues a également souffert d'un stress important et a failli perdre la vue dans son œil parce qu'il n'était pas couvert par une assurance. En effet, c'est seulement grâce à la bonté du Dr Wong que la vue de M. Garcia Rodrigues a été sauvée.

[686] Dans l'arrêt *Smith*, la Cour suprême du Canada a soulevé la question de savoir si les mesures prises par l'État sont dégradantes pour la dignité et la valeur humaine comme un facteur de plus permettant de déterminer si un traitement est cruel ou inusité : voir, par exemple, la page 1068.

[687] L'accès à des soins de santé est reconnu comme étant essentiel à la préservation de la dignité humaine : voir, par exemple, l'arrêt *Chaoulli*, précité, au paragraphe 241.

[688] Comme je l'ai déjà conclu, placer des personnes comme M. Ayubi, M. Garcia Rodrigues et M. Akhtar, qui sont touchées par les compressions apportées

where they have to beg for lifesaving medical treatment is demeaning. It sends the message that their lives are worth less than the lives of others. It is cruel and unusual treatment that violates section 12 of the Charter.

C. Conclusion with Respect to Section 12 of the Charter

[689] For these reasons, I have concluded that while it is open to government to assign priorities and set limits on social benefit plans such as the IFHP, the intentional targeting of an admittedly poor, vulnerable and disadvantaged group takes this situation outside the realm of ordinary Charter challenges to social benefit programs.

[690] With the 2012 changes to the IFHP, the executive branch of the Canadian government has set out to make the lives of disadvantaged individuals even more difficult than they already are in an effort to force those who have sought the protection of this country to leave Canada more quickly, and to deter others from coming here. In light of the unusual circumstances of this case, I am satisfied that the affected individuals are being subjected to “treatment” as contemplated by section 12 of the Charter.

[691] I am also satisfied that this treatment is “cruel and unusual”, particularly, but not exclusively, as it affects children who have been brought to this country by their parents. The cuts to health insurance coverage effected through the 2012 modifications to the IFHP potentially jeopardize the health, and indeed the very lives, of these innocent and vulnerable children in a manner that shocks the conscience and outrages our standards of decency. They violate section 12 of the Charter.

XII. Do the 2012 Changes to the IFHP Violate Section 15 of the Charter?

[692] Subsection 15(1) of the Charter provides that “[e]very individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national

en 2012 au PFSI, dans une situation où ils doivent suppléer afin d’obtenir un traitement médical essentiel à leur survie est humiliant. C’est donner l’impression que leur vie vaut moins que celles des autres. Il s’agit d’un traitement cruel et inusité qui viole l’article 12 de la Charte.

C. Conclusion relative à l’article 12 de la Charte

[689] Pour ces motifs, j’ai conclu que, bien qu’il soit loisible au gouvernement d’établir des priorités et d’imposer des restrictions aux régimes d’avantages sociaux comme le PFSI, le fait de cibler intentionnellement un groupe reconnu comme étant pauvre, vulnérable et défavorisé fait en sorte que la présente situation déborde du cadre des revendications typiques d’avantages sociaux fondées sur la Charte.

[690] Avec les modifications qui ont été apportées en 2012 au PFSI, l’exécutif fédéral a rendu la vie de personnes défavorisées encore plus difficile qu’elle ne l’est déjà dans le but d’obliger les personnes qui ont demandé la protection du Canada à quitter le pays plus rapidement et d’en dissuader d’autres d’y venir. Vu les circonstances exceptionnelles de la présente affaire, je suis convaincue que les personnes touchées sont victimes d’un « traitement » au sens de l’article 12 de la Charte.

[691] Je suis également convaincue que ce traitement est, tout particulièrement mais non exclusivement, « cruel et inusité », car il touche des enfants qui ont été amenés au Canada par leurs parents. Les compressions effectuées quant à l’assurance maladie grâce aux modifications apportées en 2012 au PFSI pourraient compromettre la santé, voir la vie de ces enfants innocents et vulnérables d’une manière qui choque la conscience et qui porte atteinte à la dignité humaine. Elles violent l’article 12 de la Charte.

XII. Les modifications apportées en 2012 au PFSI violent-elles l’article 15 de la Charte?

[692] Le paragraphe 15(1) de la Charte prévoit que « [I]a loi ne fait acception de personne et s’applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées

or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.”

[693] Subsection 15(1) is, however, qualified by subsection 15(2), which provides that “[s]ubsection (1) does not preclude any law, program or activity that has as its object the amelioration of conditions of disadvantaged individuals or groups including those that are disadvantaged because of race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.”

[694] The applicants assert that the 2012 changes to the IFHP create a health care hierarchy whereby the lives of some refugees and refugee claimants—a historically disadvantaged group whose presence is anticipated and authorized by Canadian law—are deemed less worthy of public protection. This, the applicants say, amounts to discrimination under section 15 of the Charter.

[695] The applicants assert that the 2012 changes to the IFHP violate section 15 of the Charter in two ways. First, the 2012 OICs draw a distinction between classes of refugee claimants based upon their country of origin. They provide a lower level of health insurance coverage to individuals coming from DCO countries than is provided to refugee claimants coming from non-DCO countries. According to the applicants, this constitutes discrimination on the basis of national or ethnic origin.

[696] The applicants also submit that the 2012 IFHP draws a distinction between individuals who are lawfully in Canada for the purpose of seeking protection, and other legal residents in Canada who are provided with health insurance benefits by the government. Under the 2012 IFHP, individuals legally in Canada such as Mr. Ayubi and Mr. Garcia Rodrigues are now prevented from obtaining the same level of health benefits as other legal residents in Canada.

sur la race, l’origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l’âge ou les déficiences mentales ou physiques ».

[693] Toutefois, le paragraphe 15(1) est nuancé par le paragraphe 15(2), qui prévoit que « [l]e paragraphe (1) n’a pas pour effet d’interdire les lois, programmes ou activités destinés à améliorer la situation d’individus ou de groupes défavorisés, notamment du fait de leur race, de leur origine nationale ou ethnique, de leur couleur, de leur religion, de leur sexe, de leur âge ou de leurs déficiences mentales ou physiques ».

[694] Les demandeurs font valoir que les modifications apportées au PFSI en 2012 ont pour effet de créer une hiérarchie des soins de santé dans le cadre de laquelle les vies de certains réfugiés et demandeurs d’asile, un groupe historiquement défavorisé dont la présence est prévue et autorisée par le droit canadien, ne sont pas réputées mériter la même protection que celle du reste de la société. Selon les demandeurs, cette distinction constitue de la discrimination au sens de l’article 15 de la Charte.

[695] Les demandeurs soutiennent que les modifications apportées au PFSI en 2012 violent l’article 15 de la Charte de deux façons. Tout d’abord, les décrets de 2012 établissent une distinction entre les différentes catégories de demandeurs d’asile en fonction de leur pays d’origine. Ils prévoient, pour les demandeurs d’asile provenant de POD, un niveau de couverture de soins de santé inférieur à celle offerte aux demandeurs d’asile ne provenant pas de POD. Selon les demandeurs, cela constitue de la discrimination fondée sur l’origine nationale ou ethnique.

[696] Les demandeurs soutiennent également que le PFSI de 2012 établi une distinction entre les personnes qui se trouvent légalement au Canada afin d’en demander la protection et les autres résidents autorisés du Canada à qui le gouvernement fournit une assurance maladie. Dans le cadre du PFSI de 2012, les personnes qui se trouvent légalement au Canada, comme M. Ayubi et M. Garcia Rodrigues, ne peuvent maintenant plus bénéficier du même niveau de couverture de soins de santé que les autres résidents autorisés du Canada.

[697] According to the applicants, this distinction in entitlement to health benefits is based upon the analogous ground of immigration status.

[698] The respondents deny that there has been any violation of section 15 of the Charter on the basis of either the national or ethnic origin or the immigration status of IFHP beneficiaries.

[699] According to the respondents, the 2012 changes to the IFHP do not create a distinction on the basis of the national origin of IFHP beneficiaries because any distinction that may be made arises out of the provisions of the *Immigration and Refugee Protection Act*. The respondents further note that a multitude of countries have been designated as designated countries of origin, arguing that any distinction that may be made between foreign nationals of diverse origins does not constitute discrimination on the basis of “national or ethnic origin”.

[700] If there is any unequal treatment in treating refugee claimants from DCO countries differently from others seeking the protection of Canada, the respondents say that the distinction creates an *advantage* in that it provides access to state-funded health insurance, and not a disadvantage.

[701] Further, by granting DCO claimants a level of state-funded health care benefits, the respondents submit that the Governor in Council is not “perpetuating prejudice or stereotyping”. Rather, the executive branch is recognizing that even though refugee claimants from these countries are generally coming from safe, “non-refugee producing” nations with health care systems that are comparable to that of Canada, they are deserving of a minimum level of state-funded health care while they are in Canada making a refugee claim.

[702] Insofar as the applicants’ arguments regarding alleged discrimination on the basis of immigration status are concerned, the respondents submit that “immigration status” has clearly been rejected by the courts as an

[697] Selon les demandeurs, cette distinction relative à l’admissibilité à une assurance maladie est fondée sur le motif analogue du statut d’immigration.

[698] Les défendeurs nient qu’il y a eu violation des droits garantis par l’article 15 de la Charte parce qu’il y a eu discrimination fondée sur l’origine nationale ou ethnique ou le statut d’immigration des bénéficiaires du PFSI.

[699] Selon les défendeurs, les modifications apportées au PFSI en 2012 ne créent pas une distinction fondée sur l’origine nationale des bénéficiaires du PFSI parce que toute distinction qui peut être faite découle des dispositions de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*. Les défendeurs soulignent aussi qu’une multitude de pays ont été désignés comme étant des pays d’origine désignés et prétendent que toute distinction qui peut être faite entre les ressortissants étrangers d’origines diverses ne constitue pas de la discrimination fondée sur l’« origine nationale ou ethnique ».

[700] S’il existe une différence de traitement entre les demandeurs d’asile provenant de POD et les autres personnes sollicitant la protection du Canada, les défendeurs affirment que la distinction crée un avantage, et non un désavantage, en ce sens qu’elle permet d’avoir accès à une assurance maladie financée par l’État.

[701] En outre, les défendeurs allèguent qu’en accordant aux demandeurs d’asile provenant de POD un certain niveau de soins de santé financés par l’État, le gouverneur en conseil ne [TRADUCTION] « perpétue pas un préjugé et n’applique pas de stéréotypes ». L’exécutif reconnaît plutôt que, même si les demandeurs d’asile provenant de POD sont généralement des personnes arrivant de pays sûrs [TRADUCTION] « qui ne sont pas source de réfugiés » et qui sont dotés de systèmes de soins de santé comparables à celui du Canada, ils ont droit à un niveau minimal de soins de santé financés par l’État pendant qu’ils se trouvent au Canada pour présenter une demande d’asile.

[702] En ce qui concerne les arguments des demandeurs concernant la discrimination alléguée fondée sur le statut d’immigration, les défendeurs allèguent que le « statut d’immigration » a été clairement rejeté par les

analogous ground for the purposes of section 15 of the Charter. As a consequence, the applicants have failed to establish that there is a “distinction” resulting from 2012 changes to the IFHP that would engage the provisions of subsection 15(1) of the Charter.

[703] The respondents also submit that the nature of the interest asserted by the applicants is a right to state-funded health care, which is a right that not even Canadian citizens possess. There are, moreover, shortcomings in the Canadian health care system, and not every Canadian can receive the health care that he or she needs in a timely fashion.

[704] In the alternative to the above arguments, the respondents submit that the 2012 IFHP is an “ameliorative program”, with the result that any potential distinction it creates is thus protected by subsection 15(2) of the Charter. According to the respondents, it is unavoidable that in seeking to help one group, ameliorative programs necessarily exclude others.

[705] Finally, if there is any distinction in the 2012 IFHP that is not saved by subsection 15(2) of the Charter, the respondents submit that the applicants have failed to demonstrate that the distinction constitutes substantive discrimination, with the result that their section 15 arguments must fail.

A. *Legal Principles Governing Section 15 Claims*

[706] In *Andrews v. Law Society British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143 (*Andrews*), the Supreme Court described the subsection 15(1) guarantee of equality as “the broadest of all guarantees”, noting that it “applies to and supports all other rights guaranteed by the *Charter*”: at page 185.

[707] Subsection 15(1) of the Charter is aimed at preventing the drawing of discriminatory distinctions that impact adversely on members of groups identified by reference to the grounds enumerated in section 15 or to analogous grounds: *R. v. Kapp*, 2008 SCC 41, [2008] 2 S.C.R. 483 (*Kapp*).

tribunaux en tant que motif analogue pour les besoins de l’article 15 de la Charte. Par conséquent, les demandeurs n’ont pas établi que les modifications apportées au PFSI en 2012 créent une « distinction » qui entraîne l’application des dispositions du paragraphe 15(1) de la Charte.

[703] Les défendeurs soutiennent aussi que la nature du droit revendiqué par les demandeurs est un droit à des soins de santé financés par l’État, un droit que même les citoyens canadiens ne possèdent pas. En outre, le système de santé canadien comporte des lacunes, et les Canadiens n’ont pas tous accès aux soins de santé dont ils ont besoin en temps opportun.

[704] Subsidièrement aux arguments susmentionnés, les défendeurs soutiennent que le PFSI de 2012 est un « programme améliorateur », de sorte que toute distinction qui peut en découler est protégée par le paragraphe 15(2) de la Charte. Selon les défendeurs, il va de soi que ces programmes améliorateurs, en voulant aider un groupe, en excluent d’autres.

[705] Enfin, les défendeurs allèguent que, s’il existe une distinction créée par le PFSI de 2012 qui n’est pas sauvegardée par le paragraphe 15(2) de la Charte, les demandeurs n’ont pas établi que la distinction constitue de la discrimination réelle, de sorte que leurs arguments fondés sur l’article 15 de la Charte ne peuvent pas être retenus.

A. *Les principes juridiques régissant les arguments fondés sur l’article 15*

[706] Dans l’arrêt *Andrews c. Law Society British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143 (*Andrews*), la Cour suprême du Canada a qualifié la garantie d’égalité prévue au paragraphe 15(1) de « garantie [...] la plus générale de toutes », ajoutant qu’elle « s’applique et sert d’appui à tous les autres droits garantis par la *Charte* » : à la page 185.

[707] Le paragraphe 15(1) de la Charte vise à empêcher les distinctions discriminatoires ayant un effet négatif sur les membres des groupes caractérisés par les motifs énumérés à l’article 15 ou par des motifs analogues : *R. c. Kapp*, 2008 CSC 41, [2008] 2 R.C.S. 483 (*Kapp*).

[708] The focus of subsection 15(1) of the Charter is on “preventing governments from making distinctions based on the enumerated or analogous grounds that: have the effect of perpetuating group disadvantage and prejudice; or impose disadvantage on the basis of stereotyping”: *Kapp*, above, at paragraph 25, emphasis in the original.

[709] The law governing section 15 claims is complex, and has undergone a number of iterations since the Supreme Court’s seminal decision in *Andrews* “set the template” for the Court’s approach to claims under section 15 of the Charter: see *Kapp*, above, at paragraph 14.

[710] The majority in *Andrews* defined “discrimination” as “a distinction, whether intentional or not but based on grounds relating to personal characteristics of the individual or group, which has the effect of imposing burdens, obligations, or disadvantages on such individual or group not imposed upon others, or which withholds or limits access to opportunities, benefits, and advantages available to other members of society”: above, at page 174.

[711] It was also in *Andrews* that the Supreme Court first articulated its commitment to the principle of substantive, rather than formal, equality.

[712] “Formal equality” requires that everyone, regardless of their individual circumstances, be treated in an identical fashion. In contrast, “substantive equality” recognizes that in some circumstances it is necessary to treat different individuals differently, in order that true equality may be realized. In this regard, “substantive equality” is based upon the concept that “[t]he promotion of equality entails the promotion of a society in which all are secure in the knowledge that they are recognized at law as human beings equally deserving of concern, respect and consideration”: *Andrews*, above, at page 171, *per* McIntyre J.

[713] As William Black and Lynn Smith explained in “The Equality Rights”, in Gérald-A. Beaudoin and

[708] Le paragraphe 15(1) de la Charte a pour objet « d’empêcher les gouvernements d’établir des distinctions fondées sur des motifs énumérés ou analogues qui ont pour effet de perpétuer un désavantage ou un préjugé dont un groupe est victime, ou qui imposent un désavantage fondé sur l’application de stéréotypes » : *Kapp*, précité, au paragraphe 25 (italique dans l’original).

[709] Le droit régissant les arguments fondés sur l’article 15 est complexe et il a été réitéré de nombreuses fois depuis que l’arrêt de principe *Andrews* rendu par la Cour suprême du Canada a « établ[i] le modèle » que la Cour doit suivre pour les arguments fondés sur l’article 15 de la Charte : *Kapp*, précité, au paragraphe 14.

[710] Dans l’arrêt *Andrews*, les juges majoritaires ont qualifié la « discrimination » de « distinction, intentionnelle ou non, mais fondée sur des motifs relatifs à des caractéristiques personnelles d’un individu ou d’un groupe d’individus, qui a pour effet d’imposer à cet individu ou à ce groupe des fardeaux, des obligations ou des désavantages non imposés à d’autres ou d’empêcher ou de restreindre l’accès aux possibilités, aux bénéfices et aux avantages offerts à d’autres membres de la société » : précité, à la page 174.

[711] C’est aussi dans l’arrêt *Andrews* que la Cour suprême du Canada a énoncé pour la première fois son engagement à l’égard du principe de l’égalité réelle, plutôt que formelle.

[712] L’« égalité formelle » exige que toute personne, indépendamment des circonstances qui lui sont propres, soit traité d’une manière identique. Par contraste, l’« égalité réelle » reconnaît que, dans certaines circonstances, il est nécessaire de traiter différemment des personnes différentes afin de pouvoir réaliser une véritable égalité. À cet égard, l’« égalité réelle » est fondée sur la notion selon laquelle « [f]avoriser l’égalité emporte favoriser l’existence d’une société où tous ont la certitude que la loi les reconnaît comme des êtres humains qui méritent le même respect, la même déférence et la même considération » : *Andrews*, précité, à la page 171, le juge McIntyre.

[713] Comme l’ont expliqué William Black et Lynn Smith dans « The Equality Rights », Gérald-A.

Errol Mendes, eds., *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 4th ed. (Markham, Ontario: LexisNexis Butterworths, 2005), at page 969:

The term “substantive equality” indicates that one must take account of the outcomes of a challenged law or activity and of the social and economic context in which the claim of inequality arises. Assessing that context requires looking beyond the law that is being challenged and identifying external conditions of inequality that affect those outcomes. Substantive equality requires attention to the “harm” caused by unequal treatment.

[714] In 1999, the Supreme Court of Canada rendered its decision in *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497 (*Law*). In *Law*, the Supreme Court observed that “[a] purposive and contextual approach to discrimination analysis is to be preferred, in order to permit the realization of the strong remedial purpose of the equality guarantee, and to avoid the pitfalls of a formalistic or mechanical approach”: at paragraph 88.

[715] As the Court subsequently observed in *Gosselin*, above, the central lesson of *Law* was the need for a contextual inquiry in order to establish whether a governmental distinction conflicts with the purpose of subsection 15(1) of the Charter, such that “‘a reasonable person in circumstances similar to those of the claimant would find that the legislation which imposes differential treatment has the effect of demeaning his or her dignity’”: see *Gosselin*, above, at paragraph 25, citing *Law*, above, at paragraph 60.

[716] In *Kapp*, the Supreme Court recognized that difficulties had arisen in using human dignity as a legal test. The Court observed that although human dignity is an essential value underlying the subsection 15(1) equality guarantee, “human dignity is an abstract and subjective notion that ... cannot only become confusing and difficult to apply; it has also proven to be an *additional* burden on equality claimants, rather than the philosophical enhancement it was intended to be”: *Kapp*, above, at paragraph 22, emphasis in the original.

Beaudoin et Errol Mendes, dir., *Charte canadienne des droits et libertés*, 4^e éd. (Markham, Ontario : LexisNexis Butterworths, 2005), à la page 969 :

[TRADUCTION] L’expression « égalité réelle » dénote qu’il faut prendre en compte les issues d’une loi ou d’une activité contestée, ainsi que le contexte social et économique dans lequel survient la plainte d’inégalité. L’appréciation de ce contexte oblige à examiner plus que la loi qui est contestée et à cerner les conditions externes d’inégalité qui ont une incidence sur ces issues. L’égalité réelle oblige à prendre en compte le « préjudice » causé par le traitement inégal.

[714] En 1999, la Cour suprême du Canada a rendu l’arrêt *Law c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497 (*Law*). Dans l’arrêt *Law*, la Cour suprême du Canada a fait remarquer qu’« [u]ne démarche fondée sur l’objet et sur le contexte doit plutôt être utilisée en vue de l’analyse relative à la discrimination pour permettre la réalisation de l’important objet réparateur qu’est la garantie d’égalité et pour éviter les pièges d’une démarche formaliste ou automatique » : au paragraphe 88.

[715] Comme la Cour suprême du Canada l’a fait remarquer dans l’arrêt *Gosselin*, précité, la principale leçon à tirer de l’arrêt *Law* est qu’il faut procéder à un examen contextuel afin d’établir si une distinction établie par le gouvernement entre en conflit avec l’objet du paragraphe 15(1) de la Charte, de sorte qu’« ‘une personne raisonnable se trouvant dans une situation semblable à celle du demandeur estimerait que la mesure législative imposant une différence de traitement a pour effet de porter atteinte à sa dignité’ » : *Gosselin*, précité, au paragraphe 25, citant l’arrêt *Law*, précité, au paragraphe 60.

[716] Dans l’arrêt *Kapp*, la Cour suprême du Canada a reconnu que le fait d’utiliser la dignité humaine comme critère juridique suscite des difficultés. La Cour suprême du Canada a déclaré que, bien que la dignité humaine soit une valeur essentielle qui sous-tend le droit à l’égalité garanti par le paragraphe 15(1), « [elle] est une notion abstraite et subjective qui non seulement peut être déroutante et difficile à appliquer [...], mais encore s’est avérée un fardeau *additionnel* pour les parties qui revendiquent le droit à l’égalité, au lieu d’être l’éclaircissement philosophique qu’elle était censée constituer » : *Kapp*, précité, au paragraphe 22 (italique dans l’original).

[717] The Supreme Court observed that the analysis “more usefully focusses on the factors that identify impact amounting to discrimination”, recognizing that the “perpetuation of disadvantage and stereotyping” are the “primary indicators of discrimination”: *Kapp*, above, at paragraph 23. Thus the “central concern” of section 15 is “combatting discrimination, defined in terms of perpetuating disadvantage and stereotyping”: at paragraph 24.

[718] For the purposes of a section 15 Charter analysis, “[d]isadvantage ... connotes vulnerability, prejudice and negative social characterization”: *Kapp*, above, at paragraph 55. In determining whether a government action imposes disadvantage on the basis of “stereotyping”, regard should be had to, amongst other things, “the degree of correspondence between the differential treatment and the claimant group’s reality”: *Kapp*, above, at paragraphs 19 and 23.

[719] Since *Kapp*, the Supreme Court has reminded us of the importance of looking beyond the impugned government action in a section 15 Charter analysis, and of the need to examine the larger social, political and legal context of the legislative distinction in issue: see *Ermineskin Indian Band and Nation v. Canada*, 2009 SCC 9, [2009] 1 S.C.R. 222, at paragraphs 193–194.

[720] Indeed, in *Withler v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 12, [2011] 1 S.C.R. 396 (*Withler*), the Supreme Court stated that “[a]t the end of the day there is only one question: Does the challenged law violate the norm of substantive equality in s. 15(1) of the *Charter*?”: above, at paragraph 2.

[721] Most recently, in *Quebec (Attorney General) v. A.*, 2013 SCC 5, [2013] 1 S.C.R. 61 (*A.G. v. A.*), Justice Abella noted that “the main consideration must be *the impact* of the law on the individual or the group concerned”. She also observed that the purpose of section 15 was “to eliminate the exclusionary barriers faced by individuals in the enumerated or analogous groups in

[717] La Cour suprême du Canada a fait remarquer qu’« il est plus utile d’analyser [...] les facteurs qui permettent de reconnaître l’effet discriminatoire », reconnaissant que la « perpétuation d’un désavantage et [...] l’application de stéréotypes » sont les « principaux indices de discrimination » : *Kapp*, précité, au paragraphe 23. Le « principal enjeu » de l’article 15 est donc « la lutte contre la discrimination, au sens de la perpétuation d’un désavantage et de l’application de stéréotypes » : au paragraphe 24.

[718] Pour les besoins d’une analyse fondée sur l’article 15 de la Charte, le « désavantage [...] dénote la vulnérabilité, un préjugé et une image négative dans la société » : *Kapp*, précité, au paragraphe 55. Pour trancher la question de savoir si une mesure gouvernementale impose un désavantage fondé sur « l’application de stéréotypes », il faut tenir compte, entre autres choses, du « degré de correspondance entre la différence de traitement et la situation réelle du groupe demandeur » : *Kapp*, précité, aux paragraphes 19 et 23.

[719] Depuis l’arrêt *Kapp*, la Cour suprême du Canada nous rappelle qu’il est important de pousser l’examen au-delà de la disposition législative contestée lors d’une analyse fondée sur l’article 15 de la Charte, et qu’il faut examiner le contexte social, politique et juridique plus vaste dans lequel s’inscrit la distinction législative : voir l’arrêt *Bande et nation indiennes d’Ermineskin c. Canada*, 2009 CSC 9, [2009] 1 R.C.S. 222, aux paragraphes 193 et 194.

[720] En effet, dans l’arrêt *Withler c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 12, [2011] 1 R.C.S. 396 (*Withler*), la Cour suprême du Canada a déclaré que « [e]n définitive, une seule question se pose : La mesure contestée transgresse-t-elle la norme d’égalité réelle consacrée par le par. 15(1) de la *Charte*? » : précité, au paragraphe 2.

[721] Plus récemment, dans l’arrêt *Québec (Procureur général) c. A.*, 2013 CSC 5, [2013] 1 R.C.S. 61 (*P.G. c. A.*), la juge Abella a souligné que « la principale considération doit être *l’effet* de la loi sur l’individu ou le groupe concerné ». Elle a aussi fait remarquer que l’article 15 a pour objet « d’éliminer les obstacles qui empêchent les membres d’un groupe énuméré ou analogue d’avoir

gaining meaningful access to what is generally available”: at paragraph 319, citing *Andrews* [at page 165], emphasis in the original.

[722] Thus the test to be used in identifying whether there has been a section 15 violation is whether an applicant can show that the government has made a distinction based on an enumerated or analogous ground and that the distinction’s impact on the individual or group creates a disadvantage by perpetuating prejudice or stereotyping: *A.G. v. A.*, above, at paragraph 324. If the applicant discharges his or her burden in this regard, then the burden shifts to the government to justify the distinction under section 1 of the Charter.

[723] According to *A.G. v. A.*, while prejudice and stereotyping are *indicia* that may help identify discrimination, “they are not discrete elements of the test which the claimant is obliged to demonstrate”: above, at paragraph 325.

[724] “Prejudice” has been described by the Supreme Court as “the holding of pejorative attitudes based on strongly held views about the appropriate capacities or limits of individuals or the groups of which they are a member.” While “stereotyping”, like prejudice, “is a disadvantaging attitude”, it is an attitude “that attributes characteristics to members of a group regardless of their actual capacities”: both quotes from *A.G. v. A.*, above, at paragraph 326.

[725] Citing its earlier decision in *Withler* [at paragraph 38], the Supreme Court held in *A.G. v. A.* that “where the discriminatory effect is said to be the perpetuation of disadvantage or prejudice, evidence that goes to establishing a claimant’s historical position of disadvantage or to demonstrating existing prejudice against the claimant group, as well as the nature of the interest that is affected, will be considered”: above, at paragraph 327.

[726] Caution must, however, be exercised so as to avoid improperly focusing on whether a discriminatory

accès concrètement à des mesures dont dispose la population en général » : au paragraphe 319, citant l’arrêt *Andrews* [à la page 165] (italique dans l’original).

[722] Par conséquent, le critère qui permet d’établir s’il y a eu violation de l’article 15 est la question de savoir si un demandeur peut démontrer que le gouvernement a établi une distinction fondée sur un motif énuméré ou analogue et que l’effet de cette distinction sur l’individu ou le groupe crée un désavantage par la perpétuation d’un préjugé ou l’application d’un stéréotype : *P.G. c. A.*, précité, au paragraphe 324. Si le demandeur s’acquitte de cette obligation, il incombe alors au gouvernement de justifier la distinction au regard de l’article premier de la Charte.

[723] Selon l’arrêt *P.G. c. A.*, bien que les préjugés et l’application de stéréotypes soient des indices susceptibles d’être utiles pour voir s’il y a discrimination, « il ne s’agit pas [...] d’éléments distincts du critère auquel doit satisfaire le demandeur » : précité, au paragraphe 325.

[724] La Cour suprême du Canada a qualifié les « préjugés » d’« attitudes péjoratives reposant sur des opinions bien arrêtées quant aux capacités ou limites propres de personnes ou des groupes auxquels celles-ci appartiennent ». Bien que « l’application de stéréotypes » soit une attitude qui, tout comme un préjugé, « tend à désavantager autrui », c’est une attitude « qui attribue certaines caractéristiques aux membres d’un groupe, sans égard à leurs capacités réelles » : les deux citations sont des extraits de l’arrêt *P.G. c. A.*, précité, au paragraphe 326.

[725] En renvoyant à l’arrêt qu’elle a rendu dans l’affaire *Withler* [au paragraphe 38], la Cour suprême du Canada a statué, dans l’arrêt *P.G. c. A.*, que « dans les cas où l’effet discriminatoire découlerait de la perpétuation d’un désavantage ou d’un préjugé, entreraient en ligne de compte les éléments tendant à prouver qu’un demandeur a été historiquement désavantagé ou fait l’objet de préjugés, ainsi que la nature de l’intérêt touché » : précité, au paragraphe 327.

[726] Il faut cependant se garder de s’attacher à tort à la question de savoir s’il existe une attitude ou une

attitude or conduct exists, rather than on whether the impugned government action has a discriminatory *impact*. As a consequence, it is not necessary that claimants prove that a distinction perpetuates negative attitudes about them: *A.G. v. A.*, above, at paragraphs 327–330.

[727] Ultimately, the question is whether “a distinction has the effect of perpetuating arbitrary disadvantage on the claimant because of his or her membership in an enumerated or analogous group”: *A.G. v. A.*, above, at paragraph 331. As a consequence, “[i]f the state conduct widens the gap between the historically disadvantaged group and the rest of society rather than narrowing it, then it is discriminatory”: at paragraph 332.

[728] With this understanding of the relevant legal principles, I turn now to consider whether the applicants have demonstrated that the 2012 changes to the IFHP create a distinction between refugee claimants from DCO countries and refugee claimants from non-DCO countries in a way that violates section 15 of the Charter.

B. *Does the 2012 IFHP Draw a “Distinction” Between Refugee Claimants from DCO Countries and Non-DCO Countries on the Basis of an Enumerated or Analogous Ground?*

[729] As noted above, the first question that must be addressed is whether the government action in issue, in this case, the changes to the IFHP brought about by the 2012 OICs, creates a “distinction” based on an enumerated or analogous ground under subsection 15(1) of the Charter.

[730] As the Supreme Court observed in *Withler*, above, “inherent in the word ‘distinction’ is the idea that the claimant is treated differently than others”: at paragraph 62.

[731] It will be recalled that unlike the pre-2012 IFHP (which provided the same level of coverage to all those eligible for benefits), the 2012 IFHP regime provides for

conduite discriminatoire, plutôt qu’à la question de savoir si la mesure gouvernementale contestée a un effet discriminatoire. Par conséquent, il n’est pas nécessaire que les demandeurs prouvent qu’une distinction perpétue une attitude négative à leur endroit : *P.G. c. A.*, précité, aux paragraphes 327 à 330.

[727] En définitive, la question qui se pose est celle de savoir si « la distinction a pour effet de perpétuer un désavantage arbitraire à l’égard du demandeur, du fait de son appartenance à un groupe énuméré ou analogue » : *P.G. c. A.*, précité, au paragraphe 331. Par conséquent, « [l]es actes de l’État qui ont pour effet d’élargir, au lieu de rétrécir, l’écart entre le groupe historiquement défavorisé et le reste de la société sont discriminatoires » : au paragraphe 332.

[728] Après cet examen des principes juridiques applicables, j’examinerai maintenant la question de savoir si les demandeurs ont démontré que les modifications apportées au PFSI en 2012 créent une distinction entre les demandeurs d’asile provenant de POD et les demandeurs d’asile provenant de pays qui ne sont pas des POD, d’une manière qui a pour effet de violer l’article 15 de la Charte.

B. *Le PFSI de 2012 établit-il une « distinction » entre les demandeurs d’asile provenant de POD et les demandeurs d’asile ne provenant pas de POD sur le fondement d’un motif énuméré ou analogue?*

[729] Comme je l’ai déjà mentionné, la première question qui doit être examinée est celle de savoir si la mesure gouvernementale en cause, soit, en l’espèce, les modifications apportées au PFSI par les décrets de 2012, crée une « distinction » fondée sur un motif énuméré ou analogue au titre du paragraphe 15(1) de la Charte.

[730] Comme la Cour suprême du Canada l’a fait remarquer dans l’arrêt *Withler*, précité, « [i]l ressort du mot “distinction” l’idée que le demandeur est traité différemment d’autrui » : au paragraphe 62.

[731] Il convient de rappeler que, contrairement à la version du PFSI antérieure à 2012 (qui octroyait le même niveau de couverture à toutes les personnes qui y

different tiers of coverage: expanded health care coverage (EHCC), health care coverage (HCC) and public health or public safety health care coverage (PHPS).

[732] The tier of IFHP coverage that a person is entitled to receive under the 2012 IFHP depends upon a number of factors. Amongst others, these include where the individual is in the refugee determination process; *whether the individual is a national of a designated country of origin*; if the individual is not a refugee claimant, the person's status in Canada; whether the individual receives federally funded resettlement assistance; and whether the individual is being detained.

[733] EHCC is the highest level of health insurance benefits available under the 2012 IFHP. It is roughly equivalent to the level of IFHP benefits provided under the pre-2012 IFHP, and is similar to the level of health insurance coverage available to low-income Canadians. Those entitled to EHCC benefits include most government-assisted refugees and some privately sponsored refugees, as well as victims of human trafficking and some individuals admitted under a public policy or on humanitarian and compassionate grounds.

[734] HCC benefits are similar to the health insurance benefits received by working Canadians through their provincial or territorial health insurance plans, with the proviso that services and products are only covered "if they are of an urgent or essential nature" as defined in the IFHP. Those entitled to HCC benefits include *refugee claimants from non-DCO countries*, recognized refugees, successful PRRA applicants, most privately sponsored refugees, and all refugee claimants whose claims were filed before December 15, 2012, regardless of the claimant's country of origin.

[735] Refugee claimants *from DCO countries* and failed refugee claimants are only entitled to public health or public safety (PHPS) benefits. It will be recalled that PHPS coverage only insures those health care

étaient admissibles), le PFSI de 2012 prévoit différents niveaux de couverture : la couverture des soins de santé élargie (CSSE), la couverture des soins de santé (CSS) et la couverture des soins de santé pour la santé ou la sécurité publiques (CSSSSP).

[732] Le niveau de couverture auquel une personne a droit au titre du PFSI de 2012 dépend d'un certain nombre de facteurs, dont les suivants : À quel stade du processus d'octroi de l'asile la personne se trouve-t-elle?; La personne est-elle ressortissante d'un pays d'origine désigné?; Quel est le statut de la personne, si elle ne demande pas l'asile?; La personne reçoit-elle de l'aide gouvernementale fédérale pour la réinstallation?; La personne est-elle détenue?

[733] La CSSE est le niveau de couverture des soins de santé le plus élevé offert par le PFSI de 2012. Elle est à peu près équivalente aux avantages offerts par le PFSI dans sa version antérieure à 2012 et elle est semblable au niveau de couverture des soins de santé dont disposent les Canadiens à faible revenu. Parmi les personnes ayant droit aux avantages de la CSSE, on retrouve la plupart des réfugiés pris en charge par le gouvernement et certains réfugiés parrainés par le secteur privé, ainsi que les victimes de traite des personnes et les personnes admises au titre d'une politique publique ou pour des motifs d'ordre humanitaire.

[734] La CSS offre une couverture de soins de santé qui est similaire à celle offerte aux travailleurs canadiens par l'intermédiaire des régimes d'assurance maladie provinciaux et territoriaux, sous réserve que les services et les produits sont couverts seulement « s'ils sont urgents ou essentiels » au sens où l'entend le PFSI. Parmi les personnes ayant droit à la CSS, on retrouve les demandeurs d'asile provenant de pays qui ne sont pas des POD, les réfugiés reconnus, les demandeurs ayant reçu une décision favorable au stade de l'ERAR, la plupart des réfugiés parrainés par le secteur privé et les demandeurs d'asile ayant présenté leur demande avant le 15 décembre 2012, sans égard à leur pays d'origine.

[735] Les demandeurs d'asile provenant de POD et les demandeurs d'asile déboutés ont seulement droit à la CSSSSP. Il convient de rappeler que la CSSSSP couvre uniquement les services de soins de santé et les

services and products that are necessary or required to diagnose, prevent or treat a disease posing a risk to public health, or to diagnose or treat a condition of public safety concern.

[736] With respect to refugee claimants from DCO countries, subsection 4(3) of the April 2012 OIC specifically provides that the Minister is not authorized to pay “the cost of health care coverage incurred for refugee claimants who are nationals of a country that is, when services or products are provided, designated under subsection 109.1(1) of the Act” (my emphasis).

[737] Thus, as a result of the changes brought about by the Governor in Council through the promulgation of the 2012 OICs, the 2012 IFHP now draws a distinction, on its face, as to the level of health insurance coverage that will be provided to those seeking the protection of Canada based, in part, on the nation from which the claimant comes.

[738] The 2012 IFHP provides a lesser level of health insurance coverage to refugee claimants from DCO countries than is afforded to refugee claimants from non-DCO countries, thereby singling out refugee claimants from DCO countries for adverse differential treatment. This situation is thus readily distinguishable from that which confronted the Federal Court of Appeal in *Toussaint*: above, at paragraphs 104–105.

[739] It is also important to keep in mind that what is at issue in this case is not access to extraordinary or experimental treatment, or what the Supreme Court described in *Auton* as “recent and emergent” treatment: above, at paragraph 56. The effect of the 2012 changes to the IFHP is to deny insurance coverage for basic, “core” medical care that is available to refugee claimants from non-DCO countries under the IFHP and to Canadians under provincial or territorial health insurance programs.

[740] The respondents say that the nature of the interest asserted by the applicants on behalf of refugee

produits nécessaires pour diagnostiquer, prévenir ou traiter une maladie présentant un risque pour la santé publique, ou pour diagnostiquer ou traiter les états pré-occupants pour la santé publique.

[736] Pour ce qui est des demandeurs d’asile provenant de POD, le paragraphe 4(3) du décret d’avril 2012 prévoit expressément que le ministre ne peut pas payer « le coût de la couverture des soins de santé engagé pour les demandeurs d’asile qui sont des ressortissants d’un pays qui, lorsque les services et produits sont fournis, fait l’objet de la désignation visée au paragraphe 109.1(1) de la Loi » (non souligné dans l’original).

[737] Par conséquent, par suite des modifications apportées par le gouverneur en conseil avec la promulgation des décrets de 2012, le PFSI de 2012 établit maintenant une distinction, à première vue, quant au niveau de couverture des soins de santé qui sera offert à ceux qui demandent la protection du Canada en fonction, en partie, du pays d’où ils proviennent.

[738] Le PFSI de 2012 prévoit un niveau de couverture des soins de santé moins élevé pour les demandeurs d’asile provenant de POD que pour les demandeurs d’asile ne provenant pas de POD, et fait donc subir une différence de traitement préjudiciable aux demandeurs d’asile provenant de POD. La présente situation se distingue donc aisément de celle dont la Cour d’appel fédérale était saisie dans l’affaire *Toussaint* : précité, aux paragraphes 104 et 105.

[739] Il est aussi important de se rappeler que la question en litige en l’espèce n’est pas l’accès à un traitement exceptionnel ou expérimental, ou à ce que la Cour suprême du Canada a qualifié, dans l’arrêt *Auton*, de traitement « nouve[au] et recon[u] depuis peu » : précité, au paragraphe 56. Les modifications apportées au PFSI en 2012 ont pour effet de refuser d’accorder une couverture pour les « principaux » soins de santé de base qui sont offerts aux demandeurs d’asile provenant de pays qui ne sont pas des POD, au titre du PFSI, ainsi qu’aux Canadiens, au titre des programmes provinciaux ou territoriaux d’assurance maladie.

[740] Les défendeurs affirment que le droit que les demandeurs revendiquent pour le compte des

claimants from DCO countries is a right to state-funded health care—a right that not even Canadian citizens possess: *Chaoulli*, above.

[741] While I have already concluded in the context of my section 7 analysis that there is no free-standing constitutional right to state-funded health care, that does not provide the respondents with a defence to the applicants' section 15 claim.

[742] Although there may be no obligation on the Governor in Council to provide health insurance coverage to those seeking the protection of Canada, once it chooses to provide such a benefit, “it is obliged to do so in a non-discriminatory manner”: *Eldridge*, above. The Supreme Court went on in *Eldridge* to observe that “[i]n many circumstances, this will require governments to take positive action, for example by extending the scope of a benefit to a previously excluded class of persons”: both quotes at paragraph 73, citations omitted.

[743] It is, moreover, not open to government to enact a law whose policy objectives and provisions single out a disadvantaged group for inferior treatment: *Auton*, above, at paragraph 41, citing *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203 (*Corbiere*).

[744] The respondents say that if there is any distinction in treating claimants from DCO countries differently from others seeking the protection of Canada, this distinction creates the *advantage* of providing access to state-funded health care to refugee claimants from DCO countries, and not a disadvantage. I do not agree.

[745] In this case, we have a government program that provides health insurance coverage to IFHP beneficiaries. However, the eligibility requirements established by the 2012 OICs result in unequal access to that benefit,

demandeurs d'asile provenant de POD est un droit à des soins de santé financés par l'État — un droit que même les citoyens canadiens ne possèdent pas : *Chaoulli*, précité.

[741] Bien que j'aie déjà conclu, dans le contexte de mon analyse fondée sur l'article 7, qu'il n'existe pas de droit constitutionnel distinct à des soins de santé financés par l'État, cela ne constitue pas, pour les défendeurs, un moyen de défense contre l'argument fondé sur l'article 15 des demandeurs.

[742] Bien que le gouverneur en conseil ne soit pas obligé de fournir une assurance maladie aux personnes sollicitant la protection du Canada, à partir du moment où l'État décide d'accorder un tel avantage, « il est obligé de le faire sans discrimination » : *Eldridge*, précité. La Cour suprême du Canada a ajouté, dans l'arrêt *Eldridge*, que « [d]ans bon nombre de cas, les gouvernements auront à prendre des mesures concrètes, par exemple en étendant le champ d'application d'un avantage pour en faire bénéficier une catégorie de personnes jusque-là exclues » : les deux citations sont des extraits du paragraphe 73, renvois omis.

[743] Il n'est, en outre, pas loisible au Parlement ou à une législature d'adopter une loi dont les objectifs de politique générale et les dispositions imposent à un groupe défavorisé un traitement moins favorable : *Auton*, précité, au paragraphe 41, en citant l'arrêt *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203 (*Corbiere*).

[744] Les défendeurs affirment que, si le fait de traiter les demandeurs d'asile provenant de POD différemment des autres personnes sollicitant la protection du Canada établit une distinction, cette distinction crée un avantage, et non un désavantage, en ce sens qu'elle permet aux demandeurs d'asile provenant de POD d'avoir accès à des soins de santé financés par l'État. Je ne souscris pas à cette affirmation.

[745] En l'espèce, il est question d'un programme gouvernemental qui offre une assurance maladie aux bénéficiaires du PFSI. Cependant, les exigences en matière d'admissibilité établies par les décrets de 2012

providing an inferior level of benefits to some IFHP beneficiaries based on the claimant's nation of origin.

[746] The question, then, is whether this unequal access constitutes discrimination on the basis of the "national origin" of the claimants.

[747] The respondents say that there is no such discrimination, as numerous countries have been identified as "designated countries of origin". According to the respondents, distinctions made between foreign nationals of diverse origins do not constitute discrimination on the basis of "national or ethnic origin".

[748] I do not accept this argument. The fact that a program may explicitly exclude Asians, Hispanics and Blacks does not make it any less discriminatory than a program that only excludes Asians.

[749] The respondents also argue that "national or ethnic origin is not the same as citizenship": transcript, Vol. 2, at page 175. In support of this contention, the respondents submit that one can be a citizen of one country, while having a national or ethnic origin that is quite different. The difficulty with this argument is that it equates national origin with ethnic origin, and fails to consider the distinction between the two.

[750] Subsection 15(1) of the Charter prohibits discrimination on the basis of national *or* ethnic origin. The use of the disjunctive "or" suggests that the two terms are not synonymous. It is, moreover, clear that an individual can have one national origin while having a different, or even several different ethnic origins.

[751] The 2012 OICs explicitly state that a lower level of health care benefits will be provided to refugee claimants from certain designated countries of origin. This is clearly discrimination on the basis of the nation that the claimant comes from: that is, their national origin.

ont donné lieu à une inégalité d'accès à cet avantage, en accordant un avantage inférieur à certains bénéficiaires du PFSI en fonction de leur pays d'origine.

[746] La question est donc de savoir si une telle inégalité d'accès constitue de la discrimination fondée sur l'« origine nationale » des demandeurs d'asile.

[747] Les défendeurs allèguent qu'il n'y a pas de discrimination de cette nature, étant donné que de nombreux pays ont été désignés comme étant des « pays d'origine désignés ». Selon les défendeurs, les distinctions établies entre les ressortissants étrangers de diverses origines ne constituent pas de la discrimination fondée sur l'« origine nationale ou ethnique ».

[748] Je ne souscris pas à cet argument. Un programme excluant expressément les Asiatiques, les Hispaniques et les Noirs n'est pas moins discriminatoire qu'un programme excluant uniquement les Asiatiques.

[749] Les défendeurs font aussi valoir que l'[TRADUCTION] « origine nationale ou ethnique n'est pas la même chose que la citoyenneté » : transcription, vol. 2, à la page 175. À l'appui de cet argument, les défendeurs soutiennent qu'une personne peut être citoyenne d'un pays et avoir une origine nationale ou ethnique tout autre. La difficulté que pose cet argument est qu'il assimile l'origine nationale à l'origine ethnique et qu'il ne tient pas compte de la distinction qui existe entre les deux.

[750] Le paragraphe 15(1) de la Charte interdit la discrimination fondée sur l'origine nationale ou ethnique. L'emploi de la conjonction disjonctive « ou » donne à penser que les deux termes ne sont pas synonymes. Il est, en outre, clair qu'une personne peut avoir une origine nationale donnée et avoir une origine ethnique différente, voire même plusieurs origines ethniques différentes.

[751] Les décrets de 2012 prévoient expressément qu'un niveau inférieur de soins de santé sera accordé aux demandeurs d'asile provenant de certains POD. Il s'agit, de toute évidence, de discrimination fondée sur le pays d'où provient le demandeur d'asile, c'est-à-dire, son origine nationale.

[752] The respondents have cited several cases to support their claim that the IFHP does not draw a distinction on the basis of national origin. However, each of these cases is readily distinguishable from the situation that confronts the Court in this case.

[753] *Pawar v. Canada*, 1999 CanLII 8760, 67 C.R.R. (2d) 284 (F.C.A.), involved a challenge to the residency requirement of the *Old Age Security Act*, R.S.C., 1985, c. O-9 brought by individuals who were born abroad. In dismissing the action, the Federal Court of Appeal held that “being born abroad” was not embraced in the concept of “national and ethnic origin” and was neither an enumerated nor an analogous ground under section 15 of the Charter.

[754] The Court in *Pawar* also held that a distinction based upon prior residency in countries without reciprocal pension agreements with Canada had nothing directly to do with the plaintiffs’ “national or ethnic origin”. In other words, the distinction at issue in *Pawar* was not based on the particular country where the individual had previously resided, but rather on whether that country had entered into a reciprocal pension agreement with Canada: at paragraph 2.

[755] In contrast, in this case, the distinction drawn by the 2012 OICs is based entirely on the country that the refugee claimant comes from.

[756] In *Tabingo v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2013 FC 377, [2014] 4 F.C.R. 149, Justice Rennie had to consider whether the cancellation of applications for federal skilled workers based on the date of application under subsection 87.4(1) of the *Immigration and Refugee Protection Act* resulted in a section 15 violation based upon the applicants’ national origin.

[757] Although Justice Rennie observed, at paragraph 120 of *Tabingo* that “the applicants [were] a diverse group. ... [sharing] no commonality of ...

[752] Les défendeurs ont invoqué plusieurs décisions à l’appui de leur allégation selon laquelle le PFSI n’établit pas une distinction fondée sur l’origine nationale. Cependant, chacune de ces affaires se distingue aisément de la situation dont la Cour est saisie en l’espèce.

[753] L’affaire *Pawar c. Canada*, 1999 CanLII 8760 (C.A.F.), portait sur une contestation de la condition de résidence de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse*, L.R.C. (1985), ch. O-9, présentée par des personnes nées à l’étranger. Lorsqu’elle a rejeté l’action, la Cour d’appel fédérale a conclu que « le fait d’être né à l’étranger » n’était pas inclus dans la notion « d’origine nationale ou ethnique » et qu’il ne s’agissait pas non plus d’un motif énuméré ni d’un motif analogue au titre de l’article 15 de la Charte.

[754] Dans l’arrêt *Pawar*, la Cour d’appel fédérale a aussi conclu qu’une distinction fondée sur la résidence préalable dans des pays n’ayant pas conclu d’ententes réciproques avec le Canada en matière de pension n’avait rien à voir directement avec l’« origine nationale ou ethnique » des demandeurs. Autrement dit, la distinction en cause dans l’affaire *Pawar* n’était pas fondée sur le pays particulier où la personne avait résidé précédemment, mais plutôt sur la question de savoir si le pays en question avait conclu une entente réciproque avec le Canada en matière de pension : au paragraphe 2.

[755] En revanche, en l’espèce, la distinction qu’établissent les décrets de 2012 est entièrement fondée sur le pays d’origine du demandeur d’asile.

[756] Dans la décision *Tabingo c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2013 CF 377, [2014] 4 R.C.F. 149, le juge Rennie devait examiner la question de savoir si l’annulation, en application du paragraphe 87.4(1) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*, des demandes au titre de la catégorie des travailleurs qualifiés en fonction de la date de présentation de la demande constituait une violation de l’article 15 fondée sur l’origine nationale des demandeurs.

[757] Bien que le juge Rennie ait fait remarquer, au paragraphe 120 de la décision *Tabingo*, que les « demandeurs forment un groupe diversifié [et] n’ont en commun

national ... origin”, that was *not* the basis for his finding that there had been no section 15 violation.

[758] Justice Rennie accepted that the impact of the decision to cancel visa applications had a differential impact, depending on the location of the visa office to which an applicant had applied as a result of variances in processing rates at different visa offices. However, in concluding that this did not constitute a distinction based on an enumerated or analogous ground for the purposes of section 15 of the Charter, he noted that visa applications were transferred between visa posts, with files from high demand posts being transferred to lower demand posts in order to facilitate timelier processing. Consequently, the differences in clearance rates at various posts did not directly correspond to the applicants' countries of origin. As a consequence, there was no discrimination on the basis of national origin.

[759] It does not, however, follow from the decision in *Tabingo* that there could be no discrimination on the basis of national origin in the hypothetical event that the Government of Canada decided to process visa applications emanating from Great Britain at twice the rate of visa applications from, say, Cameroon, Pakistan and Vietnam (assuming for the sake of argument that visa applicants outside of Canada do in fact have rights under section 15 of the Charter).

[760] The last two cases relied upon by the respondents involved human rights complaints brought under two different human rights statutes, rather than under section 15 of the Charter. Both cases involved complaints with respect to higher tuition fees charged to foreign students in comparison to those charged to Canadian students: *Nova Scotia Confederation of University Faculty Associations v. Nova Scotia (Human Rights Commission)*, 1995 CanLII 4556, 143 N.S.R. (2d) 86 (S.C.) (*Nova Scotia*) and *Simon Fraser University International Students v. Simon Fraser University*, [1996] B.C.C.H.R.D. No. 13 (QL) (*Simon Fraser*).

aucune des caractéristiques que sont [...] l'origine nationale », ce n'est pas la raison pour laquelle il a conclu que l'article 15 n'avait pas été violé.

[758] Le juge Rennie a admis que la décision d'annuler des demandes de visa avait eu une incidence différente, selon le lieu où un demandeur avait présenté sa demande, en raison de la variation des taux de traitement d'un bureau à l'autre. Toutefois, en concluant que cela n'indique pas l'existence d'une distinction fondée sur un motif énuméré ou analogue pour l'application de l'article 15 de la Charte, le juge Rennie a souligné que des demandes de visas avaient été transférées d'un bureau des visas à un autre, les dossiers de bureaux recevant beaucoup de demandes ayant été transférés à des bureaux recevant moins de demandes, afin d'en accélérer le traitement. Ainsi, les différences dans les taux de traitement à divers bureaux ne correspondaient pas directement aux pays d'origine des demandeurs. Par conséquent, il n'y avait pas de discrimination fondée sur l'origine nationale.

[759] Toutefois, on ne peut pas déduire de la décision *Tabingo* qu'il ne pourrait pas y avoir de discrimination fondée sur l'origine nationale dans l'éventualité où le gouvernement du Canada a décidé de traiter des demandes de visas provenant de la Grande-Bretagne à un taux double de celui des demandes de visas provenant par exemple du Cameroun, du Pakistan et du Vietnam (en supposant, aux fins de l'argumentation, que les demandeurs de visas présentant leur demande à l'étranger ont en réalité des droits en vertu de l'article 15 de la Charte).

[760] Les deux dernières décisions invoquées par les défendeurs portaient sur des plaintes en matière de droits de la personne présentées en vertu de deux lois sur les droits de la personne différentes plutôt qu'en vertu de l'article 15 de la Charte. Dans les deux cas, il s'agissait de plaintes concernant des droits de scolarité imposés à des étudiants étrangers qui étaient plus élevés que ceux qui étaient imposés à des étudiants canadiens : *Nova Scotia Confederation of University Faculty Associations v. Nova Scotia (Human Rights Commission)*, 1995 CanLII 4556, 143 N.S.R. (2d) 86 (C. supr.) (*Nova Scotia*) et *Simon Fraser University International Students v. Simon Fraser University*, [1996] B.C.C.H.R.D. n° 13 (QL) (*Simon Fraser*).

[761] The complaints alleged that the differential fee structures constituted discrimination on the basis of the students' race and national or ethnic origin in the *Nova Scotia* case, and on the basis of race and/or place of origin in the *Simon Fraser* case. Both complaints were dismissed.

[762] In *Nova Scotia*, the Court observed that the higher fee did not apply to Canadian citizens and landed immigrants, who may come from many different racial backgrounds and national/ethnic origins. The extra fee was based on the students' citizenship or place of residence, and not on their race or national or ethnic origin. Neither citizenship nor place of residence was a proscribed ground of discrimination under the applicable human rights legislation, with the result that the complaint had to be dismissed.

[763] Similarly, in *Simon Fraser*, international students were charged much higher tuition fees than were charged to Canadian students. In rejecting the complaint, the British Columbia Council of Human Rights observed that the affected students came "from over fifty different countries" and could not "be characterized by race or place of origin." The Tribunal further observed that Canadian students may also come from a variety of other countries: at paragraph 17.

[764] As a result, the Tribunal in *Simon Fraser* concluded that the University's fee policy was based on the citizenship or place of residence of the affected students and their legal status in Canada, and not their race or place of origin. Given that these were not statutorily prohibited grounds of discrimination, it followed that this complaint was also dismissed.

[765] These decisions do not, however, lead to the conclusion that there would be no discrimination on the basis of national origin if higher tuition fees were only charged to students coming from, for example, Hungary,

[761] On alléguait dans les plaintes que les barèmes des droits de scolarité différents constituaient une discrimination fondée sur la race et l'origine nationale ou ethnique des étudiants dans l'affaire *Nova Scotia*, et sur la race et/ou le lieu d'origine dans l'affaire *Simon Fraser*. Les deux plaintes ont été rejetées.

[762] Dans la décision *Nova Scotia*, la Cour a fait remarquer que les droits de scolarité plus élevés ne s'appliquaient pas à des citoyens canadiens ni à des immigrants admis, qui pourraient avoir de nombreuses origines raciales et origines nationales/ethniques différentes. Les droits supplémentaires étaient fonction de la nationalité ou du lieu de résidence des étudiants, et non de leur race ou de leur origine nationale ou ethnique. Ni la nationalité ni le lieu de résidence ne constituaient des motifs de distinction illicites selon les lois sur les droits de la personne applicables, de telle sorte que la plainte a dû être rejetée.

[763] De même, dans la décision *Simon Fraser*, des étudiants étrangers se sont vu imposer des droits de scolarité beaucoup plus élevés que ceux imposés à des étudiants canadiens. Le British Columbia Council of Human Rights a rejeté la plainte et a fait remarquer que les étudiants touchés provenaient [TRADUCTION] « de plus de cinquante pays différents » et qu'ils ne pouvaient pas [TRADUCTION] « être caractérisés par la race ou le lieu d'origine ». Le tribunal a ensuite souligné le fait que les étudiants canadiens pourraient aussi provenir de divers autres pays : au paragraphe 17.

[764] En conséquence, le tribunal a conclu, dans la décision *Simon Fraser*, que la politique de l'université sur les droits de scolarité était fondée sur la citoyenneté ou le lieu de résidence des étudiants touchés ainsi que sur leur statut juridique au Canada, et non sur leur race ou leur lieu d'origine. Compte tenu du fait que les éléments susmentionnés ne constituaient pas des motifs de distinction prohibés par la loi, la plainte a donc aussi été rejetée.

[765] Toutefois, les décisions susmentionnées ne mènent pas à la conclusion selon laquelle il n'y aurait aucune discrimination fondée sur l'origine nationale si des droits de scolarité plus élevés n'étaient imposés qu'à

Mexico and the United States, which would be the more apt analogy to the current case.

[766] As was noted earlier, the April 2012 OIC [subsection 4(3)] specifically provides that the Minister is not authorized to pay “the cost of health care coverage incurred for refugee claimants who are nationals of a country that is, when services or products are provided, designated under subsection 109.1(1) of the Act” (my emphasis). The ordinary meaning of this phrase is to deny a benefit to individuals seeking the protection of Canada from specified countries based upon their national origin, thereby creating a distinction for the purposes of subsection 15(1) of the Charter.

[767] The plain meaning of the term “national origin” is broad enough to include people who are not only born in a particular country, but who come from that country. Indeed, such an interpretation is consistent with the term used in IRPA [section 109.1], namely “Designated Countries of Origin” (my emphasis).

[768] Before leaving this issue, I would also note that my interpretation of “national origin” for the purposes of subsection 15(1) of the Charter as encompassing a prohibition on discrimination between classes of non-citizens based upon their country of origin is one that is also consistent with the provisions of the Refugee Convention, Article 3 which prohibits discrimination against refugees based upon their country of origin.

[769] Although not raised in their memorandum of fact and law, the respondents argued at the hearing that the distinction drawn in the 2012 OICs between refugee claimants from DCO countries and non-DCO countries is one based upon *citizenship*, rather than national origin. As a result, they say there can be no section 15 violation.

[770] As I have already explained, I am satisfied that the 2012 IFHP does indeed make a distinction based upon the national origin of claimants. As a consequence,

des étudiants provenant par exemple de la Hongrie, du Mexique et des États-Unis, ce qui constituerait une analogie plus pertinente avec l’affaire qui nous occupe.

[766] Comme je l’ai déjà souligné, le décret d’avril 2012 [paragraphe 4(3)] prévoit précisément que le ministre ne peut payer « le coût de la couverture des soins de santé engagé pour les demandeurs d’asile qui sont des ressortissants d’un pays qui, lorsque les services et produits sont fournis, fait l’objet de la désignation visée au paragraphe 109.1(1) de la Loi » (non souligné dans l’original). Selon le sens ordinaire de cette phrase, on prive les demandeurs d’asile au Canada en provenance de pays désignés d’un avantage en fonction de leur origine nationale, et cela établit ainsi une distinction pour l’application du paragraphe 15(1) de la Charte.

[767] Le sens ordinaire de l’expression « origine nationale » est suffisamment large pour inclure des personnes qui ne sont pas seulement nées dans un pays en particulier, mais qui proviennent de ce pays. En effet, une telle interprétation est compatible avec l’expression utilisée dans la LIPR [l’article 109.1], à savoir « Désignation de pays d’origine » (non souligné dans l’original).

[768] Avant de passer à une autre question, je voudrais également souligner que mon interprétation de l’expression « origine nationale » pour l’application du paragraphe 15(1) de la Charte en ce qu’il interdit une discrimination entre les classes de non citoyens fondée sur leur pays d’origine est aussi compatible avec les dispositions de la Convention sur les réfugiés, dont l’article 3 interdit la discrimination à l’égard des réfugiés fondée sur le pays d’origine.

[769] Bien que l’argument n’ait pas été soulevé dans leur mémoire des faits et du droit, les défendeurs ont soutenu à l’audience que la distinction établie dans les décrets de 2012 entre les demandeurs d’asile provenant de POD et ceux ne provenant pas de POD est fondée sur la citoyenneté, plutôt que sur l’origine nationale. En conséquence, ils affirment qu’il ne peut y avoir de violation de l’article 15 de la Charte.

[770] Comme je l’ai déjà expliqué, je suis convaincue que le PFSI de 2012 établit bel et bien une distinction fondée sur l’origine nationale des demandeurs d’asile.

it is not strictly necessary to address the respondents' citizenship argument, and I will do so only briefly, particularly given that citizenship was not identified as a basis for the applicants' constitutional challenge in their notice of constitutional question.

[771] I would simply note that to the extent that the respondents submit that any distinction contained in the 2012 OICs was based upon citizenship rather than national origin, it would still be discriminatory, as citizenship has expressly been recognized as an analogous ground for the purposes of section 15 of the Charter: see *Andrews*, above, and *Lavoie v. Canada*, 2002 SCC 23, [2002] 1 S.C.R. 769.

[772] Indeed, as Justice La Forest observed in *Andrews*, “[d]iscrimination on the basis of nationality has from early times been an inseparable companion of discrimination on the basis of race and national or ethnic origin, which are listed in s. 15”: at page 195.

[773] While I recognize that both *Andrews* and *Lavoie* involved distinctions being drawn between Canadian citizens and non-Canadians, as the Supreme Court observed in *Lavoie*, “[o]nce identified, an analogous ground stands as ‘a constant marker of potential legislative discrimination’ and need not be established again in subsequent cases”: at paragraph 2, citing *Corbiere*, above, at paragraphs 7–10, and *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)*, 2000 SCC 69, [2000] 2 S.C.R. 1120, at paragraph 119.

[774] Finally, the respondents submit that the distinction in the 2012 OICs is not discriminatory, as the distinction between DCO and non-DCO countries arises out of the provisions of the *Immigration and Refugee Protection Act*, noting that the applicants have not challenged the statutory DCO designation process in this proceeding.

En conséquence, il n'est pas absolument nécessaire de traiter l'argument relatif à la citoyenneté soulevé par les défendeurs, et je ne me pencherai sur la question que brièvement, surtout compte tenu du fait que l'argument concernant la citoyenneté n'a pas été présenté comme étant un fondement de la contestation constitutionnelle des demandeurs dans leur avis de question constitutionnelle.

[771] Je tiens simplement à souligner que, dans la mesure où les défendeurs soutiennent que toute distinction figurant dans les décrets de 2012 était fondée sur la citoyenneté plutôt que sur l'origine nationale, il s'agit toujours de discrimination, étant donné que la citoyenneté a expressément été reconnue comme étant un motif analogue pour l'application de l'article 15 de la Charte : voir les arrêts *Andrews*, précité, et *Lavoie c. Canada*, 2002 CSC 23, [2002] 1 R.C.S. 769.

[772] En effet, comme l'a fait observer le juge La Forest dans l'arrêt *Andrews*, la « discrimination fondée sur la nationalité a, depuis les tout débuts, toujours accompagné la discrimination fondée sur la race et sur l'origine nationale ou ethnique qui sont des motifs énumérés à l'art. 15 » : à la page 195.

[773] Bien que je reconnaisse que les arrêts *Andrews* et *Lavoie* portent tous les deux sur des distinctions établies entre des citoyens canadiens et des non citoyens canadiens, comme l'a fait remarquer la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Lavoie*, « [u]ne fois identifié, un motif analogue est “un indicateur permanent de discrimination législative potentielle” qui n'a pas à être établi chaque fois par la suite » : au paragraphe 2, citant l'arrêt *Corbiere*, précité, aux paragraphes 7 à 10, et *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2000 CSC 69, [2000] 2 R.C.S. 1120, au paragraphe 119.

[774] Finalement, les défendeurs soutiennent que la distinction établie dans les décrets de 2012 ne sont pas discriminatoire, étant donné que la distinction entre les POD et les pays qui ne sont pas des POD découle des dispositions de la LIPR, soulignant que les demandeurs ne se sont pas opposés au processus de désignation des POD prévu par la loi dans la présente instance.

[775] It is true that the concept of a “designated country of origin” is one that is created by subsection 109.1(1) of IRPA, which allows the Minister of Citizenship and Immigration to designate countries for certain purposes under the IRPA. That does not, however, serve to insulate the 2012 changes to the IFHP from scrutiny under section 15 of the Charter.

[776] What is at issue in this case is not the inclusion of subsection 109.1(1) in IRPA, but rather the decision of the Governor in Council to import the concept of “Designated Countries of Origin” into the 2012 OICs, using it as a criterion for determining who will be eligible for health insurance coverage, and at what level. This decision is clearly reviewable under section 15 of the Charter.

[777] Having concluded that the 2012 OICs create a distinction based on the enumerated ground of national origin, the next issue that must be addressed is the respondents’ assertion that the IFHP is an ameliorative program and that this distinction is thus saved by subsection 15(2) of the Charter.

C. *Is the Subsection 15(1) Breach Saved on the Basis that the IFHP is an Ameliorative Program?*

[778] Subsection 15(2) of the Charter provides that subsection 15(1) of the Charter “does not preclude any law, program or activity that has as its object the amelioration of conditions of disadvantaged individuals or groups including those that are disadvantaged because of race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.”

[779] In the event that this Court were to find that the distinction drawn with respect to the level of IFHP benefits that are made available to refugee claimants from DCO countries relative to those available to refugee claimants from non-DCO countries constitutes a violation of subsection 15(1) of the Charter, the respondents assert that the IFHP is an ameliorative program directed at improving the situation of groups that are in

[775] Il est vrai que la notion de «pays d’origine désigné» a été créée par le paragraphe 109.1(1) de la LIPR, qui permet au ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration de désigner un pays pour l’application de certaines dispositions de la LIPR. Toutefois, cela ne peut soustraire les modifications apportées au PFSI en 2012 à l’examen au titre de l’article 15 de la Charte.

[776] La question en litige en l’espèce n’est pas l’inclusion du paragraphe 109.1(1) dans la LIPR, mais plutôt la décision du gouverneur en conseil d’importer la notion de « Désignation de pays d’origine » dans les décrets de 2012, en l’utilisant comme critère pour déterminer les personnes qui pourront bénéficier de la couverture des soins de santé et le niveau de couverture applicable. Cette décision est manifestement susceptible de contrôle en vertu de l’article 15 de la Charte.

[777] Après avoir conclu que les décrets de 2012 établissent une distinction fondée sur le motif énoncé de l’origine nationale et sur le motif analogue de la citoyenneté, la question suivante qui doit être examinée est l’affirmation des défendeurs selon laquelle le PFSI est un programme améliorateur et que cette distinction est, par conséquent, justifiée par le paragraphe 15(2) de la Charte.

C. *La violation du paragraphe 15(1) de la Charte est-elle justifiée par le fondement selon lequel le PFSI est un programme améliorateur?*

[778] Le paragraphe 15(2) de la Charte prévoit que le paragraphe (1) « n’a pas pour effet d’interdire les lois, programmes ou activités destinés à améliorer la situation d’individus ou de groupes défavorisés, notamment du fait de leur race, de leur origine nationale ou ethnique, de leur couleur, de leur religion, de leur sexe, de leur âge ou de leurs déficiences mentales ou physiques ».

[779] Les défendeurs estiment que, si la Cour devait conclure que la distinction établie par le PFSI relativement au niveau des couvertures qui sont offertes à des demandeurs d’asile provenant de POD par rapport à celles qui sont offertes à des demandeurs ne provenant pas de POD constitue une violation du paragraphe 15(1) de la Charte, il y a lieu de faire valoir que le PFSI est un programme améliorateur orienté vers l’amélioration de

need of assistance in order to enhance substantive equality, as contemplated by subsection 15(2) of the Charter.

[780] That is, the respondents say that the IFHP is a government program that has as its object the amelioration of the health conditions of refugee claimants, refugees and failed claimants in particular circumstances of need in Canada: respondents' memorandum of fact and law, at paragraph 122. They submit that the distinction between the benefits provided to refugee claimants from DCO countries and others serves that purpose in allocating funds to persons from countries whose claims take longer to process, with the result that they are in Canada for a longer period of time.

[781] In *Alberta (Aboriginal Affairs and Northern Development) v. Cunningham*, 2011 SCC 37, [2011] 2 S.C.R. 670 (*Cunningham*), the Supreme Court explained that the purpose of subsection 15(2) of the Charter is to save ameliorative programs from claims of "reverse discrimination": at paragraph 41. It allows governments to implement programs or laws that are designed to improve the situation of members of historically disadvantaged groups to assist in the move towards substantive equality.

[782] The Supreme Court observed in *Cunningham* that subsection 15(2) achieves its purpose by "affirming the validity of ameliorative programs that target particular disadvantaged groups, which might otherwise run afoul of s.15(1) by excluding other groups." The Court further observed that in so doing, "[i]t is unavoidable that ameliorative programs, in seeking to help one group, necessarily exclude others": above, at paragraph 40.

[783] Underlying subsection 15(2) is the notion that "governments should be permitted to target subsets of disadvantaged people on the basis of personal characteristics, while excluding others." The Court recognized that governments may have particular goals in relation to advancing or improving the situation of particular groups, and that they may not be in a position to help all

la situation de groupes qui ont besoin d'aide dans le but de renforcer l'égalité réelle, comme l'envisage le paragraphe 15(2) de la Charte.

[780] Autrement dit, les défendeurs soutiennent que le PFSI est un programme du gouvernement qui a pour objet d'améliorer l'état de santé de demandeurs d'asile, de réfugiés et de demandeurs d'asile déboutés ayant des besoins particuliers au Canada : mémoire des faits et du droit des défendeurs, au paragraphe 122. Ils affirment que la distinction établie entre les couvertures fournies à des demandeurs d'asile provenant de POD et d'autres sert à la réalisation de cet objectif par le fait que des fonds sont attribués à des personnes originaires de pays pour lesquels le temps de traitement des demandes d'asile est plus long, ce qui fait que ces personnes restent au Canada plus longtemps que les autres.

[781] Dans l'arrêt *Alberta (Affaires autochtones et Développement du Nord) c. Cunningham*, 2011 CSC 37, [2011] 2 R.C.S. 670 (*Cunningham*), la Cour suprême du Canada a expliqué que le paragraphe 15(2) de la Charte a pour objet de prémunir les programmes améliorateurs contre les accusations de « discrimination à rebours » : au paragraphe 41. Il permet aux gouvernements de mettre en œuvre des programmes ou des lois qui visent à améliorer la situation de membres de groupes qui ont été défavorisés dans le passé afin de faciliter le passage vers l'égalité réelle.

[782] La Cour suprême du Canada a fait remarquer dans l'arrêt *Cunningham* que l'objectif du paragraphe 15(2) de la Charte est réalisé « en confirmant la validité des programmes améliorateurs visant des groupes défavorisés particuliers, ce qui pourrait autrement contrevenir au par. 15(1) en excluant d'autres groupes ». Elle fait en outre observer que, ce faisant, « [i]l va de soi que ces programmes, en voulant aider un groupe, en excluent d'autres » : précité, au paragraphe 40.

[783] Le principe sous-jacent au paragraphe 15(2) de la Charte est que « les gouvernements devraient pouvoir cibler certains membres d'un groupe défavorisé en raison de caractéristiques personnelles, tout en excluant d'autres ». La Cour a reconnu que les gouvernements peuvent avoir des objectifs particuliers qui consistent à améliorer la situation des membres d'un groupe

of the members of a disadvantaged group at the same time. As a consequence, governments should be permitted to establish priorities, failing which “they may be precluded from using targeted programs to achieve specific goals relating to specific groups”: both quotes from *Cunningham*, above, at paragraph 41.

[784] The first detailed consideration of the scope of the subsection 15(2) exception appears in the Supreme Court’s decision in *Kapp*, above. There, the Court explained that subsections 15(1) and 15(2) of the Charter “work together to promote the vision of substantive equality that underlies s. 15 as a whole.” The Court stated that “[s]ection 15(1) is aimed at preventing discriminatory distinctions that impact adversely on members of groups identified by the grounds enumerated in s. 15 and analogous grounds”, which was “one way of combating discrimination”: *Kapp*, above, at paragraph 16.

[785] That is not, however, the only way to combat discrimination. Governments may also attempt to address discrimination by developing measures that proactively combat discrimination through programs aimed at helping disadvantaged groups improve their situation: *Kapp*, at paragraph 25. Subsection 15(2) of the Charter preserves the right of governments to do so, without the program being struck down under subsection 15(1).

[786] In order to establish that a government program constitutes an ameliorative program for the purposes of subsection 15(2) of the Charter, the government must show “that the program is a genuinely ameliorative program directed at improving the situation of a group that is in need of ameliorative assistance in order to enhance substantive equality”: *Cunningham*, above, at paragraph 44. A “naked declaration” that a program has an ameliorative purpose is not sufficient to attract the protection of subsection 15(2) against a claim of discrimination: *Cunningham*, above, at paragraph 44.

particulier, et qu’ils ne sont peut-être pas en mesure d’aider tous les membres d’un groupe défavorisé en même temps. En conséquence, les gouvernements devraient pouvoir établir des priorités, à défaut de quoi « ils pourraient alors ne pas pouvoir utiliser des programmes ciblés pour atteindre des objectifs précis à l’égard de groupes précis » : les deux citations sont des extraits de l’arrêt *Cunningham*, précité, au paragraphe 41.

[784] Le premier examen détaillé de la portée de l’exception énoncée au paragraphe 15(2) de la Charte apparaît dans l’arrêt *Kapp*, précité, rendu par la Cour suprême du Canada. Dans cet arrêt, la Cour suprême du Canada a expliqué que les paragraphes 15(1) et 15(2) de la Charte « ont pour effet combiné de promouvoir l’idée d’égalité réelle qui sous-tend l’ensemble de l’art. 15 ». La Cour a fait observer que « [l]e paragraphe 15(1) vise à empêcher les distinctions discriminatoires ayant un effet négatif sur les membres des groupes caractérisés par les motifs énumérés à l’art. 15 ou par des motifs analogues », ce qui était « une façon de combattre la discrimination » : *Kapp*, précité, au paragraphe 16.

[785] Ce n’est toutefois pas la seule manière de combattre la discrimination. Les gouvernements peuvent également tenter de s’attaquer à la discrimination en élaborant des mesures qui luttent de manière proactive contre la discrimination au moyen de programmes visant à aider des groupes défavorisés à améliorer leur situation : arrêt *Kapp*, précité, au paragraphe 25. Le paragraphe 15(2) de la Charte préserve le droit des gouvernements d’agir ainsi, sans que le programme soit annulé au titre du paragraphe 15(1) de la Charte.

[786] Pour établir qu’un programme du gouvernement constitue un programme améliorateur pour l’application du paragraphe 15(2) de la Charte, le gouvernement doit démontrer « que le programme est du type qui vise véritablement à améliorer la situation d’un groupe qui a besoin d’une aide amélioratrice afin d’accroître l’égalité réelle » : *Cunningham*, au paragraphe 44. Une « déclaration [d’objet améliorateur] sans plus » ne saurait donner ouverture à la protection que confère le paragraphe 15(2) de la Charte contre une allégation de discrimination : *Cunningham*, au paragraphe 44.

[787] There must also be a correlation between the program in question and the disadvantage suffered by the group that the program is intended to benefit: *Kapp*, above, at paragraph 49.

[788] According to *Cunningham*, if the above conditions are met, subsection 15(2) of the Charter will protect “all distinctions drawn on enumerated or analogous grounds that ‘serve and are necessary to’ the ameliorative purpose”. To show that a distinction is “necessary” to this ameliorative purpose, it must be shown that “the impugned distinction in a general sense serves or advances the object of the program, thus supporting the overall s. 15 goal of substantive equality.” That is, “distinctions that might otherwise be claimed to be discriminatory are permitted, to the extent that they go no further than is justified by the object of the ameliorative program” (my emphasis). To come within the exception created by subsection 15(2) of the Charter, the distinction “must in a real sense serve or advance the ameliorative goal, consistent with s. 15’s purpose of promoting substantive equality”: all quotes from *Cunningham*, above, at paragraph 45.

[789] The Supreme Court identified the “fundamental question” in subsection 15(2) cases as being “up to what point does s. 15(2) protect against a claim of discrimination?”, noting that “[t]he tentative answer suggested by *Kapp* ... is that the distinction must serve or advance the ameliorative goal”: *Cunningham*, at paragraph 46.

[790] The Court went on in *Cunningham* to note that “[a]meliorative programs, by their nature, confer benefits on one group that are not conferred on others.” Such distinctions will generally be protected “if they serve or advance the object of the program, thus promoting substantive equality”, even if, for example, “the included and excluded groups are aboriginals who share a similar history of disadvantage and marginalization”: above, at paragraph 53, citing *Lovelace v. Ontario*, 1997 CanLII

[787] Il doit également y avoir une corrélation entre le programme en question et le désavantage dont est victime le groupe qui est censé bénéficier du programme : *Kapp*, précité, au paragraphe 49.

[788] Selon l’arrêt *Cunningham*, si les conditions susmentionnées sont satisfaites, le paragraphe 15(2) de la Charte protégera « toutes les distinctions fondées sur un motif énuméré ou analogue qui “tendent et sont nécessaires” à la réalisation de l’objet améliorateur ». Pour démontrer qu’une distinction est « [nécessaire] » à la réalisation de l’objet améliorateur, il faut établir que, « dans un sens général, la distinction contestée [tend] à la réalisation de l’objet du programme ou y contribue et que, en conséquence, elle favorise l’atteinte de l’objet d’ensemble de l’art. 15, soit l’égalité réelle ». Autrement dit, « des distinctions potentiellement discriminatoires sont permises dans la mesure où elles n’outrepassent pas l’objet du programme améliorateur » (non souligné dans l’original). Pour pouvoir invoquer l’exception du paragraphe 15(2) de la Charte, la distinction « doit réellement tendre à la réalisation de l’objet améliorateur ou y contribuer, et ainsi être compatible avec l’objet de l’art. 15, soit de promouvoir l’égalité réelle » : toutes les citations sont des extraits de l’arrêt *Cunningham*, précité, au paragraphe 45.

[789] La Cour suprême du Canada a énoncé la « question fondamentale » suivante en ce qui concerne les affaires portant sur le paragraphe 15(2) de la Charte : « jusqu’à quel point le par. 15(2) offre-t-il une protection contre une allégation de discrimination? » Elle a ensuite souligné que « [s]elon la réponse provisoire suggérée par *Kapp* [...], la distinction doit tendre à la réalisation de l’objet améliorateur ou y contribuer » : *Cunningham*, au paragraphe 46.

[790] La Cour suprême du Canada a poursuivi, dans l’arrêt *Cunningham*, en disant que « par leur nature, les programmes améliorateurs confèrent à un groupe des avantages qui ne sont pas conférés à d’autres ». De telles distinctions sont généralement protégées « si elles tendent à la réalisation de l’objet du programme ou y contribuent, faisant ainsi la promotion de l’égalité réelle », même lorsque, par exemple, « les groupes inclus et exclus sont des groupes autochtones ayant une histoire

2265, 33 O.R. (3d) 735 (C.A.) (*Lovelace – O.C.A.*), affd 2000 SCC 37, [2000] 1 S.C.R. 950 (*Lovelace*).

[791] Ameliorative programs are often challenged by those *outside* the group that the program is designed to assist. By way of example, in *Kapp*, a program that provided for the issuance of communal fishing licenses to three aboriginal bands was challenged by commercial fishers, most of whom were non-Aboriginal.

[792] That is not the situation here: in this case, the changes to the IFHP brought about through the 2012 OICs are being challenged on behalf of some of the very individuals that the Program was purportedly designed to benefit, namely refugee claimants from DCO countries and failed refugee claimants.

[793] As the Ontario Court of Appeal observed in *Lovelace – O.C.A.*, “[a] s. 15(2) program that excludes from its reach disadvantaged individuals or groups that the program was designed to benefit likely infringes s. 15(1)”: at page 756 [33 O.R. (3d)]. The Supreme Court of Canada affirmed the Court of Appeal’s decision without specific comment on this point.

[794] This also distinguishes this case from the situation that confronted the Federal Court of Appeal in *Toussaint*. There, the Court was faced with a challenge to the exclusion of illegal immigrants from coverage under the IFHP: that is, a claim of under-inclusiveness brought by someone *outside* the group that the Program was designed to assist. It was in this context that the Federal Court of Appeal observed that if Ms. Toussaint had succeeded in establishing a “distinction” under subsection 15(1), “subsection 15(2) of the Charter might become live”: at paragraph 102.

semblable de désavantages et de marginalisation » : *Cunningham*, précité, au paragraphe 53, citant l’arrêt *Lovelace v. Ontario*, 1997 CanLII 2265, 33 R.J.O. (3^e) 735 (C.A.) (*Lovelace – C.A.O.*), conf. par 2000 CSC 37, [2000] 1 R.C.S. 950 (*Lovelace*).

[791] Les programmes améliorateurs sont souvent contestés par les personnes ne faisant pas partie du groupe dont le programme vise à améliorer la situation. À titre d’exemple, dans l’arrêt *Kapp*, un programme prévoyant l’émission de permis de pêche communautaires à trois bandes autochtones a été contesté par des pêcheurs commerciaux, dont la plupart n’étaient pas Autochtones.

[792] Ce n’est pas le cas dans la situation qui nous intéresse : en l’espèce, les modifications au PFSI introduites par les décrets de 2012 font l’objet de contestations présentées pour le compte de certaines des personnes mêmes auxquelles le Programme est censé bénéficier, soit les demandeurs d’asile provenant des POD et les demandeurs d’asile déboutés.

[793] Comme la Cour d’appel de l’Ontario l’a fait remarquer dans l’arrêt *Lovelace – C.A.O.* [TRADUCTION] « [u]n programme fondé sur le paragraphe 15(2) qui exclut des personnes ou groupes défavorisés que le programme vise à avantager contrevient probablement au paragraphe 15(1) » : à la page 756 [33 R.J.O. (3^e)]. La Cour suprême du Canada a confirmé la décision de la Cour d’appel de l’Ontario, sans toutefois formuler de commentaires sur ce point précis.

[794] Cela permet aussi d’effectuer une distinction entre la présente affaire et les faits auxquels la Cour d’appel fédérale était saisie dans l’arrêt *Toussaint*. Dans cette affaire, la Cour examinait une contestation de l’exclusion des immigrants illégaux de la couverture offerte par le PFSI : c’est-à-dire une allégation de sous-inclusivité présentée par quelqu’un qui ne faisait pas partie du groupe dont le Programme visait à améliorer la situation. C’est dans ce contexte que la Cour d’appel fédérale a fait remarquer que, si M^{me} Toussaint avait réussi à établir l’existence d’une « distinction » selon le paragraphe 15(1), « le paragraphe 15(2) de la Charte aurait pu entrer en jeu » : au paragraphe 102.

[795] In contrast to the situation in *Toussaint*, the 2012 IFHP provides health insurance coverage for those seeking the protection of Canada, but specifically singles out certain refugee claimants for lesser treatment, based upon their country of origin, thus discriminating against refugee claimants from DCO countries, in both purpose and effect.

[796] The respondents say that the IFHP has as its object the amelioration of the health conditions of refugee claimants, refugees and failed claimants in particular circumstances of need in Canada. Given that this is the goal of the Program, it is unclear how the exclusion of refugee claimants from DCO countries from eligibility for basic, “core” health care benefits serves or is necessary to the ameliorative object of the Program or how it advances a goal of enhancing substantive equality.

[797] Indeed, as the Supreme Court observed in *A.G. v. A*, above, “[i]f the state conduct widens the gap between the historically disadvantaged group and the rest of society, rather than narrowing it, then it is discriminatory”: at paragraph 332.

[798] It also bears recalling that the government action at issue in this case is the decision of the Governor in Council to modify the IFHP to *take away* the health insurance coverage that was previously available to refugee claimants from DCO countries. Indeed, it is difficult to understand how the DCO/non-DCO distinction in the IFHP can be characterized as ameliorative when one of the stated goals of the 2012 modifications to the Program was to make things harder for refugees from DCO countries in order to deter other so-called “bogus” claimants from coming to Canada and abusing the generosity of Canadians.

[795] Contrairement à la situation dans l’affaire *Toussaint*, la PFSI de 2012 prévoit une couverture des soins de santé pour les personnes qui demandent la protection du Canada, mais elle isole explicitement certains demandeurs d’asile selon leur pays d’origine en prévoyant moins de traitements, ce qui constitue de la discrimination à l’encontre des demandeurs d’asile provenant de POD, autant quant à son objet que quant à son effet.

[796] Les défendeurs affirment que le PFSI a pour objet l’amélioration de l’état de santé des demandeurs d’asile, des réfugiés et des demandeurs d’asile déboutés lorsque des circonstances particulières font en sorte que ceux-ci ont besoin d’aide au Canada. Puisqu’il s’agit du but du Programme, il n’est pas clair en quoi le fait que les demandeurs d’asile provenant de POD ne peuvent pas se prévaloir du Programme pour obtenir une couverture quant aux soins de santé fondamentaux et « essentiels » soit utile ou nécessaire à l’objet améliorateur du Programme, ni en quoi cette exclusion favorise l’atteinte de l’objectif d’accroître l’égalité réelle.

[797] En fait, comme l’a fait remarquer la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *P.G. c. A.*, précité, « [l]es actes de l’État qui ont pour effet d’élargir, au lieu de rétrécir, l’écart entre le groupe historiquement défavorisé et le reste de la société sont discriminatoires » : au paragraphe 332.

[798] Il convient aussi de rappeler que la mesure de l’État qui est en cause dans la présente affaire est la décision, prise par le gouverneur en conseil, de modifier le PFSI de manière à enlever aux demandeurs d’asile provenant de POD la couverture des soins de santé qui leur était auparavant offerte. Effectivement, il est difficile de comprendre comment la distinction effectuée entre les pays d’origine désignés et les pays qui ne sont pas d’origine désignée dans le PFSI peut être qualifiée « d’amélioratrice », lorsque l’un des objectifs énoncés des modifications apportées au Programme en 2012 était de compliquer la tâche aux réfugiés provenant de POD, en vue de dissuader d’autres soi-disant demandeurs d’asile « bidon » de venir au Canada et d’abuser de la générosité des Canadiens.

[799] In determining whether the IFHP qualifies as an “ameliorative program” for the purposes of subsection 15(2) of the Charter, regard must also be had to whether it was “rational for the state to conclude that the means chosen to reach its ameliorative goal would contribute to that purpose?”. The Supreme Court explained that for a distinction to be rational, “there must be a correlation between the program and the disadvantage suffered by the target group.” While this standard “permits significant deference to the legislature”, it allows for judicial review “where a program nominally seeks to serve the disadvantaged but in practice serves other non-remedial objectives”: all quotes from *Kapp*, above, at paragraph 49.

[800] As was noted earlier, distinctions that might otherwise be claimed to be discriminatory are permitted under subsection 15(2) of the Charter, but only “to the extent that they go no further than is justified by the object of the ameliorative program”: *Cunningham*, at paragraph 45.

[801] The respondents have described the object of the IFHP as being “the amelioration of the health conditions of refugee claimants, refugees and failed claimants in particular circumstances of need in Canada”. They say that “[t]he distinction between DCOs and others serves that purpose in allocating funds to persons from countries whose claims take longer to process such that they are in Canada for a longer period of time”: both quotes from respondents’ memorandum of fact and law, at paragraph 122.

[802] The question is thus whether there is a correlation between the provisions of the IFHP and the disadvantage suffered by the target group.

[803] The respondents argued at the hearing that any distinctions were tailored to meet the specific needs of subgroups of beneficiaries who get benefits under the IFHP. These “needs” were initially identified by the

[799] Pour trancher la question de savoir si le PFSI constitue un « programme améliorateur » pour les besoins du paragraphe 15(2) de la Charte, il faut aussi se poser la question suivante : « Était-il raisonnable que l’État conclue que les moyens choisis pour réaliser son objectif améliorateur permettraient d’atteindre cet objectif? ». La Cour suprême du Canada a expliqué que, pour qu’une distinction soit raisonnable, « il doit y avoir une corrélation entre le programme et le désavantage dont est victime le groupe cible ». Un tel critère « permet au législateur de bénéficier d’une grande déférence », mais il permet aussi de procéder à un contrôle judiciaire « dans le cas où un programme est théoriquement destiné à aider une population défavorisée, alors qu’en pratique il répond à d’autres objectifs non réparateurs » : toutes les citations sont tirées de l’arrêt *Kapp*, précité, au paragraphe 49.

[800] Comme il a été mentionné précédemment, le paragraphe 15(2) [de la Charte] permet les distinctions potentiellement discriminatoires, mais uniquement « dans la mesure où elles n’outrepassent pas l’objet du programme améliorateur » : *Cunningham*, au paragraphe 45.

[801] Selon les défendeurs, l’objet du PFSI consiste en [TRADUCTION] « l’amélioration des conditions de santé des demandeurs d’asile, des réfugiés et des demandeurs d’asile déboutés, lorsque des circonstances particulières font en sorte qu’ils ont besoin d’aide au Canada ». Ils affirment que [TRADUCTION] « la distinction effectuée entre les POD et les autres pays répondent à cet objet, en permettant l’allocation de fonds à des personnes provenant de pays dont les demandes d’asile sont plus longues à traiter et qui sont par conséquent au Canada pour une plus longue période » : les deux citations sont tirées du mémoire des faits et du droit des défendeurs, au paragraphe 122.

[802] La Cour doit donc trancher la question de savoir s’il existe une corrélation entre les dispositions du PFSI et les désavantages dont est victime le groupe cible.

[803] Les défendeurs ont prétendu lors de l’audience que toutes les distinctions étaient conçues de manière à répondre aux besoins précis des sous-groupes de bénéficiaires du PFSI. Les défendeurs avaient initialement

respondents as being health needs: transcript, Vol. 2, at page 188, see also the respondents' memorandum of fact and law, at paragraph 122.

[804] However, the fact that some refugee claimants from DCO countries may be in Canada for less time than claimants from non-DCO countries does not mean that their health conditions and health care needs will be any less acute while they are here than the needs of non-DCO claimants. It does not follow that a refugee claimant from Mexico (a DCO country) who arrives in Canada about to give birth necessarily requires less health care than does a pregnant refugee claimant who has come to Canada from Sri Lanka (a non-DCO country).

[805] Indeed, Ms. Le Bris acknowledged in her cross-examination that the respondents have no data that would suggest that the health needs of refugee claimants from DCO countries are any less than those of refugee claimants from non-DCO countries, nor do they have any evidence to suggest refugee claimants from DCO countries are any more able to pay for their health care than are refugee claimants from non-DCO countries: transcript, questions 105–106.

[806] There is thus no evidence to show that the tiered coverage structure of the IFHP corresponds to the reality of refugee claimants from DCO countries, or to use the language from *Kapp*, that there is a correlation between the distinction drawn in the IFHP and the disadvantage suffered by refugee claimants from DCO countries.

[807] As a consequence, it cannot be said that the distinction between refugee claimants from DCO countries and refugee claimants from non-DCO countries contributes to the stated purpose of “amelioration of the health conditions of refugee claimants, refugees and failed claimants in particular circumstances of need in Canada”.

décrit ces besoins comme étant des besoins en matière de santé : transcription, vol. 2, à la page 188; voir aussi le mémoire des faits et du droit des défendeurs, au paragraphe 122.

[804] Cependant, le fait que certains demandeurs d'asile provenant de POD puissent être au Canada pendant une période plus courte que les demandeurs d'asile ne provenant pas de POD ne signifie pas que l'état de santé et les besoins en matière de soins de santé des demandeurs du premier groupe ne seront pas aussi préoccupants lors de leur passage au Canada que ceux des demandeurs d'asile du deuxième groupe. Il ne s'ensuit pas qu'une demanderesse d'asile à la veille d'accoucher qui arrive au Canada en provenance du Mexique (un POD) a inévitablement besoin de moins de soins de santé qu'une demanderesse d'asile dans la même situation qui provient du Sri Lanka (qui n'est pas un POD).

[805] M^{me} Le Bris a effectivement reconnu en contre-interrogatoire que les défendeurs ne disposent pas de renseignements qui donneraient à penser que les besoins des demandeurs d'asile provenant de POD en matière de santé sont moindres que ceux des demandeurs d'asile ne provenant pas de POD, pas plus qu'ils ne disposent d'éléments de preuve qui laisseraient croire que les demandeurs d'asile provenant de POD sont davantage en mesure de payer leurs soins de santé que ceux qui ne proviennent pas de POD : transcription, questions 105 et 106.

[806] Il n'y a donc aucun élément de preuve qui démontre que la structure de couverture à différents niveaux du PFSI correspond à la réalité des demandeurs d'asile provenant de POD, ou, pour reprendre les termes de l'arrêt *Kapp*, qu'il existe une corrélation entre la distinction établie dans le PFSI et le désavantage dont sont victimes les demandeurs d'asile provenant de POD.

[807] Il en découle que l'on ne peut pas affirmer que la distinction entre les demandeurs d'asile provenant de POD et ceux ne provenant pas de POD contribue à l'objectif énoncé, soit [TRADUCTION] « l'amélioration des conditions de santé des demandeurs d'asile, des réfugiés et des demandeurs d'asile déboutés, lorsque des circonstances particulières font en sorte qu'ils ont besoin d'aide au Canada ».

[808] Having failed to demonstrate that the 2012 changes to the IFHP can be saved as an ameliorative program under subsection 15(2) of the Charter insofar as refugee claimants from DCO countries are concerned, the focus of the analysis returns to subsection 15(1).

[809] The next question for consideration is thus whether the distinction drawn in the IFHP as to the health insurance benefits that are available to refugee claimants from DCO countries relative to those provided to refugee claimants from non-DCO countries creates a disadvantage by perpetuating prejudice or stereotyping, thus violating subsection 15(1) of the Charter.

D. *Do the 2012 OICs Create a Disadvantage by Perpetuating Prejudice or Stereotyping?*

[810] The respondents say that by granting refugee claimants from DCO countries a level of state-funded health insurance coverage, the Governor in Council is not “perpetuating prejudice or stereotyping”. Rather, it is simply recognizing that even though these refugee claimants are from countries that are generally safe, “non-refugee producing” nations with health care systems that are comparable to Canada’s own, they are deserving of a minimum level of state-funded health care while they are in Canada making a refugee claim.

[811] There are several problems with this argument.

[812] The first problem is with the respondents’ starting premise that DCO countries have health care systems that are comparable to that in Canada. The quality or availability of health care is *not* a criterion that is used in designating countries as “designated countries of origin” under IRPA, and I have not been directed to any evidence that would demonstrate that the level of health care that is available in, say, Mexico, is comparable to that which is available in Canada.

[808] Étant donné que les défendeurs n’ont pas réussi à démontrer que les modifications apportées au PFSI en 2012 peuvent être justifiées parce qu’elles s’inscrivent dans le cadre d’un programme améliorateur au titre du paragraphe 15(2) de la Charte en ce qui a trait aux demandeurs d’asile provenant de POD, la Cour doit de nouveau concentrer son analyse sur le paragraphe 15(1).

[809] La prochaine question que la Cour doit examiner est donc celle de savoir si la distinction établie par le PFSI en ce qui a trait à la couverture d’assurance maladie dont peuvent se prévaloir les demandeurs d’asile provenant de POD et celle offerte aux demandeurs d’asile ne provenant pas de POD a pour effet de créer un désavantage par la perpétuation d’un préjugé ou l’application de stéréotypes, ce qui contreviendra au paragraphe 15(1) de la Charte.

D. *Les décrets de 2012 créent-ils un désavantage par la perpétuation d’un préjugé ou l’application de stéréotypes?*

[810] Les défendeurs affirment qu’en permettant aux demandeurs d’asile provenant de POD d’avoir accès à un certain niveau de couverture des soins de santé aux frais de l’État, le gouverneur en conseil ne [TRADUCTION] « perpétue pas un préjugé ou l’application de stéréotypes ». En fait, il reconnaît tout simplement que, même si ces demandeurs d’asile proviennent de pays qui sont généralement sécuritaires, de nations qui « ne génèrent pas de réfugiés » et qui sont dotées de systèmes de santé comparables au nôtre, ils méritent un niveau minimal de couverture des soins de santé fournie par l’État lorsqu’ils sont au Canada pour y présenter une demande d’asile.

[811] Cet argument pose problème, et ce, à plusieurs égards.

[812] Le premier élément problématique est la prémisse des défendeurs selon laquelle les POD sont dotés de systèmes de santé qui sont comparables à celui du Canada. La qualité des soins de santé n’a pas été employée comme critère dans la désignation des « pays d’origine désignés » au titre de la LIPR, et personne n’a porté à ma connaissance des éléments de preuve qui démontreraient que le niveau de soins de santé offert, disons, au Mexique, est comparable à celui offert au Canada.

[813] The second problem with the respondents' argument is that it assumes that a refugee claimant in Canada from a DCO country who develops a serious health condition can simply return home and get the health care that he or she needs in his or her country of origin.

[814] Implicit in this argument is the assumption that there is no merit to the individual's refugee claim and that they are indeed "bogus" refugees (to quote the Minister's spokesperson), with the result that they can safely return home to access the health care that they need.

[815] While this may be true of some claimants from DCO countries, the respondents themselves concede that it is not true of all of them. As was mentioned earlier, the respondents have expressly acknowledged that some claimants from DCO countries do indeed face real persecution in their countries of origin and are in fact genuine refugees.

[816] Indeed, as I have previously noted, the irony of the respondents' argument is that it demonstrates that it is the DCO claimants who cannot return home—those who really are genuine refugees—who are the ones most severely hurt by the cuts to their insurance coverage resulting from the 2012 changes to the IFHP.

[817] The Supreme Court of Canada held in *Auton*, above, that in considering whether a benefit has been conferred in a discriminatory manner where stereotyping of members of the group is at issue, regard must be had to "the purpose of the legislative scheme which confers the benefit and the overall needs it seeks to meet": at paragraph 42.

[818] The Court observed that "[i]f a benefit program excludes a particular group in a way that undercuts the overall purpose of the program, then it is likely to be discriminatory: it amounts to an arbitrary exclusion of a particular group." On the other hand, if "the exclusion

[813] Le deuxième problème que pose l'argument des défendeurs est qu'il tient pour acquis qu'une personne qui demande l'asile au Canada en provenance d'un POD et qui tombe gravement malade peut tout simplement retourner dans son pays d'origine et y obtenir les soins dont elle a besoin.

[814] Cet argument repose sur la présomption implicite selon laquelle la demande d'asile de la personne en question n'est pas fondée et que cette dernière est effectivement une réfugiée « bidon » (pour reprendre les termes du porte-parole du ministre), et qu'elle peut par conséquent retourner dans son pays d'origine en toute sécurité afin d'avoir accès aux soins dont elle a besoin.

[815] Bien que cela puisse être le cas pour certains demandeurs d'asile provenant de POD, les défendeurs eux-mêmes admettent que ce n'est pas le cas pour tous les demandeurs d'asile. Comme il a été mentionné précédemment, les défendeurs ont expressément reconnu que certains demandeurs d'asile provenant de POD sont bel et bien exposés à une persécution réelle dans leurs pays d'origine et qu'ils sont effectivement de véritables réfugiés.

[816] En fait, comme je l'ai déjà fait remarquer, l'argument des défendeurs est ironique : il démontre que ce sont les demandeurs d'asile provenant de POD ne pouvant retourner dans leur pays d'origine — soit, les véritables réfugiés — qui sont les plus touchés par la réduction de leur couverture d'assurance découlant des modifications apportées en 2012 au PFSI.

[817] La Cour suprême du Canada a statué, dans l'arrêt *Auton*, précité, que, lorsqu'il s'agit de décider si un avantage a été conféré de manière discriminatoire et si l'application de stéréotypes concernant les membres du groupe sont en cause, il convient de tenir compte de « l'objectif du régime législatif qui confère l'avantage ainsi que des besoins généraux auxquels il est censé répondre » : au paragraphe 42.

[818] La Cour suprême a fait remarquer que « [l]e régime d'avantages excluant un groupe en particulier d'une manière qui compromet son objectif global sera vraisemblablement discriminatoire, car il exclut arbitrairement un groupe donné ». Par contre, « l'exclusion qui

is consistent with the overarching purpose and scheme of the legislation, it is unlikely to be discriminatory” : *Auton*, above, at paragraph 42.

[819] More recently, *Kapp* taught us that in considering the issue of stereotyping, regard had to be had to the degree of correspondence between the differential treatment and the claimant group’s reality: above, at paragraph 19.

[820] Finally, as the Supreme Court observed in *Gosselin*, government action that is “closely tailored to the reality of the affected group” is unlikely to discriminate within the meaning of subsection 15(1): above, at paragraph 37.

[821] As was noted earlier, the respondents described the object of the IFHP as being “the amelioration of the health conditions of refugee claimants, refugees and failed claimants in particular circumstances of need in Canada”: respondents’ memorandum of fact and law, at paragraph 122.

[822] However, the respondents have also conceded that the 2012 IFHP does not in fact respond to the health needs of the affected individuals. Thus it cannot be said that the changes to the IFHP brought about by the 2012 OICs were “closely tailored to the reality of the affected group”. Indeed, the changes to the Program *limit* access to core health care services to genuine refugee claimants from DCO countries in a manner that undercuts the stated objective of the Program.

[823] The respondents also say that abuse of the IFHP was not the issue, in and of itself, that guided or motivated the 2012 reforms to the Program. The changes to the IFHP were, however, made to support the government’s overall goal of reforming the refugee process and curtailing abuse of the system. According to the respondents, making changes to the IFHP was but one way in which the government could deter unfounded claims and possibly discourage failed refugee claimants from

est compatible avec l’objectif général et l’économie du régime législatif ne sera vraisemblablement pas discriminatoire » : *Auton*, précité, au paragraphe 42.

[819] Plus récemment, l’arrêt *Kapp* nous a enseigné qu’il fallait tenir compte, dans l’examen de la question de l’application des stéréotypes, du degré de correspondance entre la différence de traitement et la situation réelle du groupe demandeur : précité, au paragraphe 19.

[820] En dernier lieu, comme l’a fait remarquer la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *Gosselin*, une mesure gouvernementale « adaptée spécifiquement à la réalité du groupe concerné » risque peu d’être discriminatoire au sens du paragraphe 15(1) : précité, au paragraphe 37.

[821] Comme la Cour l’a fait remarquer précédemment, les défendeurs ont décrit, au paragraphe 122 de leur mémoire des faits et du droit, l’objet du PFSI comme étant [TRADUCTION] « l’amélioration des conditions de santé des demandeurs d’asile, des réfugiés et des demandeurs d’asile déboutés, lorsque des circonstances particulières font en sorte qu’ils ont besoin d’aide au Canada ».

[822] Cependant, les défendeurs ont aussi reconnu que le PFSI de 2012 ne répond pas dans les faits aux besoins en matière de santé des personnes concernées. Donc, on ne peut affirmer que les modifications apportées par les décrets de 2012 étaient « adaptées spécifiquement à la réalité du groupe concernée ». Effectivement, les modifications apportées au Programme ont pour effet de restreindre l’accès aux services de soins de santé essentiels pour les demandeurs d’asile provenant de POD, d’une manière qui compromet l’objectif énoncé du Programme.

[823] Les défendeurs affirment aussi que les abus du PFSI n’étaient pas le problème qui avait en tant que tel orienté ou motivé la réforme du Programme en 2012. Les modifications apportées au PFSI s’inscrivaient toutefois dans l’objectif global du gouvernement de réformer le processus d’asile et de mettre fin aux abus du système. Selon les défendeurs, apporter des changements au PFSI n’était que l’une des manières par lesquelles l’État pouvait dissuader la présentation de

remaining in Canada when they ought to be leaving the country: transcript, Vol. 3, at page 38.

[824] As Ms. Le Bris explained in her affidavit, “the previous IFHP was perceived by some as constituting a reason why some foreign nationals came to Canada to assert unfounded claims and also a reason why they sought to remain in Canada for as long as possible after their claims were rejected by the IRB and often the Federal Court”: at paragraph 73 (my emphasis).

[825] There does not, however, appear to have been any attempt by the government to determine whether the subjective perception on the part of certain unidentified individuals referred to by Ms. Le Bris was in fact justified. Nor has there been any attempt to determine the extent to which, if at all, the availability of state-funded health care operates as a “pull factor” for non-meritorious refugee claimants.

[826] Indeed, it is hard to reconcile the respondents’ argument that the availability of health care in Canada operates as a “pull factor” for refugee claimants from DCO countries with their claim that refugee claimants from DCO countries do not need health insurance coverage while they are in Canada because they can get comparable health care back home.

[827] As was noted earlier, and as will be explained in greater detail in the context of my section 1 analysis, there is also no persuasive evidence before me to show that the changes to the IFHP have themselves served to deter unmeritorious claims, or encouraged anyone to leave Canada more quickly.

[828] What is apparent, however, is that the decision was made by the executive branch of the Canadian government to reduce the level of IFHP benefits for

demandes d’asile non fondées et potentiellement décourager les demandeurs d’asile déboutés de rester au Canada alors qu’ils devraient quitter le pays : transcription, vol. 3, à la page 38.

[824] Comme l’a expliqué M^{me} Le Bris dans son affidavit, [TRADUCTION] « certaines étaient d’avis que l’ancien PFSI constituait l’une des raisons pour lesquelles certains ressortissants étrangers venaient au Canada sous de faux prétextes, ainsi qu’une des raisons pour lesquelles ils cherchaient à demeurer au Canada le plus longtemps possible après le rejet de leur demande d’asile par la CISR et, souvent, par la Cour fédérale » : au paragraphe 73 (non souligné dans l’original).

[825] Cependant, le gouvernement ne semble pas avoir tenté d’établir si la perception subjective de certaines personnes, perception dont M^{me} Le Bris faisait état dans son affidavit, était bel et bien justifiée, pas plus qu’il n’y a eu d’efforts en vue de déterminer la mesure, le cas échéant, dans laquelle l’accessibilité à des soins de santé payés par l’État constituait un « facteur d’attraction » pour les demandeurs d’asile dont la demande n’était pas fondée.

[826] Il est effectivement difficile de concilier l’argument des défendeurs selon lequel l’accessibilité à des soins de santé au Canada constitue un « facteur d’attraction » à l’égard des demandeurs d’asile provenant de POD avec leur allégation selon laquelle les demandeurs d’asile provenant de POD n’ont pas besoin d’une couverture des soins de santé lors de leur présence au Canada parce qu’ils peuvent obtenir des soins de santé comparables dans leur pays d’origine.

[827] Comme il a été mentionné précédemment, et comme il le sera expliqué de manière plus détaillée dans le contexte de mon analyse concernant l’article premier, je ne dispose d’aucun élément de preuve convaincant qui démontre que les modifications apportées au PFSI ont eu pour effet de dissuader la présentation de demandes d’asile non fondées ou d’encourager qui que ce soit à quitter le Canada plus rapidement.

[828] Il appert cependant que la décision de l’exécutif de réduire la couverture d’assurance offerte par le PFSI aux demandeurs d’asile provenant de POD par rapport

refugee claimants from DCO countries relative to those available to refugee claimants from non-DCO claimants as a result of a belief that refugee claimants from DCO countries are not real refugees at all, but are simply in Canada seeking to “game the system” and abuse the generosity of Canadians.

[829] This was made very clear by the statement made on behalf of the then-Minister of Citizenship and Immigration at the time that the changes to the IFHP were introduced. It will be recalled that the Minister’s spokesperson explained the changes in the following terms:

Canadians have been clear that they do not want illegal immigrants and bogus refugee claimants receiving gold-plated health care benefits that are better than those Canadian taxpayers receive. Our Government has listened and acted. We have taken steps to ensure that protected persons and asylum seekers from non-safe countries receive health care coverage that is on the same level as Canadian taxpayers receive through their provincial health coverage, no better. Bogus claimants from safe countries, and failed asylum seekers, will not receive access to health care coverage unless it is to protect public health and safety. [My emphasis.]

[830] As was noted earlier in my review of the legal principles applicable to section 15 claims, the Court’s focus should be on whether the impugned government action has a discriminatory impact. It is not necessary that claimants prove that a distinction perpetuates negative attitudes about them.

[831] That said, both have been established in this case.

[832] Insofar as the discriminatory impact of the 2012 changes to the IFHP are concerned, funding for potentially lifesaving medical treatments is made available to refugee claimants from non-DCO countries but is denied to refugee claimants from DCO countries. The 2012 changes to the IFHP have erected additional barriers to accessing basic health care for refugee claimants from DCO countries, clearly perpetuating the hardship

à celle offerte aux demandeurs d’asile ne provenant pas de POD en raison d’une croyance selon laquelle les demandeurs d’asile du premier groupe ne sont pas de vrais réfugiés, mais qu’ils sont plutôt au Canada tout simplement pour tenter de [TRADUCTION] « déjouer le système » et d’abuser de la générosité des Canadiens.

[829] La déclaration formulée pour le compte du ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration de l’époque au moment où les modifications au PFSI ont été adoptées était très claire à ce sujet. On se rappellera que le porte-parole du ministre a expliqué les modifications en ces termes :

[TRADUCTION] Les Canadiens ont clairement fait savoir qu’ils ne voulaient pas que les immigrants illégaux et les demandeurs d’asile bidon reçoivent une couverture d’assurance blindée meilleure que celle dont ils disposent. Notre gouvernement les a écoutés et a agi. Nous avons pris des mesures pour s’assurer que les personnes protégées et les demandeurs d’asile provenant de pays non sécuritaires reçoivent une couverture des soins de santé qui est au même niveau, et non meilleure, que celle dont bénéficie les contribuables canadiens dans le cadre de leur régime provincial d’assurance maladie. Les demandeurs d’asile bidon provenant de pays sécuritaires ainsi que les demandeurs d’asile déboutés n’auront pas accès à une couverture pour les soins de santé, à moins que les soins ne visent à protéger la santé et la sécurité publiques. [Non souligné dans l’original.]

[830] Comme je l’ai fait remarquer précédemment dans mon examen des principes juridiques applicables aux demandes fondées sur l’article 15, la Cour doit porter son attention sur la question de savoir si la mesure gouvernementale contestée a un effet discriminatoire. Il n’est pas nécessaire que les demandeurs prouvent qu’une distinction perpétue une attitude négative à leur endroit.

[831] Cela dit, en l’espèce, les deux éléments ont été établis.

[832] En ce qui concerne les effets discriminatoires des modifications apportées à la PFSI en 2012, la couverture à l’égard des traitements médicaux qui pourraient sauver la vie d’une personne est offerte aux demandeurs d’asile qui ne proviennent pas de POD, mais ceux provenant de POD n’y ont pas droit. Les modifications apportées en 2012 au PFSI ont érigé des obstacles supplémentaires à l’accès aux soins de santé fondamentaux

suffered by what the respondents have accepted are a vulnerable, poor and disadvantaged group.

[833] Indeed, even though refugee claimants from DCO countries may come from wealthier countries, I do not understand the respondents to dispute that most individual refugee claimants from these countries will nevertheless themselves be vulnerable, poor and disadvantaged. Indeed, as was previously noted, Ms. Le Bris acknowledged in her cross-examination that the respondents have no evidence suggesting that refugee claimants from DCO countries are any more able to pay for their health care than are refugee claimants from non-DCO countries.

[834] The disadvantage suffered by refugee claimants from DCO countries is, moreover, exacerbated by the fact that recent changes to the *Immigration and Refugee Protection Act* and *Immigration and Refugee Protection Regulations* prohibit them from working for the first 180 days that they are in Canada, further limiting their ability to pay for their own medical treatment: *Immigration and Refugee Protection Regulations*, subsection 206(2).

[835] The interests at stake in this case are significant. I have found as a fact that the distinction drawn between the health insurance benefits available to refugee claimants from non-DCO countries and to refugee claimants from DCO countries puts the lives of claimants in this latter group at risk. Moreover, it sends the clear message that refugee claimants from DCO countries are undesirable, and that their well-being, and indeed their very lives, are worth less than those of refugee claimants from non-DCO countries.

[836] The respondents have acknowledged that in cutting the health insurance benefits for refugee claimants from DCO countries, it is trying to use the hardship that will be suffered by claimants in Canada as a means to an end in deterring others from coming to Canada. Indeed, this is one of the stated objectives of the 2012

pour les demandeurs d'asile provenant de POD. Ces obstacles perpétuent sans aucun doute les difficultés subies par un groupe qui, comme les défendeurs l'ont reconnu, est vulnérable, pauvre et défavorisé.

[833] En fait, même si les demandeurs d'asile provenant de POD peuvent être originaires de pays aisés, les défendeurs semblent accepter que la plupart des demandeurs d'asile de ces pays soient eux-mêmes vulnérables, pauvres et défavorisés. Comme il a bel et bien été mentionné précédemment, M^{me} Le Bris a reconnu au stade du contre-interrogatoire que les défendeurs ne disposent d'aucun élément de preuve qui donne à penser que les demandeurs d'asile provenant de POD sont davantage en mesure de payer leurs soins de santé que les demandeurs d'asile qui ne proviennent pas de POD.

[834] Le désavantage subi par les demandeurs d'asile provenant de POD est en outre exacerbé par le fait que les récentes modifications apportées à la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* ainsi qu'au *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés* les empêchent de travailler au Canada dans les 180 premiers jours qu'ils passent au Canada, ce qui limite davantage leur capacité de payer leurs traitements médicaux : *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, au paragraphe 206(2).

[835] D'importants intérêts sont en jeu dans la présente affaire. Je tiens pour avéré que la distinction établie entre la couverture d'assurance maladie dont bénéficient les demandeurs d'asile ne provenant pas de POD et celle offerte à ceux provenant de POD met la vie des membres de ce dernier groupe en danger. De plus, elle envoie un message clair quant au fait que les demandeurs d'asile provenant de POD sont des indésirables, et que leur bien-être, voire même leurs propres vies, sont moins importantes que ceux des demandeurs d'asile ne provenant pas de POD.

[836] Les défendeurs ont reconnu qu'en réduisant la couverture de soins de santé accordée aux demandeurs d'asile provenant de POD, on tente de se servir des difficultés qu'éprouveraient ces demandeurs au Canada comme moyen de dissuader d'autres personnes de demander l'asile au Canada. En effet, il s'agit là de l'un des

changes to the IFHP. This demonstrates a lack of regard for the inherent dignity of these claimants.

[837] The distinction drawn between the health insurance benefits accorded to refugee claimants from DCO and non-DCO countries also serves to further marginalize, prejudice, and stereotype refugee claimants from DCO countries. In particular, it perpetuates the stereotype that refugee claimants from DCO countries are queue-jumpers, “bogus” claimants and cheats who are only here to take advantage of Canada’s social benefits and its generosity.

[838] As described by Dr. Anderson in his affidavit, this attitude reflects historical stereotypes that have been ascribed to groups of immigrants identified as “undesirable”: stereotypes that have their origins in racism, fear of “others”, fear of economic competition, and more recently, fear of criminality and terrorism. By limiting the health insurance benefits that are provided to refugee claimants from DCO countries, the executive branch of the Canadian government is perpetuating the stereotypical view that refugee claimants from these countries are undesirable, thereby reinforcing existing prejudice and disadvantage.

[839] As was noted earlier, the fact is that some refugee claimants from DCO countries are indeed genuine refugees. By way of example, in 2011, the Immigration and Refugee Board accepted 155 refugee claims from Hungary. In 2013, the Board accepted 183 such claims. Having been accepted by the Board as being legitimately in need of refugee protection, these claimants were clearly not queue-jumpers, bogus claimants or cheats.

[840] It is also true that a substantial percentage of refugee claims from DCO countries do not succeed. Does it necessarily follow that these claims were all “bogus”, brought by queue-jumpers and cheats seeking to abuse the generosity of Canadians? To suggest that

objectifs clairement visés par les modifications apportées au PFSI en 2012. Ceci démontre un manque de respect à l’égard de la dignité intrinsèque de ces demandeurs.

[837] La distinction établie entre la couverture de soins de santé accordée aux demandeurs d’asile provenant de POD et celle accordée aux demandeurs d’asile provenant d’autres pays a également pour effet de marginaliser, de porter préjudice et de stéréotyper davantage les demandeurs d’asile provenant de POD. Elle perpétue notamment le stéréotype selon lequel les demandeurs d’asile provenant de POD sont des resquilleurs, des demandeurs d’asile « bidon » et des tricheurs qui viennent au Canada dans le seul but de profiter des avantages sociaux qui y sont offerts et de profiter de sa générosité.

[838] Comme M. Anderson l’a décrit dans son affidavit, cette attitude est le reflet de vieux stéréotypes qu’on a souvent accolés aux groupes décrits comme étant « indésirables » : ces stéréotypes trouvent leurs origines dans le racisme, la peur des « autres », la crainte de la concurrence économique, et, plus récemment, dans la crainte de la criminalité et du terrorisme. En restreignant la couverture de soins de santé qui est accordée aux demandeurs d’asile provenant de POD, l’exécutif perpétue l’opinion stéréotypée selon laquelle les demandeurs d’asile provenant de ces pays sont indésirables, ce qui a pour effet de renforcer les préjugés et les désavantages existants.

[839] Comme je l’ai déjà souligné, il n’en demeure pas moins que certains demandeurs d’asile provenant de POD sont de véritables réfugiés. Par exemple, en 2011, la Commission de l’immigration et du statut de réfugié a accueilli 155 demandes d’asile provenant de Hongrie. En 2013, la Commission en a accueilli 183. Comme la Commission a admis qu’ils avaient vraiment besoin de protection, ces demandeurs d’asile n’étaient manifestement ni des resquilleurs, ni de demandeurs d’asile bidon, ni des tricheurs.

[840] Il est également vrai qu’un pourcentage important des demandes d’asile provenant de POD n’est pas accueilli. S’ensuit-il nécessairement que ces demandes sont toutes « bidons », et qu’elles ont toutes été faites par des resquilleurs et des tricheurs qui cherchent à

this is the case is to have a grossly simplistic understanding of the refugee process.

[841] Amongst all of the people who come to Canada each year seeking refugee protection there will undoubtedly be some who are in reality economic migrants and those who are using the refugee process in an effort to achieve family reunification. It is, however, both unfair and inaccurate to characterize all failed refugee claimants from DCO countries as “bogus” refugees.

[842] Refugee claims are often brought on the basis of real hardship and genuine suffering. Amongst those whose claims do not succeed will be individuals who may well have come to Canada because of a real fear of persecution in their country of origin, but who were unable to meet the strict legal requirements of the refugee definition.

[843] By way of example, a Roma from Hungary may have experienced a lifetime of discrimination, abuse and marginalization in her country. She may truly dread returning home as a result of her past experiences. The Immigration and Refugee Board may well accept the claimant’s story as true, but may conclude that the treatment experienced by the claimant, while discriminatory, did not rise to the level of “persecution”. Alternatively, the Board may accept that the claimant had experienced “persecution”, but may also find that adequate state protection is available to her in Hungary. Under either scenario, the fact that the refugee claim did not ultimately succeed does not mean that there was anything “bogus” about it.

[844] Similarly, a family targeted for kidnapping and extortion by a drug cartel in Mexico may flee their country, seeking to put as much distance between themselves and their persecutors as possible. The Immigration and Refugee Board may well believe that the family had been targeted by a powerful cartel, and that their terror is indeed genuine. The Board may nevertheless conclude, however, that by the time of the hearing, the family had been away from Mexico for long enough that

profiter de la générosité des Canadiens? Donner à penser que c’est le cas témoigne d’une compréhension très rudimentaire du processus de demande d’asile.

[841] Parmi toutes les personnes qui viennent au Canada chaque année pour y demander l’asile, il y aura sans doute un certain nombre qui sont en fait des migrants économiques et un certain nombre qui se servent du processus de demande d’asile dans le but de réunir leur famille. Cependant, il est injuste et inexact de qualifier de réfugiés « bidons » tous les demandeurs d’asile provenant de POD dont les demandes ont été rejetées.

[842] Les demandes d’asile sont souvent présentées par des personnes qui éprouvent de réelles souffrances et difficultés. Parmi les personnes dont les demandes sont rejetées, il y en a qui ont très bien pu venir au Canada parce qu’elles craignaient réellement d’être persécutées dans leur pays d’origine, mais qui n’ont pas satisfait aux exigences rigoureuses prévues dans la loi quant à la définition de réfugié.

[843] Par exemple, une Rom provenant de la Hongrie a pu être victime de discrimination, de violence et de marginalisation dans son pays durant toute sa vie. Elle peut vraiment craindre de retourner dans son pays en raison des expériences qu’elle y a vécues. La Commission de l’immigration et de la protection des réfugiés peut très bien croire le récit de la demanderesse, mais peut conclure que le traitement vécu par celle-ci, bien que discriminatoire, n’équivalait pas à de la « persécution ». Subsidiairement, la Commission peut conclure que la demanderesse a été victime de « persécution », mais peut également conclure qu’elle peut obtenir une protection adéquate de l’État en Hongrie. Dans l’un ou l’autre cas, ce n’est pas parce que la demande d’asile n’a pas été accueillie en fin de compte qu’elle était « bidon ».

[844] Dans la même veine, les membres d’une famille susceptibles d’être victimes d’enlèvements et d’extorsion de la part d’un cartel de la drogue au Mexique peuvent quitter leur pays dans le but de mettre la plus grande distance possible entre eux et leurs agents de persécution. La Commission de l’immigration et de la protection des réfugiés peut très bien croire que la famille a été prise pour cible par un puissant cartel et que leur crainte est véritable. La Commission peut

their persecutors may have lost interest in them, or that the family could live safely in another part of Mexico.

[845] While our hypothetical family's refugee claim may not have succeeded, it does not follow that the claim was necessarily "bogus", that it was made in bad faith, or that it had been brought for an ulterior motive such as a desire to access so-called "gold-plated" health care in Canada.

[846] There are other reasons why a refugee claim may not succeed that have nothing to do with the *bona fides* of the claimant. Using a hypothetical example from a non-DCO country to illustrate the point, a young Tamil man from northern Sri Lanka may have fled his country in 2009, at the height of the civil war, and come to Canada in order to make a refugee claim.

[847] In 2009, a person with the profile of our hypothetical claimant was presumptively a genuine refugee. However, by the time that the refugee claim is heard a couple of years later, the Immigration and Refugee Board could conclude that conditions in Sri Lanka had changed enough that it would now be safe for our claimant to return home. As a result, the claimant would no longer have a well-founded forward-looking fear of persecution, and his refugee claim would fail.⁸

[848] Once again, the fact that such a refugee claim does not succeed would not mean that it was necessarily a "bogus" claim. Indeed, some failed refugee claimants do in fact go on to gain status in Canada through other processes such as pre-removal risk assessments, or they may be granted humanitarian relief because of the

néanmoins conclure que, au moment de l'audition, la famille avait vécu loin du Mexique pendant assez longtemps pour que leurs agents de persécution ne s'intéressent plus à eux ou que la famille peut vivre en sécurité dans une autre partie du Mexique.

[845] La demande d'asile de notre famille fictive n'a peut-être pas été accueillie, mais cela ne veut pas dire que la demande était nécessairement « bidon », qu'elle était entachée de mauvaise foi ou qu'elle a été soumise dans un but caché, comme le désir d'avoir accès au soi-disant « luxueux » système d'assurance maladie du Canada.

[846] Une demande d'asile peut être rejetée pour des raisons qui n'ont rien à voir avec la bonne foi du demandeur. Afin d'illustrer ce point, prenons le cas fictif d'un demandeur d'asile provenant d'un pays autre qu'un POD, par exemple un jeune Tamoul originaire du nord du Sri Lanka qui a quitté son pays en 2009, au plus fort de la guerre civile, et qui arrive au Canada dans le but d'y demander l'asile.

[847] En 2009, un individu possédant le profil de notre demandeur fictif était réputé être un véritable réfugié. Toutefois, au moment où la demande d'asile est entendue, quelques années plus tard, la Commission de l'immigration et du statut de réfugié peut conclure que la situation au Sri Lanka a assez changé pour que notre demandeur puisse retourner en toute sécurité dans son pays. Par conséquent, le demandeur ne pourrait plus craindre avec raison d'être persécuté à l'avenir et sa demande d'asile ne serait pas accueillie⁸.

[848] Je le répète, le fait qu'une telle demande d'asile ne serait pas accueillie ne voudrait pas dire qu'il s'agissait forcément d'une demande « bidon ». En effet, certains demandeurs d'asile déboutés obtiennent ultimement un statut au Canada grâce à d'autres processus comme l'évaluation des risques avant renvoi ou obtiennent une dispense pour des motifs d'ordre

⁸ This is not a far-fetched example. It will be recalled that the Immigration and Refugee Board found Mr. Wijenaiké's allegations of past persecution to be credible but concluded that conditions within Sri Lanka had changed enough in the months since Mr. Wijenaiké had left the country that he was not currently in need of protection in Canada.

⁸ Ce n'est pas un exemple irréaliste. Rappelons que la CISR a conclu que les allégations de persécution antérieure soulevées par M. Wijenaiké étaient crédibles, mais a conclu que les conditions au Sri Lanka avaient suffisamment changé au cours des mois ayant suivi le départ de M. Wijenaiké du Sri Lanka et qu'il n'avait plus besoin de protection au Canada.

unusual, undeserved and disproportionate hardships that they would face if returned to their countries of origin.

E. *Conclusion on the Subsection 15(1) Issue Relating to DCO Claimants*

[849] For these reasons, I have concluded that the changes made to the IFHP through the promulgation of the 2012 OICs violate subsection 15(1) of the Charter, both in their purpose and in their effect.

[850] The 2012 IFHP draws a distinction between refugee claimants from DCO-countries and those from non-DCO countries, providing a lesser level of health insurance coverage to refugee claimants from DCO countries based upon the national origin of these claimants. This distinction cannot be saved as an “ameliorative program” contemplated by subsection 15(2) of the Charter.

[851] The DCO/non-DCO distinction drawn in the IFHP has an adverse differential effect on refugee claimants from DCO countries. It puts their lives at risk and perpetuates the stereotypical view that they are cheats, that their refugee claims are “bogus”, and that they have come to Canada to abuse the generosity of Canadians. This aspect of the applicants’ section 15 claim thus succeeds.

F. *Does the 2012 IFHP also Violate Subsection 15(1) of the Charter on the Basis of Immigration Status?*

[852] The applicants further submit that the 2012 IFHP also discriminates between asylum seekers generally and other similarly situated individuals accessing health care in Canada, specifically low-income Canadians. Under the 2012 IFHP, individuals who are legally in Canada for the purpose of seeking protection are now prevented from obtaining the same level of health benefits as are provided to other lawful residents of Canada.

humanitaire parce qu’ils seraient exposés à des difficultés inhabituelles, injustifiées et excessives s’ils retournaient dans leur pays d’origine.

E. *Conclusion sur la question relative au paragraphe 15(1) ayant trait aux demandeurs provenant de POD*

[849] Pour ces motifs, j’ai conclu que les modifications apportées au PFSI par la promulgation des décrets de 2012 violent le paragraphe 15(1) de la Charte, tant par leur objet que par leur effet.

[850] Le PFSI de 2012 établit une distinction entre les demandeurs d’asile qui proviennent de POD et ceux qui proviennent de pays autres que des POD et prévoit un niveau de couverture de soins de santé moins élevé pour les demandeurs d’asile qui proviennent de POD en raison de leur nationalité. Cette distinction ne saurait donc se justifier à titre de « programme destiné à améliorer » au sens du paragraphe 15(2) de la Charte.

[851] La distinction établie dans le PFSI entre POD et pays autre qu’un POD a un effet défavorable sur les demandeurs d’asile provenant de POD. Elle met leurs vies en danger et perpétue l’opinion stéréotypée selon laquelle ils sont des tricheurs, que leurs demandes d’asile sont « bidon » et qu’ils sont venus au Canada pour profiter de la générosité des Canadiens. Cet aspect de l’argument des demandeurs fondé sur l’article 15 doit être retenu.

F. *Le PFSI de 2012 contrevient-il également, sur le fondement du statut d’immigration, au paragraphe 15(1) de la Charte?*

[852] Les demandeurs prétendent aussi que le PFSI de 2012 engendre de la discrimination, en établissant une distinction entre les demandeurs d’asile en général et d’autres personnes qui se trouvent dans la même situation, plus précisément les Canadiens à faible revenu, en ce qui a trait à l’accès aux soins de santé au Canada. Au titre du PFSI de 2012, les personnes se trouvant légalement au Canada dans le but d’en demander la protection ne peuvent maintenant plus obtenir le même niveau de couverture de soins de santé que celui qui est accordé aux autres personnes résidant légalement au Canada.

[853] The applicants point out that the extent to which lawful residents who are not seeking the protection of Canada receive state-funded health insurance coverage is determined on the basis of income, which is used as a proxy for need. Low-income residents thus receive a higher level of health insurance benefits than ordinary working Canadians.

[854] In some instances, where additional need is demonstrated, individuals who exceed the income threshold required for social assistance may also be provided with additional support, above and beyond the regular health insurance coverage they would otherwise receive.

[855] In contrast, under the 2012 IFHP, most low-income individuals who are lawfully in Canada seeking its protection no longer receive the same base level of health insurance benefits that are accorded to other low-income legal residents of Canada. According to the applicants, a clear distinction is drawn between individuals legally in Canada seeking its protection and other legal residents of Canada who receive health care. The applicants submit that the 2012 IFHP thus creates a distinction in an individual's entitlement to health insurance coverage based upon their immigration status, which should be recognized as an analogous ground for the purpose of subsection 15(1) of the Charter.

[856] The applicants acknowledge that the jurisprudence relating to immigration status as an analogous ground for the purpose of subsection 15(1) of the Charter is "mixed", but submit that whether or not a person's immigration status constitutes an analogous ground should depend on the nature of the particular immigration status in issue. According to the applicants, being an asylum seeker is not a situation that is marked by choice. As a result, the status of being an asylum seeker should be considered to be an immutable characteristic that qualifies as an analogous ground.

[853] Les demandeurs soulignent que la mesure dans laquelle les personnes qui résident légalement au Canada et qui ne sollicitent pas sa protection bénéficient de l'assurance maladie financée par l'État est déterminée en fonction du revenu, lequel est utilisé comme indicateur du besoin. Les résidents à faible revenu bénéficient d'un niveau de couverture de soins de santé plus élevé que les travailleurs canadiens ordinaires.

[854] Dans certains cas, lorsqu'il est démontré qu'une aide supplémentaire est nécessaire, les personnes dont le revenu dépasse le seuil exigé pour pouvoir bénéficier de l'aide sociale peuvent recevoir une aide supplémentaire qui s'ajoute à la couverture de soins de santé régulière dont ils bénéficieraient autrement.

[855] Par contre, au titre du PFSI de 2012, la plupart des personnes à faible revenu qui se trouvent légalement au Canada et qui sollicitent sa protection ne bénéficient plus du même niveau de base de couverture de soins de santé que celui qui est accordé aux autres personnes à faible revenu qui résident légalement au Canada. Selon les demandeurs, une distinction claire est établie entre les personnes qui se trouvent légalement au Canada et qui sollicitent sa protection et les autres personnes qui résident légalement au Canada et qui reçoivent des soins de santé. Les demandeurs prétendent que le PFSI, dans sa version postérieure à 2012, crée ainsi une distinction quant au droit d'une personne de bénéficier de l'assurance maladie, fondée sur le statut d'immigration, lequel devrait être reconnu comme un motif analogue visé par le paragraphe 15(1) de la Charte.

[856] Les demandeurs reconnaissent que la jurisprudence portant sur la question de savoir si le statut d'immigration constitue un motif analogue pour les besoins du paragraphe 15(1) de la Charte est « mixte », mais prétendent que la question de savoir si le statut d'une personne au Canada constitue un motif analogue devrait dépendre de la nature du statut d'immigration. Selon les demandeurs, ce n'est pas par choix qu'on détient le statut de demandeur d'asile. Par conséquent, le statut de demandeur d'asile ne devrait pas être considéré comme étant une caractéristique immuable qui peut être qualifiée de motif analogue.

[857] In support of their argument the applicants point out that immigration status was treated as an analogous ground in *Jaballah (Re)*, 2006 FC 115, [2006] 4 F.C.R. 193. In that case, this Court concluded that a provision of the *Immigration and Refugee Protection Act* infringed Mr. Jaballah's rights under subsection 15(1) of the Charter on the basis of his immigration status.

[858] The legislation at issue provided that foreign nationals detained under the provisions of a security certificate had no right to a detention review until a determination was made as to the reasonableness of the certificate, whereas permanent residents detained under security certificates had the right to a detention review every six months. As a consequence, the Court ordered that Mr. Jaballah be provided with a detention review on the same basis as a permanent resident similarly detained.

[859] While recognizing that there are other decisions that have rejected immigration status as an analogous ground, the applicants suggest that the issue should be approached on a case-by-case basis, having regard to the particular immigration status at issue. They point out that the courts have not yet decided whether the status of "individuals legally seeking protection in Canada" constitutes an analogous ground for the purposes of section 15 of the Charter. As will be explained below, I cannot accept the applicants' argument.

[860] First of all, the individuals described collectively in these reasons as "those seeking the protection of Canada" are not merely refugee claimants, but have a range of different immigration statuses. These include protected persons, (including resettled refugees, recognized refugees and positive PRRA recipients), refugee claimants, rejected refugee claimants, victims of human trafficking with temporary resident permits, persons granted permanent residency as part of a public policy or for humanitarian and compassionate reasons by the Minister, and who receive income support through the resettlement assistance program or the equivalent in Quebec, foreign nationals and permanent residents

[857] À l'appui de leur argument, les demandeurs soulignent que le statut d'immigration a été traité comme étant un motif analogue dans la décision *Jaballah (Re)*, 2006 CF 115, [2006] 4 R.C.F. 193. Dans cette affaire, la Cour a conclu que, à cause de son statut d'immigration, une disposition de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* violait les droits que le paragraphe 15(1) de la Charte garantit à M. Jaballah.

[858] La loi en cause prévoyait que les étrangers maintenus en détention en vertu des dispositions d'un certificat de sécurité n'avaient pas droit à un examen de leur détention tant qu'il n'était pas statué sur le caractère raisonnable du certificat, alors que les résidents permanents détenus en application d'un certificat de sécurité avaient droit à un examen de leur détention tous les six mois. Par conséquent, la Cour a ordonné que la détention de M. Jaballah soit examinée selon les mêmes conditions que celles applicables au cas d'un résident permanent pareillement détenu.

[859] Les demandeurs reconnaissent que, dans d'autres décisions il a été conclu que le statut d'immigration ne constituait pas un motif analogue, mais ils donnent à penser que la question devrait être abordée au cas par cas, en tenant compte du statut d'immigration en cause. Ils soulignent que les tribunaux n'ont pas encore décidé si le statut de [TRADUCTION] « personne sollicitant légalement la protection du Canada » constitue un motif analogue à ceux qui sont énumérés à l'article 15 de la Charte. Comme je l'expliquerai plus loin, je ne peux pas retenir l'argument des demandeurs.

[860] Tout d'abord, les personnes appelées collectivement dans les présents motifs « ceux qui sollicitent la protection du Canada » ne sont pas simplement des demandeurs d'asile, elles possèdent différents statuts d'immigration. Il s'agit notamment des personnes protégées (y compris les réfugiés réinstallés, les réfugiés reconnus et les personnes ayant obtenu une décision d'ERAR favorable), des demandeurs d'asile, des demandeurs d'asile déboutés, des victimes de la traite de personnes détenant des permis de séjour temporaires, des personnes qui ont obtenu du ministre le statut de résident permanent dans le cadre d'une politique générale ou pour des motifs d'ordre humanitaire, et qui

detained under the provisions of the *Immigration and Refugee Protection Act*.

[861] Moreover, the Federal Court of Appeal held in *Toussaint* that “immigration status” does not qualify as an analogous ground under section 15 of the Charter on the basis that it “is not a ‘[characteristic] that we cannot change’. It is not ‘immutable or changeable only at unacceptable cost to personal identity’”: at paragraph 99, citing *Corbiere*, above, at paragraph 13. See also *Forrest v. Canada (Attorney General)*, 2006 FCA 400, 357 N.R. 168, at paragraph 16.

[862] It is true that the Court then went on in *Toussaint* to consider the specific context of the claim being advanced, noting that the “immigration status” at issue in that case—presence in Canada illegally—was “a characteristic that the government has a ‘legitimate interest in expecting [the person] to change’”: at paragraph 99.

[863] As I read the decision, however, this statement appears to be a *further* reason for the Court’s overall conclusion that “immigration status” does not constitute an analogous ground for the purposes of section 15 of the Charter, and not a basis for limiting the Court’s finding to cases where the immigration status in question was illegal presence in Canada.

[864] The Ontario Court of Appeal came to a similar conclusion with respect to immigration status as an analogous ground in *Irshad (Litigation guardian of) v. Ontario (Ministry of Health)*, 2001 CanLII 24155, 55 O.R. (3d) 43 (*Irshad*), at paragraphs 133–136.

[865] In *Irshad*, the Court was called upon to consider changes made to the Ontario Health Insurance Plan

reçoivent un soutien du revenu grâce au programme d’aide pour la réinstallation ou grâce à un programme semblable au Québec, les ressortissants étrangers et les résidents permanents détenus en application des dispositions de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*.

[861] En outre, la Cour d’appel fédérale a conclu, dans l’arrêt *Toussaint*, que le « statut en matière d’immigration » ne constitue pas un motif analogue à ceux prévus à l’article 15 de la Charte parce qu’il « n’est pas une “caractéristiqu[e] qu’il nous est impossible de changer”. Il ne s’agit pas d’une caractéristique “qui est soit immuable, soit modifiable uniquement à un prix inacceptable du point de vue de l’identité personnelle” » : au paragraphe 99, citant l’arrêt *Corbiere*, précité, au paragraphe 13. Voir aussi l’arrêt *Forrest c. Canada (Procureur général)*, 2006 CAF 400, au paragraphe 16.

[862] Il est vrai que, dans l’arrêt *Toussaint*, la Cour d’appel fédérale a ensuite examiné le contexte particulier de la demande qui a été présentée et a souligné que le « statut en matière d’immigration » en cause dans cette affaire — la présence illégale au Canada — est « une caractéristique que le gouvernement “peut légitimement s’attendre que [la personne change]” » : au paragraphe 99.

[863] Toutefois, si je comprends bien la décision, cette déclaration semble être un autre motif pour lequel la Cour d’appel fédérale a conclu de façon générale que le « statut en matière d’immigration » ne constitue pas un motif analogue à ceux qui sont énumérés à l’article 15 de la Charte et ne constitue pas un motif pour limiter la conclusion de la Cour à des cas où le statut d’immigration en question était la présence illégale au Canada.

[864] Dans l’arrêt *Irshad (Litigation guardian of) v. Ontario (Ministry of Health)*, 2001 CanLII 24155, 55 R.J.O. (3^e) 43 (*Irshad*), aux paragraphes 133 à 136, la Cour d’appel de l’Ontario est arrivée à une conclusion semblable relativement à la question de savoir si le statut d’immigration constituait un motif analogue.

[865] Dans l’arrêt *Irshad*, la Cour d’appel de l’Ontario a été appelée à examiner les modifications qui ont été

which tied the eligibility of some claimants to their status under the *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2.

[866] In concluding that status as a permanent or non-permanent resident of a province was not an analogous ground for the purposes of section 15 of the Charter, the Court observed that “[a] person’s status as a non-permanent resident for the purposes of OHIP eligibility is not immutable”. In support of this conclusion, the Court noted that “[i]n the course of this litigation, four of the five appellants who were non-permanent residents for the purposes of OHIP eligibility became permanent residents by virtue of changes in their immigration status”: *Irshad*, above, at paragraph 136.

[867] For the Ontario Court of Appeal, the fact that an individual’s immigration status may be beyond the individual’s effective control and may require the intervention of another party before it could be changed did not render that status immutable. The Court noted that the residency status of one appellant would change “if his immigration status changes, either because he is reclassified or because the Minister grants him landed immigrant status”: *Irshad*, above, at paragraph 136 (my emphasis). That need for the intervention of a government actor did not, however, serve to render the individual’s immigration status immutable.

[868] As was noted earlier, in *Lavoie*, the Supreme Court rejected a context-dependent approach to the identification of analogous grounds. It held that “[o]nce identified, an analogous ground stands as ‘a constant marker of potential legislative discrimination’ and need not be established again in subsequent cases”: above, at paragraph 2, citing *Corbiere*, above, at paragraphs 7–10.

[869] If the recognition of an analogous ground stands for all situations and does not have to be relitigated in every case, it follows that the *refusal* to recognize a particular ground as an analogous ground

apportées au Régime d’assurance-santé de l’Ontario et qui liaient l’admissibilité de certains demandeurs à leur statut en vertu de la *Loi sur l’immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2.

[866] En concluant que le statut d’une personne, à titre de résident permanent ou de résident non permanent d’une province, n’est pas un motif analogue à ceux qui sont énumérés à l’article 15 de la Charte, la Cour d’appel de l’Ontario a souligné que [TRADUCTION] « [l]e statut de résident non permanent aux fins de l’admissibilité au Régime n’est pas immuable ». À l’appui de sa conclusion, la Cour d’appel de l’Ontario a souligné que [TRADUCTION] « [d]ans le cours du présent litige, quatre des cinq appelants qui étaient des résidents non permanents aux fins de l’admissibilité au Régime sont devenus des résidents permanents par suite d’un changement dans leur statut en matière d’immigration » : *Irshad*, précité, au paragraphe 136.

[867] Pour la Cour d’appel de l’Ontario, le fait que le statut d’immigration d’une personne puisse échapper au contrôle de la personne et puisse exiger l’intervention d’une autre partie avant qu’il puisse être modifié n’a pas rendu ce statut immuable. La Cour d’appel de l’Ontario a souligné que le statut de résident de l’un des appelants changera [TRADUCTION] « si son statut en matière d’immigration change, soit parce qu’il est reclassifié soit parce que le ministre lui accorde le droit d’établissement » : *Irshad*, précité, au paragraphe 136 (non souligné dans l’original). Cette nécessité qu’un acteur gouvernemental intervienne n’a toutefois pas contribué à rendre immuable le statut d’immigration de la personne.

[868] Comme je l’ai déjà souligné, dans l’arrêt *Lavoie*, la Cour suprême du Canada a rejeté une approche tribunaire du contexte quant à l’identification de motifs analogues. Elle a conclu qu’« [u]ne fois identifié, un motif analogue est “un indicateur permanent de discrimination législative potentielle” qui n’a pas à être établi chaque fois par la suite » : précité, au paragraphe 2, citant l’arrêt *Corbiere*, précité, aux paragraphes 7 à 10.

[869] Si la reconnaissance d’un motif analogue vaut pour toutes les situations et n’a pas à être débattue à nouveau chaque fois, il s’ensuit que le *refus* de reconnaître qu’un motif particulier est analogue à ceux qui

for the purpose of section 15 of the Charter should also stand for all cases and should not be judicially revisited whenever the issue arises in a different context.

[870] The Federal Court of Appeal has already held that “immigration status” does not qualify as an analogous ground under section 15 of the Charter. That finding is binding on me, and is dispositive of the applicants’ argument. Consequently, this aspect of the applicants’ section 15 claim will be dismissed.

G. *Conclusions on the Section 15 Issues*

[871] For these reasons, I have concluded that the 2012 IFHP violates section 15 of the Charter inasmuch as it provides a lesser level of health insurance coverage to refugee claimants from DCO countries in comparison to that provided to refugee claimants from non-DCO countries. This distinction is based upon the national origin of the refugee claimants and does not form part of an ameliorative program. It is, moreover, based upon stereotyping, and serves to perpetuate the disadvantage suffered by members of an admittedly vulnerable, poor and disadvantaged group.

[872] I have not, however, been persuaded that the 2012 IFHP violates subsection 15(1) of the Charter based upon the immigration status of those seeking the protection of Canada. Consequently, this aspect of the applicants’ section 15 claim will be dismissed.

XIII. Have the Breaches of Sections 12 and 15 been Justified by the Respondents under Section 1 of the Charter?

[873] Section 1 of the Charter provides that “[t]he *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.”

sont énumérés à l’article 15 de la Charte devrait également valoir pour tous les cas et ne devrait pas être réexaminé par les tribunaux lorsque la question se pose dans un contexte différent.

[870] La Cour d’appel fédérale a déjà conclu que le « statut en matière d’immigration » ne constitue pas un motif analogue à ceux prévus à l’article 15 de la Charte. Je suis liée par cette conclusion, et celle-ci permet de disposer de l’argument des demandeurs. Par conséquent, cet aspect de l’argument fondé sur l’article 15 est rejeté.

G. *Conclusions quant aux questions relatives à l’article 15*

[871] Pour ces motifs, j’ai conclu que le PFSI de 2012 viole l’article 15 de la Charte parce qu’il prévoit, en ce qui concerne les demandeurs d’asile provenant de POD, un niveau de couverture de soins de santé inférieur à celui qui est prévu pour les demandeurs d’asile qui ne proviennent pas de POD. Cette distinction repose sur l’origine nationale des demandeurs d’asile et ne fait pas partie d’un programme améliorateur. Elle repose en outre sur des stéréotypes et contribue à perpétuer le désavantage dont souffrent les membres d’un groupe reconnu comme étant vulnérable, pauvre et défavorisé.

[872] Je ne suis toutefois pas convaincue que le PFSI de 2012, sur le fondement du statut d’immigration des personnes qui demandent la protection du Canada, viole le paragraphe 15(1) de la Charte. Par conséquent, cet aspect de l’argument des demandeurs fondé sur l’article 15 sera rejeté.

XIII. Les défendeurs ont-ils justifié les violations des articles 12 et 15 au regard de l’article premier de la Charte?

[873] L’article premier de la Charte prévoit que « [l]a *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d’une société libre et démocratique ».

[874] Unlike the other provisions of the Charter, where the onus is on Charter claimants to establish a breach of the right in issue, the onus is on the respondents to establish a justification for the breaches of sections 12 and 15 that have been established by the applicants: *Bedford*, above, at paragraph 126.

[875] The respondents say that the changes to the IFHP created pursuant to the 2012 OICs are reasonable limits prescribed by law which are demonstrably justified in Canada's free and democratic society. In support of this contention, the respondents cite the Supreme Court's decision in *Chaoulli*, where it observed that "[a]s we enter the 21st century, health care is a constant concern....[t]he demand for health care is constantly increasing.... no one questions the need to preserve a sound public health care system": above, at paragraphs 2, 14 and 104.

[876] The respondents further note that governments have finite resources to spend on health care for everyone present in Canada, including Canadian citizens, permanent residents, refugee claimants, refugees, failed claimants and those with no legal status or claims whatsoever. It is "impractical", they say, for governments to fund all of the health services that everyone in Canada may seek. As a consequence, "difficult and potentially unpopular choices" have to be made.

[877] The respondents submit that the Supreme Court has told Canadians they must accept such choices, even though they have Charter rights: citing *Auton*, above, at paragraphs 35 and 41. According to the respondents, the applicants must similarly accept the choices made in the IFHP that affect them: respondents' memorandum of fact and law, at paragraphs 128–129.

A. *Legal Principles Governing Section 1 of the Charter*

[874] Contrairement aux autres dispositions de la Charte, où il incombe aux demandeurs qui invoquent la Charte d'établir qu'il est porté atteinte aux droits en cause, c'est aux défendeurs qu'il incombe de démontrer que la violation des droits garantis par les articles 12 et 15 qui a été établie par les demandeurs est justifiée : *Bedford*, précité, au paragraphe 126.

[875] Les défendeurs affirment que les modifications apportées au PFSI par les décrets de 2012 sont des limites raisonnables prescrites par une règle de droit dont la justification peut se démontrer dans le cadre de la société libre et démocratique du Canada. À l'appui de cet argument, les défendeurs citent l'arrêt *Chaoulli*, dans lequel la Cour suprême du Canada a fait remarquer qu'« [e]n ce début de 21^e siècle, la santé est une préoccupation constante [...] la demande pour des soins de santé est en progression constante [...] personne ne conteste le besoin de préserver un système de santé public solide » : précité, aux paragraphes 2, 14 et 104.

[876] Les défendeurs soulignent également que les gouvernements disposent de ressources limitées à consacrer aux soins de santé pour l'ensemble des personnes présentes au Canada, y compris les citoyens canadiens, les résidents permanents, les demandeurs d'asile, les réfugiés, les demandeurs d'asile déboutés et les personnes qui n'ont pas de statut juridique ou de demande fondée en droit. Selon eux, il est [TRADUCTION] « peu réaliste », pour les gouvernements de financer tous les soins de santé dont chaque personne au Canada peut avoir besoin. Par conséquent, des [TRADUCTION] « choix difficiles et impopulaires » doivent être faits.

[877] Les défendeurs soutiennent que la Cour suprême du Canada a dit aux Canadiens qu'ils doivent accepter de tels choix, même s'ils ont des droits garantis par la Charte : citant l'arrêt *Auton*, précité, aux paragraphes 35 et 41. Selon les défendeurs, les demandeurs doivent eux aussi accepter les choix faits dans le PFSI qui les concernent : mémoire des faits et du droit des défendeurs, aux paragraphes 128 et 129.

A. *Principes juridiques régissant l'article premier de la Charte*

[878] According to the Supreme Court, “[t]he question of justification on the basis of an overarching public goal is at the heart of s. 1” of the Charter. This section addresses “whether the negative impact of a law on the rights of individuals is proportionate to the pressing and substantial goal of the law in furthering the public interest”: both quotes from *Bedford*, above, at paragraph 125.

[879] Moreover, as the Supreme Court observed in *A.G. v. A.*, the public policy basis for government action in issue is “central to the s. 1 inquiry”: above, at paragraph 421; see also *Andrews*, above, at pages 177–178.

[880] I understand the parties to agree that the test to be applied by this Court in determining whether the 2012 changes to the IFHP are saved by section 1 of the Charter is that first articulated by the Supreme Court of Canada in *The Queen v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103.

[881] That is, in order to establish a section 1 justification, the respondents must demonstrate that:

1. the objectives of the 2012 changes to the IFHP are pressing and substantial; and that
2. the impairment of the rights at issue is proportional to the importance of those objectives in that
 - (a) the means chosen are rationally connected to the objectives of the Program;
 - (b) the means chosen impair the Charter rights minimally or “as little as possible”; and
 - (c) there is a proportionality between any deleterious effects of the Program and its salutary objectives, so that the attainment of the goal of the Program is not outweighed by the abridgment of the rights in question.

[878] Selon la Cour suprême du Canada, « [l]a justification fondée sur l’objectif public prédominant constitue l’axe central de l’application de l’article premier » de la Charte. Cet article porte sur la question de savoir « si l’effet préjudiciable sur les droits de la personne est proportionné à l’objectif urgent et réel de défense de l’intérêt public » : les deux citations sont des extraits de l’arrêt *Bedford*, précité, au paragraphe 125.

[879] En outre, comme la Cour suprême du Canada l’a fait remarquer dans l’arrêt *P.G. c. A.*, les politiques publiques qui sous-tendent la mesure gouvernementale en cause ont une « importance capitale pour l’analyse fondée sur l’article premier » : précité, au paragraphe 421; voir aussi *Andrews*, précité, aux pages 177 et 178.

[880] D’après ce que j’ai compris, les parties conviennent que le critère que la Cour doit appliquer pour trancher la question de savoir si les modifications apportées au PFSI en 2012 se justifient au regard de l’article premier de la Charte est le critère qui a été énoncé pour la première fois par la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *La Reine c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.

[881] Autrement dit, pour établir une justification fondée sur l’article premier, les défendeurs doivent démontrer ce qui suit :

1. les objectifs des modifications apportées au PFSI en 2012 sont urgents et réels; et
2. l’atteinte aux droits est proportionnelle à l’importance des objectifs, en ce sens que :
 - a) le moyen choisi a un lien rationnel avec les objectifs du Programme;
 - b) le moyen choisi est de nature à porter atteinte aux droits garantis par la Charte de manière minimale ou « le moins possible »;
 - c) il y a proportionnalité entre les effets préjudiciables du Programme et ses objectifs bénéfiques, de sorte que l’atteinte aux droits en question ne l’emporte pas sur la réalisation de l’objectif du Programme.

See *Oakes*, at pages 138–139. See also *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *RJR-MacDonald Inc.*, above; and *Divito*, above, at paragraph 68.

[882] As the Supreme Court observed in *Eldridge*, “where the legislation [or in this case, the Program] under consideration involves the balancing of competing interests and matters of social policy, the *Oakes* test should be applied flexibly, and not formally or mechanically”: above, at paragraph 85.

[883] With these principles in mind, I will next identify the objectives of the 2012 OICs, and consider whether these objectives are pressing and substantial.

B. *What were the Objectives of the Changes to the IFHP Brought About by the 2012 OICs?*

[884] In order to identify the objectives of the government action in issue, the Court must examine the nature of the social problem addressed by the 2012 OICs. The context of the impugned government action “is also important in order to determine the type of proof which a court can demand of the legislator to justify its measures under s. 1”: see *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877, at paragraphs 87–88.

[885] Relevant contextual factors may include the nature of the harm addressed, the vulnerability of the group protected, subjective fear and apprehension of harm, and the nature and importance of the infringed activity: see *R. v. Bryan*, 2007 SCC 12, [2007] 1 S.C.R. 527, at paragraph 10. See also *Thomson Newspapers Co.*, above, and *Harper v. Canada (Attorney General)*, 2004 SCC 33, [2004] 1 S.C.R. 827.

[886] It will be recalled that in the context of their subsection 15(2) argument, the respondents argued that the IFHP is a government program that has as its object the amelioration of the health conditions of refugee claimants, refugees and failed claimants in particular circumstances of need in Canada: respondents’ memorandum of fact and law, at paragraph 122.

Voir l’arrêt *Oakes*, aux pages 138 et 139. Voir aussi les arrêts *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *RJR-MacDonald Inc.*, précité, et *Divito*, précité, au paragraphe 68.

[882] Comme la Cour suprême l’a fait remarquer dans l’arrêt *Eldridge*, « dans les cas où l’examen du texte en cause [ou, en l’espèce, du Programme] exige que soient soupesés des intérêts opposés et des questions de politique sociale, le critère de l’arrêt *Oakes* doit être appliqué avec souplesse, et non de manière formaliste et mécanique » : précité, au paragraphe 85.

[883] Compte tenu de ces principes, je cernerai alors les objectifs des décrets de 2012, et j’examinerai la question de savoir si ces objectifs sont urgents et réels.

B. *Quels étaient les objectifs des modifications apportées au PFSI par les décrets de 2012?*

[884] Pour cerner les objectifs de la mesure gouvernementale en cause, la Cour doit examiner la nature du problème social traité par les décrets de 2012. Le contexte de la mesure gouvernementale contestée « [est aussi important] pour déterminer le type de preuve que le tribunal peut demander au législateur d’apporter pour justifier ses mesures au regard de l’article premier » : *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877, aux paragraphes 87 et 88.

[885] Parmi les facteurs contextuels à prendre en considération, notons la nature du préjudice, la vulnérabilité du groupe protégé, les craintes subjectives et l’appréhension du préjudice, ainsi que la nature et l’importance de l’activité protégée : *R. c. Bryan*, 2007 CSC 12, [2007] 1 R.C.S. 527, au paragraphe 10. Voir aussi *Thomson Newspapers Co.*, précité, et *Harper c. Canada (Procureur général)*, 2004 CSC 33, [2004] 1 R.C.S. 827.

[886] Il convient de rappeler que, dans le contexte de leur argument fondé sur le paragraphe 15(2), les défendeurs ont fait valoir que le PFSI est un programme du gouvernement qui a pour objet d’améliorer l’état de santé de demandeurs d’asile, de réfugiés et de demandeurs d’asile déboutés ayant des besoins particuliers au Canada : mémoire des faits et du droit des défendeurs, au paragraphe 122.

[887] However, the respondents also contend that the 2012 IFHP “is not a program that has as its focus the treatment of people’s illnesses and conditions” (my emphasis). While recognizing that it provides funded access to health care, the respondents say that this is not the sole purpose of the modified IFHP. According to the respondents, “you have to look at the IFHP in the context of refugee law and the reality of refugee claims and processing deportations and removals and what the government was trying to do in a broad sense”. As a consequence, changes made to the IFHP may have nothing to do with the health of the people who benefit from the Program, but may relate instead “to the government’s broader goals in the area of immigration and refugee law”: transcript, Vol. 2, at pages 189–191.

[888] The respondents submit that the federal government has reformed Canadian immigration and refugee legislation with several broad public policy goals in mind. These include reducing the time taken to decide refugee claims, and reducing the strains on the Immigration and Refugee Board, in part by addressing its significant backlog.

[889] Other policy goals include reducing the multiple forms of recourse available to failed refugee claimants, facilitating timely removals of those with no right to be or remain in Canada, and deterring possible abuse of the refugee determination system by individuals from “safe, non-refugee producing” countries.

[890] According to the respondents, abuse of the IFHP, in and of itself, was not the predominant issue which guided or motivated the reform. Rather, the IFHP was reformed in 2012 in order to complement and accord with the government’s broad public policy goals and accompanying legislative changes in the areas of immigration and refugee protection.

[891] The respondents say that the 2012 changes to the IFHP are consistent with, and complementary to

[887] Cependant, les défendeurs prétendent aussi que le PFSI de 2012 [TRADUCTION] « n’est pas un programme qui vise à traiter les maladies et les problèmes de santé des individus » (non souligné dans l’original). Bien qu’ils reconnaissent que le Programme couvre le coût des soins de santé, les défendeurs disent qu’il ne s’agit pas du seul but du PFSI modifié. Selon les défendeurs, [TRADUCTION] « il faut examiner le PFSI dans le contexte du droit des réfugiés ainsi qu’en fonction de la réalité que constituent les demandes d’asile et le traitement des expulsions et des renvois, et de ce que le gouvernement essayait de faire de façon générale ». Par conséquent, les modifications apportées au PFSI n’ont peut-être rien à voir avec la santé des personnes qui sont bénéficiaires du Programme, et ont peut-être plutôt trait [TRADUCTION] « aux objectifs généraux du gouvernement dans le domaine du droit de l’immigration et des réfugiés » : transcription, vol. 2, aux pages 189 à 191.

[888] Les défendeurs font valoir que le gouvernement fédéral a réformé les lois sur l’immigration et les réfugiés en tenant compte de plusieurs objectifs d’intérêt public. Parmi ces objectifs, notons la réduction du délai de traitement des demandes d’asile et la réduction de la pression exercée sur la Commission de l’immigration et du statut de réfugié, en partie au moyen de l’élimination de son arriéré important.

[889] Parmi les objectifs d’intérêt public, notons aussi la réduction des divers types de recours dont peuvent se prévaloir les demandeurs d’asile, de faciliter les renvois en temps opportun des personnes qui n’ont pas le droit d’être ou de rester au Canada, et la dissuasion du recours censément abusif au système de protection des réfugiés par les personnes arrivant de « pays sûrs » qui « ne sont pas source de réfugiés ».

[890] Selon les défendeurs, à lui seul, l’abus du PFSI, n’était pas la principale question qui a fondée ou inspirée la réforme. Le PFSI a plutôt été réformé en 2012 pour que le Programme soit harmonisé avec les objectifs généraux d’intérêt public du gouvernement, selon les modifications législatives apportées dans le domaine de l’immigration et de la protection des réfugiés.

[891] Les défendeurs affirment que les modifications apportées au PFSI en 2012 sont conformes aux objectifs

Parliament's goals of accelerating the processing of refugees, removing failed refugees from Canada faster, and dissuading migration to Canada for the purpose of making unfounded claims: Dikranian affidavit, at paragraphs 55–56.

[892] The press release accompanying the announcement of the April 2012 OIC identifies several parallel goals underlying the changes to the IFHP. These include cost containment, fairness to Canadian taxpayers, and the protection of public health and safety. Defending the integrity of Canada's immigration system was also identified as a further objective of the changes.

[893] Thus, the 2012 changes to the IFHP must be viewed in context as forming part of a larger government program of reform to the immigration and refugee system. Within that broader context, the specific objectives of the 2012 OICs may be summarized as being:

1. Cost containment;
2. Fairness to Canadians;
3. The protection of public health and safety; and
4. The protection of the integrity of Canada's immigration system.

[894] The next question to be addressed is whether these goals are "pressing and substantial".

C. *Are the Objectives of the 2012 Changes to the IFHP "Pressing and Substantial"?*

[895] As Chief Justice McLachlin observed in *A.G. v. A.*, in order to satisfy the section 1 test, the onus is on the respondent to demonstrate "a sufficiently important

du législateur d'accélérer le traitement des demandes d'asile, de renvoyer les demandeurs d'asile déboutés plus rapidement du Canada et de dissuader l'immigration au Canada dans le but de présenter des demandes non fondées, et viennent s'y ajouter : voir l'affidavit de M^{me} Dikranian, aux paragraphes 55 et 56.

[892] Le communiqué de presse accompagnant l'annonce du décret d'avril 2012 fait état de plusieurs objectifs parallèles sous-tendant les modifications apportées au PFSI. Parmi ces objectifs, on retrouve la limitation des coûts, le fait de garantir que le PFSI soit équitable pour les contribuables canadiens, et la protection de la santé et la sécurité publiques. La préservation de l'intégrité du système d'immigration du Canada a aussi été relevée comme autre objectif des modifications apportées au PFSI.

[893] Par conséquent, les modifications apportées au PFSI en 2012 doivent être considérées dans leur contexte, en tant que modifications faisant partie d'un programme de réforme gouvernemental plus large du processus concernant les immigrants et les réfugiés. Dans ce contexte plus large, les objectifs précis des décrets de 2012 peuvent être résumés ainsi :

1. Limitation des coûts;
2. Garantir que le Programme sera équitable pour les contribuables canadiens;
3. Protection de la santé et de la sécurité publiques; et la
4. Préservation de l'intégrité du système d'immigration au Canada.

[894] La prochaine question sur laquelle je dois me pencher est celle de savoir si ces objectifs sont « urgents et réels ».

C. *Les objectifs des modifications apportées au PFSI sont-ils « urgents et réels »?*

[895] Comme la juge en chef McLachlin l'a fait remarquer dans l'arrêt *P.G. c. A.*, pour satisfaire au critère relatif à l'article premier, le défendeur doit démontrer

objective to justify an infringement of a *Charter* right”: above, at paragraph 434. Indeed, “[b]ecause the question is whether the broader public interest justifies the infringement of individual rights, the law’s goal must be pressing and substantial”: *Bedford*, above, at paragraph 126.

[896] As will be explained below, I am satisfied that some, but not all of the objectives of the 2012 changes to the IFHP do qualify as “pressing and substantial” objectives.

(1) Cost Containment

[897] The first question is whether the goal of “cost containment” can be said to be a “pressing and substantial” government objective.

[898] The respondents’ submissions on this point were very brief. Reference was made to evidence contained in Ms. Le Bris’ affidavit indicating that the cost of providing health care in Canada generally increased by about 25 percent between 2005 and 2010, during which period, the number of IFHP beneficiaries continued to rise. The categories of individuals covered under the IFHP also expanded.

[899] The respondents further note that the average period of IFHP eligibility rose over time. In 2003, it was 548 days, on average. By 2012, that number had almost doubled.

[900] According to an explanatory note accompanying the publication of the April 2012 OIC in the *Canada Gazette*, the government anticipated saving \$70 million in the first three years of the new Program, and \$15 million in each fiscal year thereafter.

[901] The respondents submit that “this is not insignificant for CIC and for the federal government”, and that “cost containment is a sufficiently important objective [to be considered pressing and substantial],

que « l’objectif poursuivi est suffisamment important pour justifier une atteinte à des droits garantis par la *Charte* » : précité, au paragraphe 434. En effet, « [p]arce que la question est celle de savoir si l’intérêt public général justifie l’atteinte aux droits individuels, l’objectif doit être urgent et réel » : *Bedford*, précité, au paragraphe 126.

[896] Comme je l’expliquerai ci-dessous, je suis convaincue que certains des objectifs des modifications apportées au PFSI en 2012, mais pas tous, constituent des objectifs « urgents et réels ».

1) Limitation des coûts

[897] La première question qui se pose est celle de savoir si l’objectif de la « limitation des coûts » peut être considéré comme un objectif « urgent et réel » du gouvernement.

[898] Les observations des défendeurs sur ce point étaient très brèves. Ils ont fait référence à des éléments de preuve figurant dans l’affidavit de M^{me} Le Bris selon lesquels les coûts supportés pour la prestation de soins de santé au Canada ont généralement augmenté d’environ 25 p. 100 entre 2005 et 2010, période au cours de laquelle le nombre de bénéficiaires du PFSI a continué d’augmenter. Les catégories de personnes couvertes par le PFSI ont aussi augmenté.

[899] Les défendeurs soulignent aussi que la période moyenne d’admissibilité au PFSI s’est allongée au fil du temps. En 2003, elle était en moyenne de 548 jours. En 2012, ce chiffre avait presque doublé.

[900] Selon une note explicative publiée avec le décret d’avril 2012 dans la *Gazette du Canada*, le gouvernement s’attendait à réaliser des économies de 70 millions de dollars au cours des trois premières années suivant l’entrée en vigueur du nouveau Programme, puis de 15 millions de dollars chaque année par la suite.

[901] Les défendeurs allèguent que [TRADUCTION] « cela ne représente pas des sommes négligeables pour CIC et le gouvernement fédéral », et que [TRADUCTION] « la limitation des coûts est un objectif suffisamment

particularly in times of fiscal constraint”: transcript, Vol. 3, at page 137.

[902] Controlling costs is clearly a central responsibility of governments as guardians of the public purse. Does it follow that a policy objective of containing costs within a given government department is necessarily a pressing and substantial one for the purposes of a section 1 Charter analysis?

[903] The Supreme Court has on several occasions considered the extent to which the issue of cost can be considered to be a “pressing and substantial” objective in the context of a section 1 Charter analysis.

[904] In *Nova Scotia (Workers’ Compensation Board) v. Martin; Nova Scotia (Workers’ Compensation Board) v. Laseur*, 2003 SCC 54, [2003] 2 S.C.R. 504, the Court observed that “[b]udgetary considerations in and of themselves cannot normally be invoked as a free-standing pressing and substantial objective for the purposes of s. 1 of the *Charter*”: at paragraph 109.

[905] The Court did, however, find that budgetary considerations were a “pressing and substantial” objective in *Newfoundland (Treasury Board) v. N.A.P.E.*, 2004 SCC 66, [2004] 3 S.C.R. 381 (*N.A.P.E.*). In that case, the Court had to determine whether a legislative provision that had the effect of extinguishing a pay equity settlement, thereby breaching the section 15 Charter rights of the beneficiaries of the settlement, could be justified under section 1 of the Charter.

[906] In concluding that a section 1 justification had been established by the Government of Newfoundland, the Supreme Court had regard to its comment in *Martin* that budgetary considerations cannot *normally* be invoked as a free-standing pressing and substantial objective for the purposes of section 1 of the Charter. The Court went on, however, to note that the evidence before it demonstrated that “[t]he spring of 1991 was not a ‘normal’ time in the finances of the provincial

important [pour être considéré comme un objectif urgent et réel], particulièrement en période de contraintes budgétaires » : transcription, vol. 3, à la page 137.

[902] De toute évidence, le contrôle des coûts est une responsabilité primordiale des gouvernements en tant que gardiens des fonds publics. Cela veut-il dire qu’un objectif de limitation des coûts en matière de politique au sein d’un ministère donné est nécessairement un objectif urgent et réel pour les besoins d’une analyse fondée sur l’article premier de la Charte?

[903] La Cour suprême du Canada a, à plusieurs reprises, examiné la mesure dans laquelle la question des coûts peut être considérée comme un objectif « urgent et réel » dans le contexte d’une analyse fondée sur l’article premier de la Charte.

[904] Dans l’arrêt *Nouvelle-Écosse (Workers’ Compensation Board) c. Martin; Nouvelle-Écosse (Workers’ Compensation Board) c. Laseur*, 2003 CSC 54, [2003] 2 R.C.S. 504, la Cour suprême du Canada a fait remarquer que « [n]ormalement, les considérations budgétaires à elles seules ne peuvent pas être invoquées en tant qu’objectif urgent et réel distinct pour l’application de l’article premier de la *Charte* » : au paragraphe 109.

[905] La Cour suprême du Canada a toutefois conclu que les considérations budgétaires étaient un objectif « urgent et réel » dans l’arrêt *Terre-Neuve (Conseil du Trésor) c. N.A.P.E.*, 2004 CSC 66, [2004] 3 R.C.S. 381 (*N.A.P.E.*). Dans cette affaire, la Cour suprême du Canada devait décider si une disposition législative ayant pour effet d’annuler le règlement en matière d’équité salariale, violant ainsi les droits des bénéficiaires du règlement garantis par l’article 15 de la Charte, était justifiable au regard de l’article premier de la Charte.

[906] Pour conclure qu’une justification fondée sur l’article premier avait été établie par le gouvernement de Terre-Neuve, la Cour suprême du Canada a tenu compte des observations qu’elle avait formulées dans l’arrêt *Martin*, soit que les considérations budgétaires ne pouvaient pas normalement être invoquées en tant qu’objectif urgent et réel distinct pour l’application de l’article premier de la Charte. La Cour suprême du Canada a toutefois ajouté que la preuve dont elle

government”. Indeed, the Court was satisfied that at the time that the legislation in issue was enacted, the province was facing a financial crisis: *N.A.P.E.*, above, at paragraph 64.

[907] The Supreme Court went on to observe that “[a]t some point, a financial crisis can attain a dimension that elected governments must be accorded significant scope to take remedial measures, even if the measures taken have an adverse effect on a *Charter* right, subject, of course, to the measures being proportional both to the fiscal crisis and to their impact on the affected *Charter* interests”: *N.A.P.E.*, above, at paragraph 64.

[908] In contrast, while the respondents in this case made passing reference to these being “times of fiscal constraint”, there was no suggestion that Canada is currently in a state of financial crisis as was the case in *N.A.P.E.*

[909] That said, the Court went on in *N.A.P.E.* to state that while financial cost alone will not ordinarily create a pressing and substantial objective for the purposes of section 1 of the Charter, “financial considerations wrapped up with other public policy considerations *could* qualify as sufficiently important objectives under s. 1”: at paragraph 69, emphasis in the original.

[910] Thus it appears that where cost is the only objective of the government action in issue, cost containment will only be considered to constitute a pressing and substantial government objective in extreme situations.

[911] Given that cost containment is only one of several goals of the 2012 changes to the IFHP, and was accompanied by other policy objectives, I am prepared to accept that it is a pressing and substantial government objective. I will, however, return to consider the respondents’ financial arguments under both the “minimal

disposait établissait qu’« [a]u printemps de 1991, la situation financière du gouvernement provincial n’était pas “normale” ». La Cour suprême du Canada a effectivement été convaincue qu’à l’époque où la loi en cause a été adoptée, la province traversait une crise financière : *N.A.P.E.*, précité, au paragraphe 64.

[907] La Cour suprême du Canada a ajouté qu’« [à] un moment donné, une crise financière peut prendre une telle ampleur que les gouvernements élus doivent disposer d’une latitude suffisante pour prendre des mesures correctives, même si celles-ci portent atteinte à un droit garanti par la *Charte*, à condition, évidemment, que ces mesures soient proportionnelles tant à la crise financière qu’à leur incidence sur les droits garantis par la *Charte* qui sont touchés » : *N.A.P.E.*, précité, au paragraphe 64.

[908] En revanche, bien que les défendeurs en l’espèce aient brièvement mentionné le fait qu’ils étaient dans une « période de contraintes budgétaires », ils n’ont pas laissé entendre que le Canada faisait actuellement face à une crise financière, comme c’était le cas dans l’arrêt *N.A.P.E.*

[909] Cela étant dit, la Cour suprême du Canada a ajouté, dans l’arrêt *N.A.P.E.*, que, bien qu’à lui seul, le coût financier ne se traduise normalement pas par un objectif urgent et réel pour les besoins de l’article premier de la *Charte*, « les considérations financières liées à d’autres considérations d’intérêt public *pouvaient* être qualifiées d’objectifs suffisamment importants au regard de l’article premier » : au paragraphe 69 (en italique dans l’original).

[910] Il semble donc que, lorsque les coûts sont le seul objectif de la mesure gouvernementale en cause, la limitation des coûts ne sera considérée comme un objectif urgent et réel du gouvernement que dans les situations extrêmes.

[911] Comme la limitation des coûts était seulement l’un des divers objectifs visés par les modifications apportées au PFSI en 2012, et que cet objectif allait de pair avec d’autres objectifs en matière de politique, je suis disposée à admettre qu’il s’agit d’un objectif urgent et réel du gouvernement. Je réexaminerai toutefois les

impairment” and “proportionality” components of the section 1 analysis.

(2) Fairness to Canadians

[912] Insofar as the “fairness to Canadians” argument is concerned, I accept that ensuring that Canadians are treated fairly in comparison to how non-Canadians are treated could, in some cases, constitute a pressing and substantial governmental objective. I am not, however, persuaded that seeking “fairness for Canadians” constitutes a “pressing and substantial” government objective in this case, simply because it has not been established that there was anything unfair to Canadians about the pre-2012 IFHP.

[913] The respondents say that to be fair to Canadians, most IFHP beneficiaries should receive health care benefits that are equal to government-funded provincial or territorial health insurance plans available to working Canadians who are not receiving social assistance. Fairness to Canadians further requires that the level of taxpayer-funded coverage provided by Canada to IFHP recipients should diminish if a refugee claim is withdrawn, abandoned, suspended or rejected.

[914] Finally, the respondents say that in order to be fair to Canadians, some IFHP beneficiaries receiving government assistance should receive enhanced benefits, equal to what Canadians receiving certain forms of government assistance receive.

[915] Dealing with the respondents’ first “fairness” argument, Ms. Le Bris’ affidavit explains that “[o]ne of the key underlying principles of the policy reform was

arguments financiers soulevés par les défendeurs en fonction des éléments relatifs à l’« atteinte minimale » et à la « proportionnalité » de l’analyse fondée sur l’article premier.

2) Un programme équitable pour les contribuables canadiens

[912] Pour ce qui est de l’argument selon lequel il faut garantir que le Programme soit « équitable pour les contribuables canadiens », j’admets que le fait de garantir que les Canadiens soient traités équitablement par rapport à la façon dont les non-Canadiens sont traités pourrait, dans certains cas, constituer un objectif gouvernemental urgent et réel. Je ne suis toutefois pas convaincue que le fait de garantir que le Programme soit « équitable pour les contribuables canadiens » constitue un « objectif gouvernemental urgent et réel » en l’espèce, tout simplement parce qu’il n’a pas été établi que la version du PFSI antérieure à 2012 était inéquitable pour les Canadiens.

[913] Les défendeurs affirment que, pour que le PFSI soit équitable pour les contribuables canadiens, la plupart des bénéficiaires du Programme devraient bénéficier d’une couverture des soins de santé équivalente à celle offerte aux travailleurs canadiens qui ne touchent pas de prestations d’aide sociale par les régimes d’assurance maladie provinciaux ou territoriaux financés par le gouvernement. Pour qu’il soit garanti que le Programme est équitable pour les contribuables canadiens, il faudrait aussi que le niveau de la couverture financée par les contribuables qui est offerte par le Canada aux bénéficiaires du PFSI diminue si une demande d’asile est retirée, abandonnée ou rejetée.

[914] Enfin, les défendeurs affirment que, pour que le Programme soit équitable pour les contribuables canadiens, certains bénéficiaires du PFSI recevant de l’aide du gouvernement devraient bénéficier d’une couverture plus grande, correspondant à la couverture dont bénéficient les Canadiens recevant certaines formes d’aide gouvernementale.

[915] Lorsqu’elle a traité du premier argument invoqué par les défendeurs au sujet de l’équité, M^{me} Le Bris a expliqué, dans son affidavit, que [TRADUCTION] « [l’]

to put in place a program that provided coverage that was not more generous than benefits received by Canadians”: at paragraph 50.

[916] Similarly, the April 25, 2012 news release accompanying the announcement of the April 2012 OIC quotes the then-Minister of Citizenship and Immigration explaining that “we do not want to ask Canadians to pay for benefits for protected persons, refugee claimants and others that are more generous than what they are entitled to themselves” [Reform of the Interim Federal Health Program ensures fairness, protects public health and safety].

[917] It will be recalled that the statement made on behalf of the then-Minister shortly after the 2012 changes to the IFHP came into effect also addressed this “fairness to Canadians” issue, stating that “Canadians have been clear that they do not want illegal immigrants and bogus refugee claimants receiving gold-plated health care benefits that are better than those Canadian taxpayers receive”.

[918] The respondents elaborated on this at the hearing, explaining that under the pre-2012 IFHP, all Program beneficiaries received more publicly funded health care insurance benefits than were received by Canadians under their provincial or territorial plans. This included insurance benefits for virtually all their health care needs, including optometry, dental, prescription medication, nursing visits, long term care, rehabilitative care, and ambulatory services—benefits that are not ordinarily available to working Canadians through provincial and territorial health insurance plans.

[919] As was noted earlier, there is no dispute about the fact that those seeking the protection of Canada are generally economically disadvantaged. Under the

un des principes sous-jacents clés de la réforme stratégique était de mettre en place un programme qui offrirait une couverture n’étant pas plus généreuse que celle dont bénéficient les Canadiens » : au paragraphe 50.

[916] Dans la même veine, le communiqué de presse du 25 avril 2012 qui accompagnait l’annonce du décret d’avril 2012 reprend les propos du ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration de l’époque, qui expliquait ce qui suit : « nous ne voulons pas [demander aux Canadiens] de payer pour que les personnes protégées et les demandeurs d’asile aient accès à un régime de soins de santé plus généreux que celui auquel ils ont eux-mêmes droit » [La réforme du Programme fédéral de santé intérimaire garantit l’équité et protège la santé et la sécurité publiques].

[917] Il convient de rappeler que la déclaration prononcée pour le compte de l’ancien ministre peu après l’entrée en vigueur des modifications apportées en 2012 au PFSI abordait elle aussi la question d’établir un programme « équitable pour les contribuables Canadiens », en mentionnant que [TRADUCTION] « [I]es Canadiens ont clairement fait savoir qu’ils ne voulaient pas que les immigrants illégaux et les demandeurs d’asile bidon reçoivent une couverture d’assurance blindée meilleure que celle dont ils disposent ».

[918] Les défendeurs ont abordé cette question de façon plus approfondie à l’audience : ils ont expliqué que, sous le régime du PFSI antérieur, tous les bénéficiaires du Programme bénéficiaient d’une couverture des soins de santé qui était supérieure à celle dont jouissaient les Canadiens au titre de leurs régimes provinciaux et territoriaux. Cela comprenait une couverture d’assurance pour pratiquement tous leurs besoins en matière de santé, notamment à l’égard des soins d’optométrie, des soins dentaires, des médicaments sous ordonnance, des visites d’infirmières, des soins de longue durée, des soins de réadaptation et des services d’ambulance — des services n’étant en temps normal pas couverts par les assurances maladie provinciales ou territoriales des contribuables canadiens.

[919] Comme il a été mentionné précédemment, les parties conviennent que les personnes sollicitant la protection du Canada sont généralement défavorisées d’un

pre-2012 IFHP, individuals who were able to satisfy a means test were entitled to a level of health insurance coverage that provided them with health care benefits that were roughly equivalent to those afforded to low-income Canadians through provincial or territorial health insurance plans.

[920] The pre-2012 IFHP thus provided low-income individuals seeking the protection of Canada with a level of health insurance coverage that was comparable to that provided to similarly-situated Canadians. There was nothing unfair about this.

[921] This aspect of the respondents' "fairness to Canadians" argument is thus based upon a flawed premise: namely, that there was something "unfair to Canadians" about the pre-2012 IFHP. In the absence of any demonstrated unfairness to Canadians resulting from the provisions of the pre-2012 IFHP, there was no question of "fairness to Canadians" that could constitute a "pressing and substantial" objective of the government action in issue.

[922] The respondents contend that the objective of "fairness to Canadians" also took into account that individuals who have abandoned or withdrawn their refugee claims should not be entitled to publicly funded health insurance benefits under the IFHP. I do not need to address this argument as the applicants are not challenging this aspect of the 2012 changes to the IFHP.

[923] The respondents also say that the objective of "fairness to Canadians" means that persons not in need of Canada's protection—those who have been determined not to be refugees—should not be the beneficiaries of publicly funded health insurance benefits under the IFHP.

point de vue économique. Sous le PFSI avant 2012, les personnes qui répondaient à un critère de justification fondée sur les moyens avaient droit à un niveau de couverture des soins de santé qui leur assurait une couverture qui était approximativement équivalente à celle dont jouissaient les Canadiens à faible revenu au titre d'un régime d'assurance maladie provincial ou territorial.

[920] Il s'ensuit que le PFSI avant 2012 offrait aux personnes à faible revenu qui demandaient la protection du Canada un niveau d'assurance maladie qui était comparable à celui offert aux Canadiens dans une situation similaire à la leur. Cette situation n'avait rien d'inéquitable.

[921] Cet aspect de l'argument des défendeurs relativement à l'établissement d'un programme équitable pour les contribuables canadiens repose donc sur une prémisse erronée : celle selon laquelle la version antérieure du PFSI avait quelque chose [TRADUCTION] « d'inéquitable pour les contribuables canadiens ». En l'absence de preuve démontrant que les dispositions de la version antérieure du PFSI donnaient lieu à une situation inéquitable envers les contribuables canadiens, aucune question d'équité envers les contribuables canadiens ne pouvait constituer un objectif gouvernemental « urgent et réel » en l'espèce.

[922] Les défendeurs prétendent que l'objectif d'équité envers les contribuables canadiens tenait aussi compte du fait que les demandeurs d'asile s'étant désistés de leur demande ou l'ayant retiré ne devraient pas avoir le droit de bénéficier de la couverture d'assurance maladie payée par l'État au titre du PFSI. Je n'ai pas besoin de discuter de cet argument, puisque les demandeurs ne contestent pas cet aspect des modifications apportées au PFSI en 2012.

[923] Les défendeurs affirment aussi que l'objectif d'établir un programme « équitable pour les contribuables canadiens » signifie que les personnes n'ayant pas besoin de la protection du Canada — celles dont on a conclu qu'elles n'étaient pas des réfugiées — ne devraient pas bénéficier d'une couverture d'assurance maladie défrayée par l'État au titre du PFSI.

[924] Ms. Le Bris explains this policy objective in her affidavit, stating that “[a]nother important element of this ‘fairness’ requirement supporting the IFHP reforms was that persons found not to be in need of protection by Canada should not be granted the same level of health coverage as those who could be refugees (refugee claimants) or have been found to be refugees by the IRB”: at paragraph 56.

[925] To the extent that this is really an argument that Canadians should not be expected to *pay* for health insurance coverage for failed refugee claimants, the argument is better addressed in the context of the objective of cost containment. Suffice it to say in the present context, that it is not readily apparent how it is *unfair* to Canadians that those individuals seeking the protection of Canada receive health insurance coverage for core health care services and products for as long as they are in compliance with Canadian immigration and refugee laws.

[926] This is especially so when one considers that some failed refugee claimants will ultimately succeed in obtaining the protection of Canada through the pre-removal risk assessment process. Other failed claimants may be unable to leave Canada until such time as travel documents are obtained from their country of origin. Still others, like Mr. Ayubi, may come from moratorium countries, where the Government of Canada has determined that the conditions are simply too dangerous to allow them to return home.

[927] Finally, the respondents assert that in order to be fair to Canadians, some IFHP beneficiaries receiving government assistance should receive enhanced benefits equal to what Canadians receiving certain forms of government assistance receive. It is not, however, clear how it is any *fairer* to Canadians that most government-assisted refugees and some privately sponsored refugees

[924] M^{me} Le Bris explique cet objectif stratégique dans son affidavit, en déclarant qu’[TRADUCTION] « un autre élément important de cette exigence “d’équité” qui appuie les réformes apportées au PFSI était que les personnes pour lesquelles il a été déterminé qu’elles n’ont pas qualité de personne à protéger au Canada ne devraient pas obtenir le même niveau de couverture d’assurance maladie que celui auquel auraient droit les personnes pouvant être des réfugiés (les demandeurs d’asile) et celles à qui la CISR a octroyé le statut de réfugié » : au paragraphe 56.

[925] Dans la mesure où ce qui précède constitue dans les faits un argument selon lequel on ne devrait pas s’attendre à ce que les Canadiens assument les coûts liés à la couverture d’assurance-maladie des demandeurs d’asile déboutés, celui-ci serait mieux traité dans le contexte de l’objectif de la limitation des coûts. Je me contenterai de dire, pour le présent contexte, qu’il n’est pas du tout évident pourquoi le fait que les personnes réclamant la protection du Canada reçoivent une couverture d’assurance-maladie pour les produits et services fondamentaux en matière de santé, tant et aussi longtemps que ces personnes se conforment à la législation canadienne en matière d’immigration et de réfugiés, est inéquitable pour les Canadiens.

[926] Cela est d’autant plus vrai lorsque l’on tient compte du fait que certains demandeurs d’asile déboutés réussissent en fin de compte à obtenir la protection du Canada par l’intermédiaire du processus d’examen des risques avant renvoi. D’autres demandeurs d’asile déboutés pourraient être incapables de quitter le Canada jusqu’à l’obtention de documents de voyage de leur pays d’origine. D’autres, comme M. Ayubi, peuvent être originaires de pays moratoires, pays à l’égard desquels le gouvernement du Canada a conclu que la situation était tout simplement trop dangereuse pour leur permettre de retourner dans le pays en question.

[927] En dernier lieu, les défendeurs affirment que, pour que la situation soit équitable pour les contribuables canadiens, certains bénéficiaires du PFSI devraient jouir d’une couverture accrue, qui serait équivalente à celle dont jouissent les Canadiens bénéficiaires de certaines formes d’aide gouvernementale. Il n’est toutefois pas clair en quoi il est plus équitable pour les contribuables

receive expanded health care coverage, while other privately sponsored refugees and refugee claimants only receive health care coverage or public health and public safety coverage.

[928] As a consequence, I have not been persuaded that seeking “fairness for Canadians” constitutes a “pressing and substantial” government objective in this case

(3) Protecting Public Health and Public Safety

[929] I accept the respondents’ contention that safeguarding public health and public safety is a pressing and substantial government objective. Whether the changes to the IFHP actually have this effect is a question that I will address under the “rational connection” component of the analysis.

(4) Protecting the Integrity of Canada’s Immigration System

[930] Finally, the applicants accept that there is abuse in the refugee system and have expressly conceded that preserving the integrity of Canada’s immigration system is a pressing and substantial objective.

[931] The respondents have, moreover, provided evidence of the significant number of refugee claims that are rejected each year by the Immigration and Refugee Board, particularly those emanating from countries that have been identified as designated countries of origin.

[932] I am thus satisfied that the protection of the integrity of Canada’s immigration system is a pressing and substantial governmental objective.

D. *Is the Impairment of the Charter Rights at Issue Proportional to the Importance of the Objectives of the 2012 OICs?*

canadiens que la plupart des réfugiés aidés par l’État et certains réfugiés parrainés par le secteur privé soient bénéficiaires de la couverture des soins de santé élargie, alors que d’autres réfugiés parrainés par le secteur privé et les demandeurs d’asile bénéficient uniquement que de la couverture des soins de santé ou de la couverture des soins de santé pour la santé ou la sécurité publiques.

[928] Il s’ensuit que je n’ai pas été convaincue que le fait de garantir un programme qui soit « équitable pour les contribuables canadiens » constitue un objectif gouvernemental « urgent et réel » en l’espèce.

3) Protection de la santé et de la sécurité publiques

[929] Je souscris à la prétention des défendeurs selon laquelle la protection de la santé et de la sécurité publiques constitue un objectif gouvernemental urgent et réel. Je trancherai la question de savoir si les modifications apportées au PFSI ont bel et bien eu cet effet dans l’élément « lien rationnel » de mon analyse.

4) Protection de l’intégrité du système d’immigration canadien

[930] En dernier lieu, les demandeurs reconnaissent que le système d’octroi de l’asile fait l’objet d’abus et ils ont expressément admis que la préservation de l’intégrité du système d’immigration canadien constitue un objectif urgent et réel.

[931] En outre, les défendeurs ont produit des éléments de preuve faisant état du nombre important de demandes d’asile rejetées chaque année par la Commission de l’immigration et du statut de réfugié, et particulièrement chez les demandeurs d’asile en provenance de pays d’origine désignés.

[932] Je suis donc convaincue que la protection de l’intégrité du système d’immigration canadien constitue un objectif gouvernemental urgent et réel.

D. *L’atteinte aux droits garantis par la Charte en cause est-elle proportionnelle à l’importance des objectifs des décrets de 2012?*

[933] Having identified the objectives of the 2012 changes to the IFHP, and having determined that at least some of these objectives are pressing and substantial, the analysis then moves on to the second phase of the *Oakes* test. At this stage the question is whether the impairment of the section 12 and section 15 rights at issue in this case is proportional to the importance of the government's objectives: that is, whether the means chosen by the Governor in Council to achieve its objectives are proportional or appropriate to the ends.

[934] Put another way, the task for the Court at this stage of the inquiry is to determine whether impugned legislation is "carefully designed, or rationally connected, to the objective". Legislation "must impair the right in issue as little as possible", and the effect of the legislation "must not so severely trench on individual or group rights that the legislative objective, albeit important, is nevertheless outweighed by the abridgment of rights": *R. v. Edwards Books*, above, at page 768.

[935] The three branches of the proportionality component of the *Oakes* test have been usefully described as concerning the *logical* (rational connection), the *careful* (minimal impairment) and the *just* (balancing/proportionality): Guy Davidov, "Separating Minimal Impairment from Balancing: A Comment on *R. v. Sharpe* (B.C.C.A.)" (2000), 5 *Rev. Const. Stud.* 195.

[936] Context infuses every aspect of this component of the *Oakes* test: *Health Services and Support – Facilities Subsector Bargaining Assn. v. British Columbia*, above, at paragraph 195.

[937] In assessing whether the impairment of the sections 12 and 15 Charter rights at issue in this proceeding is proportional to the importance of the objectives of the 2012 changes to the IFHP, the first question is whether there is a rational connection between the policy objectives of the Governor in Council and the means that were chosen to attain those objectives. This issue will be considered next.

[933] Après avoir déterminé les objectifs des modifications apportées en 2012 au PFSI et avoir conclu qu'au moins une partie de ces objectifs sont urgents et réels, je passe ensuite à la partie de mon analyse se rapportant à la deuxième étape du critère de l'arrêt *Oakes*. À ce stade-ci, la question est de savoir si l'atteinte aux droits garantis par l'article 12 et par l'article 15 qui est en cause en l'espèce est proportionnelle à l'importance des objectifs du gouvernement, soit la question de savoir si les moyens choisis par le gouverneur en conseil pour atteindre ses objectifs sont proportionnels aux fins visées ou s'ils sont appropriés eu égard à ces fins.

[934] Autrement dit, la Cour doit, à ce stade-ci de son examen, trancher la question de savoir si les mesures sont « soigneusement conçues pour atteindre l'objectif en question, ou [ont] un lien rationnel avec cet objectif ». Elles « doivent être de nature à porter atteinte le moins possible au droit en question » et leurs effets « ne doivent pas empiéter sur les droits individuels ou collectifs au point que l'objectif législatif, si important soit-il, soit néanmoins supplanté par l'atteinte aux droits » : *R. c. Edwards Books*, précité, à la page 768.

[935] Les trois volets de l'élément de proportionnalité du critère de l'arrêt *Oakes* ont été utilement définis ainsi : le volet de la logique (le lien rationnel), le volet de la prudence (atteinte minimale) et le volet de l'équité (équilibre/proportionnalité) : Guy Davidov, « Separating Minimal Impairment from Balancing: A Comment on *R. v. Sharpe* (B.C.C.A.) » (2000), 5 *R. études const.* 195.

[936] Le contexte joue un rôle à chaque étape de l'analyse de proportionnalité établie dans l'arrêt *Oakes* : *Health Services and Support – Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, précité, au paragraphe 195.

[937] Pour apprécier si l'atteinte aux droits garantis par les articles 12 et 15 [de la Charte] en cause dans la présente affaire est proportionnelle à l'importance des objectifs des modifications apportées en 2012 au PFSI, la première question à trancher est celle de savoir s'il y existe un lien rationnel entre les objectifs stratégiques du gouverneur en conseil et les moyens retenus pour atteindre ces objectifs. J'examinerai cette question ci-dessous.

- (1) Are the 2012 Changes to the IFHP Rationally Connected to the Objectives of the Governor in Council?

[938] As the Supreme Court observed in *Bedford*, “[t]he ‘rational connection’ branch of the s. 1 analysis asks whether the law was a rational means for the legislature to pursue its objective”: above, at paragraph 126.

[939] That is, the respondents must show that reducing the level of health insurance coverage for some classes of individuals seeking the protection of Canada and eliminating it altogether for others is rationally connected to the four identified goals of the Governor in Council in modifying the IFHP. The burden on the respondents to show a rational connection between its means and its ends is “is not a heavy one”: *A.G. v. A.*, above, at paragraph 359.

[940] To establish the existence of such a rational connection, the party invoking section 1 of the Charter must demonstrate “a causal connection between the infringement and the benefit sought on the basis of reason or logic”: *RJR-MacDonald Inc.*, above, at paragraph 153.

[941] As the Supreme Court explained in *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 SCC 37, [2009] 2 S.C.R. 567 (*Hutterian Brethren*), “[t]he rational connection requirement is aimed at preventing limits being imposed on rights arbitrarily. The government must show that it is reasonable to suppose that the limit may further the goal, not that it will do so”: at paragraph 48 (my emphasis).

[942] As Chief Justice Dickson observed in *Canada (Human Rights Commission) v. Taylor*, [1990] 3 S.C.R. 892, “as long as the challenged provision can be said to further *in a general way* an important government aim it cannot be seen as irrational”: at pages 925–926 (my emphasis).

- 1) Les modifications apportées en 2012 au PFSI sont-elles rationnellement liées aux objectifs du gouverneur en conseil?

[938] Comme l’a fait remarquer la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *Bedford*, « [l]e volet de l’analyse fondée sur l’article premier qui porte sur l’existence d’un “lien rationnel” consiste à déterminer si, pour le législateur, la disposition représente un moyen rationnel d’atteindre son objectif » : précité, au paragraphe 126.

[939] Cela étant, les défendeurs doivent démontrer que la réduction du niveau de couverture d’assurance maladie pour certaines catégories de personnes demandant la protection du Canada et l’élimination complète de cette couverture pour d’autres catégories sont rationnellement liées aux quatre objectifs énoncés par le gouverneur en conseil pour modifier le PFSI. Pour démontrer l’existence d’un lien rationnel entre les moyens qu’ils ont retenus et les fins qu’ils visaient, les défendeurs n’ont « pas un lourd fardeau » : *P.G. c. A.*, précité, au paragraphe 359.

[940] Pour établir l’existence d’un tel lien rationnel, la partie qui invoque l’article premier de la Charte doit démontrer l’existence d’« un lien causal, fondé sur la raison ou la logique, entre la violation et l’avantage recherché » : *RJR-MacDonald Inc.*, précité, au paragraphe 153.

[941] Comme l’a expliqué la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567 (*Hutterian Brethren*), « [l]’exigence du lien rationnel vise à empêcher l’imposition arbitraire de restrictions aux droits. Le gouvernement doit démontrer qu’il est raisonnable de supposer que la restriction peut contribuer à la réalisation de l’objectif, et non qu’elle y contribuera effectivement » : au paragraphe 48 (non souligné dans l’original).

[942] Comme l’a fait remarquer le juge en chef Dickson dans l’arrêt *Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor*, [1990] 3 R.C.S. 892, « pourvu que la disposition contestée puisse être considérée comme favorisant d’une manière générale la réalisation d’un objectif gouvernemental important, on ne peut la

[943] With this understanding of the relevant legal principles, I turn now to consider the 2012 changes to the IFHP in light of each of the Governor in Council's four underlying objectives.

(a) Cost Containment

[944] Dealing first with the objective of “cost containment”, as will be discussed further on in these reasons, there are significant problems with the evidence adduced by the respondents as to the cost savings that will allegedly be achieved as a result of the 2012 changes to the IFHP. Suffice it to say at this juncture that to the extent that one of the objectives of the changes to the IFHP was cost containment, it has not been demonstrated that the 2012 changes to the IFHP will in fact result in any real savings to Canadian taxpayers.

[945] That said, the effect of the 2012 changes to the IFHP has been to reduce the number of people eligible for benefits under the IFHP. The 2012 OICs also cut the level of health insurance coverage provided by the federal government to the vast majority of those seeking the protection of Canada, and eliminated it altogether for individuals who are only entitled to a PRRA. To that extent, it is reasonable to suppose that the cuts may result in a reduction of costs *to the Program*, and the changes to the IFHP are thus rationally connected to the goal of cost containment.

(b) Fairness to Canadians

[946] The second objective of the 2012 changes to the IFHP identified by the respondents is “fairness to Canadians”. In other words, the intention of the Governor in Council was to put in place a program that did not provide more generous benefits than those that are received by working Canadians.

qualifier d'irrationnelle » : aux pages 925 et 926 (non souligné dans l'original).

[943] Après avoir ainsi expliqué les principes juridiques applicables, je passe maintenant à l'examen des modifications apportées au PFSI en 2012 à la lumière de chacun des quatre objectifs sous-jacents du gouverneur en conseil.

a) Limitation des coûts

[944] J'aborde tout d'abord l'objectif de la « limitation des coûts ». Comme nous le verrons plus en détail dans les paragraphes suivants, la preuve produite par les défendeurs en ce qui concerne les économies qui devraient découler des modifications apportées au PFSI en 2012 contient d'importants problèmes. À ce stade-ci, il suffit de mentionner que, dans la mesure où la limitation des coûts était l'un des objectifs des modifications apportées au PFSI en 2012, il n'a pas été démontré que ces modifications entraîneront effectivement des économies réelles pour les contribuables canadiens.

[945] Cela dit, les modifications apportées au PFSI en 2012 ont eu pour effet de réduire le nombre de personnes admissibles à la couverture prévue par le PFSI. Les décrets de 2012 réduisaient aussi le niveau de couverture d'assurance maladie que le gouvernement fédéral offre à la vaste majorité des personnes demandant la protection du Canada et éliminaient complètement la couverture offerte aux personnes qui ont uniquement droit à un ERAR. Dans cette mesure, il est raisonnable de supposer que les compressions peuvent entraîner une diminution des coûts du Programme et que les modifications apportées au PFSI sont donc liées rationnellement à l'objectif de limitation des coûts.

b) Un programme équitable pour les contribuables canadiens

[946] Le deuxième objectif des modifications apportées au PFSI en 2012 mentionné par les défendeurs est celui de faire en sorte que le Programme soit « équitable pour les contribuables canadiens ». En d'autres termes, l'intention du gouverneur en conseil était de mettre sur pied un programme qui ne prévoyait pas des avantages plus généreux que ceux dont jouissent les contribuables canadiens.

[947] I have already explained why this argument is based upon a faulty premise inasmuch as there was no unfairness to Canadians arising out of the pre-2012 IFHP. However, even if I had accepted that such unfairness existed, I have also not been persuaded that the changes made to the IFHP in 2012 could rationally be seen to address that unfairness.

[948] That is, it is no fairer to Canadians to now provide vulnerable, poor and disadvantaged asylum seekers with a level of health insurance coverage that is comparable to that available to working Canadians.

[949] Canadians are also not treated any more fairly because refugee claimants from DCO countries, and failed refugee claimants who are still in compliance with Canadian immigration and refugee laws, are now denied any health insurance coverage whatsoever, unless it is for a condition that endangers public health or public safety.

[950] Nor is it somehow fairer to Canadians that those only entitled to a PRRA receive no health insurance coverage whatsoever, even if they suffer from a health condition that puts the health and safety of those same Canadians at risk. This is not a hypothetical concern: for example, the respondents' own witness acknowledged the high incidence of tuberculosis in the refugee population: see *Le Bris* affidavit, at paragraph 67.

[951] Moreover, a City of Toronto study entitled "Health Impacts of Reduced Federal Health Services for Refugees", states that Canadian research has shown that "refugees face increased health risks as a result of infectious and communicable diseases, including mortality from infectious and parasitic diseases and hepatitis": at page 6.

[952] The government may well have an interest in seeing that Canadians are treated fairly. However, given

[947] J'ai déjà expliqué la raison pour laquelle cet argument repose sur une prémisse erronée, en ce sens où le PFSI avant 2012 ne créait aucune iniquité envers les Canadiens. Cependant, même si j'avais souscrit à l'existence d'une telle iniquité, je n'aurais tout de même pas été convaincue que les modifications apportées au PFSI en 2012 pourraient rationnellement être considérées comme un moyen de répondre à cette iniquité.

[948] Autrement dit, offrir aux demandeurs d'asile vulnérables, pauvres et défavorisés un niveau de couverture d'assurance maladie comparable à celui dont disposent les travailleurs canadiens n'est pas plus équitable pour les Canadiens.

[949] Les contribuables canadiens ne sont pas non plus traités de manière plus équitable du fait que les demandeurs d'asile provenant de POD et les demandeurs d'asile déboutés qui sont toujours en règle eu égard à la législation canadienne en matière d'immigration se voient dorénavant privés de toute couverture d'assurance maladie, à moins qu'ils ne soient atteints d'un problème de santé qui mette en danger la santé ou la sécurité publiques.

[950] Il n'est pas non plus davantage équitable pour les Canadiens que les personnes n'ayant uniquement droit à un ERAR ne bénéficient d'absolument aucune couverture d'assurance maladie, et ce, même si elles sont atteintes d'un problème de santé qui met en danger la santé et la sécurité de ces mêmes Canadiens. Il ne s'agit pas d'une préoccupation hypothétique : par exemple, un témoin des défendeurs a reconnu l'incidence élevée de cas de tuberculose chez les réfugiés : voir l'affidavit de M^{me} Le Bris, au paragraphe 67.

[951] De plus, une étude de la ville de Toronto, intitulée « Health Impacts of Reduced Federal Health Services for Refugees », énonce que des recherches canadiennes ont démontré que [TRADUCTION] « les réfugiés sont exposés à des risques accrus en matière de santé en raison des maladies infectieuses et transmissibles, notamment en ce qui a trait à la mortalité attribuable à des maladies infectieuses et parasitaires ainsi qu'à l'hépatite » : à la page 6.

[952] Le gouvernement peut bien avoir intérêt à ce que les Canadiens soient traités de manière équitable.

the absence of any evidence that the pre-2012 IFHP was unfair to Canadians or that the 2012 IFHP is any fairer to Canadians, the respondents have failed to establish that the 2012 changes to the IFHP are rationally connected to the goal of achieving fairness for Canadians.

(c) Protecting Public Health and Safety

[953] To the extent that the 2012 IFHP continues to provide health insurance coverage to those involved in the refugee determination process for conditions that pose a risk to public health or public safety, it could be said that it is rationally connected in a general way to the objective of protecting public health and safety.

[954] However, I agree with the applicants that concerns about the extent of their health insurance coverage may well deter some IFHP beneficiaries, particularly those from DCO countries, from seeking medical treatment for health conditions that may turn out to be communicable diseases, thereby potentially jeopardizing public health.

[955] Indeed, as Dr. Rachlis observed, denial of coverage for routine primary health care service will inevitably lead to reduced contact with health care services: affidavit, at paragraph 35.

[956] The result of this is that if, for example, impecunious failed refugee claimants or refugee claimant parents from a DCO country have a child with a cough, they may be reluctant to take the child to see a doctor because of the restricted nature of the family's health insurance coverage and their limited financial resources. If it subsequently turns out that the cause of the child's cough was tuberculosis, the child's classmates, friends and teachers may have already been infected by the child, thereby jeopardizing the public health and safety of Canadians.

Cependant, étant donné l'absence d'éléments de preuve montrant que la version antérieure du PFSI était inéquitable pour les contribuables canadiens, ou que la version de 2012 est plus équitable pour ces derniers, les défendeurs n'ont pas réussi à démontrer que les modifications apportées en 2012 au PFSI sont rationnellement liées à l'objectif de l'atteinte de l'équité.

c) Protection de la santé et de la sécurité publiques

[953] Dans la mesure où le PFSI de 2012 continue d'offrir une couverture d'assurance maladie aux personnes dont le statut est entre les mains du processus d'octroi de l'asile en ce qui concerne les problèmes de santé qui mettent en danger la santé ou la sécurité publiques, on peut affirmer que cela est rationnellement lié d'une manière générale à l'objectif de protection de la santé et de la sécurité publiques.

[954] Cependant, je souscris à la thèse des demandeurs selon laquelle les préoccupations à propos de la portée de leur couverture d'assurance maladie pourraient bien dissuader certains bénéficiaires du PFSI, et surtout ceux provenant de POD, de chercher à obtenir des traitements médicaux pour des problèmes de santé qui pourraient s'avérer être des maladies transmissibles, ce qui mettrait potentiellement en danger la santé publique.

[955] En fait, comme l'a fait remarquer le Dr Rachlis, le refus de prévoir une couverture pour les soins de santé primaires courants aura comme conséquence inéluctable une réduction des contacts avec les services de soins de santé : affidavit, au paragraphe 35.

[956] Il s'ensuivra que, si, à titre d'exemple, des demandeurs d'asile déboutés dans la pauvreté ou des demandeurs d'asile provenant d'un POD ont un enfant qui tousse, ils pourraient hésiter à l'amener chez le médecin, en raison du caractère restreint de la couverture d'assurance des soins de santé dont bénéficie la famille et de leurs ressources financières limitées. S'il s'avère par la suite que la toux de l'enfant était attribuable à la tuberculose, les camarades de classe, les amis et les professeurs de ce dernier pourraient avoir déjà été infectés par l'enfant, ce qui mettrait en danger la santé et la sécurité publiques des Canadiens.

[957] Moreover, as Mr. Bradley pointed out, there are other communicable health conditions such as conjunctivitis, head lice, scabies and diarrhoea, all of which can jeopardize the health of school children, in particular. These conditions are *not* on the list of communicable diseases for which treatment will be available under the public health and public safety component of the 2012 IFHP: Bradley affidavit, at paragraph 11.

[958] This means that children affected with these ailments may be banned from school under school board policies, thus perpetuating their disadvantage. It also means that they may infect other children as a result of their untreated conditions, thereby jeopardizing the public health and safety of Canadian children.

[959] While the problem appears to have now been resolved, I would also note that the 2012 IFHP originally limited coverage for doctors' visits and diagnostic testing in a way that impeded the ability of doctors to determine whether a patient did, in fact, suffer from a condition that posed a risk to public health or public safety and was covered by the IFHP.

[960] Moreover, as was noted earlier, one of the 2012 changes to the IFHP was to *take away* every form of previously offered health insurance coverage for those only entitled to a PRRA, including coverage for the diagnosis and treatment of health conditions such as tuberculosis or HIV—conditions that can pose a risk to public health or public safety.

[961] The respondents explain that the IFHP was not intended to provide benefits to everyone seeking protection in Canada. According to the respondents, a policy decision was made to link IFHP eligibility to the refugee determination process. Because PRRA-only applicants do not go before the Immigration and Refugee Board, they are no longer eligible for IFHP benefits.

[957] En outre, comme l'a fait remarquer M. Bradley, il y a d'autres maladies transmissibles, comme la conjonctivite, les poux, la gale et la diarrhée, qui peuvent toutes mettre en danger la santé des enfants d'âge scolaire, en particulier, et qui ne sont pas sur la liste des maladies transmissibles à l'égard desquelles les traitements sont offerts au titre de l'élément de santé publique et de sécurité publique du PFSI de 2012 : affidavit de M. Bradley, au paragraphe 11.

[958] Cela signifie que les enfants atteints de ces problèmes de santé peuvent être bannis de l'école conformément aux politiques des commissions scolaires, ce qui perpétue leur désavantage. Cela fait aussi en sorte qu'ils peuvent transmettre ces problèmes de santé non traités aux autres enfants, ce qui a pour effet de mettre en danger la santé et la sécurité publiques des enfants canadiens.

[959] Bien que le problème semble maintenant résolu, je ferais aussi remarquer qu'au départ, le PFSI de 2012 limitait la couverture en ce qui a trait aux visites d'un médecin et aux diagnostics médicaux, d'une manière qui entravait la capacité des médecins à déterminer si un patient était bel et bien atteint d'un problème de santé qui mettait en danger la santé et la sécurité publiques et qui était couvert par le PFSI.

[960] En outre, comme je l'ai déjà fait remarquer, l'une des modifications apportées au PFSI en 2012 consistait à retirer aux personnes ayant seulement droit à un ERAR toute forme de couverture des soins de santé qui leur était auparavant offerte, y compris la couverture des soins de santé pour le diagnostic et le traitement de problèmes médicaux, comme la tuberculose et le VIH — des problèmes médicaux qui posent un risque pour la santé et la sécurité publiques.

[961] Les défendeurs expliquent que le PFSI n'était pas censé fournir une couverture à tous les demandeurs d'asile au Canada. Selon les défendeurs, une décision de principe avait été prise de lier l'admissibilité au PFSI au processus de détermination du statut de réfugié. Étant donné que les demandeurs d'ERAR seulement ne se présentent pas devant la Commission de l'immigration et du statut de réfugié, ils ne peuvent plus bénéficier de la couverture du PFSI.

[962] That may be so, but what is at issue at this stage of the analysis is whether the means chosen by the Governor in Council in making the 2012 changes to the IFHP are rationally connected to their objectives. Inasmuch as the decision was made to take health insurance coverage for the diagnosis and treatment of health conditions that pose a risk to public health or public safety *away* from those individuals who are only entitled to a PRRA, that decision cannot be said to be rationally connected to the objective of protecting public health and safety.

(d) Protecting the Integrity of Canada's Immigration System

[963] The final objective of the 2012 changes to the IFHP is the protection of the integrity of Canada's immigration system.

[964] According to the respondents, the 2012 changes to the IFHP limit or take away an incentive for individuals, particularly those from designated countries of origin, to come to Canada and make refugee claims, and may encourage unsuccessful refugee claimants to leave the country more rapidly.

[965] The evidentiary foundation for this argument is found in paragraph 73 of the affidavit of Sonia Le Bris. It will be recalled that Ms. Le Bris has been the acting director of Migration Health Policy and Partnerships within CIC's Health Branch since June 2011.

[966] As noted earlier, Ms. Le Bris explained that "the previous IFHP was perceived by some as constituting a reason why some foreign nationals came to Canada to assert unfounded claims and also a reason why they sought to remain in Canada for as long as possible after their claims were rejected by the IRB and often the Federal Court" (my emphasis).

[967] I find it troubling that the respondents seek to justify actions that I have found to be cruel, inhumane

[962] Cela est possible, mais la question qui se pose à cette étape de l'analyse est de savoir si les moyens choisis par le gouverneur en conseil pour apporter les modifications au PFSI en 2012 sont rationnellement liés à leurs objectifs. Dans la mesure où l'on a décidé de retirer la couverture des soins de santé pour le diagnostic et le traitement de problèmes médicaux qui posent un risque pour la santé et la sécurité publiques aux personnes qui n'ont seulement droit qu'à l'ERAR, on ne peut pas dire que la décision est rationnellement liée à l'objectif visant la protection de la santé et de la sécurité publiques.

d) Protection de l'intégrité du système d'immigration du Canada

[963] L'objectif ultime des modifications apportées au PFSI en 2012 est la protection de l'intégrité du système d'immigration du Canada.

[964] Selon les défendeurs, les modifications apportées au PFSI en 2012 limite ou enlève une des raisons pour lesquelles les personnes, en particulier celles qui proviennent de POD, pourraient venir au Canada et y demander asile ou les décourage à cet égard, et pourraient inciter des demandeurs d'asile déboutés à quitter le pays plus rapidement.

[965] Le fondement de la preuve pour cet argument se trouve au paragraphe 73 de l'affidavit de Sonia Le Bris. On se rappellera que M^{me} Le Bris est directrice intérimaire, Politiques et partenariats en santé des migrants de la Direction générale – Santé de CIC depuis juin 2011.

[966] Comme je l'ai déjà souligné, M^{me} Le Bris a expliqué que [TRADUCTION] « certains étaient d'avis que l'ancien PFSI constituait l'une des raisons pour lesquelles certains ressortissants étrangers venaient au Canada sous de faux prétextes, ainsi qu'une des raisons pour lesquelles ils cherchaient à demeurer au Canada le plus longtemps possible après le rejet de leur demande d'asile par la CISR et, souvent, par la Cour fédérale » (non souligné dans l'original).

[967] Je trouve troublant le fait que les défendeurs cherchent à justifier des mesures qui sont à mon avis

and discriminatory by relying on the subjective perceptions of unidentified individuals.

[968] As I have already noted, no attempt appears to have been made by the government to determine whether this subjective perception is in fact objectively justified. Ms. Dikranian (the manager of Asylum Policy in the Refugee Affairs Branch of Citizenship and Immigration Canada during the relevant period) confirmed that she was not aware of any studies having been carried out by the federal government in an effort to determine if there was *any* objective validity to this perception: Dikranian cross-examination, question 210.

[969] Not only have I not been provided with any empirical evidence on this point, I have also not been provided with any evidence as to why such empirical evidence could not be obtained by the respondents.

[970] The respondents argued at the hearing that evidence of this nature would not be available as no one was going to admit that they came to Canada in order to access state-funded health care. Instead, the respondents urge me to simply rely on “reason and logic” in this regard.

[971] In support of this contention, the respondents point to the Supreme Court’s decisions in cases such as *Libman v. Quebec (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 569, at paragraph 39, and *RJR-MacDonald Inc.*, above, where the Supreme Court observed that scientific proof is not always required in order for a government to establish a section 1 justification on a balance of probabilities. The Court observed in *RJR-MacDonald Inc.* that “the balance of probabilities may be established by the application of common sense to what is known, even though what is known may be deficient from a scientific point of view”: at paragraph 137.

[972] The respondents have not, however, established that asking those seeking the protection of Canada whether access to state-funded health care operated as a

cruelles, inhumaines et discriminatoires en se fondant sur des perceptions subjectives de personnes non identifiées.

[968] Il convient de rappeler qu’aucune tentative ne semble avoir été faite par le gouvernement pour déterminer si cette perception subjective est en réalité objectivement justifiée. M^{me} Dikranian (la gestionnaire, Politique d’asile, Direction générale des affaires des réfugiés de CIC, au cours de la période pertinente) a confirmé qu’elle n’était au courant d’aucune étude qui ait été faite par le gouvernement fédéral afin de déterminer si cette perception avait quelque validité objective que ce soit : contre-interrogatoire de M^{me} Dikranian, question 210.

[969] Non seulement je n’ai reçu aucune preuve empirique sur ce point, mais je n’ai non plus reçu aucun élément de preuve pour expliquer pourquoi les défendeurs ne pouvaient pas obtenir une telle preuve empirique.

[970] Les défendeurs ont soutenu à l’audience qu’une preuve de cette nature ne pouvait pas être obtenue, étant donné qu’aucune personne n’admettrait être venue au Canada en vue d’avoir accès à des soins de santé financés par l’État. Au contraire, les défendeurs ont insisté pour que je me fonde simplement sur [TRADUCTION] « la raison et la logique ».

[971] À l’appui de la prétention susmentionnée, les défendeurs invoquent les arrêts de la Cour suprême du Canada, tels que *Libman c. Québec (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 569, au paragraphe 39, et *RJR-MacDonald Inc.*, précité, dans lesquels celle-ci a fait observer qu’il n’est pas toujours nécessaire que le gouvernement fasse une preuve scientifique pour établir une justification fondée sur l’article premier de la Charte selon la prépondérance des probabilités. Dans l’arrêt *RJR-MacDonald Inc.*, la Cour suprême du Canada a fait observer que « la prépondérance des probabilités s’établit par application du bon sens à ce qui est connu, même si ce qui est connu peut comporter des lacunes du point de vue scientifique » : au paragraphe 137.

[972] Toutefois, les défendeurs n’ont pas démontré que le fait de s’enquérir auprès de demandeurs d’asile au Canada si l’accès à des soins de santé financés par

“pull” factor in their case would be the only way to measure the extent to which access to state-funded health care operates as an incentive for people to come to Canada in order to advance unmeritorious refugee claims or to remain in this country for longer than they would otherwise have done, once those claims have been rejected.

[973] As was discussed in the course of the hearing, one potential way to determine whether this perception is objectively supported would be to look at epidemiological research as to the incidence of chronic illnesses such as diabetes in the refugee population in Canada as compared to the incidence of the same illnesses within the equivalent population in the claimants’ countries of origin.

[974] Evidence showing that a disproportionate number of those seeking the protection of Canada suffer from chronic diseases could provide at least *some* objective circumstantial evidence regarding the extent to which the availability of state-funded health care operates as an incentive for people to come to or remain in Canada.

[975] The respondents’ arguments as to the incentive provided by state-funded health insurance coverage are also inconsistent with other arguments that they have made in this case.

[976] I have already noted that the respondents’ claim that the availability of health care in Canada operates as a “pull factor” for refugee claimants from DCO countries is difficult to reconcile with their argument that refugee claimants from DCO countries do not need health insurance coverage while they are in Canada because they can get comparable health care back home.

[977] The respondents also argued that the cuts to the IFHP are defensible as there are numerous alternative ways that those seeking the protection of Canada can access medical care, such as community health clinics and hospital emergency rooms. I did not accept this argument. However, if it were true that there are

l’État avait été un facteur d’« attraction » dans leur cas serait la seule manière de déterminer la mesure dans laquelle l’accès à des soins de santé financés par l’État a pour effet d’inciter les gens à venir au Canada en vue de présenter des demandes d’asile non fondées ou pour y demeurer beaucoup plus longtemps qu’ils ne l’auraient fait par ailleurs après le rejet de ces demandes d’asile.

[973] Comme nous en avons discuté au cours de l’audience, un moyen possible de déterminer si la perception dont il est question est objectivement justifiée serait d’analyser les recherches épidémiologiques quant à l’incidence de maladies chroniques, comme le diabète, dans la population de réfugiés au Canada par rapport à l’incidence des mêmes maladies au sein d’une population équivalente dans les pays d’origine des demandeurs d’asile.

[974] Les éléments de preuve qui établissent qu’un nombre disproportionné de demandeurs d’asile au Canada souffrent de maladies chroniques pourraient fournir au moins une certaine preuve indirecte objective concernant la mesure dans laquelle l’accessibilité à des soins de santé financés par l’État peut inciter les gens à venir au Canada ou à y rester.

[975] Les arguments des défendeurs quant à l’incitatif que représente la couverture des soins de santé financés par l’État ne sont pas non plus compatibles avec d’autres arguments qu’ils ont présentés en l’espèce.

[976] J’ai déjà souligné qu’il est difficile de concilier l’affirmation des défendeurs selon laquelle l’accessibilité à des soins de santé au Canada constitue un « facteur d’attraction » pour des demandeurs d’asile provenant de POD avec leur argument selon lequel les demandeurs d’asile provenant de POD n’ont pas besoin de couverture de soins de santé pendant qu’ils séjournent au Canada, parce qu’ils peuvent obtenir des soins de santé comparables dans leurs pays d’origine.

[977] Les défendeurs ont également soutenu que les compressions effectuées dans le PFSI sont justifiables, étant donné que les demandeurs d’asile au Canada disposent de nombreux moyens d’obtenir des soins de santé, tels que les cliniques de santé communautaire et les salles d’urgence. Je n’ai pas accepté cet argument.

indeed satisfactory alternatives readily available to those seeking the protection of Canada, it is difficult to see how changing the IFHP would deter anyone from coming to Canada.

[978] I will return to my concerns with respect to the frailties in the respondents' evidence on this point when I examine the issues of minimal impairment and proportionality.

[979] However, we know from the Supreme Court's decision in *Hutterian Brethren* that all that is required at the "rational connection" stage is that it be "reasonable to suppose" that the changes to the IFHP may further the government's goal of preventing abuse of the immigration system, "not that it will do so", above, at paragraph 48.

[980] We know from reading the Immigration and Refugee Board's decision in Mr. Ayubi's case that one of the reasons he left Afghanistan and came to Canada was his fear about his continued ability to access medication for his diabetes in Afghanistan. While that may not have been the only reason that Mr. Ayubi came to Canada, the availability of medical care in this country does appear to have played a role in his decision.

[981] It is also reasonable to assume that Mr. Ayubi is not alone, and that the availability of state-funded health care may provide something of an incentive for at least some individuals to come to Canada, although we have no evidence as to the extent to which this may be a consideration.

[982] We also know that the unavailability of medical care in other countries can and has provided an incentive for some individuals to seek to stay in Canada after their refugee claims have failed: see, for example, *Covarrubias*, above.

Toutefois, s'il était vrai que les demandeurs d'asile au Canada disposaient d'autres moyens satisfaisants d'obtenir facilement des soins de santé, il est difficile de voir comment le fait de modifier le PFSI découragerait qui que ce soit de venir au Canada.

[978] Je reviendrai sur mes préoccupations concernant les lacunes que comportent les éléments de preuve des défendeurs sur ce point lorsque j'examinerai les questions relatives à l'atteinte minimale et à la proportionnalité.

[979] Toutefois, la Cour suprême du Canada nous enseigne, dans l'arrêt *Hutterian Brethren*, qu'au stade du « lien rationnel », il suffit qu'il soit « raisonnable de supposer » que les modifications apportées au PFSI peuvent contribuer à la réalisation de l'objectif du gouvernement d'empêcher les abus du système d'immigration, « et non qu'elle[s] y contribue[ront] effectivement » : *Hutterian Brethren*, précité, au paragraphe 48.

[980] Il ressort de la lecture de la décision de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié concernant le cas de M. Ayubi que l'une des raisons pour lesquelles celui-ci avait quitté l'Afghanistan pour venir au Canada était la crainte qu'il avait de ne pas avoir un accès continu à des médicaments pour son diabète en Afghanistan. Bien que cela n'ait peut-être pas été l'unique raison pour laquelle M. Ayubi est venu au Canada, l'accessibilité à des soins de santé au Canada semble avoir effectivement joué un rôle dans sa décision.

[981] Il est également raisonnable de supposer que M. Ayubi n'est pas le seul dans cette situation, et que l'accessibilité à des soins de santé financés par l'État peut en quelque sorte inciter certaines personnes à venir au Canada, bien que nous ne disposions pas de preuve de la mesure dans laquelle cela peut constituer un facteur à considérer.

[982] Nous savons aussi que le fait que des soins médicaux ne soient pas accessibles dans d'autres pays peut inciter et a incité certaines personnes à vouloir rester au Canada après le rejet de leur demande d'asile : voir par exemple l'arrêt *Covarrubias*, précité.

[983] As a consequence, I am satisfied that the 2012 changes to the IFHP are rationally connected to the objective of protecting the integrity of Canada’s refugee determination system and deterring its abuse.

- (2) Do the 2012 Changes to the IFHP Impair Charter Rights Minimally or “As Little as Possible”?

[984] The next stage of the *Oakes* analysis requires the Court to examine whether the changes made to the IFHP through the 2012 OICs impair the Charter rights of those seeking the protection of Canada minimally or “as little as reasonably possible in order to achieve the legislative objective”: *RJR-MacDonald Inc.*, above, at paragraph 160. See also *A.G. v. A.*, above, at paragraph 360; *R. v. Edwards Books*, above, at pages 768–769.

[985] In *Hutterian Brethren*, the Supreme Court observed that the question at this stage of the analysis is “whether the limit on the right is reasonably tailored to the pressing and substantial goal put forward to justify the limit.” That is, the Court must consider “whether there are less harmful means of achieving the legislative goal”: above, at paragraph 53.

[986] Courts must, however, accord governments “a measure of deference, particularly on complex social issues where the legislature may be better positioned than the courts to choose among a range of alternatives”: *Hutterian Brethren*, above, at paragraph 53.

[987] Indeed, in *A.G. v. A.*, Chief Justice McLachlin observed that “the state must have a margin of appreciation in selecting the means to achieve its objective”: at paragraph 439. That said, this deference “is not blind or absolute”: [*Hutterian Brethren*, above], at paragraph 55.

[983] Par conséquent, je suis convaincue que les modifications apportées au PFSI en 2012 sont rationnellement liées à l’objectif de protéger l’intégrité du système de détermination du statut de réfugié du Canada et de décourager les abus de ce système.

- 2) Les modifications apportées au PFSI constituent-elles une atteinte minimale ou portent-elles « le moins possible » atteinte aux droits garantis par la Charte?

[984] L’étape suivante de l’analyse exposée dans l’arrêt *Oakes* exige que la Cour examine la question de savoir si les modifications apportées au PFSI au moyen des décrets de 2012 portent une atteinte minimale aux droits que la Charte confère aux demandeurs d’asile ou restreignent ces droits « aussi peu que cela est raisonnablement possible aux fins de la réalisation de l’objectif législatif » : arrêt *RJR-MacDonald Inc.*, précité, au paragraphe 160. Voir aussi l’arrêt *P.G. c. A.*, précité, au paragraphe 360, et *R. c. Edwards Books*, précité, aux pages 768 et 769.

[985] Dans l’arrêt *Hutterian Brethren*, la Cour suprême du Canada a fait observer que la question qui se pose à ce stade de l’analyse est « celle de savoir si la restriction au droit est raisonnablement bien adaptée à l’objectif urgent et réel invoqué pour la justifier ». Autrement dit, la Cour doit examiner la question suivante : « existe-t-il des moyens moins préjudiciables de réaliser l’objectif législatif »? : *Hutterian Brethren*, précité, au paragraphe 53.

[986] Toutefois, les tribunaux doivent faire preuve d’« une certaine déférence à l’égard de la législature, surtout en ce qui concerne les questions sociales complexes où la législature est peut-être mieux placée que les tribunaux pour choisir parmi une gamme de mesures » : *Hutterian Brethren*, précité, au paragraphe 53.

[987] En effet, dans l’arrêt *P.G. c. A.*, la juge en chef McLachlin a formulé l’observation selon laquelle il est accordé à « l’État une certaine latitude dans le choix du moyen pour réaliser son objectif » : au paragraphe 439. Cela étant dit, cette déférence « n’est ni aveugle ni absolue » : [*Hutterian Brethren*, précité], au paragraphe 55.

[988] In *RJR-MacDonald Inc.*, the Supreme Court held that in order for an impairment to be “minimal”, the legislative or policy choice of the government “must be carefully tailored so that rights are impaired no more than necessary.” The Court acknowledged that the tailoring process may not be perfect, but that if the government action “falls within a range of reasonable alternatives, the courts will not find it overbroad merely because they can conceive of an alternative which might better tailor objective to infringement”: above, at paragraph 160.

[989] Where, however, “the government fails to explain why a significantly less intrusive and equally effective measure was not chosen, the law may fail”: *RJR-MacDonald Inc.*, above, at paragraph 160.

[990] The Court further explained in *Hutterian Brethren* that there is an “internal limitation” within the minimal impairment test, given that the test “requires only that the government choose the least drastic means of achieving its objective”, whereas other, less drastic means that do *not* achieve the stated objectives are not considered at this stage: above, at paragraph 54, emphasis in the original.

[991] In conducting a “minimal impairment” analysis, a court “need not be satisfied that the alternative would satisfy the objective to *exactly* the same extent or degree as the impugned measure”: *Hutterian Brethren*, above, at paragraph 55, emphasis in the original.

[992] The Supreme Court went on in the same paragraph in *Hutterian Brethren*, however, to state that courts “should not accept an unrealistically exacting or precise formulation of the government’s objective which would effectively immunize the law from scrutiny at the minimal impairment stage.” The Court further noted that “[t]he requirement for an ‘equally effective’ alternative measure ... should not be taken to an impractical extreme”, and “includes alternative measures that give

[988] Dans l’arrêt *RJR-MacDonald Inc.*, la Cour suprême du Canada a conclu que, pour qu’une restriction soit « minimale », le choix législatif ou politique du gouvernement « doit être soigneusement adapté[e] de façon à ce que l’atteinte aux droits ne dépasse pas ce qui est nécessaire ». Elle reconnaît que le processus d’adaptation n’est peut-être pas parfait, mais que, si la mesure gouvernementale « se situe à l’intérieur d’une gamme de mesures raisonnables, les tribunaux ne concluront pas qu’elle a une portée trop générale simplement parce qu’ils peuvent envisager une solution de rechange qui pourrait être mieux adaptée à l’objectif et à la violation » : *RJR-MacDonald Inc.*, précité, au paragraphe 160.

[989] Toutefois, si « le gouvernement omet d’expliquer pourquoi il n’a pas choisi une mesure beaucoup moins attentatoire et tout aussi efficace, la loi peut être déclarée non valide » : *RJR-MacDonald Inc.*, précité, au paragraphe 160.

[990] En outre, la Cour suprême du Canada explique, dans l’arrêt *Hutterian Brethren*, que le critère de l’atteinte minimale comporte une « limite interne », compte tenu du fait que le critère « exige seulement que le gouvernement choisisse le moyen le moins attentatoire d’atteindre son objectif », alors que d’autres moins attentatoires qui ne lui permettent pas de réaliser son objectif ne sont pas examinés à ce stade : *Hutterian Brethren*, précité, au paragraphe 54 (en italique dans l’original).

[991] Pour effectuer une analyse de l’« atteinte minimale », le tribunal « n’a pas à être convaincu que la solution de rechange permettrait d’atteindre l’objectif *exactement* dans la même mesure que la mesure contestée » : *Hutterian Brethren*, précité, au paragraphe 55 (en italique dans l’original).

[992] Toutefois, la Cour suprême du Canada a ensuite fait observer, au paragraphe 55 de l’arrêt *Hutterian Brethren*, que le tribunal « ne doit pas accepter une formulation de l’objectif gouvernemental d’une rigueur ou d’une précision irréalistes qui soustrairait en fait la mesure législative à tout examen à l’étape de l’atteinte minimale ». En outre, elle a souligné que « [l]’obligation de choisir une mesure “toute aussi efficace” [...] ne doit pas être poussée à l’extrême jusqu’à devenir

sufficient protection, in all the circumstances, to the government’s goals”, citing *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 SCC 9, [2007] 1 S.C.R. 350.

[993] The Court concluded in *Hutterian Brethren* by noting that “[t]he test at the minimum impairment stage is whether there is an alternative, less drastic means of achieving the objective in a real and substantial manner”: above, at paragraph 55.

[994] Given my earlier conclusions with respect to the objectives of “fairness to Canadians” and the protection of public health and safety, it is clear that the impairment of the rights at issue is not responsive to, and goes well beyond what could be justifiably necessary to advance these two goals.

[995] The question for the Court is thus whether the means chosen by the Governor in Council to achieve its remaining goals of cost containment and the protection of the integrity of Canada’s immigration system were reasonably tailored to address the problems of escalating costs and abuse of the immigration system: *Hutterian Brethren*, above, at paragraph 56.

[996] Can it be said that the 2012 changes to the IFHP impair the sections 12 and 15 Charter rights of those seeking the protection of Canada minimally or “or as little as is reasonably possible” in order to achieve the objectives of the Governor in Council? In other words, could the Governor in Council achieve its objectives in a less infringing manner?

(a) Cost Containment

[997] Insofar as the issue of cost containment is concerned, the jurisprudence has made it clear that although purely financial considerations are insufficient to justify an infringement of Charter rights, the issue of cost can be taken into consideration at the minimal impairment

irréalisable », et « inclut les solutions de rechange qui protègent suffisamment l’objectif du gouvernement, compte tenu de toutes les circonstances », renvoi à l’arrêt *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CSC 9, [2007] 1 R.C.S. 350.

[993] La Cour suprême du Canada a conclu, dans l’arrêt *Hutterian Brethren*, en soulignant que « [l]e critère de l’atteinte minimale consiste à se demander s’il existe un autre moyen attentatoire d’atteindre l’objectif de façon réelle et substantielle » : *Hutterian Brethren*, précité, au paragraphe 55.

[994] Compte tenu des conclusions que j’ai antérieurement tirées en ce qui concerne les objectifs visant à garantir que le Programme soit « équitable pour les contribuables canadiens » et à offrir une protection de la santé et de la sécurité publiques, il est évident que l’atteinte portée aux droits en question ne répond pas à ce qui pourrait être justifié comme étant nécessaire pour la réalisation de ces deux objectifs, et le dépasse largement.

[995] La Cour doit donc trancher la question de savoir si les moyens choisis par le gouverneur en conseil pour réaliser les autres objectifs concernant la réduction des coûts et la protection de l’intégrité du système d’immigration du Canada étaient raisonnablement adaptés à la lutte des problèmes liés à la hausse des coûts et à l’abus du système d’immigration : *Hutterian Brethren*, précité, au paragraphe 56.

[996] Peut-on dire que les modifications apportées au PFSI en 2012 portent atteinte de façon minimale ou portent atteinte « aussi peu que cela est raisonnablement possible » aux droits de demandeurs d’asile garantis par les articles 12 et 15 de la Charte aux fins de la réalisation des objectifs du gouverneur en conseil? Autrement dit, le gouverneur en conseil aurait-il pu concevoir une manière moins attentatoire de réaliser ses objectifs?

a) Limitation des coûts

[997] En ce qui concerne la question de la réduction des coûts, il ressort clairement de la jurisprudence que, quoique des considérations purement financières soient insuffisantes pour justifier la contravention des droits garantis par la Charte, la question des coûts peut être

stage in determining the standard of deference owed to government policy choices: *N.A.P.E.*, above, at paragraph 79, citing *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*; *Reference re Independence and Impartiality of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3, at paragraph 283.

[998] As previously noted, the explanatory note accompanying the publication of the April 2012 OIC in the *Canada Gazette* stated that the government anticipated saving \$70 million in the first three years of the new IFHP, and \$15 million in each fiscal year thereafter.

[999] While these amounts are substantial, it does not necessarily follow that the anticipated reduction in Program spending is entirely, or even primarily, attributable to the 2012 changes to the IFHP.

[1000] First of all, it was not clear from the cross-examination of Ms. Le Bris how these estimates were arrived at, or the extent to which a reduction in the number of refugee claims, particularly those filed by claimants from DCO countries, factored into the equation. Ms. Le Bris did, however, confirm that the estimated \$70 million saving over three years “was a global saving”, and she was unable to recall how much of that amount would have been attributable to IFHP savings: Le Bris cross-examination, questions 63–80.

[1001] Indeed, as was emphasized by the respondents throughout the hearing, the 2012 changes to the IFHP cannot be considered in isolation as they were but one part of a comprehensive package of changes that have been made to the refugee determination system in recent years.

[1002] Entitlement to IFHP benefits was previously closely tied to the length of time that a Program beneficiary remained in Canada, and the average period of

prise en considération pour l’application du critère de l’atteinte minimale lorsqu’il faut déterminer la norme de retenue à respecter à l’égard des choix politiques du gouvernement : *N.A.P.E.*, précité, au paragraphe 79, citant le *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l’Île-du-Prince-Édouard*; *Renvoi relatif à l’indépendance et à l’impartialité des juges de la Cour provinciale de l’Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3, au paragraphe 283.

[998] Comme cela a déjà été souligné, il ressort de la note explicative accompagnant la publication du décret d’avril 2012 dans la *Gazette du Canada* que le gouvernement prévoyait réaliser des économies de 70 millions de dollars pendant les trois premières années du nouveau PFSI, puis de 15 millions de dollars par année par la suite.

[999] Bien que ces montants soient importants, cela ne veut pas nécessairement dire que les réductions des dépenses de programme prévues sont entièrement, ou même principalement, attribuables aux modifications apportées au PFSI en 2012.

[1000] Premièrement, le contre-interrogatoire de M^{me} Le Bris ne permettait pas de savoir clairement comment on avait obtenu ces estimations ou dans quelle mesure une réduction du nombre de demandes d’asile, en particulier celles présentées par des demandeurs provenant de POD, était prise en compte. Toutefois, M^{me} Le Bris a bel et bien confirmé que l’estimation d’une économie de 70 millions de dollars pendant trois exercices était une [TRADUCTION] « économie globale », et elle ne pouvait pas se rappeler la part de ce montant qui était attribuable aux économies relatives au PFSI : contre-interrogatoire de M^{me} Le Bris, questions 63 à 80.

[1001] En effet, comme cela a été souligné par les défendeurs tout au long de l’audience, les modifications apportées au PFSI en 2012 ne peuvent pas être examinées isolément, étant donné qu’elles n’étaient qu’une partie d’un ensemble de modifications qui ont été apportées au système de détermination du statut de réfugié au cours des dernières années.

[1002] Le droit à une couverture du PFSI était auparavant fortement lié à la durée du séjour au Canada d’un bénéficiaire du Programme, et la durée moyenne

IFHP eligibility continued to rise over time. According to Ms. Le Bris' affidavit, in 2003, the average period of Program eligibility was 548 days. By 2012, that number had almost doubled to 948 days: at paragraph 83.

[1003] This was due, in part, to the fact that the previous refugee determination process was slow. According to Ms. Dikranian's evidence, before the changes were made to the IFHP in 2012, it took some 20 months from the time that a refugee claim was filed for the case to proceed to a hearing before the Immigration and Refugee Board.

[1004] Ms. Dikranian further explained that it took on average some four-and-a-half years from the date a refugee claim was filed to the date that the individual was removed from Canada following the rejection of that claim. That number has been greatly reduced as a result of the changes to the system, and the government is currently aiming to have failed refugee claimants removed from Canada within approximately 14 months of the rejection of their claims.

[1005] However, as the respondents have pointed out, the speeding up of the refugee determination process and the deterrence of abuse was not a goal that was unique to the reform of the IFHP. Through the enactment of the *Balanced Refugee Reform Act*, the *Protecting Canada's Immigration System Act*, and the *Faster Removal of Foreign Criminals Act*, S.C. 2013, c. 16, Parliament has implemented other measures designed to achieve the same goal.

[1006] The changes to the refugee determination process included the creation of "designated countries of origin", and the introduction of an expedited claims process for claimants from DCO countries. According to the respondents, the number of refugee claims made by individuals coming from DCO countries since January of 2013 has dropped significantly.

[1007] Ms. Dikranian also confirmed in her cross-examination that the imposition of a visa requirement

d'admissibilité au PFSI a continué à augmenter au fil du temps. Il ressort de l'affidavit de M^{me} Le Bris qu'en 2003, la durée moyenne d'admissibilité au Programme était de 548 jours. En 2012, ce nombre avait presque doublé pour atteindre 948 jours : au paragraphe 83.

[1003] Cette situation était due, en partie, au fait que le processus de détermination du statut de réfugié antérieur était lent. Selon la preuve produite par M^{me} Dikranian, avant les modifications apportées au PFSI en 2012, il fallait quelque 20 mois à partir du dépôt d'une demande d'asile pour qu'une affaire soit entendue devant la CISR.

[1004] M^{me} Dikranian a en outre expliqué qu'il fallait quatre ans et demi à partir de la date où une demande d'asile était déposée jusqu'à la date où la personne était renvoyée du Canada à la suite du rejet de sa demande d'asile. Ce délai a été fortement réduit en raison des modifications apportées au système, et le gouvernement vise actuellement à faire en sorte que les demandeurs d'asile déboutés soient renvoyés du Canada au bout de 14 mois environ suivant le rejet de leur demande d'asile.

[1005] Toutefois, comme les défendeurs l'ont souligné, l'accélération du processus de détermination du statut de réfugié et la prévention des abus n'étaient pas un objectif propre à la réforme du PFSI. Au moyen de l'édition de la *Loi sur des mesures de réforme équitables concernant les réfugiés*, de la *Loi visant à protéger le système d'immigration du Canada* et de la *Loi accélérant le renvoi de criminels étrangers*, L.C. 2013, ch. 16, le législateur a mis en œuvre d'autres mesures visant à réaliser le même objectif.

[1006] Les modifications apportées au processus de détermination du statut de réfugié comprenaient la création de la notion de « pays d'origine désigné » et l'instauration d'un système accéléré de traitement de demandes pour des demandeurs d'asile provenant de POD. Selon les défendeurs, le nombre de demandes d'asile de personnes provenant de POD a fortement diminué depuis janvier 2013.

[1007] M^{me} Dikranian a également confirmé, lors de son contre-interrogatoire, que l'imposition de

for visitors coming from Mexico likely had an impact on the number of refugee claims from that DCO country.

[1008] Moreover, certain classes of individuals are no longer entitled to a statutory stay of removal pending an application for leave and for judicial review to this Court, permitting the government to remove individuals in these groups from Canada more quickly.

[1009] Other changes designed to expedite the process included time bars on alternate avenues of recourse for failed refugee claimants, such as pre-removal risk assessments and applications for permanent residence on humanitarian and compassionate grounds. In addition, the government has implemented an “Assisted Voluntary Returns and Reintegration” pilot program, which provides financial support to those willing to voluntarily return to their countries of origin.

[1010] Ms. Dikranian also confirmed in cross-examination that the Refugee Protection Division of the Immigration and Refugee Board was able to reduce its backlog by approximately 50 percent, once the government appointed a full complement of members to the Board after having left many positions vacant for long periods of time. This has greatly assisted in speeding up the refugee determination process.

[1011] Spending on the IFHP may well decrease substantially over the next few years. However, no attempt appears to have been made to determine how much of the anticipated cost savings will actually be attributable to the cuts to the level of benefits provided under the Program and the restriction on the classes of people that are eligible for benefits, as opposed to the fact that fewer individuals are coming to Canada to make refugee claims and many claimants who do come are now in Canada for much shorter periods of time.

l’obligation d’obtenir un visa pour les visiteurs provenant du Mexique a vraisemblablement eu des conséquences sur le nombre de demandes d’asile de personnes provenant de POD.

[1008] En outre, certaines catégories de personnes ne bénéficient plus d’un sursis de la mesure de renvoi en attendant l’issue d’une demande d’autorisation et de contrôle judiciaire présentée à la Cour, ce qui permet au gouvernement de renvoyer plus rapidement du Canada les personnes faisant partie de ces groupes.

[1009] Parmi les autres changements conçus pour accélérer le processus, il y avait les délais de prescription relativement aux voies de recours de remplacement pour les demandeurs d’asile déboutés, telles que les examens des risques avant renvoi ainsi que les demandes de résidence permanente fondées sur des considérations d’ordre humanitaire. De plus, le gouvernement a mis en œuvre un programme pilote d’aide au retour volontaire et à la réintégration, lequel offre un soutien financier à ceux qui sont disposés à retourner volontairement dans leur pays d’origine.

[1010] M^{me} Dikranian a aussi confirmé en contre-interrogatoire que la Section de la protection des réfugiés de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié avait réussi à réduire son arriéré d’environ 50 p. 100, après la nomination par le gouvernement d’un effectif complet de commissaires, alors que plusieurs postes avaient été laissés vacants pendant de longues périodes. Cela a grandement contribué à accélérer le processus décisionnel en matière de statut de réfugié.

[1011] Les dépenses relatives au PFSI pourraient bien décroître de façon importante dans les prochaines années. Toutefois, on ne semble pas avoir tenté de déterminer quelle part des économies envisagées serait vraiment attribuable aux réductions du niveau des avantages offerts aux termes du Programme et à la restriction quant aux catégories de gens qui sont admissibles aux avantages, par rapport au fait que moins de personnes viennent au Canada pour présenter des demandes d’asile et qu’un certain nombre de demandeurs d’asile qui viennent sont maintenant au pays pendant beaucoup moins longtemps.

[1012] There is, thus, no reliable evidence before this Court of the extent to which the 2012 changes to the IFHP will, on their own, result in cost savings at the federal level. Moreover, as will be discussed in the next section of these reasons, it appears that some of the cost of medical services that was previously covered under the IFHP has now simply been downloaded to the provinces.

[1013] Assuming, however, that the 2012 changes to the IFHP have indeed resulted in some measure of cost savings at the federal level, are there ways that this cost savings could be achieved in a less infringing manner, keeping in mind that this alternative measure does not have to satisfy the objective of cost containment to exactly the same extent or degree?: *Hutterian Brethren*, above, at paragraph 55.

[1014] The applicants point out that by simply bringing the complement of adjudicators on the Immigration and Refugee Board up to full strength, the government was able to greatly reduce the length of time that cases languished before the Immigration and Refugee Board. This has, in turn, helped to shorten the time that unsuccessful claimants remain in Canada, reducing the period for which they are eligible for IFHP benefits, with a commensurate cost savings. Adding even more members to the Board would presumably further improve processing times.

[1015] The government is also ensuring that removals are carried out more quickly after refugee claims are rejected, again reducing the time that claimants are eligible for IFHP benefits, reducing Program costs accordingly. One can assume that speeding up the removals process even more would result in further cost savings to the IFHP, without requiring a reduction in the level of benefits provided by the Program.

[1016] There would, of course, be costs associated with adding more members to the Immigration and

[1012] On n'a donc présenté à la Cour aucune preuve digne de foi quant à la mesure dans laquelle les modifications apportées au PFSI en 2012 donneraient lieu, en elles-mêmes, à des économies au niveau fédéral. En outre, comme il en sera question dans la prochaine section des présents motifs, il semble qu'une partie des coûts des services médicaux qui étaient précédemment couverts par le PFSI ont maintenant été simplement transférés aux provinces.

[1013] En présumant, cependant, que les modifications apportées au PFSI en 2012 ont vraiment donné lieu à certaines mesures d'économies au niveau fédéral, existe-t-il des façons pour que ces économies puissent être réalisées d'une manière moins attentatoire, en gardant à l'esprit que cette mesure de remplacement n'a pas à satisfaire à l'objectif de limitation des coûts dans exactement la même étendue ou importance? : *Hutterian Brethren*, précité, au paragraphe 55.

[1014] Les demandeurs soulignent qu'en ne faisant simplement qu'accroître l'effectif de décideurs à la Commission de l'immigration et du statut de réfugié jusqu'à ce qu'il soit complet, le gouvernement a été en mesure de réduire grandement le délai de traitement des affaires par la Commission. Par contre, cela a aussi aidé à diminuer le temps pendant lequel les demandeurs d'asile déboutés demeuraient au Canada, écourtant la période pour laquelle ils étaient admissibles aux avantages du PFSI, avec des économies correspondantes. L'ajout d'encore plus de commissionnaires améliorerait sans doute davantage les délais de traitement.

[1015] Le gouvernement s'assure également que les renvois s'effectuent plus rapidement après le rejet des demandes d'asile, ce qui écourte encore la période pendant laquelle les demandeurs d'asile sont admissibles aux avantages du PFSI, et réduit donc les coûts du Programme. On peut présumer que le fait d'accélérer encore plus le processus de renvoi occasionnerait davantage d'économies à l'égard du PFSI, sans nécessiter une réduction du niveau d'avantages offerts par le Programme.

[1016] Il y aurait, bien entendu, des coûts liés au fait d'ajouter plus de commissaires à la Commission de

Refugee Board or expediting the removal of failed refugee claimants, and I have no evidence as to what these costs would be.

[1017] However, I also do not have any reliable evidence as to the cost savings that are or will likely be directly attributable to the 2012 changes to the IFHP. In the circumstances, the respondents have not persuaded me that there are no alternatives to cutting the benefits to the IFHP that could reasonably achieve the government's goal of cost containment "in a real and substantial manner": *Hutterian Brethren*, above, at paragraph 55.

(b) Protecting the Integrity of Canada's Immigration System

[1018] Insofar as the protection of the integrity of Canada's immigration system is concerned, the respondents' evidence is that the 2012 changes to the IFHP were intended to take away an incentive for individuals, particularly those from designated countries of origin, to come to Canada and make unmeritorious refugee claims.

[1019] As was noted earlier, the respondents' deterrence argument is founded to a large extent on a subjective perception held by unidentified individuals that the provision of state-funded health insurance coverage to those seeking the protection of Canada constituted a reason why some foreign nationals came to Canada to assert unfounded refugee claims.

[1020] As the applicants have noted, there is no evidence that any other developed country uses the denial of publicly funded primary health care as a means of deterring unfounded refugee claims.

[1021] Moreover, the Government of Canada has conceded that it has not carried out any research in order

l'immigration et du statut de réfugié ou d'accélérer le renvoi des demandeurs d'asile déboutés, et je ne dispose d'aucune preuve quant à l'ampleur de ces coûts.

[1017] Toutefois, je ne dispose pas, non plus, d'éléments de preuve dignes de foi quant aux économies qui sont ou seront probablement attribuables directement aux modifications apportées au PFSI en 2012. Dans les circonstances, les défendeurs ne m'ont pas convaincu qu'il n'existe pas de mesure de remplacement à la diminution des avantages du PFSI qui pourrait raisonnablement atteindre l'objectif de limitation des coûts fixé par le gouvernement « de façon réelle et substantielle » : *Hutterian Brethren*, précité, au paragraphe 55.

b) Protection de l'intégrité du système d'immigration du Canada

[1018] Dans la mesure où cela concerne la protection de l'intégrité du système d'immigration du Canada, la preuve présentée par les défendeurs porte que les modifications effectuées au PFSI en 2012 avaient pour but de faire disparaître une raison qu'auraient des personnes, en particulier celles provenant de pays d'origine désignés, de venir au Canada et de présenter des demandes d'asile non fondées.

[1019] Comme il a déjà été mentionné, l'argument de dissuasion des défendeurs est dans une large mesure fondé sur une perception subjective, par des personnes non identifiées, que la fourniture d'une couverture d'assurance maladie financée par l'État à ceux qui sollicitent l'asile au Canada était une raison pour laquelle certains étrangers venaient au pays pour présenter des demandes d'asile non fondées.

[1020] Comme les demandeurs l'ont fait remarquer, il n'existe pas de preuve selon laquelle un autre pays développé se sert du refus de fournir des soins de santé primaires financés par les deniers publics comme un moyen de dissuader la présentation de demandes d'asile non fondées.

[1021] De plus, le gouvernement du Canada a concédé qu'il n'avait effectué aucune recherche afin de

to determine whether denying health care as a means of deterrence has any empirical validity or chance of success. Indeed, the respondents' witnesses confirmed in their cross-examinations that the means chosen were based on "perceptions" and "beliefs", and they were not aware of *any* evidence that would support limiting access to state-funded health insurance coverage as an effective means of deterring unmeritorious refugee claims.

[1022] It is true that the respondents have adduced evidence that shows that the number of refugee claims from DCO countries have dropped significantly since the implementation of the changes to the IFHP. According to the affidavit of Ms. Dikranian, 6 718 refugee claims were filed by individuals from DCO countries in 2011, which represented 26 percent of all claims filed that year, and 4 298 such claims were filed in 2012, representing 21 percent of all claims filed. In the first half of 2013, after the implementation of the changes to the IFHP, only 323 refugee claims had been filed by individuals from DCO countries, constituting only 7 percent of the total number of claims filed in the same period. It does not, however, follow from this that the 2012 changes to the IFHP are necessarily having their intended deterrent effect.

[1023] This is because the promulgation of the 2012 OICs was accompanied by the numerous other measures that have been previously identified, all of which were intended to speed up the refugee determination process and curtail the abuse of the system. No attempt has, however, been made to segregate out the extent to which the various deterrent measures implemented by the Government of Canada are having their desired effect.

[1024] Indeed, the respondents conceded at the hearing that "one can only speculate" that the drop in refugee claims from DCO countries is attributable, at least in part, to the 2012 changes to the IFHP since "the government does not have any numbers or any sort of study on why this is the case". The respondents did suggest that

déterminer si le refus de soins de santé comme moyen de dissuasion avait quelques validités empiriques ou chance de succès. En fait, en contre-interrogatoire, les témoins des défendeurs ont confirmé que les moyens choisis étaient fondés sur des [TRADUCTION] « perceptions » ainsi que des [TRADUCTION] « croyances », et qu'ils n'avaient connaissance d'aucun élément de preuve au soutien de la limitation de l'accès à une couverture d'assurance maladie financée par l'État comme moyen efficace pour dissuader la présentation de demandes d'asile non fondées.

[1022] Il est vrai que les défendeurs ont produit des éléments de preuve qui démontrent que le nombre de demandes d'asile provenant de POD a chuté de manière importante depuis la mise en œuvre des modifications au PFSI. Selon l'affidavit de M^{me} Dikranian, 6 718 demandes d'asile ont été déposées en 2011 par des personnes provenant de POD, ce qui représentait 26 p. 100 de toutes les demandes de cette année-là, et 4 298 de ces demandes ont été déposées en 2012, soit 21 p. 100 de toutes les demandes déposées. Dans la première moitié de 2013, après la mise en place des modifications au PFSI, seulement 323 demandes d'asile avaient été déposées par des personnes provenant de POD, ce qui constituait seulement 7 p. 100 du nombre total de demandes déposées dans la même période. Cela ne signifie toutefois pas que les modifications apportées en 2012 au PFSI ont nécessairement eu l'effet dissuasif escompté.

[1023] Cela est dû au fait que l'adoption des décrets de 2012 a été accompagnée des nombreuses autres mesures qui ont déjà été décrites, tout cela dans l'intention d'accélérer le processus de décision en matière de statut de réfugié et de réduire les abus commis à l'encontre du système. On n'a cependant pas tenté de déterminer à quel point les diverses mesures dissuasives prises par le gouvernement du Canada avaient eu l'effet désiré.

[1024] En fait, les défendeurs ont admis lors de l'audience que [TRADUCTION] « l'on ne [pouvait] que conjecturer » que la baisse du nombre de demandes d'asile provenant de POD était attribuable, du moins en partie, aux modifications apportées au PFSI en 2012, puisque [TRADUCTION] « le gouvernement ne dispos[ait]

“one possible and very plausible explanation” for the drop in numbers of claims from DCO countries is the changes that were made to the IFHP: transcript, Vol. 3, at page 39.

[1025] I have already indicated that I am prepared to accept that the availability of state-funded medical care in Canada may provide something of an incentive for some individuals to come to Canada to seek medical care. I have not, however, been provided with any reliable evidence as to the extent to which this is the case, or whether it is a material factor in the choices made by a significant number of refugee claimants. Nor have I been provided with any reliable evidence to show whether the 2012 cuts to the IFHP will in fact serve the objective of deterring these individuals from coming to Canada.

[1026] The respondents also assert that the changes to the IFHP were intended to encourage people to leave Canada more quickly after their claims are dismissed. While I have accepted that some failed refugee claimants may indeed seek to remain in Canada in order to access potentially lifesaving medical care, I have not been persuaded that there is no less infringing way to achieve the government’s objective of faster departures.

[1027] Indeed, as I have already noted in relation to the issue of cost containment, by devoting additional resources to the timely removal of failed refugee claimants, the Government of Canada can achieve its objective of faster departures without compromising the health and safety of those who have come to Canada seeking its protection.

(c) Other Minimal Impairment Arguments

[1028] The respondents also submit that the 2012 IFHP minimally impairs the Charter rights of those

d’aucun chiffre ni de quelque étude que ce soit pour savoir pourquoi il en [était] ainsi ». Les défendeurs ont bel et bien laissé entendre que [TRADUCTION] « l’une des explications possibles et très plausibles » pour la chute, en chiffres, des demandes provenant de POD était les modifications qui avaient été apportées au PFSI : transcription, vol. 3, à la page 39.

[1025] J’ai déjà mentionné que j’étais disposée à accepter que l’accessibilité à des soins médicaux, financés par l’État, au Canada pût fournir, pour quelques personnes, une sorte de motivation pour venir au Canada afin d’y solliciter des soins médicaux. On ne m’a cependant présenté aucun élément de preuve digne de foi quant à l’ampleur que cela pouvait avoir, ou quant à la question de savoir s’il s’agissait d’un facteur déterminant dans le choix fait par un nombre important de demandeurs d’asile. On ne m’a pas non plus présenté quelque élément de preuve digne de foi que ce soit pour démontrer que les réductions de 2012 dans le PFSI vont, de fait, servir l’objectif de dissuader ces personnes de venir au Canada.

[1026] Les défendeurs prétendent également que les modifications au PFSI avaient pour but d’encourager les gens à quitter le Canada plus rapidement après le rejet de leur demande. Bien que j’aie accepté le fait que certains demandeurs d’asile déboutés puissent vraiment chercher à demeurer au Canada dans le but d’avoir accès à des soins médicaux pouvant leur sauver la vie, on ne m’a pas convaincue qu’il n’y avait pas de façon moins attentatoire d’atteindre les objectifs du gouvernement relativement aux départs plus rapides.

[1027] En fait, concernant la question de la limitation des coûts, j’ai déjà fait remarquer que, en allouant des ressources supplémentaires au renvoi en temps opportun des demandeurs d’asile déboutés, le gouvernement du Canada pouvait atteindre son objectif relatif aux départs plus rapides sans compromettre la santé et la sécurité de ceux qui sont venus au Canada pour y solliciter l’asile.

c) Autres arguments relatifs à l’atteinte minimale

[1028] Les défendeurs ont aussi fait valoir que le PFSI de 2012 ne portait atteinte que de façon minimale

seeking the protection of Canada because it provides 76 percent of those currently entitled to IFHP benefits with health insurance coverage that is comparable to, or better than the level of health insurance coverage that is provided to working Canadians under provincial or territorial health insurance plans.

[1029] However, as was noted earlier, 62 percent of IFHP beneficiaries only receive HCC-level benefits, the class of benefits that are roughly comparable to those available to working Canadians not on social assistance. Given that these individuals are predominately poor, their position cannot reasonably be equated to the position of working Canadians. As a result, it cannot be said that the availability of HCC benefits means that the affected individuals' sections 12 and 15 Charter rights have been minimally impaired.

[1030] A further 24 percent of IFHP beneficiaries admittedly now only have health insurance coverage for conditions that pose a threat to public health or public safety. This group is made up of refugee claimants from DCO countries and claimants who have exhausted all their remedies in Canada. Meanwhile, those who are only entitled to make PRRA claims receive no health insurance coverage whatsoever. Once again, it cannot be said that these individuals' sections 12 and 15 Charter rights have been minimally impaired.

[1031] The respondents further contend that the 2012 IFHP minimally impairs the Charter rights of those seeking the protection of Canada because it is carefully "tailored to their needs as an immigrant group": transcript, Vol. 3, at page 65.

[1032] As was noted earlier, the respondents initially identified these "needs" as being "health needs": transcript, Vol. 2, at page 188.

aux droits conférés par la Charte à ceux qui sollicitaient l'asile au Canada, parce qu'il offre à 76 p. 100 de ceux qui ont actuellement droit aux avantages du PFSI une couverture d'assurance maladie qui se compare au niveau de couverture d'assurance maladie fournie aux Canadiens qui travaillent sous les régimes d'assurance maladie provinciaux ou territoriaux, ou qui est meilleure que ce niveau.

[1029] Toutefois, comme il a déjà été mentionné, 62 p. 100 des bénéficiaires du PFSI ne reçoivent que les avantages du niveau de la CSS, la catégorie d'avantages qui se compare à peu près aux avantages auxquels ont accès les travailleurs canadiens qui ne bénéficient pas de l'aide sociale. Étant donné que ces personnes sont essentiellement pauvres, on ne peut raisonnablement les mettre dans la même position que celle des travailleurs canadiens. Par conséquent, on ne peut pas affirmer que l'accessibilité aux avantages de la CSS signifie qu'on a porté atteinte de façon minimale aux droits conférés par les articles 12 et 15 de la Charte aux personnes touchées.

[1030] Un autre 24 p. 100 des bénéficiaires du PFSI ne bénéficie maintenant que d'une couverture d'assurance-maladie pour des problèmes de santé présentant une menace pour la santé publique ou la sécurité publiques. Ce groupe est composé de demandeurs d'asile provenant de POD et de demandeurs qui ont épuisé tous leurs recours au Canada. Par ailleurs, ceux qui ont le droit de présenter seulement des demandes d'ERAR ne reçoivent pas la moindre couverture d'assurance maladie. Encore une fois, on ne peut affirmer que l'atteinte aux droits conférés à ces personnes par les articles 12 et 15 de la Charte était minimale.

[1031] Les défendeurs prétendent aussi que le PFSI de 2012 porte atteinte de façon minimale aux droits conférés par la Charte à ceux qui sollicitent l'asile au Canada, parce qu'il a été soigneusement [TRADUCTION] « adapté à leurs besoins en tant que groupe d'immigrants » : transcription, vol. 3, à la page 65.

[1032] Comme il a déjà été mentionné, les défendeurs ont initialement déterminé que ces [TRADUCTION] « besoins » étaient des [TRADUCTION] « besoins en matière de santé » : transcription, vol. 2, à la page 188.

[1033] The respondents explain that government-assisted refugees and certain privately sponsored refugees are eligible for extended health care coverage under the 2012 IFHP because CIC had identified that government-assisted refugees and certain privately sponsored refugees who are receiving government income support would be unable to pay for supplemental health care services. A CIC operational manual appended to Ms. Le Bris' affidavit also suggests that there was a recognition on the part of CIC that these classes of refugees cannot access social services for a year after their arrival in Canada.

[1034] There is, however, no evidence to suggest that other classes of refugee claimants are any more economically advantaged than government-assisted refugees and privately sponsored refugees receiving income assistance. It also bears recalling that refugee claimants from DCO countries are barred from working for the first six months that they are in Canada, greatly inhibiting their ability to pay for their own health care.

[1035] Indeed, Ms. Le Bris confirmed that the government has no data that would suggest that refugee claimants from DCO countries are any more able to pay for their health care needs than those from non-DCO countries: Le Bris cross-examination, question 106.

[1036] The respondents have also not explained how the health needs of the immigrant group of government-sponsored refugees are different from those of the immigrant group of privately sponsored refugees not receiving income support, or how the needs of the immigrant group of inland refugee claimants from non-DCO countries are different from those of the immigrant group of inland refugee claimants from DCO countries. Nor has it been suggested that the health needs of those seeking the protection of Canada change in a way that accords with the changes to their level of health insurance coverage as they move through the refugee determination process.

[1033] Les défendeurs expliquent que les réfugiés parrainés par le gouvernement et certains réfugiés parrainés par le secteur privé sont admissibles à la couverture des soins de santé élargie aux termes du PFSI de 2012, parce que CIC avait constaté que les réfugiés parrainés par le gouvernement ainsi que certains réfugiés parrainés par le secteur privé qui recevaient un soutien gouvernemental au revenu n'étaient pas en mesure de payer pour des services de soins de santé supplémentaires. Un guide de CIC joint à l'affidavit de M^{me} Le Bris donne également à penser que CIC reconnaissait que ces catégories de réfugiés ne pouvaient pas avoir accès aux services sociaux pendant un an après leur arrivée au Canada.

[1034] Il n'y a cependant aucun élément de preuve donnant à penser que d'autres catégories de demandeurs d'asile sont plus avantagées sur le plan économique que les réfugiés parrainés par le gouvernement et ceux parrainés par le secteur privé recevant un soutien au revenu. Il convient aussi de rappeler qu'il est interdit aux demandeurs d'asile provenant de POD de travailler pendant les six premiers mois de leur présence au Canada, ce qui entrave grandement leur capacité de payer pour leurs propres soins de santé.

[1035] En fait, M^{me} Le Bris a confirmé que le gouvernement n'avait aucune donnée qui donnerait à penser que les demandeurs d'asile provenant de POD étaient plus en mesure de payer pour leurs besoins en matière de soins de santé que ceux ne provenant pas de POD : contre-interrogatoire de M^{me} Le Bris, question 106.

[1036] Les défendeurs n'ont pas non plus expliqué comment les besoins en matière de santé du groupe d'immigrants que sont les réfugiés parrainés par le gouvernement sont différents de ceux du groupe d'immigrants que sont les réfugiés parrainés par le secteur privé ne recevant pas de soutien au revenu, ni comment les besoins du groupe d'immigrants que sont les demandeurs d'asile à l'intérieur du Canada ne provenant pas de POD sont différents de ceux du groupe d'immigrants que sont les demandeurs d'asile à l'intérieur du Canada provenant de POD. On n'a pas plus laissé entendre que les besoins en matière de santé de ceux qui sollicitaient la protection du Canada changeaient d'une manière

[1037] When pressed on this point at the hearing, counsel for the respondents indicated that the only response that she could offer was that government-assisted refugees, resettled refugees and privately sponsored refugees have already been determined to be refugees prior to their arrival in Canada.

[1038] That may be so, but it does not address the question of how the *needs* of these “immigrant groups” are different from the needs of individuals making their refugee claims from within Canada. Indeed, the respondents ultimately conceded that the changes to the IFHP do not, in fact respond to the health needs of the various classes of individuals covered under the Program: transcript, Vol. 2, at pages 187–191.

[1039] The respondents also note that in assessing whether government action minimally impairs Charter rights, regard may be had to the fact that alternative measures were considered and reasonably rejected by the government. They point to changes that were made to the April 2012 OIC through the amending OIC, as well as CIC’s efforts to address the confusion that followed the 2012 changes to the IFHP as evidence of “responsiveness and consultation”: transcript, Vol. 3, at page 143.

[1040] Not only are these steps not evidence that alternative measures were considered and reasonably rejected by the government, it is noteworthy that all of them *post-dated* the fundamental changes to the IFHP that were effected by the promulgation of the first OIC in April of 2012.

[1041] Finally, the respondents submit that the changes to the IFHP minimally impair the rights of those seeking the protection of Canada because of the possibility of an exemption being granted by the Minister under section 7 of the IFHP in “exceptional and compelling circumstances”.

compatible avec les changements de leur niveau de couverture d’assurance maladie, au fil du processus de détermination du statut de réfugié.

[1037] Pressée de répondre à cela lors de l’audience, l’avocate des défendeurs a mentionné que la seule réponse qu’elle pouvait offrir était qu’on avait déjà déterminé, avant leur arrivée au Canada, que les réfugiés parrainés par le gouvernement, les réfugiés réétablis et ceux parrainés par le secteur privé étaient des réfugiés.

[1038] Il se peut qu’il en soit ainsi, mais cela ne règle pas la question de savoir comment les besoins de ces « groupes d’immigrants » sont différents des besoins de personnes présentant leur demande d’asile à partir du Canada. En fait, les défendeurs ont fini par concéder que, dans les faits, les modifications au PFSI ne répondaient pas aux besoins en matière de santé des diverses catégories de personnes couvertes par le Programme : transcription, vol. 2, aux pages 187 à 191.

[1039] Les défendeurs font aussi remarquer que, pour apprécier la question de savoir si l’action du gouvernement portait atteinte de façon minimale aux droits conférés par la Charte, il fallait examiner le fait que d’autres mesures avaient été considérées et raisonnablement rejetées par le gouvernement. Ils soulignent les modifications apportées au décret d’avril 2012 au moyen du décret modificatif, de même que les efforts déployés par CIC pour atténuer la confusion qui a suivi les modifications de 2012 au PFSI, comme preuve de [TRADUCTION] « la capacité de réaction et [de] la consultation » : transcription, vol. 3, à la page 143.

[1040] Non seulement ces démarches ne constituent pas la preuve que d’autres mesures avaient été considérées et raisonnablement rejetées par le gouvernement, il convient de noter qu’elles étaient toutes postérieures aux modifications fondamentales au PFSI, apportées par l’adoption du premier décret en avril 2012.

[1041] Enfin, les défendeurs soutiennent que les modifications au PFSI portent atteinte de façon minimale aux droits de ceux qui sollicitent l’asile au Canada, en raison de la possibilité qu’une exemption soit accordée par le ministre au titre de l’article 7 du PFSI dans « des circonstances exceptionnelles ».

[1042] However, as I have previously explained, the respondents have conceded that section 7 does not assist in cases where urgent medical care is required. Moreover, the Minister cannot provide discretionary coverage for medications and medical products such as the insulin and diabetic supplies on which Mr. Ayubi's survival depends.

[1043] As a consequence, the respondents have not demonstrated that the changes made to the IFHP through the promulgation of the 2012 OICs minimally impair the Charter rights of those seeking the protection of Canada.

(3) Are the 2012 Changes to the IFHP Proportionate in their Effect?

[1044] The final stage of the *Oakes* test requires the Court to consider whether there is proportionality between the deleterious effects of the program and its salutary objectives, such that the attainment of the goals of the program is not outweighed by the abridgment of the rights in question.

[1045] As the Supreme Court observed in *Hutterian Brethren*, “the first three stages of *Oakes* are anchored in an assessment of the law's purpose. Only the fourth branch takes full account of the ‘severity of the deleterious effects of a measure on individuals or groups’”: above, at paragraph 76.

[1046] In *Bedford*, the Court further explained that at this stage of the analysis, the Court is required to “weigh the negative impact of the law on people's rights against the beneficial impact of the law in terms of achieving its goal for the greater public good.” In so doing, the Court is to have regard to the impact of the impugned government action, “judged both qualitatively and quantitatively”: above, at paragraph 126.

[1047] In addressing the issue of proportionality, it is important to start by recalling the fundamental nature of

[1042] Toutefois, comme je l'ai expliqué précédemment, les défendeurs ont concédé que l'article 7 n'était d'aucune utilité dans les affaires où des soins médicaux d'urgence étaient requis. En outre, le ministre ne peut pas offrir une couverture à titre discrétionnaire pour des médicaments et des produits médicaux, tels que l'insuline et des fournitures pour le diabète dont dépend la survie de M. Ayubi.

[1043] Par conséquent, les défendeurs n'ont pas démontré que les modifications apportées au PFSI par l'adoption des décrets de 2012 portaient atteinte de façon minimale aux droits conférés par la Charte à ceux qui sollicitaient la protection du Canada.

3) Les modifications apportées au PFSI en 2012 sont-elles proportionnées dans leur effet?

[1044] La dernière étape du critère énoncé dans l'arrêt *Oakes* exige que la Cour examine la question de savoir s'il y a une proportionnalité entre les effets préjudiciables du programme et ses objectifs salutaires, de sorte que la restriction des droits en question ne l'emporte pas sur l'atteinte des buts du programme.

[1045] Comme la Cour suprême du Canada l'a fait observer dans l'arrêt *Hutterian Brethren*, « les trois premières étapes de l'analyse proposée dans *Oakes* se rattachent à une appréciation de l'objectif de la mesure législative. Seule la quatrième étape tient pleinement compte de “la gravité de ses effets préjudiciables sur des particuliers ou sur des groupes” » : précité, au paragraphe 76.

[1046] Dans l'arrêt *Bedford*, la Cour suprême du Canada a aussi expliqué que, à cette étape de l'analyse, la Cour « soupèse l'effet préjudiciable de la disposition sur les droits des personnes et son effet bénéfique sur la réalisation de son objectif dans l'intérêt public supérieur ». En ce faisant, la Cour doit apprécier l'effet de l'action gouvernementale contestée, « sur les plans qualitatif et quantitatif » : précité, au paragraphe 126.

[1047] Pour régler la question de la proportionnalité, il importe de commencer par rappeler la nature

the rights at stake in this case: namely the right to be free from cruel and unusual treatment and the right to equal treatment without discrimination on the basis of national origin.

[1048] Also important to the analysis is the devastating impact that the 2012 changes to the IFHP have had on those seeking the protection of Canada. As discussed earlier, I have concluded that the changes brought about by the 2012 OICs are causing significant suffering to an already vulnerable, poor and disadvantaged population.

[1049] Indeed, I have found as a fact that the 2012 changes to the IFHP are causing illness, disability, and death.

[1050] I am therefore satisfied that the deleterious effects of the government action at issue in this case are serious in terms of their quality. Quantitatively, I am satisfied that these deleterious effects will be felt by a significant number of individuals, given the thousands of people who come to this country each year, seeking its protection.

[1051] The question, then, is whether the respondents have met their onus and shown that the salutary objectives of the 2012 changes to the IFHP outweigh its significant deleterious effects. On the evidence before me, I have no hesitation in concluding that they have failed to do so.

[1052] While the protection of public health and public safety is a salutary objective of the IFHP, *taking away* health insurance coverage for conditions that pose a risk to public health or public safety from those seeking the protection of Canada who are only entitled to a PRRA does nothing to advance that objective. Indeed, it is actually detrimental to its achievement.

[1053] I have, moreover, concluded that there was nothing unfair to Canadians about the pre-2012 IFHP, and that Canadians are not treated any more fairly as a

fondamentale des droits en cause en l'espèce : à savoir le droit de ne pas être soumis à un traitement cruel et inusité et le droit à un traitement égal sans discrimination fondée sur l'origine nationale.

[1048] Un élément tout aussi important pour l'analyse est l'effet dévastateur que les modifications apportées au PFSI en 2012 ont eu sur ceux qui sollicitaient la protection du Canada. Comme il a été mentionné plus haut, j'ai conclu que les modifications résultant des décrets de 2012 causaient d'importantes souffrances à une population déjà vulnérable, appauvrie et désavantagée.

[1049] En fait, j'ai tiré une conclusion de fait selon laquelle les modifications apportées au PFSI en 2012 avaient entraîné la maladie, l'invalidité et la mort.

[1050] Je suis donc convaincue que les effets préjudiciables de l'action gouvernementale en cause en l'espèce sont de nature grave. Sur le plan quantitatif, je suis convaincue que ces effets préjudiciables seront ressentis par un nombre considérable de personnes, étant donné que des milliers de gens viennent dans ce pays chaque année, pour en solliciter la protection.

[1051] La question est alors de savoir si les défendeurs se sont acquittés du fardeau qui leur incombait et s'ils ont démontré que les objectifs salutaires des modifications apportées au PFSI en 2012 l'emportaient sur leurs importants effets préjudiciables. Selon la preuve dont je dispose, je n'ai aucune hésitation à conclure qu'ils n'ont pas réussi à le faire.

[1052] La protection de la santé et de la sécurité publiques est certes un objectif salutaire du PFSI, mais le fait de retirer à ceux qui sollicitent la protection du Canada, et qui n'ont le droit qu'à un ERAR, la couverture d'assurance maladie pour des conditions qui posent un risque à la santé publique ou à la sécurité publique n'aide en rien à atteindre cet objectif. En fait, cela nuit réellement à sa réalisation.

[1053] En outre, j'ai conclu qu'il n'y avait rien d'injuste pour les Canadiens dans le PFSI avant 2012 et que les Canadiens n'étaient pas traités plus équitablement du

result of the changes brought about by the 2012 OICs. Consequently, this objective cannot be said to outweigh the negative impact that the 2012 changes to the IFHP has had on those seeking the protection of Canada.

[1054] To the extent that the respondents' "fairness to Canadians" arguments are really about the *cost* of the IFHP for Canadian taxpayers, cost is certainly a factor that may be considered in connection with the question of proportionality.

[1055] Indeed, in *N.A.P.E.*, the Supreme Court observed that governments "have a large 'margin of appreciation' within which to make choices". However, the Court went on to note that "the scope of that 'margin' will be influenced, amongst other things, by the scale of the financial challenge confronting a government and the size of the expenditure required to avoid a *Charter* infringement in relation to that financial challenge": above, at paragraph 84.

[1056] It has not been suggested by the respondents that Canada is currently facing a financial crisis of the sort that faced the Government of Newfoundland in *N.A.P.E.* Nor is it evident from the record before me that there have, in reality, been any significant net savings for the taxpayers of Canada that are clearly attributable to the 2012 changes to the IFHP.

[1057] First of all, as was noted in the previous section of these reasons, we do not have any reliable data that would indicate precisely how much money will actually be saved directly as a result of the 2012 changes to the IFHP. While estimates of cost savings have been provided by the respondents, it is not clear to what extent these Program savings are actually attributable to the fact that refugee claims are now being processed faster and failed refugee claimants are being removed more quickly after their claims have been dismissed, rather than the cuts to the IFHP.

fait des modifications apportées par les décrets de 2012. Par conséquent, on ne peut pas affirmer que cet objectif l'emporte sur l'incidence négative que les modifications apportées au PFSI en 2012 ont eue sur ceux qui sollicitaient l'asile au Canada.

[1054] Dans la mesure où l'argument de l'objectif selon lequel le Programme sera « équitable pour les contribuables canadiens » a vraiment trait au coût du PFSI pour les contribuables canadiens, le coût est certainement un facteur qui peut être pris en compte relativement à la question de la proportionnalité.

[1055] En effet, dans l'arrêt *N.A.P.E.*, la Cour suprême du Canada a fait remarquer que les gouvernements « disposent d'une grande "marge de manœuvre" pour faire leurs choix ». Toutefois, la Cour suprême du Canada a ensuite souligné que « cette "marge de manœuvre" dépend notamment de l'ampleur du défi financier qu'est appelé à relever le gouvernement et de l'importance des dépenses requises pour éviter de violer la *Charte* en relevant ce défi financier » : précité, au paragraphe 84.

[1056] Les défendeurs n'ont pas donné à penser que le Canada traverse actuellement une crise financière comme celle qu'a traversée le gouvernement de Terre-Neuve et dont il a été fait mention dans l'arrêt *N.A.P.E.* Il ne ressort pas non plus clairement du dossier dont je suis saisie que des économies nettes importantes ont vraiment été réalisées pour les contribuables canadiens à la suite des modifications qui ont été apportées au PFSI en 2012.

[1057] Tout d'abord, comme il a été souligné dans la section précédente des présents motifs, nous ne disposons d'aucune donnée fiable qui précise les sommes d'argent qui seront vraiment directement économisées par suite des modifications apportées au PFSI en 2012. Des estimations quant aux économies ont été fournies par les défendeurs, mais on ne sait trop dans quelle mesure ces économies de Programme sont vraiment attribuables au fait que les demandes d'asile sont maintenant traitées plus rapidement et que les demandeurs d'asile déboutés sont renvoyés plus rapidement après le rejet de leurs demandes, plutôt qu'aux compressions effectuées dans le PFSI.

[1058] I have accepted that the decreased level of coverage and limitations on the classes of individuals who are eligible to IFHP benefits will likely result in *some* degree of cost savings at the federal level. However, there does not appear to have been any attempt by the respondents to quantify the extent to which the health care costs for those seeking the protection of Canada that were previously borne by the federal government through the IFHP have now simply been downloaded to provincial and territorial governments, or are being absorbed by others involved in the health care sector.

[1059] It will be recalled that the respondents have argued that there are any number of alternatives that are available to individuals who find themselves in a situation where their particular level of IFHP coverage is not sufficient for their medical needs. They pointed to the provincial health insurance coverage that has been instituted in certain provinces in order to “fill the gaps” created by the 2012 changes to the IFHP as one such example.

[1060] The respondents further submitted that assistance will be available for some individuals through community health centres and refugee shelters. Others may benefit from provincially funded midwifery services, at least in Ontario. Hospital emergency rooms are another source of medical care for IFHP beneficiaries. The respondents also suggested that going on social assistance is another way that IFHP beneficiaries can access health care.

[1061] I have previously found as a fact that there are numerous shortcomings in all of the alternate sources of health care identified by the respondents. More important for our present purposes, however, is the fact that *there is a real cost to Canadian taxpayers* in providing these alternate forms of health care.

[1062] I have not, however, been provided with any reliable data to show the extent to which these cost

[1058] J’admets que la diminution du niveau de couverture et les restrictions imposées quant aux catégories de personnes qui sont admissibles au PFSI permettront vraisemblablement au gouvernement fédéral de réaliser, dans une certaine mesure, des économies. Toutefois, rien ne donne à penser que les défendeurs ont tenté d’estimer de façon précise dans quelle mesure les coûts des soins de santé accordés aux personnes qui demandent la protection du Canada qui étaient autrefois assumés par le gouvernement fédéral dans le cadre du PFSI ont tout simplement été transférés aux gouvernements des provinces et des territoires ou ont été absorbés par d’autres intervenants qui œuvrent dans le domaine de la santé.

[1059] Rappelons que les défendeurs ont prétendu qu’il existe un certain nombre de solutions de rechange qui sont offertes aux personnes qui se retrouvent dans la situation où leur niveau de couverture du PFSI ne leur permet pas de subvenir à leurs besoins médicaux. Ils ont cité à titre d’exemple les programmes d’assurance maladie qui ont été institués dans certaines provinces afin de « combler les lacunes » occasionnées par les modifications apportées au PFSI en 2012.

[1060] Les défendeurs ont en outre prétendu que de l’aide sera offerte à certaines personnes grâce à des centres de santé communautaire et à des refuges pour réfugiés. D’autres personnes peuvent se prévaloir de services de sage-femme financés par les provinces, du moins en Ontario. Les salles d’urgence des hôpitaux constituent une autre source de soins de santé pour les bénéficiaires du PFSI. Les défendeurs ont également avancé que se prévaloir de l’aide sociale était une autre façon pour les prestataires du PFSI d’avoir accès à des soins de santé.

[1061] J’ai déjà conclu qu’il y a de nombreuses lacunes dans toutes les autres sources de soins de santé relevées par les défendeurs. Ce qui importe toutefois davantage pour les besoins de la présente instance, c’est que la prestation de ces autres formes de soins de santé entraîne des coûts importants pour les contribuables canadiens.

[1062] On ne m’a toutefois soumis aucune donnée fiable démontrant dans quelle mesure ces économies

savings have simply been downloaded to others, including provincial and territorial governments.

[1063] We do know, however, that a community health centre paid some \$2 700 on Mr. Ayubi's behalf for tests that would previously have been covered under the pre-2012 IFHP, and that the Ottawa Hospital absorbed \$1 500 of the cost. Similarly, the cost of Mr. Akhtar's chemotherapy treatment was absorbed by the Saskatoon Cancer Centre.

[1064] Mr. Wijenaike's urologist has kindly agreed to cover the cost of his chemotherapy, but he has had to seek medical care through hospital emergency rooms on a number of occasions. The hospitals have billed Mr. Wijenaike for their services, but he has been unable to pay the cost of the medical services that he has received, leaving the hospitals with approximately \$5 000 in unpaid receivables.

[1065] Mr. Bradley, a community health centre employee, also described the hours that he spent negotiating and advocating on Mr. Ayubi's behalf—time that could otherwise have been spent attending to the health care needs of other patients. Other health care providers have provided similar evidence with respect to the additional time that they have had to spend on behalf of patients as a result of the 2012 changes to the IFHP. There is, of course, an administrative cost to all of this that is borne by publicly funded health care institutions.

[1066] Dr. Rachlis has suggested that the reduced expenditures for primary health care services under the IFHP may actually be outweighed by higher subsequent costs for other health care services, particularly hospital costs and emergency room visits. He has identified what he calls the "optimal method" that should be used to estimate the true costs of providing care for refugees and refugee claimants who have lost their health insurance coverage. He further explains that, in the absence of such an analysis having been conducted, "there is

découlent tout simplement du transfert des coûts à d'autres, notamment aux gouvernements des provinces et des territoires.

[1063] Toutefois, nous savons qu'un centre de santé communautaire a payé environ 2 700 \$, pour le compte de M. Ayubi, relativement à des examens qui auraient été couverts par le PFSI avant 2012, et que l'Hôpital d'Ottawa a absorbé un montant de 1 500 \$ relativement à ces mêmes examens. Dans la même veine, le coût du traitement de chimiothérapie subi par M. Akhtar a été absorbé par le Saskatoon Cancer Centre.

[1064] L'urologue de M. Wijenaike a bien voulu accepter d'assumer le coût du traitement de chimiothérapie qu'a subi ce dernier, mais il a aussi dû se rendre à l'urgence à un certain nombre de reprises afin d'obtenir des soins médicaux. Les hôpitaux ont envoyé à M. Wijenaike une facture pour leurs services, mais, comme celui-ci a été incapable de payer le coût des services médicaux qu'il a reçus, les hôpitaux se sont retrouvés avec des comptes en souffrance pour un montant d'environ 5 000 \$.

[1065] M. Bradley, un employé d'un centre de santé communautaire, a également parlé du nombre d'heures pendant lesquelles il a négocié pour M. Ayubi et pour plaider en sa faveur — du temps qui aurait pu être consacré à s'occuper d'autres patients. D'autres fournisseurs de soins de santé ont rendu des témoignages semblables relativement au temps supplémentaire qu'ils ont dû consacrer pour le compte de patients à la suite des modifications apportées au PFSI en 2012. Tout ceci comporte un coût administratif, lequel est supporté par les établissements de soins de santé financés par l'État.

[1066] Le Dr. Rachlis a affirmé que les réductions des dépenses pour les services de soins de santé primaires fournis dans le cadre du PFSI peuvent en fait être annulées par les coûts occasionnés par les autres services de soins de santé, notamment les coûts d'hospitalisation et de visites à l'urgence. Il a relevé ce qu'il appelle la « meilleure méthode » qui devrait être utilisée pour évaluer ce qu'il en coûte vraiment pour fournir des soins de santé aux réfugiés et aux demandeurs d'asile qui ne sont plus couverts par l'assurance maladie. Il a ajouté

significant doubt that there will be reduced public sector costs as a result of this new policy”: Rachlis affidavit, at paragraph 6.

[1067] Ms. Le Bris confirmed in her cross-examination that when the respondents calculated the savings that would be achieved through the 2012 changes to the IFHP, regard was only had to the cost savings that would be realized by CIC. No consideration was given to the impact that the changes might have on provincial or territorial health care costs.

[1068] According to Ms. Le Bris, this was because “it’s such a small percentage of the overall health expenditure in Canada that our opinion was that the impact would be very, very minimal because it was like \$83 million versus, like, you know, billions that it cost. So we looked into it from that perspective but we didn’t do a detailed cost analysis”: Le Bris cross-examination, question 84.

[1069] Ms. Le Bris was then asked: “So if I understand you, the total impact was so small that it wasn’t really worth trying to figure out how much it would cost when it shifted to the provinces?” Her response was “Exactly because we continued to pay a significant amount of the services we were used [*sic*] to pay for”: Le Bris cross-examination, question 85.

[1070] The respondents say that the federal government is interested in containing spending at the federal level, and that it is not obliged to look at provincial costs. That may be so, but one of the stated goals of the 2012 changes to the IFHP was to “ensure fairness to Canadian taxpayers” [emphasis added]: see the April 25, 2012 news release. It is not at all clear that *Canadian taxpayers* are realizing any savings at the end of the day as a result of the 2012 changes to the IFHP.

que, si une telle analyse n’est pas faite, [TRADUCTION] « il y a sérieusement lieu de douter que cette nouvelle politique entraîne une réduction des coûts pour le secteur public » : affidavit du D^r Rachlis, au paragraphe 6.

[1067] M^{me} Le Bris a confirmé, en contre-interrogatoire, que, lorsque les défendeurs ont fait le calcul des économies qui seraient réalisées grâce aux modifications apportées au PFSI en 2012, ils n’ont tenu compte que des économies qui seraient réalisées par CIC. Ils n’ont pas tenu compte de l’incidence que les modifications pourraient avoir sur les coûts des soins de santé offerts par les provinces ou les territoires.

[1068] M^{me} Le Bris, a affirmé ce qui suit : [TRADUCTION] « il s’agit d’un pourcentage tellement peu élevé du montant total des dépenses en santé au Canada que, selon nous, l’incidence serait très, très minime, car il s’agit d’un montant d’environ, comme, 83 millions de dollars par rapport, vous savez, aux milliards qu’il en coûte. C’est sous cet angle que nous avons examiné la question, mais nous n’avons fait aucune analyse détaillée des coûts » : contre-interrogatoire de M^{me} Le Bris, question 84.

[1069] On a ensuite demandé ce qui suit à M^{me} Le Bris : [TRADUCTION] « Donc, si je vous comprends bien, l’incidence globale était si minime qu’il ne valait pas vraiment la peine de tenter de déterminer ce qu’il en coûterait après le transfert aux provinces? ». Elle a répondu ce qui suit : [TRADUCTION] « Exactement, parce que nous avons continué de payer une partie importante des services que nous avons l’habitude [*sic*] de payer » : contre-interrogatoire de M^{me} Le Bris, question 85.

[1070] Les défendeurs affirment que le gouvernement fédéral veut contrôler ses dépenses et qu’il n’est pas obligé d’examiner les coûts encourus par les provinces. Cela est peut-être vrai, mais l’un des objectifs visés par les modifications apportées au PFSI en 2012 était de « [garantir] que le programme sera équitable pour les contribuables canadiens » (non souligné dans l’original) : voir le communiqué de presse du 25 avril 2012. On ne sait pas avec certitude si les contribuables canadiens réalisent en fin de compte des économies par suite des modifications apportées au PFSI en 2012.

[1071] As a result, it has not been shown that the beneficial impact of the 2012 changes to the IFHP in terms of cost containment and fairness to Canadian taxpayers outweighs the negative impact of the 2012 changes to the IFHP on the constitutional rights of those seeking the protection of Canada.

[1072] Finally, I have accepted that the protection of the integrity of Canada's refugee determination process is undoubtedly a pressing and substantial government objective. However, I have also noted that that the respondents have provided no evidence as to the extent to which access to taxpayer-funded health care plays a material role in the abuse of the Canadian refugee system. Nor have the respondents demonstrated that denying health insurance coverage for primary health care for those seeking the protection of Canada will have a material deterrent effect on the bringing of unmeritorious refugee claims.

[1073] Consequently it cannot be said that the beneficial impact of the 2012 changes to the IFHP in terms of protecting the integrity of Canada's refugee determination process outweighs the negative impact of the 2012 changes to the IFHP on the constitutional rights of those seeking the protection of Canada.

[1074] In summary, I am satisfied that the profoundly deleterious effects of the 2012 changes to the IFHP greatly outweigh the salutary goals of the Governor in Council in making these changes. This is especially so in light of the fact that it has not been established that the changes will in fact contribute in a material way to the realization of *any* of these goals.

(4) Conclusion with Respect to the Section 1 Justification

[1075] For these reasons, I have concluded that the respondents have not satisfied their onus of demonstrating that the rights violations resulting from the 2012

[1071] Par conséquent, il n'a pas été démontré que l'incidence favorable des modifications apportées au PFSI en 2012 sur le plan de la limitation des coûts et de l'équité envers les contribuables canadiens l'emporte sur l'incidence défavorable des modifications apportées au PFSI en 2012 sur les droits constitutionnels des personnes qui sollicitent la protection du Canada.

[1072] Enfin, j'ai admis que la protection de l'intégrité du processus de détermination du statut de réfugié est sans doute un objectif urgent et important du gouvernement. Toutefois, j'ai également souligné que les défendeurs n'ont présenté aucune preuve quant à la question de savoir dans quelle mesure l'accès à des soins de santé financés par les contribuables joue un rôle important en ce qui a trait à l'abus du système canadien de protection des réfugiés. Les défendeurs n'ont pas non plus démontré que le fait de refuser l'accès à l'assurance maladie pour les soins de santé primaires aux personnes qui sollicitent la protection du Canada aura un effet dissuasif important sur les demandes d'asile non fondées.

[1073] Par conséquent, on ne peut pas dire que l'incidence favorable des modifications apportées au PFSI en 2012 sur le plan de la protection de l'intégrité l'emporte sur l'incidence défavorable des modifications apportées au PFSI en 2012 sur les droits constitutionnels des personnes qui sollicitent la protection du Canada.

[1074] En résumé, je suis convaincue que les effets extrêmement préjudiciables des modifications apportées au PFSI en 2012 l'emportent facilement sur les objectifs salutaires visés par le gouverneur en conseil lorsqu'il a apporté ces modifications. Cela est d'autant plus vrai si l'on tient compte du fait qu'il n'a pas été établi que les modifications contribueront bel et bien de façon importante à l'atteinte de l'un ou l'autre de ces objectifs.

4) Conclusion concernant la justification au regard de l'article premier

[1075] Pour ces motifs, j'ai conclu que les défendeurs n'ont pas réussi à démontrer que les violations des droits découlant des modifications apportées au PFSI en 2012

changes to the IFHP are justified under section 1 of the Charter as a reasonable limit prescribed in a free and democratic society.

XIV. Final Conclusion

[1076] I have thus concluded that the 2012 OICs are not *ultra vires* the prerogative powers of the Governor in Council, nor has there been a denial of procedural fairness in this case.

[1077] I have also concluded that the applicants' section 7 Charter claim cannot succeed as what they seek is to impose a positive obligation on the Government of Canada to fund health care for individuals seeking the protection of Canada. The current state of the law in Canada is that section 7 guarantees to life, liberty and security of the person do not include a positive right to state funding for health care.

[1078] I have, however, concluded that while it is open to governments to assign priorities and set limits on social benefit plans such as the IFHP, the intentional targeting of those seeking the protection of Canada—an admittedly poor, vulnerable and disadvantaged group—takes this situation beyond the realm of traditional Charter challenges to social benefit programs.

[1079] With the 2012 changes to the IFHP, the executive branch of the Canadian government has intentionally set out to make the lives of these disadvantaged individuals even more difficult than they already are. It has done this in an effort to force those who have sought the protection of this country to leave Canada more quickly, and to deter others from coming here to seek protection.

[1080] I have found that the affected individuals are being subjected to “treatment” as contemplated by section 12 of the Charter, and that this treatment is indeed “cruel and unusual”. This is particularly, but not exclusively, so with respect to children who have been

sont justifiées comme limite raisonnable prescrite dans le cadre d'une société libre et démocratique au sens de l'article premier de la Charte.

XIV. Conclusion définitive

[1076] J'ai donc conclu que le gouverneur en conseil n'a pas outrepassé sa compétence liée à sa prérogative en prenant les décrets de 2012 et qu'il n'y a eu aucun manquement à l'équité procédurale en l'espèce.

[1077] J'ai également conclu que l'allégation des demandeurs fondée sur l'article 7 de la Charte ne peut pas être retenue, car ils cherchent à imposer au gouvernement du Canada l'obligation positive de financer les soins de santé destinés aux personnes qui demandent la protection du Canada. Selon l'état actuel du droit au Canada, le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne garanti par l'article 7 ne comprend pas un droit positif à des soins de santé financés par l'État.

[1078] J'ai toutefois conclu que, bien qu'il soit loisible au gouvernement d'établir des priorités et d'imposer des restrictions quant aux régimes d'avantages sociaux comme le PFSI, le fait de cibler intentionnellement ceux qui sollicitent la protection du Canada — un groupe reconnu comme étant pauvre, vulnérable et défavorisé — fait en sorte que la présente situation déborde du cadre des cas traditionnels de contestation de régimes d'avantages sociaux fondés sur la Charte.

[1079] En ayant apporté les modifications au PFSI en 2012, l'exécutif fédéral du Canada a délibérément cherché à compliquer encore plus les choses pour ces personnes défavorisées afin d'encourager les personnes qui sont venues au Canada afin d'en demander la protection à quitter le pays plus rapidement et de dissuader les autres de venir au Canada.

[1080] J'ai conclu que les personnes touchées sont assujetties à un « traitement » au sens de l'article 12 de la Charte et que ce traitement est effectivement « cruel et inusité », et ce, tout particulièrement, mais non exclusivement, dans la mesure qu'il touche des enfants

brought to this country by their parents. The 2012 modifications to the IFHP potentially jeopardize the health, and indeed the very lives, of these innocent and vulnerable children in a manner that shocks the conscience and outrages our standards of decency. They violate section 12 of the Charter.

[1081] I have also concluded that the 2012 changes to the IFHP violate section 15 of the Charter inasmuch as it now provides a lesser level of health insurance coverage to refugee claimants from DCO countries in comparison to that provided to refugee claimants from non-DCO countries. This distinction is based entirely upon the national origin of the refugee claimants, and does not form part of an ameliorative program.

[1082] Moreover, this distinction has an adverse differential effect on refugee claimants from DCO countries. It puts their lives at risk, and perpetuates the stereotypical view that they are cheats, that their refugee claims are “bogus”, and that they have come to Canada to abuse the generosity of Canadians. It undermines their dignity and serves to perpetuate the disadvantage suffered by members of an admittedly vulnerable, poor and disadvantaged group.

[1083] I have not, however, been persuaded that the IFHP violates subsection 15(1) of the Charter based upon the immigration status of those seeking the protection of Canada, as “immigration status” cannot be considered to be an analogous ground for the purposes of subsection 15(1). Consequently, this aspect of the applicants’ section 15 claim will be dismissed.

[1084] Finally, the respondents have not demonstrated that the 2012 changes to the IFHP are justified under section 1 of the Charter.

[1085] Consequently, the application is granted. What remains to be determined is the appropriate remedy. This issue will be considered next.

qui ont été amenés au Canada par leurs parents. Les modifications apportées au PFSI en 2012 pourraient compromettre la santé, voire la vie de ces enfants innocents et vulnérables d’une manière qui choque la conscience et qui porte atteinte à la dignité humaine. Elles violent l’article 12 de la Charte.

[1081] J’ai également conclu que le PFSI viole l’article 15 de la Charte parce qu’il prévoit, pour les demandeurs d’asile provenant de POD, un niveau de couverture des soins de santé inférieur à celui qui est prévu pour les demandeurs d’asile qui ne proviennent pas de POD. Cette distinction repose sur l’origine nationale des demandeurs d’asile et ne fait pas partie d’un programme améliorateur. Elle repose en outre sur des stéréotypes et contribue à perpétuer le désavantage dont souffrent les membres d’un groupe reconnu comme étant vulnérable, pauvre et défavorisé.

[1082] De plus, cette distinction entre POD et pays autre qu’un POD a un effet défavorable sur les demandeurs d’asile provenant de POD. Elle met leurs vies en danger et perpétue l’opinion stéréotypée selon laquelle ils sont des tricheurs, leurs demandes d’asile sont « bidons » et ils sont venus au Canada pour profiter de la générosité des Canadiens. Elle porte atteinte à leur dignité et contribue à perpétuer le désavantage dont souffrent les membres d’un groupe reconnu comme étant vulnérable, pauvre et défavorisé.

[1083] Je ne suis toutefois pas convaincue que le PFSI, sur le fondement du statut d’immigration des personnes qui demandent la protection du Canada, viole le paragraphe 15(1) de la Charte, car le « statut d’immigration » ne peut pas être considéré comme étant un motif analogue à ceux énoncés au paragraphe 15(1). Par conséquent, cet aspect de l’argument des demandeurs fondé sur l’article 15 sera rejeté.

[1084] Enfin, les défendeurs n’ont pas démontré que les modifications apportées au PFSI en 2012 sont justifiées au regard de l’article premier de la Charte.

[1085] Par conséquent, la demande est accueillie. Il reste à déterminer la réparation appropriée. Nous examinerons maintenant cette question.

XV. Remedy

[1086] The applicants have challenged the constitutional validity, applicability and effect of the 2012 orders in council that created the 2012 IFHP.

[1087] I do not understand the respondents to dispute that orders in council constitute “law” for the purposes of subsection 52(1) of the *Constitution Act, 1982*, [Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]], which provides that “any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect”.

[1088] I am mindful of the admonitions of the Supreme Court in cases such as *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679 (*Schachter*), where the Court observed that courts should only strike down laws “to the extent of the inconsistency” by using the doctrine of severance or “reading down”: at page 696. However, none of the parties have suggested that the offending portions of the orders in council are severable in this case, and a review of the orders in council confirms that this is so.

[1089] Consequently, a declaration will issue declaring that the orders in council that created the 2012 IFHP are inconsistent with sections 12 and 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and are of no force or effect.

[1090] The applicants further seek a declaration that the denial of health insurance coverage to those seeking the protection of Canada is inconsistent with Canada’s obligations under articles 3 and 7 of the 1951 *United Nations Convention Relating to the Status of Refugees* and its obligations under the *Convention on the Rights of the Child*.

[1091] As mentioned earlier in these reasons, while it is a valuable interpretative aid, international law, whether binding or not, is *not* a source of domestic rights or remedies. Consequently I decline to grant declaratory relief in this regard.

XV. Réparation

[1086] Les demandeurs ont contesté la validité, l’applicabilité et l’effet sur le plan constitutionnel des décrets de 2012 qui ont créé le PFSI de 2012.

[1087] J’estime que les défendeurs concèdent que les décrets constituent des « règles de droit » au sens du paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, [annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]] qui prévoit que la Constitution « rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit ».

[1088] Je suis consciente des mises en garde faites par la Cour suprême du Canada dans des arrêts comme *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679 (*Schachter*), où la Cour a fait remarquer que les tribunaux n’annulent que les « dispositions incompatibles » en appliquant la doctrine de la dissociation ou de l’« interprétation atténuée » : à la page 696. Toutefois, aucune des parties n’a donné à penser que les parties irrégulières des décrets sont dissociables en l’espèce, et un examen des décrets confirme que c’est le cas.

[1089] Par conséquent, je prononcerai une déclaration selon laquelle les décrets qui ont créé le PFSI de 2012 contreviennent aux articles 12 et 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et sont inopérants.

[1090] Les demandeurs sollicitent en outre une déclaration selon laquelle le refus d’accorder une couverture d’assurance maladie aux personnes qui demandent la protection du Canada contrevient aux obligations du Canada aux termes des articles 3 et 7 de la *Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés* de 1951 et aux termes de la *Convention relative aux droits de l’enfant*.

[1091] Comme je l’ai déjà mentionné dans les présents motifs, bien qu’il s’agisse d’un outil d’interprétation utile, le droit international, qu’il ait force obligatoire ou non, ne constitue pas une source de droits ou de recours internes. Par conséquent, je refuse de prononcer un jugement déclaratoire.

[1092] In the event that I were to grant the declaratory relief sought by the applicants, the respondents ask that I suspend the operation of that declaration for a period of one year in order to permit the Governor in Council to act. The respondents submit that a suspension is appropriate in this case, as a legislative void created by my order would jeopardize public safety and deprive deserving people of important benefits.

[1093] Given that the 2012 OICs had the effect of repealing the pre-2012 IFHP, the respondents were asked if the effect of a general declaration of invalidity would not be to simply reinvigorate the pre-2012 IFHP, rendering a temporary suspension unnecessary. The respondents replied that a general declaration of invalidity would create a policy vacuum, and that new government appropriations would be required to create the policy.

[1094] The applicants point out that there is no evidence before the Court that the necessary appropriations no longer exist. As a consequence, they say that there is no need for a temporary suspension of my declaratory order.

[1095] While it is true that I have no evidence with respect to the administrative and policy consequences that would flow from a general declaration of invalidity, I am prepared to accept as a matter of common sense that it is inevitable that a certain degree of administrative disruption will result from my decision. I am also concerned that this disruption could potentially exacerbate the harm suffered by those seeking the protection of Canada. It is thus appropriate to give the Governor in Council a period of time in which to act in response to this decision.

[1096] At the same time, I am also mindful of the fact that the changes to the IFHP that were effected through the 2012 OICs are having a devastating impact on those

[1092] Advenant le cas où je prononcerais le jugement déclaratoire sollicité par les demandeurs, les défendeurs me demandent de suspendre l'application du jugement déclaratoire pendant une période d'un an afin de permettre au gouverneur en conseil d'agir. Les défendeurs prétendent qu'une suspension serait opportune en l'espèce, car le vide législatif créé par mon ordonnance compromettrait la sécurité publique et priverait les gens qui le méritent d'avantages importants.

[1093] Étant donné que les décrets de 2012 ont eu pour effet d'abroger le PFSI, dans sa version en vigueur avant les modifications apportées en 2012, on a demandé aux défendeurs si une déclaration générale d'invalidité n'aurait pas tout simplement pour effet de rétablir le PFSI, dans sa version en vigueur avant les modifications apportées en 2012, rendant ainsi inutile une suspension temporaire. Les défendeurs ont répondu qu'une déclaration générale d'invalidité créerait une absence de politique et que de nouveaux crédits devraient être accordés par le gouvernement afin de créer la politique.

[1094] Les demandeurs font remarquer que la Cour n'est saisie d'aucune preuve démontrant que les crédits nécessaires n'existent plus. Par conséquent, ils affirment qu'il n'est pas nécessaire que je suspende temporairement mon ordonnance déclaratoire.

[1095] Il est vrai que je ne dispose d'aucune preuve quant aux conséquences sur le plan administratif et sur le plan politique qui découleraient d'une déclaration générale d'invalidité, mais je suis disposée à admettre, pour des raisons de logique, qu'il est inévitable que ma décision provoquera un certain degré de bouleversement sur le plan administratif. Je suis également préoccupée par le fait que ce bouleversement pourrait accentuer le préjudice subi par les personnes qui sollicitent la protection du Canada. Il convient donc d'accorder au gouverneur en conseil un délai pour agir en réponse à cette décision.

[1096] Par ailleurs, je suis consciente du fait que les modifications qui ont été apportées au PFSI par les décrets de 2012 ont eu un effet dévastateur sur les

seeking the protection of Canada. Indeed, I have found as a fact that lives are being put at risk.

[1097] Balancing these competing considerations, I have concluded that it is appropriate to suspend the operation of my declaration for a period of four months.

[1098] This leaves the question of individual remedies for Mr. Ayubi and Mr. Garcia Rodrigues.

[1099] Several personal claims for relief are asserted on behalf of the individual applicants under subsection 24(1) of the Charter. Subsection 24(1) provides that “[a]nyone whose rights or freedoms, as guaranteed by this Charter, have been infringed or denied may apply to a court of competent jurisdiction to obtain such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances”.

[1100] The applicants seek a declaration that what Mr. Ayubi and Mr. Garcia Rodrigues each experienced in relation to their treatment under the 2012 IFHP constituted a violation of their constitutional rights. In my view, this is implicit in the general declaration of invalidity that I have already granted, and no further order is required in this regard.

[1101] In their notice of application, the applicants (other than JFCY) also sought orders of *mandamus* directing the Minister of Citizenship and Immigration to forthwith issue health insurance coverage at the pre-2012 level to Mr. Ayubi and Mr. Garcia Rodrigues, both on a going-forward basis and retroactively to June 30, 2012.

[1102] The respondents note that a section 24 [Charter] remedy is generally not available at the same time as a subsection 52(1) [*Constitution Act, 1982*] declaration of invalidity, citing *Canada (Attorney General) v. Hislop*, 2007 SCC 10, [2007] 1 S.C.R. 429 (*Hislop*), at paragraph 102 (*Hislop*). They submit, moreover, that such remedies are not appropriate on the facts of this case.

personnes qui sollicitent la protection du Canada. En effet, j’ai conclu que des vies sont mises en danger.

[1097] Après avoir soupesé ces considérations opposées, j’ai conclu qu’il convient de suspendre l’application de ma déclaration pour une période de quatre mois.

[1098] Il reste à régler la question des réparations quant à M. Ayubi et quant à M. Garcia Rodrigues.

[1099] Plusieurs demandes personnelles de réparation sont présentées au nom de demandeurs individuels en vertu du paragraphe 24(1) de la Charte. Le paragraphe 24(1) prévoit ce qui suit : « [t]oute personne, victime de violation ou de négation des droits ou libertés qui lui sont garantis par la présente charte, peut s’adresser à un tribunal compétent pour obtenir la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances ».

[1100] Les demandeurs sollicitent une déclaration selon laquelle ce que M. Ayubi et M. Garcia Rodrigues ont chacun vécu en raison du traitement dont ils ont fait l’objet dans le cadre du PFSI, dans sa version en vigueur après les modifications apportées en 2012, constituait une violation de leurs droits constitutionnels. Selon moi, cela ressort implicitement de la déclaration générale d’invalidité que j’ai déjà accordée et il n’est nul besoin de rendre une autre ordonnance à cet égard.

[1101] Dans leur avis de demande, les demandeurs (sauf JFCY) ont également sollicité des ordonnances de *mandamus* enjoignant au ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration d’accorder sans délai à M. Ayubi et à M. Garcia Rodrigues, de façon prospective ainsi que de façon rétroactive au 30 juin 2012, la couverture offerte par le PFSI, dans sa version en vigueur avant les modifications apportées en 2012.

[1102] Les défendeurs soulignent qu’une réparation fondée sur l’article 24 [de la Charte] ne peut généralement pas être accordée parallèlement à une déclaration d’invalidité prononcée en application du paragraphe 52(1) [de la *Loi constitutionnelle de 1982*] et renvoient à l’appui de cette thèse à l’arrêt *Canada (Procureur général) c. Hislop*, 2007 CSC 10, [2007] 1

[1103] The respondents note that Mr. Garcia Rodrigues is now a permanent resident of Canada with the result that he is entitled to health insurance coverage under the Ontario Health Insurance Plan. As a consequence, he is no longer eligible for IFHP benefits.

[1104] Because Mr. Garcia Rodrigues is now a permanent resident of Canada, he is no longer a person seeking the protection of Canada. He would no longer have been entitled to health insurance coverage under the pre-2012 IFHP, and I agree with the respondents that he is not entitled to such coverage on a prospective basis. Indeed, I do not understand the applicants to still be pressing this claim.

[1105] Insofar as his claim for *past* benefits is concerned, while Mr. Garcia Rodrigues was undoubtedly subjected to unnecessary distress, no claim for damages has been asserted in this regard. Moreover, Mr. Garcia Rodrigues did ultimately receive the health care that he required at no cost to himself, other than the minimal fee that he paid to see an optometrist when his eye problem first surfaced. A mandatory order that he be provided with health insurance coverage on a retrospective basis would not provide any real benefit to Mr. Garcia Rodrigues, but could only benefit non-parties. In these circumstances, I decline to make a mandatory order in favor of Mr. Garcia Rodrigues.

[1106] Mr. Ayubi has also been subjected to considerable psychological distress as a result of his lack of health insurance coverage and his uncertain access to lifesaving medical treatment and medications. Once again, however, no claim for damages has been asserted in this regard. He has, moreover, ultimately received the health care that he required at no financial cost to himself. Any order that Mr. Ayubi be provided with health insurance coverage on a retrospective basis would thus

R.C.S. 429 (*Hislop*), au paragraphe 102. Ils prétendent en outre que, compte tenu des faits de l'espèce, il ne convient pas d'accorder ces réparations.

[1103] Les défendeurs soulignent que M. Garcia Rodrigues est aujourd'hui résident permanent du Canada et a donc droit à la couverture prévue par le Régime d'assurance-santé de l'Ontario. Par conséquent, il ne peut plus bénéficier de la couverture du PFSI.

[1104] Étant donné que M. Garcia Rodrigues est aujourd'hui résident permanent du Canada, il n'est plus une personne qui demande la protection du Canada. Il n'aurait plus droit à la couverture d'assurance maladie accordée dans le cadre du PFSI avant 2012, et je souscris à la prétention des défendeurs selon laquelle il n'a pas droit à cette couverture sur une base prospective. En effet, j'ai compris que les demandeurs ne poursuivent pas toujours cette demande.

[1105] En ce qui concerne sa demande relative à la couverture antérieure, il n'y a aucun doute que M. Garcia Rodrigues a subi un préjudice inutile, mais aucuns dommages-intérêts n'ont été demandés à cet égard. De plus, M. Garcia Rodrigues a en fin de compte reçu gratuitement les soins de santé dont il avait besoin. Il a cependant dû assumer les frais de la consultation qu'il a faite auprès d'un optométriste lorsque ses problèmes oculaires ont commencé. Une ordonnance enjoignant qu'on lui fournisse rétroactivement une couverture d'assurance maladie ne procurerait aucun véritable avantage à M. Garcia Rodrigues et ne pourrait profiter qu'aux personnes qui ne sont pas parties. Dans ces circonstances, je refuse de prononcer une ordonnance en faveur de M. Garcia Rodrigues.

[1106] M. Ayubi a également dû subir une grande détresse psychologique en raison de cette absence de couverture en matière d'assurance maladie et en raison de l'incertitude en ce qui concerne son accès à un traitement et à des médicaments qui pourraient lui sauver la vie. Toutefois, je le répète, aucuns dommages-intérêts n'ont été demandés à cet égard. Il a par ailleurs reçu gratuitement les soins de santé dont il avait besoin. Une ordonnance enjoignant que l'on fournisse

not provide any actual benefit to him, and could only benefit non-parties.

[1107] Mr. Ayubi has been granted discretionary relief under section 7 of the 2012 IFHP since May of 2013. This covers the costs of his doctors' appointments and medical tests. While I have concluded that the 2012 OICs creating the 2012 IFHP are constitutionally invalid, I have suspended the operation of my order for a period of four months, with the result that Mr. Ayubi's discretionary coverage will likely continue for at least that period. It is, however, not clear what will happen thereafter.

[1108] Moreover, Mr. Ayubi does not currently have any insurance coverage for the cost of his medications and diabetic supplies, and his access to these medications and supplies remains uncertain. As a consequence, an order reinstating his coverage in this regard could result in a potentially lifesaving benefit for him.

[1109] That said, the Supreme Court has held that a subsection 24(1) remedy cannot operate during a period in which a declaratory order is under suspension: see, for example, *R. v. Demers*, 2004 SCC 46, [2004] 2 S.C.R. 489, at paragraphs 56–64.

[1110] The question, then, is whether I should order that Mr. Ayubi be provided with health insurance coverage for the cost of doctors' appointments and medical tests, as well as his medications and diabetic supplies on a prospective basis, with such order taking effect only after the expiry of the four-month period during which my declaratory order is suspended.

[1111] The rationale for limiting the availability of a subsection 24(1) [Charter] remedy in cases where there has been a subsection 52(1) [*Constitution Act, 1982*] declaration of invalidity was addressed in *Hislop*. There, the Supreme Court explained that it "is a general rule of

rétroactivement à M. Ayubi une couverture d'assurance maladie ne lui procurerait donc aucun avantage et ne pourrait profiter qu'à des personnes qui ne sont pas parties.

[1107] M. Ayubi s'est vu accorder, depuis mai 2013, une mesure discrétionnaire en vertu de l'article 7 du PFSI, dans sa version en vigueur après les modifications de 2012. En vertu de cette mesure, les coûts de ses visites chez ses médecins et les coûts de ses examens médicaux sont couverts. Bien que j'aie conclu que les décrets de 2012 créant le PFSI de 2012, sont inconstitutionnels, j'ai suspendu l'application de mon ordonnance pour une période de quatre mois, de sorte que la couverture discrétionnaire dont bénéficie M. Ayubi se poursuivra vraisemblablement pendant au moins cette période de temps. On ne sait trop, cependant, ce qui se passera par la suite.

[1108] De plus, M. Ayubi ne dispose actuellement d'aucune assurance quant aux coûts de ses médicaments pour le diabète et on ne sait trop s'il aura accès à ceux-ci. Par conséquent, une ordonnance rétablissant sa couverture à cet égard pourrait lui procurer un avantage qui pourrait lui sauver la vie.

[1109] Cela étant dit, la Cour suprême du Canada a conclu qu'une réparation fondée sur le paragraphe 24(1) ne peut pas être octroyée pendant la période de suspension d'une ordonnance déclaratoire : voir, par exemple, *R. c. Demers*, 2004 CSC 46, [2004] 2 R.C.S. 489, aux paragraphes 56 à 64.

[1110] Il s'agit donc de savoir si je devrais ordonner qu'on accorde à M. Ayubi, sur une base prospective, une couverture d'assurance maladie quant aux coûts de ses visites chez le médecin, de ses examens médicaux et de ses médicaments pour le diabète, et ce, seulement après l'expiration de la période de quatre mois au cours de laquelle mon ordonnance déclaratoire est suspendue.

[1111] La raison justifiant la possibilité de limiter l'octroi d'une réparation fondée sur le paragraphe 24(1) [de la Charte] dans les cas où il y a eu déclaration d'invalidité en vertu du paragraphe 52(1) [de la *Loi constitutionnelle de 1982*] a été traitée dans l'arrêt

public law that ‘absent conduct that is clearly wrong, in bad faith or an abuse of power, the courts will not award damages for the harm suffered as a result of the mere enactment or application of a law that is subsequently declared to be unconstitutional’”: above, at paragraph 102, citing *Mackin v. New Brunswick (Minister of Finance)*; *Rice v. New Brunswick*, 2002 SCC 13, [2002] 1 S.C.R. 405, at paragraph 78.

[1112] As previously noted, I have concluded that in this case, the Governor in Council purposefully targeted a vulnerable, poor, and disadvantaged group, intentionally setting out to make their lives even more difficult than they already are in an effort to force those who have sought the protection of this country to leave Canada more quickly, and to deter others from coming here.

[1113] Mr. Ayubi is himself vulnerable, poor, and disadvantaged. He is stuck in this country, as the Government of Canada has itself recognized that it is simply too dangerous to return him to Afghanistan. He is seriously ill, but tries to work to support himself. The respondents have themselves conceded that “[n]obody expects him to make enough money to purchase his own health care”: transcript, Vol. 2, at page 129.

[1114] In my view, the circumstances of this case come within the exceptional situation that was identified by the Supreme Court in *Hislop* where a section 24 [*Constitution Act, 1982*] remedy is appropriate, notwithstanding that I have also granted a declaratory remedy under section 52 of the Charter.

[1115] I will therefore order that commencing four months from the date of my decision, Mr. Ayubi is to be provided with health insurance coverage that is equivalent to that to which he was entitled under the provisions of the pre-2012 IFHP so that he may continue to receive the medical care on which his life depends.

Hislop. Dans cet arrêt, la Cour suprême du Canada a affirmé ce qui suit : « suivant un principe général de droit public, “en l’absence de comportement clairement fautif, de mauvaise foi ou d’abus de pouvoir, les tribunaux n’accorderont pas de dommages-intérêts pour le préjudice subi à cause de la simple adoption ou application d’une loi subséquentement déclarée inconstitutionnelle” » : précité, au paragraphe 102, citant *Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)*; *Rice c. Nouveau-Brunswick*, 2002 CSC 13, [2002] 1 R.C.S. 405, au paragraphe 78.

[1112] Comme je l’ai déjà souligné, j’ai conclu que, en l’espèce, le gouverneur en conseil a délibérément visé un groupe de personnes pauvres, vulnérables et défavorisées, dans le but de rendre leur vie encore plus difficile qu’elle ne l’est déjà et dans le but d’obliger les personnes qui ont demandé la protection du Canada à quitter le pays plus rapidement et d’en dissuader d’autres d’y venir.

[1113] M. Ayubi est une personne vulnérable, pauvre et défavorisée. Il est coincé au Canada, car le gouvernement du Canada a lui-même reconnu qu’il est trop dangereux de le renvoyer en Afghanistan. Il est gravement malade, mais il tente de travailler afin de subvenir à ses besoins. Les défendeurs reconnaissent que [TRADUCTION] « [p]ersonne ne s’attend à ce qu’il gagne assez d’argent pour pouvoir défrayer le coût de ses soins de santé » : transcription, vol. 2, à la page 129.

[1114] Selon moi, les circonstances de l’espèce sont visées par la situation exceptionnelle où il convient d’octroyer une réparation fondée sur l’article 24 [*Loi constitutionnelle de 1982*] qui a été relevée par la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *Hislop*, et ce, malgré le fait que j’aie déjà pris une mesure en vertu de l’article 52 de la Charte.

[1115] Je vais donc ordonner que, quatre mois à compter de la date de ma décision, M. Ayubi se voie accorder une couverture d’assurance maladie équivalente à celle à laquelle il avait droit au titre du PFSI, dans sa version avant les modifications de 2012, de telle sorte qu’il puisse continuer à recevoir les soins médicaux dont dépend sa vie.

[1116] Finally, none of the parties seek an order of costs, and none are awarded.

[1116] Enfin, aucune des parties ne sollicite des dépens et aucuns ne sont adjugés.

JUDGMENT

THIS COURT:

1. Declares that orders in council P.C. 2012-433 [SI/2012-26] and P.C. 2012-945 [SI/2012-49] are inconsistent with sections 12 and 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and are of no force or effect;

2. Orders that the effect of this declaratory order is suspended for a period of four months; and

3. Orders that commencing four months from the date of this decision, the respondents are to provide Hanif Ayubi with health insurance coverage that is equivalent to that to which he was entitled under the provisions of the pre-2012 IFHP.

JUGEMENT

LA COUR :

1. déclare que les décrets C.P. 2012-433 [TR/2012-26] et C.P. 2012-945 [TR/2012-49] sont incompatibles avec les articles 12 et 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et sont donc inopérants;

2. ordonne que l'effet de la présente ordonnance déclaratoire soit suspendu pendant une période de quatre mois;

3. ordonne que, quatre mois à compter de la date de ma décision, les défendeurs accordent à Hanif Ayubi une couverture d'assurance maladie équivalente à celle à laquelle il avait droit au titre du PFSI, dans sa version en vigueur avant les modifications de 2012.

T-2058-12
2014 FC 161

T-2058-12
2014 CF 161

Voltage Pictures LLC (*Plaintiff*)

Voltage Pictures LLC (*demanderesse*)

v.

c.

John Doe and Jane Doe (*Defendants*)

M. Untel et M^{me} Unetelle (*défendeurs*)

INDEXED AS: VOLTAGE PICTURES LLC v. JOHN DOE

RÉPERTORIÉ : VOLTAGE PICTURES LLC c. UNTEL

Federal Court, Aalto P.—Toronto, June 25, 2013 and February 20, 2014.

Cour fédérale, protonotaire Aalto—Toronto, 25 juin 2013 et 20 février 2014.

Copyright — Infringement — Motion for Norwich order seeking names, addresses of subscribers of Internet service provider TekSavvy Solutions Inc. (TekSavvy) — Plaintiff pursuing litigation against subscribers for unauthorized copying, distribution of copyrighted cinematographic works over peer-to-peer networks — Arguing, inter alia, that principles in BMG Canada Inc. v. John Doe (BMG) met, TekSavvy having to release information on subscribers — Whether order should be made granting plaintiff right to examine TekSavvy as non-party to litigation; what protections should be built into order to minimize invasion of privacy of subscribers — Order warranted as plaintiff demonstrating bona fide case of copyright infringement, meeting criteria of Federal Courts Rules, r. 238 — Privacy considerations not shield for wrongdoing, must yield to request for information — Intellectual property ipso facto worthy of protection — Plaintiff meeting principles enunciated in BMG — Enforcement of plaintiff's rights outweighing privacy interests of subscribers — However, privacy rights to be invaded minimally — Court wary of spectre of copyright trolls, flood of cases involving subscribers — Intent to enforce intellectual property rights essential requirement in commencing proceedings — U.K., U.S. courts imposing safeguards against misuse of Norwich orders — Considerations flowing from case law including that moving party must demonstrate bona fide case; that safeguards be put in place; that Court retain authority to ensure Norwich order not abused — Action herein was to proceed as specially managed action, case management judge to be appointed, draft demand letter to be reviewed by Court — Motion granted.

Droit d'auteur — Violation — Requête en ordonnance de type Norwich visant à obtenir le nom et l'adresse d'abonnés d'un prestataire de services Internet TekSavvy Solutions Inc. (TekSavvy) — La demanderesse souhaitait poursuivre les abonnés pour copie et distribution non autorisées de ses œuvres cinématographiques protégées en recourant à un réseau de pairs — Elle a soutenu entre autres que tous les principes énoncés dans l'arrêt BMG Canada Inc. c. John Doe (BMG) ont été respectés et que TekSavvy doit communiquer toute l'information dont elle dispose sur les abonnés — Il s'agissait de savoir s'il fallait délivrer une ordonnance accordant à la demanderesse le droit de procéder à l'interrogatoire préalable de TekSavvy en tant que non-partie et quelles mesures de protection on devait l'assortir pour réduire au minimum l'atteinte au droit à la vie privée des abonnés — L'ordonnance était justifiée, car la demanderesse a démontré disposer d'une véritable cause d'action en violation du droit d'auteur et qu'elle respectait les critères énoncés à la règle 238 des Règles des Cours fédérales — Le principe du respect de la vie privée ne doit pas servir d'écran aux actes fautifs, et il doit céder le pas aux demandes de renseignements — Les droits de propriété intellectuelle sont ipso facto présumés mériter une protection juridique — La demanderesse a respecté tous les principes énoncés dans l'arrêt BMG — Il importe davantage de faire respecter les droits de la demanderesse que le droit au respect de la vie privée des abonnés — Toutefois, la Cour doit s'assurer qu'il y ait atteinte minimale du droit au respect de la vie privée — La Cour craint les « pêcheurs à la traîne de droits d'auteur » ainsi que le danger d'un nombre énorme d'affaires qui mettraient en cause les abonnés — L'intention d'exercer des droits de propriété intellectuelle est un critère essentiel pour introduire une action — Les tribunaux du R.-U. et des É.-U. imposent des mesures de protection contre la mauvaise utilisation de l'ordonnance de type Norwich — Les éléments à considérer après examen de la jurisprudence comprennent ce qui suit : la partie requérante doit démontrer qu'elle dispose d'une véritable demande, il faut prévoir des mesures de protection et la Cour peut conserver le pouvoir de s'assurer qu'elle ne fasse pas un usage abusif de l'ordonnance de type

Privacy — Motion for Norwich order seeking names, addresses of subscribers of Internet service provider — Plaintiff seeking to pursue litigation against subscribers for unauthorized copying, distribution of copyrighted cinematographic works over peer-to-peer networks — Whether order should be made granting plaintiff right to examine TekSavvy as non-party to litigation; what protections should be built into order to minimize invasion of privacy of subscribers — Order warranted — Privacy considerations not shield for wrongdoing, must yield to request for information — Enforcement of plaintiff's rights outweighing privacy interests of subscribers — However, privacy rights to be invaded minimally — Action herein was to proceed as specially managed action, case management judge to be appointed, draft demand letter to be reviewed by Court — Order thus balancing rights of subscribers, plaintiff.

*Practice — Discovery — Examination for Discovery — Motion for Norwich order seeking names, addresses of subscribers of Internet service provider — Plaintiff seeking to pursue litigation against subscribers for unauthorized copying, distribution of copyrighted cinematographic works over peer-to-peer networks — Whether order should be made granting plaintiff right to examine TekSavvy as non-party to litigation — Principles applying to equitable bill of discovery applying to test to be met under Federal Courts Rules, r. 238 — Order warranted as plaintiff demonstrating bona fide case of copyright infringement, meeting criteria of r. 238 — Plaintiff meeting principles enunciated in *BMG Canada Inc. v. John Doe*; that decision still binding on Court.*

This was a motion for an order seeking the names and addresses of subscribers of TekSavvy Solutions Inc. (TekSavvy), an Internet service provider (ISP). The type of order requested by the plaintiff was a *Norwich* order, which requires a third

Norwich — La présente action devait être gérée à titre d'instance à gestion spéciale, un juge chargé de la gestion de l'instance serait nommé et une ébauche de la mise en demeure devait être soumise à la Cour pour examen — Requête accordée.

Protection des renseignements personnels — Requête en ordonnance de type Norwich visant à obtenir le nom et l'adresse d'abonnés d'un prestataire de services Internet TekSavvy Solutions Inc. (TekSavvy) — La demanderesse souhaitait poursuivre les abonnés pour copie et distribution non autorisées de ses œuvres cinématographiques protégées en recourant à un réseau de pairs — Il s'agissait de savoir s'il fallait délivrer une ordonnance accordant à la demanderesse le droit de procéder à l'interrogatoire préalable de TekSavvy en tant que non-partie et quelles mesures de protection on devait l'assortir pour réduire au minimum l'atteinte au droit à la vie privée des abonnés — L'ordonnance était justifiée — Le principe du respect de la vie privée ne doit pas servir d'écran aux actes fautifs, et il doit céder le pas aux demandes de renseignements — Il importe davantage de faire respecter les droits de la demanderesse que le droit au respect de la vie privée des abonnés — Toutefois, il doit y avoir atteinte minimale du droit au respect de la vie privée — La présente action devait gérée à titre d'instance à gestion spéciale, un juge chargé de la gestion de l'instance serait nommé et une ébauche de la mise en demeure devait être soumise à la Cour pour examen — Par conséquent, un juste équilibre a été établi dans la présente ordonnance entre les droits des abonnés et le droit de la demanderesse.

*Pratique — Communication de documents et interrogatoire préalable — Interrogatoire préalable — Requête en ordonnance de type Norwich visant à obtenir le nom et l'adresse d'abonnés d'un prestataire de services Internet TekSavvy Solutions Inc. (TekSavvy) — La demanderesse souhaitait poursuivre les abonnés pour copie et distribution non autorisées de ses œuvres cinématographiques protégées en recourant à un réseau de pairs — Il s'agissait de savoir s'il fallait délivrer une ordonnance accordant à la demanderesse le droit de procéder à l'interrogatoire préalable de TekSavvy en tant que non-partie — Les principes juridiques relatifs à l'« interrogatoire préalable en equity » s'appliquent aux fins du critère énoncé en vertu de la règle 238 des Règles des Cours fédérales — L'ordonnance était justifiée, car la demanderesse a démontré disposer d'une véritable cause d'action en violation du droit d'auteur et qu'elle respectait les critères énoncés à la règle 238 — La demanderesse respectait tous les principes énoncés dans l'arrêt *BMG Canada Inc c. John Doe*; cette décision liait encore la Cour.*

Il s'agissait d'une requête en ordonnance visant à obtenir le nom et l'adresse d'abonnés d'un prestataire de services Internet (PSI) connu sous le nom de TekSavvy Solutions Inc. (TekSavvy). Le type d'ordonnance demandé est souvent

party to disclose information in their possession regarding unlawful conduct.

The plaintiff, a film production company, sought to pursue litigation against the subscribers for the unauthorized copying and distribution of its copyrighted cinematographic works over peer-to-peer networks using the BitTorrent Protocol through TekSavvy. A forensic investigation identified the Internet Protocol addresses of the subscribers who offered the works for transfer or distribution. The plaintiff argued, *inter alia*, that it met all of the principles enunciated in *BMG Canada Inc. v. John Doe (BMG)*, and that TekSavvy should be ordered to release the information on the subscribers. The intervenor Samuelson-Glushko Canadian Internet Policy and Public Interest Clinic (CIPPIC) argued, *inter alia*, that the Court should not readily compel innocent third parties to divulge information that breaches the privacy expectations of individuals.

At issue was whether the order should be made to grant the plaintiff the right to examine TekSavvy as a non-party to the litigation to obtain contact information of the subscribers; and if so, what protections should be built into the order to protect or minimize the invasion of privacy of the subscribers.

Held, the motion should be granted.

The plaintiff demonstrated a *bona fide* case of copyright infringement. In *BMG*, the Federal Court of Appeal determined that the legal principles that apply to the equitable bill of discovery apply to the test that a plaintiff must satisfy under rule 238 of the *Federal Courts Rules*. An order is warranted where a plaintiff has a *bona fide* claim and meets the criteria of rule 238. On the basis of the current case law, there did not seem to have been a shift from the *bona fide* standard as established in *BMG* to the higher standard of a *prima facie* case. That decision was still binding. Privacy considerations should not be a shield for wrongdoing and must yield to an injured party's request for information from non-parties. This should be the case irrespective of the type of right the claimant holds. Intellectual property is *ipso facto* assumed to be worthy of legal protection where a valid cause of action is established. Copyright is a valuable asset which should not be easily defeated by infringers. It was not clear in this case that the protection of copyright was the sole motivating factor supporting the plaintiff's claim. In addition to establishing that it had a *bona fide* claim, the plaintiff also provided evidence that it holds copyright over the works alleged to have been infringed. The enforcement of the plaintiff's rights as a copyright holder outweighed the privacy interests of the affected Internet users. However, that was not the end of the matter. It was necessary

désigné une ordonnance de type *Norwich*, qui impose à des tiers de divulguer les renseignements dont ils disposent au sujet d'un comportement illégal.

La demanderesse, une entreprise cinématographique, cherchait à poursuivre les abonnés pour copie et distribution non autorisées de ses œuvres cinématographiques protégées en recourant à un réseau de pairs et au protocole BitTorrent par l'entremise de TekSavvy. Une enquête judiciaire a permis de connaître l'adresse IP des abonnés qui avaient offert les œuvres pour transfert ou distribution. La demanderesse a soutenu entre autres, qu'il respectait tous les principes énoncés dans l'arrêt *BMG Canada Inc. c. John Doe (BMG)* et qu'il faudrait ordonner à TekSavvy de communiquer toute l'information dont elle dispose sur les abonnés. L'intervenant, la Clinique d'intérêt public et de politique d'Internet du Canada Samuelson-Glushko (la CIPPIC) a fait valoir, entre autres, que la Cour ne devrait pas astreindre à la légère des tiers innocents à une communication de renseignements brisant des attentes légitimes en matière de vie privée.

Il s'agissait de savoir s'il fallait délivrer une ordonnance accordant à la demanderesse, afin d'obtenir les coordonnées des abonnés, le droit de procéder à l'interrogatoire préalable de TekSavvy en tant que non-partie et si tel était le cas, quelles mesures de protection on devait l'assortir pour protéger le droit au respect de la vie privée des abonnés, ou pour réduire au minimum l'atteinte à ce droit.

Jugement : la requête doit être accordée.

La demanderesse a démontré disposer d'une véritable demande en violation du droit d'auteur. Dans l'arrêt *BMG*, la Cour d'appel fédérale a statué que les principes juridiques relatifs à l'interrogatoire préalable en *equity* s'appliquent aux fins du critère permettant d'établir si un demandeur satisfait à la règle 238 des *Règles des Cours fédérales*. Il y a lieu de rendre une ordonnance si le demandeur dispose d'une véritable demande et répond aux critères de la règle 238. Au vu de la jurisprudence actuelle, il ne semble pas qu'on soit passé du critère de la demande véritable, établi dans l'arrêt *BMG*, à celui plus rigoureux de la preuve *prima facie*. Cette décision liait encore la Cour. Le principe du respect de la vie privée ne doit pas servir d'écran aux actes fautifs, et il doit céder le pas lorsqu'une partie lésée veut obtenir des renseignements de non-parties. Tel devrait être le cas, peu importe le type de droit dont le demandeur est titulaire. Les droits de propriété intellectuelle sont *ipso facto* présumés mériter une protection juridique lorsqu'est démontrée l'existence d'une cause d'action valable. Les droits d'auteur sont un actif précieux auquel les violateurs ne doivent pas pouvoir facilement porter atteinte. Il était incertain en l'espèce si la protection du droit d'auteur était le seul motif de la demande présentée par la demanderesse. En plus d'avoir établi qu'elle disposait d'une demande véritable, la demanderesse a également montré par

to ensure that the privacy rights at issue were invaded in the most minimal way possible.

The plaintiff's position that infringers should not hide behind a veil of Internet anonymity would be an acceptable position but for the spectre of the "copyright troll" and the mischief that is created by compelling ISPs to reveal private information about their customers. There is also the spectre of flooding the Court with an enormous number of cases involving the subscribers, many of whom may have perfectly good defences to the alleged infringement. Finally, the damages against individual subscribers even on a generous consideration of the *Copyright Act* damage provisions may be minuscule compared to the cost, time and effort in pursuing a claim against the subscriber. As to the principles that should guide *Norwich* orders, commencing proceedings in intellectual property cases is an essential requirement in the sense that there must be an intention to enforce intellectual property rights. A review of cases from the United Kingdom and the United States suggested, *inter alia*, that those jurisdictions are concerned with sanctioning a business model that coerces innocent people into settlements, and appear open to imposing safeguards and overseeing the disclosure process to ensure that plaintiffs do not misrepresent the effects of the *Norwich* order. A non-exhaustive list of considerations flows from cases in the U.S., the U.K. and Canada, including: that the moving party must demonstrate a *bona fide* case; that safeguards must be put in place so that alleged infringers receiving any "demand" letter from a party obtaining an order under rule 238 or a *Norwich* order not be intimidated into making a payment without the benefit of understanding their legal rights and obligations; and that, when issuing a *Norwich* order, the Court may retain the authority to ensure that it is not abused by the party obtaining it and can impose terms on how its provisions are carried out.

As a result, to maintain control over the implementation of the order, it was determined that the action herein was to proceed as a specially managed action and that a case management judge would be appointed to monitor the conduct of

sa preuve qu'elle détenait des droits d'auteur dans les œuvres dont la violation est alléguée. Il importe davantage de faire respecter les droits de la demanderesse en tant que titulaire de droits d'auteur que le droit au respect de la vie privée des utilisateurs d'Internet concernés. Toutefois, ce n'était pas là la fin de l'histoire. La Cour devait s'assurer qu'il y avait atteinte minimale du droit au respect de la vie privée.

La demanderesse a soutenu que les violateurs de droits d'auteur ne devraient pas pouvoir se cacher derrière le voile de l'anonymat offert par Internet. Cette position serait acceptable si ce n'était de la crainte des [TRADUCTION] « pêcheurs à la traîne de droits d'auteur », ainsi que du tort causé en obligeant les fournisseurs de services Internet à révéler des renseignements personnels au sujet de leurs clients. Il y a aussi le danger bien réel d'un nombre énorme d'affaires portées devant la Cour qui mettraient en cause les abonnés, alors que bon nombre d'entre eux pourraient opposer des moyens de défense parfaitement valables aux allégations de violation de droit d'auteur. Finalement, le montant des dommages-intérêts à payer par un abonné particulier pourrait, même advenant un recours libéral aux dispositions sur les dommages de la *Loi sur le droit d'auteur*, s'avérer minime par comparaison avec l'argent, le temps et les efforts requis en cas d'action intentée contre lui. Quant aux principes devant guider la délivrance d'ordonnances de type *Norwich*, l'introduction d'une action est essentielle dans les affaires de propriété intellectuelle, en ce sens que l'intention d'exercer des droits de propriété intellectuelle est requise. Un examen des décisions tant du Royaume-Uni que des États-Unis a donné à penser, entre autres, que les tribunaux de ces pays se soucient particulièrement de sanctionner un modèle commercial qui force des personnes innocentes à accepter un règlement, et ils semblent disposés à imposer des mesures de protection et à superviser le processus de divulgation pour s'assurer que les demandeurs ne présentent pas faussement les répercussions de l'ordonnance de type *Norwich*. Voici une liste non exhaustive des éléments à considérer après examen de la jurisprudence des États-Unis, du Royaume-Uni et du Canada : la partie requérante doit démontrer qu'elle dispose d'une véritable demande; il faut prévoir des mesures de protection pour que les violateurs présumés recevant la lettre de « mise en demeure » d'une partie ayant obtenu une ordonnance en application de la règle 238 des Règles ou une ordonnance de type *Norwich* ne se sentent pas contraints à faire un paiement sans bien comprendre leurs droits et leurs obligations juridiques; et lorsque la Cour octroie à une partie une ordonnance de type *Norwich*, elle peut conserver le pouvoir de s'assurer qu'elle n'en fasse un usage abusif, et assortir l'application de l'ordonnance des conditions requises.

Par conséquent, pour faire en sorte qu'elle conserve le contrôle de la mise en œuvre de l'ordonnance, la Cour a jugé que la présente action devait être gérée à titre d'instance à gestion spéciale et un juge chargé de la gestion de l'instance

the plaintiff in its dealings with the alleged infringers. Further, the draft demand letter was to be reviewed by the Court to ensure that there would be no inappropriate language. The order herein thus balanced the rights of Internet users who were alleged to have downloaded the copyrighted works against the rights of the plaintiff to enforce its rights in those works.

serait nommé pour superviser la façon d'agir de la demanderesse avec les présumés violateurs. En outre, pour veiller à ce que rien d'inopportun ne soit écrit dans toute mise en demeure envoyée aux présumés violateurs, une ébauche devait être soumise à la Cour pour examen. Un juste équilibre a été par conséquent établi dans la présente ordonnance entre les droits des utilisateurs d'Internet présumés avoir téléchargé les œuvres protégées par droit d'auteur et le droit de la demanderesse de faire respecter ses droits dans ces œuvres.

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, 8.
Copyright Act, R.S.C., 1985, c. C-42, ss. 35, 38.1.
Federal Courts Rules, SOR/98-106, r. 238.
Personal Information Protection and Electronic Documents Act, S.C. 2000, c. 5.

TREATIES AND OTHER INSTRUMENTS CITED

Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, November 4, 1950, 213 U.N.T.S. 221.

CASES CITED

FOLLOWED:

BMG Canada Inc. v. John Doe, 2005 FCA 193, [2005] 4 F.C.R. 81.

APPLIED:

1654776 Ontario Ltd. v. Stewart, 2013 ONCA 184, 114 O.R. (3d) 745; *Media CAT Ltd. v. Adams & Ors.*, [2011] EWPC 6 (BAILII), [2011] F.S.R. 28; *Golden Eye (International) Ltd. & Anor v. Telefonica UK Ltd.*, [2012] EWHC 723 (Ch.) (BAILII).

CONSIDERED:

TCYK, LLC v. Does 1 – 88, 2013 U.S. Dist. LEXIS 88402 (N.D. Ill., 2013); *Norwich Pharmacal Co. v. Customs and Excise Comrs.*, [1974] A.C. 133 (H.L.); *Voltage Pictures LLC v. Jane Doe*, 2011 FC 1024, 395 F.T.R. 315; *Rugby Football Union v. Consolidated Information Services*, [2012] UKSC 55, [2013] 1 All E.R. 928; *Malibu Media, LLC v. John Does*, 902 F. Supp. 2d 690 (E.D. Pa., 2012); *Ingenuity 13 LLC v. John Doe*, 2013 WL 1898633 (C.D. Cal., 2013); *Malibu Media, LLC v. John Does 1-5*, 285

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, 8.
Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques, L.C. 2000, ch. 5.
Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. (1985), ch. C-42, art. 35, 38.1.
Règles des Cours fédérales, DORS/98-106, règle 238.

TRAITÉS ET AUTRES INSTRUMENTS CITÉS

Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 4 novembre 1950, 213 R.T.N.U. 221.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISION SUIVIE :

BMG Canada Inc. c. John Doe, 2005 CAF 193, [2005] 4 R.C.F. 81.

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

1654776 Ontario Ltd. v. Stewart, 2013 ONCA 184, 114 R.J.O. (3^e) 745; *Media CAT Ltd. v. Adams & Ors.*, [2011] EWPC 6 (BAILII), [2011] F.S.R. 28; *Golden Eye (International) Ltd. & Anor v. Telefonica UK Ltd.*, [2012] EWHC 723 (Ch.) (BAILII).

DÉCISIONS EXAMINÉES :

TCYK, LLC v. Does 1 – 88, 2013 U.S. Dist. LEXIS 88402 (N.D. Ill., 2013); *Norwich Pharmacal Co. v. Customs and Excise Comrs.*, [1974] A.C. 133 (H.L.); *Voltage Pictures LLC c. Jane Doe*, 2011 CF 1024; *Rugby Football Union v. Consolidated Information Services*, [2012] UKSC 55, [2013] 1 All E.R. 928; *Malibu Media, LLC v. John Does*, 902 F. Supp. 2d 690 (E.D. Pa., 2012); *Ingenuity 13 LLC v. John Doe*, 2013 WL 1898633 (C.D. Cal., 2013); *Malibu Media, LLC v. John Does 1-5*, 285 F.R.D. 273 (D. N.Y.,

F.R.D. 273 (D. N.Y., 2012); *Third Degree Films v. Does 1-47*, 286 F.R.D. 188 (D. Mass., 2012); *Combat Zone, Inc. v. Does 1-84*, 2013 U.S. Dist. LEXIS 35439 (D. Mass., 2013); *Voltage Pictures, LLC v. Does 1-198, Does 1-12, Does 1-34, Does 1-371*, (1:13-cv-00293-CL)(D. Or., 2013).

REFERRED TO:

Warman v. Wilkins Fournier, 2010 ONSC 2126, 100 O.R. (3d) 648 (Div. Ct.); *R. v. Trapp*, 2011 SKCA 143 (CanLII), [2012] 4 W.W.R. 648; *R. v. Ward*, 2012 ONCA 660, 112 O.R. (3d) 321; *Digital Sin, Inc. v. Does 1-27*, 2012 U.S. Dist. LEXIS 78832 (S.D. N.Y., 2012); *Breaking Glass Pictures v. Does 1-84*, 2012 U.S. Dist. LEXIS 88984 (N.D. Ohio, 2013); *Malibu Media, LLC v. John Does, Subscriber Assigned IP Address 69.249.252.44*, 2013 U.S. Dist. LEXIS 77264 (D. Pa., 2013); *Patrick Collins, Inc. v. John Doe 1*, 2012 U.S. Dist. LEXIS 71122 (E.D. N.Y., 2013); *Hard Drive Prods., Inc. v. Does 1-90*, 2012 U.S. Dist. LEXIS 45509 (N.D. Cal., 2012); *In re BitTorrent Adult Film Copyright Infringement Cases*, 2012 U.S. Dist. LEXIS 61447 (E.D. N.Y., 2012).

AUTHORS CITED

Yiu, Melody. "A New Prescription for Disclosure: Reformulating the Rules for the *Norwich Order*" (2007), 65 *U.T. Fac. L. Rev.* 41.

MOTION for an order seeking the names and addresses of subscribers of TekSavvy Solutions Inc., an Internet service provider, on the basis that the plaintiff sought to pursue litigation against the subscribers for copyright infringement. Motion granted.

APPEARANCES

P. James Zibarras and *John Philpott* for plaintiff.

Nicholas McHaffie and *Christian Tacit* for defendant.

David Fewer for intervener Samuelson-Glushko Canadian Internet Policy and Public Interest Clinic.

SOLICITORS OF RECORD

Brauti Thorning Zibarras LLP, Toronto, for plaintiff.

TekSavvy Solutions Inc. c/o Stikeman Elliott LLP, Ottawa, for defendant.

2012); *Third Degree Films v. Does 1-47*, 286 F.R.D. 188 (D. Mass., 2012); *Combat Zone, Inc. v. Does 1-84*, 2013 U.S. Dist. LEXIS 35439 (D. Mass., 2013); *Voltage Pictures, LLC v. Does 1-198, Does 1-12, Does 1-34, Does 1-371*, (1:13-cv-00293-CL)(D. Or., 2013).

DÉCISIONS CITÉES :

Warman v. Wilkins Fournier, 2010 ONSC 2126, 100 R.J.O. (3^e) 648 (C. div.); *R. v. Trapp*, 2011 SKCA 143 (CanLII), [2012] 4 W.W.R. 648; *R. v. Ward*, 2012 ONCA 660, 112 R.J.O. (3^e) 321; *Digital Sin, Inc. v. Does 1-27*, 2012 U.S. Dist. LEXIS 78832 (S.D. N.Y., 2012); *Breaking Glass Pictures v. Does 1-84*, 2012 U.S. Dist. LEXIS 88984 (N.D. Ohio, 2013); *Malibu Media, LLC v. John Does, Subscriber Assigned IP Address 69.249.252.44*, 2013 U.S. Dist. LEXIS 77264 (D. Pa., 2013); *Patrick Collins, Inc. v. John Doe 1*, 2012 U.S. Dist. LEXIS 71122 (E.D. N.Y., 2013); *Hard Drive Prods., Inc. v. Does 1-90*, 2012 U.S. Dist. LEXIS 45509 (N.D. Cal., 2012); *In re BitTorrent Adult Film Copyright Infringement Cases*, 2012 U.S. Dist. LEXIS 61447 (E.D. N.Y., 2012).

DOCTRINE CITÉE

Yiu, Melody. « A New Prescription for Disclosure: Reformulating the Rules for the *Norwich Order* » (2007), 65 *U.T. Fac. L. Rev.* 41.

REQUÊTE en ordonnance visant à obtenir le nom et l'adresse d'abonnés d'un fournisseur de services Internet connu sous le nom de TekSavvy Solutions Inc. au motif que la demanderesse souhaitait poursuivre les abonnés pour copie et distribution non autorisées. Requête accordée.

ONT COMPARU

P. James Zibarras et *John Philpott* pour la demanderesse.

Nicholas McHaffie et *Christian Tacit* pour le défendeur.

David Fewer pour l'intervenant la Clinique d'intérêt public et de politique d'Internet du Canada Samuelson-Glushko.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Brauti Thorning Zibarras LLP, Toronto, pour la demanderesse.

TekSavvy Solutions Inc. a/s Stikeman Elliott S.E.N.C.R.L., s.r.l., Ottawa, pour le défendeur.

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

AALTO P.:

“... the rise of so-called ‘copyright trolls’ – plaintiffs who file multitudes of lawsuits solely to extort quick settlements – requires courts to ensure that the litigation process and their scarce resources are not being abused.”¹

INTRODUCTION

[1] Do persons who download copyrighted material from the internet using a peer-to-peer (P2P) network and the BitTorrent Protocol (BitTorrent) through the auspices of an Internet service provider (ISP) have a right to privacy such that their contact information not be revealed to the party whose copyright is being infringed? If they are infringing copyright what remedy, if any, should the Court impose? These are the questions at issue on this motion. While at first blush the answer may seem simple enough, in reality given the issues in play the answers require a delicate balancing of privacy rights versus the rights of copyright holders. This is especially so in the context of modern day technology and users of the Internet.

[2] In essence, in this proceeding the plaintiff (Voltage) seeks the names and addresses of some 2 000 subscribers (subscribers) of an ISP known as TekSavvy Solutions Inc. This type of order is often referred to as a *Norwich*² order—a litigation tool requiring non-parties to a litigation to be subject to discovery or being compelled to provide information.

¹ Judge Ronald Guzman, *TCYK, LLC v. Does 1 – 88*, 2013 U.S. Dist. LEXIS 88402 (U.S. District Court for the Northern District of Illinois), at p. 3.

² *Norwich Pharmacal Co. v. Customs and Excise Comrs.*, [1974] A.C. 133 (H.L.). This type of order first came to light in this case. These types of orders are now part of the Canadian litigation landscape and require innocent third parties to disclose information in their possession regarding unlawful conduct. A discussion of these orders is found later in these reasons.

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

LE PROTONOTAIRE AALTO :

[TRADUCTION] « [...] le nombre croissant de ce qu’on appelle les « pêcheurs à la traîne de droits d’auteur » – des demandeurs qui déposent des multitudes d’actions uniquement en vue d’extorquer des règlements rapides – oblige les cours à s’assurer qu’il n’y ait pas abus du processus judiciaire non plus que de leurs ressources restreintes ».¹

INTRODUCTION

[1] Les personnes qui téléchargent d’Internet des contenus protégés par droit d’auteur en recourant à un réseau de pairs (P2P) et au protocole BitTorrent (BitTorrent) par l’entremise d’un prestataire de service Internet (PSI) disposent-elles du droit au respect de la vie privé, de telle sorte que leurs coordonnées ne puissent être révélées à la partie dont le droit d’auteur est enfreint? Si ces personnes enfreignent un droit d’auteur, quelle réparation, le cas échéant, la Cour devrait-elle imposer? Ce sont là les questions que soulève la présente requête. Quoiqu’à première vue les réponses puissent sembler assez faciles à donner, il s’agit en réalité, vu les questions en jeu, d’établir un juste équilibre entre le droit au respect de la vie privé et les droits des titulaires de droits d’auteur. Cela est d’autant plus vrai lorsque sont en cause la technologie moderne et les utilisateurs d’Internet.

[2] La demanderesse (Voltage) vise essentiellement par le présent recours à obtenir le nom et l’adresse de quelque 2 000 abonnés (les abonnés) d’un PSI connu sous le nom de TekSavvy Solutions Inc. Le type d’ordonnance demandé est souvent désigné une ordonnance de type *Norwich*² — un outil qui permet dans le cadre d’un litige de soumettre des non-parties à la procédure de

¹ Juge Ronald Guzman, *TCYK, LLC v. Does 1 – 88*, 2013 U.S. Dist. LEXIS 88402, (U.S. District Court for the Northern District of Illinois), à la p. 3.

² *Norwich Pharmacal Co. v. Customs and Excise Comrs.*, [1974] A.C. 133 (H.L.). Ce type d’ordonnance est apparu pour la première fois dans cette affaire. Il fait maintenant partie du paysage canadien des litiges et impose à des tiers innocents de divulguer les renseignements dont ils disposent au sujet d’un comportement illégal. Nous traiterons de ces ordonnances plus loin dans les présents motifs.

[3] Voltage seeks the names and addresses so that they can pursue litigation against the subscribers for the unauthorized copying and distribution of Voltage's copyrighted cinematographic works (works). The case engages provisions of the *Copyright Act*, R.S.C., 1985, c. C-42 and the *Personal Information Protection and Electronic Documents Act*, S.C. 2000, c. 5 (PIPEDA).

[4] Pursuant to an order of this Court, the Samuelson-Glushko Canadian Internet Policy and Public Interest Clinic (CIPPIC) was granted leave to intervene on this motion in order to enhance the record and provide arguments and evidence to assist the Court in determining the issue and to put the position of the subscribers and Voltage in an appropriate context. To that end, CIPPIC filed evidence by way of affidavit and cross-examined the main deponent who gave evidence on behalf of Voltage. CIPPIC also filed extensive written representations. TekSavvy, the ISP took no position on the motion.

[5] CIPPIC has raised a number of objections to Voltage's motion. It argues that privacy considerations and broader interests of justice should prevail in the particular circumstances of this case.

[6] Specifically, CIPPIC alleges that Voltage's true intentions are not motivated by any rights it may hold under the *Copyright Act*. CIPPIC characterizes Voltage and Canipre Inc. (Canipre) the forensic investigation company retained by Voltage to track the names of the subscribers as "copyright trolls" engaged in "speculative invoicing" which seeks to intimidate individuals into easy settlements by way of demand letters and threats of litigation. It is alleged that the cost and the uncertainty or stigma of litigation coerces most individuals into making payments, whether or not they were involved in the unauthorized copying and distribution of films on the internet. The Court is cautioned not to become an inadvertent tool assisting parties in this type of business model.

communication préalable ou de les obliger à fournir des renseignements.

[3] Voltage veut obtenir le nom et l'adresse des abonnés pour pouvoir les poursuivre pour copie et distribution non autorisées de ses œuvres cinématographiques protégées (les œuvres). L'affaire met en cause des dispositions de la *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. (1985), ch. C-42 et de la *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*, L.C. 2000, ch. 5 (la LPRPDE).

[4] Par ordonnance de la Cour, la Clinique d'intérêt public et de politique d'Internet du Canada Samuelson-Glushko (la CIPPIC) a été autorisée à intervenir dans le cadre de la présente requête, afin de renforcer le dossier et de présenter des arguments et des éléments de preuve devant aider la Cour à trancher la question en litige et à inscrire en contexte la position tant des abonnés que de Voltage. À cette fin, la CIPPIC a produit une preuve par affidavit et elle a contre-interrogé le déposant principal pour le compte de Voltage. La CIPPIC a également produit de longues observations écrites. TekSavvy, le PSI, n'a pas pris position dans le cadre de la présente requête.

[5] La CIPPIC a fait valoir divers motifs d'opposition à la requête de Voltage. Elle soutient que la nécessité de protéger la vie privée ainsi que l'intérêt général de la justice devraient prévaloir dans les circonstances particulières de la présente affaire.

[6] La CIPPIC soutient, plus particulièrement, que les motifs véritables d'agir de Voltage ne découlent pas des droits dont elle peut être titulaire en vertu de la *Loi sur le droit d'auteur*. La CIPPIC qualifie Voltage ainsi que Canipre Inc. (Canipre), la société d'enquête judiciaire dont Voltage a retenu les services pour trouver le nom des abonnés concernés, de [TRADUCTION] « pêcheurs à la traîne de droits d'auteur » qui s'adonnent à la [TRADUCTION] « facturation hypothétique » et qui tentent d'obtenir des règlements faciles en intimidant les gens au moyen de mises en demeure et de menaces de poursuites. Elle affirme que les coûts et la stigmatisation associés à un litige, et l'incertitude quant son résultat, poussent la plupart des personnes visées à payer, qu'ils aient véritablement ou non copié et distribué sans

autorisation des films sur Internet. La CIPPIC met la Cour en garde de ne pas devenir, par inadvertance, un instrument au service des parties qui recourent à ce type de modèle commercial.

FACTS

[7] Extensive affidavit evidence was filed on the motion as well as extensive case briefs. Voltage filed the affidavit of Barry Logan (Logan affidavit) the owner and principal forensic consultant of Canipre. Voltage also filed two affidavits of John Philpott (Philpott affidavits), an associate with the law firm representing Voltage which attached the affidavit of Michael Wickstrom of Voltage and the affidavit of Mathias Gartner, an information technology expert. CIPPIC also filed evidence in the form of an affidavit of Timothy Lethbridge (Lethbridge affidavit) which also dealt with technical issues relating to the Internet. CIPPIC also filed the affidavit of Alexander Cooke (Cooke affidavit), a law student who conducted searches to locate file-sharing lawsuits commenced by Voltage.

[8] Voltage sought to strike the Lethbridge affidavit on the grounds that the witness had no direct knowledge of the matters in issue and was not an expert on the areas on which he opined. Voltage pointed to lengthy sections of the cross-examination to demonstrate that Mr. Lethbridge lacked expertise on issues relating to the case and the use of BitTorrent. However, in the end result, the Lethbridge affidavit should be accepted subject to the qualifications advanced by Voltage.

[9] Voltage is a film production company which among other films produced the Oscar nominated film *The Hurt Locker*. The second of the Philpott affidavits provides evidence both directly and indirectly through the Michael Wickstrom affidavit that Voltage in fact owns copyright in the works.

LES FAITS

[7] On a produit dans le cadre de la requête une importante preuve par affidavit et de volumineux mémoires. Voltage a déposé l'affidavit de Barry Logan (l'affidavit de M. Logan), le propriétaire et principal expert-conseil judiciaire de Canipre. Voltage a également produit deux affidavits de John Philpott (les affidavits de M. Philpott), un avocat du cabinet représentant Voltage, qui a joint un affidavit de Michael Wickstrom, de chez Voltage, ainsi qu'un affidavit de Mathias Gartner, un expert en technologie de l'information. La CIPPIC a elle aussi produit en preuve un affidavit de Timothy Lethbridge (l'affidavit de M. Lethbridge), traitant également de questions techniques liées à Internet, ainsi qu'un affidavit d'Alexander Cooke (l'affidavit de M. Cooke), un étudiant en droit qui a procédé à des recherches pour repérer des actions pour partage de fichiers intentées par Voltage.

[8] Voltage a demandé la radiation de l'affidavit de M. Lethbridge au motif que ce dernier n'avait pas une connaissance directe des questions en litige, ni n'était un expert dans les domaines à l'égard desquels il émettait des commentaires. Voltage a attiré l'attention sur de longs passages du contre-interrogatoire de M. Lethbridge, afin de démontrer qu'il n'était pas un spécialiste des questions en jeu dans l'affaire non plus que de l'utilisation de BitTorrent. En dernière analyse, toutefois, il convient d'admettre l'affidavit de M. Lethbridge, en tenant compte toutefois des réserves exprimées par Voltage.

[9] Voltage est une entreprise cinématographique qui a notamment produit le film, en nomination aux Oscars, *The Hurt Locker*. Le deuxième affidavit de M. Philpott témoigne du fait, directement et indirectement par l'entremise de l'affidavit de Michael Wickstrom, que Voltage est bien titulaire de droits d'auteur sur les œuvres.

[10] In 2012 Voltage retained Canipre to investigate whether any of Voltage’s cinematographic works (works) were being copied and distributed in Canada over P2P networks using BitTorrent.

[11] Apparently, BitTorrent is a P2P file-sharing protocol that facilitates the distribution of large amounts of data over the Internet. The non-party TekSavvy is an ISP based in Canada which provides its customers with access to the Internet.

[12] There appears to be little dispute about how the technology works. When a file is uploaded to a BitTorrent network that is referred to as “seeding”. Other P2P network users, called “peers”, can then connect to the user seeding the file. BitTorrent breaks a file into numerous small data packets, each of which is identifiable by a unique hash number created using a hash algorithm. Once the file is broken into packets other peers are able to download different sections of the same file from different users. Each new peer is directed to the most readily available packet they wish to download. Peers copy files from multiple users who may have the file available on the BitTorrent network. The peer then becomes a seeder as the data packet is distributed to other peers connected to the BitTorrent network. Once a packet is downloaded it is then available to other users who are also connected to the BitTorrent network.

[13] Voltage retained the services of Canipre to conduct a forensic investigation of the works that had been downloaded from BitTorrent networks. The software used by Canipre was able to identify the IP [Internet Protocol] address of each seeder and peer who offered any of the works for transfer or distribution. This software was able to identify the IP address of the user; the date and time the file was distributed; the P2P network used; and, the file’s metadata including the name of the file and its size (collectively the file data).

[10] En 2012, Voltage a retenu les services de Canipre pour qu’elle vérifie si certaines de ses œuvres cinématographiques (les œuvres) étaient copiées et distribuées au Canada par l’intermédiaire de réseaux P2P recourant à BitTorrent.

[11] Il semble que BitTorrent soit un protocole de partage de fichiers P2P qui facilite la distribution d’importants volumes de données sur Internet. TekSavvy, non partie au litige, est un PSI établi au Canada qui offre l’accès à Internet à ses clients.

[12] Le mode de fonctionnement de la technologie en cause semble peu contesté. On désigne sous le nom de « *seeding* » (ensemencement) le téléchargement d’un fichier vers un réseau BitTorrent. D’autres utilisateurs de réseau P2P, appelés les « pairs », peuvent ensuite se raccorder à l’utilisateur à la source du fichier. BitTorrent fractionne le fichier en de nombreux petits paquets de données, chacun étant identifiable par un numéro de hachage unique créé au moyen d’un algorithme de hachage. Une fois le fractionnement en paquets effectué, d’autres pairs sont en mesure de télécharger différentes sections du même fichier auprès de différents utilisateurs. Chaque nouveau pair voulant procéder à un téléchargement est dirigé vers le paquet le plus accessible. Les pairs copient les fichiers auprès de multiples utilisateurs qui les rendent disponibles sur le réseau BitTorrent. Le pair qui a téléchargé devient lui-même un *seeder* (semoir), le paquet de données étant lui-même distribué à d’autres pairs branchés au réseau BitTorrent. Une fois un paquet téléchargé, les autres utilisateurs du réseau y ont accès.

[13] Voltage a retenu les services de Canipre pour qu’elle procède à une enquête judiciaire sur le téléchargement d’œuvres depuis les réseaux BitTorrent. Le logiciel utilisé à cette fin par Canipre a permis de connaître l’adresse IP [protocole Internet] de chaque semoir et pair qui a offert l’une quelconque des œuvres pour transfert ou distribution. Il a permis de connaître, en plus de l’adresse IP de l’utilisateur, la date et l’heure de la distribution du fichier, le réseau P2P utilisé, ainsi que les métadonnées du fichier, y compris le nom et la taille du fichier (collectivement, les données sur les fichiers).

[14] The file data was reviewed and transactions were isolated geographically to Ontario and to TekSavvy customers. This forensic investigation has resulted in some 2 000 subscribers being identified by their unique IP address assigned to them by TekSavvy.

[15] CIPPIC, in its evidence, qualifies the extent to which useful information can necessarily be obtained from the ISP. That is, IP addresses do not necessarily result in obtaining the person who may have engaged in downloading the works. For example, on an open non-password protected Wi-Fi network, any stranger could use a BitTorrent client to download connect. This frequently happens at Internet cafes and the like. Thus, the particular infringer may not be able to be identified.

[16] Voltage has had a history in the U.S. of commencing file-sharing lawsuits such as this. According to the Cooke affidavit there are 22 file-sharing lawsuits in the American Federal Court system where Voltage is listed as a plaintiff. The majority involve unknown alleged infringers. The total number of unknown alleged infringers is in the range of 28 000.

POSITIONS OF THE PARTIES TO THE MOTION

[17] As there is no “real” defendant in this proceeding other than the named John Doe and Jane Doe, there was no party which could oppose this motion. Thus, CIPPIC sought intervenor status which was granted and it argued against making the order requested by Voltage.

Position of Voltage

[18] Voltage’s position on this motion is relatively straightforward. That is, the identified subscribers have infringed the copyright of Voltage by downloading or distributing the works and are therefore *prima facie* liable under the *Copyright Act* for infringement. Thus, TekSavvy should be ordered to produce the contact

[14] On a passé en revue les données sur les fichiers pour ne viser que l’Ontario, au plan géographique, ainsi que les clients de TekSavvy. L’enquête judiciaire a permis de retracer quelque 2 000 abonnés, au moyen de l’adresse IP unique que TekkSavvy leur avait assignée.

[15] La CIPPIC apporte des réserves, dans sa preuve, quant à la mesure dans laquelle on peut obtenir de l’information utile d’un PSI. Ainsi, disposer d’une adresse IP ne permet pas nécessairement de connaître l’auteur du téléchargement d’une œuvre. Au moyen d’un réseau WiFi ouvert et non protégé par un mot de passe, par exemple, tout tiers quelconque pourrait établir une connexion pour téléchargement par l’entremise d’un client de BitTorrent. Il en est fréquemment ainsi dans des endroits tels que les cybercafés. Le violateur particulier d’un droit d’auteur peut ainsi être impossible à identifier.

[16] Aux États-Unis, Voltage a l’habitude des instances introduites pour partage de fichiers telles que celle qui nous occupe. Si l’on en croit l’affidavit de M. Cooke, Voltage est inscrite comme demanderesse dans 22 actions de cette nature devant l’appareil judiciaire fédéral américain. L’on a affaire dans la majorité des cas à des présumés violateurs inconnus. Le nombre total de ces derniers est d’environ 28 000.

POSITIONS DES PARTIES À LA REQUÊTE

[17] Comme il n’y a pas de défendeur « réel » dans la présente procédure, mis à part les M. Untel et M^{me} Unetelle désignés, aucune partie ne pouvait faire opposition à la requête. La CIPPIC a donc demandé et obtenu la qualité d’intervenante, et elle a fait valoir ses arguments à l’encontre de l’octroi de l’ordonnance recherchée par Voltage.

Position de Voltage

[18] La position de Voltage est relativement simple dans le cadre de la présente requête : les abonnés identifiés ont violé ses droits d’auteur en téléchargeant ou distribuant les œuvres, et ils sont donc susceptibles *prima facie* d’être tenus responsables de violation sous le régime de la *Loi sur le droit d’auteur*. La Cour devrait

information for the subscribers who are all potential defendants to this action.

[19] Relying primarily upon *BMG Canada Inc. v. John Doe*, 2005 FCA 193, [2005] 4 F.C.R. 81 (*BMG*) (discussed in greater detail below) Voltage argues that it has met all of the principles enunciated in *BMG* and TekSavvy should be ordered to release the information on the subscribers. It is to be noted as well that the position of Voltage was that it fully intends to pursue claims against the subscribers.

Position of CIPPIC

[20] The position of CIPPIC is that no information should be released by TekSavvy, as this will infringe the privacy rights of the subscribers and may affect the scope of protection offered to anonymous online activity.

[21] They argue that there are important public policy issues involving the intersection of law and technology which require careful consideration and balancing by the Court before ordering third parties to reveal private information. They argue that this type of request of the Court may extend beyond mere infringers to require information about whistle-blowers and confidential sources of documents leaked in the public interest.

[22] To that end, CIPPIC argues that the right to privacy is implicitly a protected right under sections 7 and 8 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]]. Thus, it is argued, the Court should not readily compel innocent third parties to divulge information which breaches the privacy expectations of individuals and which, in a rapidly changing technological environment, may not provide the real information relating to the unlawful conduct.

donc ordonner à TekSavvy de produire les coordonnées de ces abonnés, qui sont tous d'éventuels défendeurs dans la présente action.

[19] Voltage s'appuie principalement sur l'arrêt *BMG Canada Inc. c. John Doe*, 2005 CAF 193, [2005] 4 R.C.F. 81 (*BMG*) (analysé plus en détail par la suite) pour soutenir qu'elle-même respectant tous les principes énoncés dans cet arrêt, il faudrait ordonner à TekSavvy de communiquer toute l'information dont elle dispose sur les abonnés. Il convient de noter que Voltage a aussi soutenu qu'elle avait pleinement l'intention d'aller à procès avec les abonnés.

Position de la CIPPIC

[20] La thèse de la CIPPIC est que TekSavvy ne devrait divulguer aucune information, comme cela porterait atteinte au droit au respect de la vie privée des abonnés, et pourrait restreindre la portée de la protection dont jouissent les activités anonymes en ligne.

[21] Elle soutient que d'importantes questions de politique publique sont ici en cause, au croisement du droit et de la technologie, et que la Cour doit les examiner et les soupeser avec soin avant d'ordonner à des tiers de révéler des renseignements confidentiels. Selon la CIPPIC, la portée d'une demande telle que celle faite à la Cour pourrait s'étendre, par-delà les simples violateurs de droits d'auteur, à l'obtention d'information sur les dénonciateurs et sur les sources confidentielles de documents ayant l'objet d'une fuite dans l'intérêt public.

[22] La CIPPIC fait valoir à ce titre que le droit au respect de la vie privée est implicitement garanti aux articles 7 et 8 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]]. De la sorte, la Cour ne devrait pas astreindre à la légère des tiers innocents à une communication de renseignements brisant des attentes légitimes en matière de vie privée, sans nécessairement, dans un environnement technologique en mutation rapide, permettre d'obtenir de l'information véridique sur le comportement illicite visé.

[23] CIPPIC points to the jurisprudence evolving in other jurisdictions, particularly the U.S. and United Kingdom, to argue that Canadian courts should not be quick to issue this kind of order without first considering the real objective of the party seeking the information.

[24] CIPPIC argues that this type of litigation is, in fact, merely a business model to coerce payments from individuals who do not wish to incur the cost of defending a lawsuit and would rather pay something to an entity such as Voltage than pay lawyers. This type of business approach has been the subject of discussion in those other jurisdictions (discussed in greater detail below). Therefore, the Court should not be an unwitting tool of “copyright trolls”.

[25] However, it must be noted that on this motion, whether Voltage is or is not a “copyright troll” in pursuing information from TekSavvy is not for determination. The only issue is whether the test for granting a *Norwich* order has been met in accordance with the jurisprudence.

Relevant Legislation

[26] Before embarking on a consideration of the issues raised by the parties it is useful to set out the relevant legislation and rules which are engaged in this motion.

[27] First, rule 238 of the *Federal Courts Rules* [SOR/98-106] provides for granting leave to examine non-parties to an action. It reads as follows:

Examination
of
non-parties
with leave

238. (1) A party to an action may bring a motion for leave to examine for discovery any person not a party to the action, other than an expert witness for a party, who might have information on an issue in the action.

[23] La CIPPIC fait valoir qu’au vu de la jurisprudence en pleine évolution dans d’autres pays, particulièrement aux États-Unis et au Royaume-Uni, les tribunaux canadiens ne devraient pas rapidement délivrer le type d’ordonnance demandé sans d’abord se pencher sur l’objectif véritable de la partie qui sollicite l’information.

[24] La CIPPIC soutient que ce type de litige ne constitue en fait qu’un modèle commercial visant à soutirer de l’argent aux personnes qui ne veulent pas acquitter les frais d’une défense, et préfèrent verser un certain montant à une entité telle que Voltage plutôt que de payer des honoraires d’avocats. On s’est penché sur ce type de stratégie commerciale dans les autres pays mentionnés (tel qu’il sera précisé par la suite). La Cour ne devrait donc pas être un instrument involontaire aux mains des [TRADUCTION] « pêcheurs à la traîne de droits d’auteur ».

[25] Il convient toutefois de noter qu’aux fins de la présente requête, il ne s’agit pas d’établir si solliciter des renseignements de TekSavvy fait ou non de Voltage un [TRADUCTION] « pêcheur à la traîne de droits d’auteur ». La seule question en litige est de savoir s’il est satisfait au critère applicable, selon la jurisprudence, pour délivrer une ordonnance de type *Norwich*.

Dispositions législatives applicables

[26] Avant d’examiner les questions soulevées par les parties, il sera utile de reproduire les dispositions législatives et les règles mises en cause par la présente requête.

[27] Premièrement, la Cour peut, en vertu de la règle 238 des *Règles des Cours fédérales* [DORS/98-106 (Règles)], autoriser qu’on procède à l’interrogatoire préalable de non-parties à une action :

238. (1) Une partie à une action peut, par voie de requête, demander l’autorisation de procéder à l’interrogatoire préalable d’une personne qui n’est pas une partie, autre qu’un témoin expert d’une partie, qui pourrait posséder des renseignements sur une question litigieuse soulevée dans l’action.

Interrogatoire d’un tiers

| | | | |
|-------------------------------|--|--|--|
| Personal service on non-party | (2) On a motion under subsection (1), the notice of motion shall be served on the other parties and personally served on the person to be examined. | (2) L'avis de la requête visée au paragraphe (1) est signifié aux autres parties et, par voie de signification à personne, à la personne que la partie se propose d'interroger. | Signification de l'avis de requête |
| Where Court may grant leave | (3) The Court may, on a motion under subsection (1), grant leave to examine a person and determine the time and manner of conducting the examination, if it is satisfied that | (3) Par suite de la requête visée au paragraphe (1), la Cour peut autoriser la partie à interroger une personne et fixer la date et l'heure de l'interrogatoire et la façon de procéder, si elle est convaincue, à la fois : | Signification de l'avis de requête |
| | (a) the person may have information on an issue in the action; | a) que la personne peut posséder des renseignements sur une question litigieuse soulevée dans l'action; | |
| | (b) the party has been unable to obtain the information informally from the person or from another source by any other reasonable means; | b) que la partie n'a pu obtenir ces renseignements de la personne de façon informelle ou d'une autre source par des moyens raisonnables; | |
| | (c) it would be unfair not to allow the party an opportunity to question the person before trial; and | c) qu'il serait injuste de ne pas permettre à la partie d'interroger la personne avant l'instruction; | |
| | (d) the questioning will not cause undue delay, inconvenience or expense to the person or to the other parties. | d) que l'interrogatoire n'occasionnera pas de retards, d'inconvénients ou de frais déraisonnables à la personne ou aux autres parties. | |
| | [28] As discussed below, subrule 238(3) of the <i>Federal Courts Rules</i> is very much aligned with the principles set out in <i>BMG</i> . | [28] On le précisera plus loin, le paragraphe 238(3) des Règles concorde étroitement avec les principes énoncés dans l'arrêt <i>BMG</i> . | |
| | [29] The two statutes engaged are the <i>Copyright Act</i> and PIPEDA. The relevant sections referred to by the parties to this motion are as follows: | [29] Les deux lois applicables en l'espèce sont la <i>Loi sur le droit d'auteur</i> et la LPRPDE. Les parties à la présente requête en invoquent les dispositions suivantes : | |
| | <i>Copyright Act</i> , R.S.C., 1985, c. C-42 | <i>Loi sur le droit d'auteur</i> , L.R.C. (1985), ch. C-42 | |
| Liability for infringement | 35. (1) Where a person infringes copyright, the person is liable to pay such damages to the owner of the copyright as the owner has suffered due to the infringement and, in addition to those damages, such part of the profits that the infringer has made from the infringement and that were not taken into account in calculating the damages as the court considers just. | 35. (1) Quiconque viole le droit d'auteur est passible de payer, au titulaire du droit qui a été violé, des dommages-intérêts et, en sus, la proportion, que le tribunal peut juger équitable, des profits qu'il a réalisés en commettant cette violation et qui n'ont pas été pris en compte pour la fixation des dommages-intérêts. | Violation du droit d'auteur : responsabilité |
| Proof of profits | (2) In proving profits, (a) the plaintiff shall be required to prove only receipts or revenues derived from the infringement; and | (2) Dans la détermination des profits, le demandeur n'est tenu d'établir que ceux provenant de la violation et le défendeur doit prouver chaque élément du coût qu'il allègue. | Détermination des profits |

(b) the defendant shall be required to prove every element of cost that the defendant claims.

...

[...]

Statutory damages

38.1 (1) Subject to this section, a copyright owner may elect, at any time before final judgment is rendered, to recover, instead of damages and profits referred to in subsection 35(1), an award of statutory damages for which any one infringer is liable individually, or for which any two or more infringers are liable jointly and severally,

(a) in a sum of not less than \$500 and not more than \$20,000 that the court considers just, with respect to all infringements involved in the proceedings for each work or other subject-matter, if the infringements are for commercial purposes; and

(b) in a sum of not less than \$100 and not more than \$5,000 that the court considers just, with respect to all infringements involved in the proceedings for all works or other subject-matter, if the infringements are for non-commercial purposes.

Infringement of subsection 27(2.3)

(1.1) An infringement under subsection 27(2.3) may give rise to an award of statutory damages with respect to a work or other subject-matter only if the copyright in that work or other subject-matter was actually infringed as a result of the use of a service referred to in that subsection.

Deeming — infringement of subsection 27(2.3)

(1.11) For the purpose of subsection (1), an infringement under subsection 27(2.3) is deemed to be for a commercial purpose.

Infringements not involved in proceedings

(1.12) If the copyright owner has made an election under subsection (1) with respect to a defendant's infringements that are for non-commercial purposes, they are barred from recovering statutory damages under this section from that defendant with respect to any other of

Dommages-intérêts préétablis

38.1 (1) Sous réserve des autres dispositions du présent article, le titulaire du droit d'auteur, en sa qualité de demandeur, peut, avant le jugement ou l'ordonnance qui met fin au litige, choisir de recouvrer, au lieu des dommages-intérêts et des profits visés au paragraphe 35(1), les dommages-intérêts préétablis ci-après pour les violations reprochées en l'instance à un même défendeur ou à plusieurs défendeurs solidairement responsables:

a) dans le cas des violations commises à des fins commerciales, pour toutes les violations — relatives à une oeuvre donnée ou à un autre objet donné du droit d'auteur —, des dommages-intérêts dont le montant, d'au moins 500 \$ et d'au plus 20 000 \$, est déterminé selon ce que le tribunal estime équitable en l'occurrence;

b) dans le cas des violations commises à des fins non commerciales, pour toutes les violations — relatives à toutes les oeuvres données ou tous les autres objets donnés du droit d'auteur —, des dommages-intérêts, d'au moins 100 \$ et d'au plus 5 000 \$, dont le montant est déterminé selon ce que le tribunal estime équitable en l'occurrence.

Violation du paragraphe 27(2.3)

(1.1) La violation visée au paragraphe 27(2.3) ne peut donner droit à l'octroi de dommages-intérêts préétablis à l'égard d'une oeuvre donnée ou à un autre objet donné du droit d'auteur que si le droit d'auteur de l'une ou de l'autre a été violé par suite de l'utilisation des services mentionnés à ce paragraphe.

Violation réputée: paragraphe 27(2.3)

(1.11) Pour l'application du paragraphe (1), la violation du droit d'auteur visée au paragraphe 27(2.3) est réputée être commise à des fins commerciales.

Réserve

(1.12) Toutefois, le titulaire du droit d'auteur qui a choisi de recouvrer des dommages-intérêts préétablis auprès de la personne visée au paragraphe (1) pour des violations qu'elle a commises à des fins non commerciales ne pourra pas recouvrer auprès d'elle de tels dommages-intérêts au

| | | | |
|--------------------------------------|--|--|--------------------|
| | <p>the defendant's infringements that were done for non-commercial purposes before the institution of the proceedings in which the election was made.</p> | <p>titre du présent article pour les violations commises à ces fins avant la date de l'introduction de l'instance et qu'il ne lui a pas reprochées dans le cadre de celle-ci.</p> | |
| No other statutory damages | <p>(1.2) If a copyright owner has made an election under subsection (1) with respect to a defendant's infringements that are for non-commercial purposes, every other copyright owner is barred from electing to recover statutory damages under this section in respect of that defendant for any of the defendant's infringements that were done for non-commercial purposes before the institution of the proceedings in which the election was made.</p> | <p>(1.2) Si un titulaire du droit d'auteur a choisi de recouvrer des dommages-intérêts préétablis auprès de la personne visée au paragraphe (1) pour des violations qu'elle a commises à des fins non commerciales, aucun autre titulaire du droit d'auteur ne pourra recouvrer auprès d'elle de tels dommages-intérêts au titre du présent article pour les violations commises à ces fins avant la date de l'introduction de l'instance.</p> | Réserve |
| If defendant unaware of infringement | <p>(2) If a copyright owner has made an election under subsection (1) and the defendant satisfies the court that the defendant was not aware and had no reasonable grounds to believe that the defendant had infringed copyright, the court may reduce the amount of the award under paragraph (1)(a) to less than \$500, but not less than \$200.</p> | <p>(2) Dans les cas où le défendeur convainc le tribunal qu'il ne savait pas et n'avait aucun motif raisonnable de croire qu'il avait violé le droit d'auteur, le tribunal peut réduire le montant des dommages-intérêts visés à l'alinéa (1a) jusqu'à 200 \$.</p> | Cas particuliers |
| Special case | <p>(3) In awarding statutory damages under paragraph (1)(a) or subsection (2), the court may award, with respect to each work or other subject-matter, a lower amount than \$500 or \$200, as the case may be, that the court considers just, if</p> <p>(a) either</p> <p>(i) there is more than one work or other subject-matter in a single medium, or</p> <p>(ii) the award relates only to one or more infringements under subsection 27(2.3); and</p> <p>(b) the awarding of even the minimum amount referred to in that paragraph or that subsection would result in a total award that, in the court's opinion, is grossly out of proportion to the infringement.</p> | <p>(3) Dans les cas où plus d'une oeuvre ou d'un autre objet du droit d'auteur sont incorporés dans un même support matériel ou dans le cas où seule la violation visée au paragraphe 27(2.3) donne ouverture aux dommages-intérêts préétablis, le tribunal peut, selon ce qu'il estime équitable en l'occurrence, réduire, à l'égard de chaque oeuvre ou autre objet du droit d'auteur, le montant minimal visé à l'alinéa (1a) ou au paragraphe (2), selon le cas, s'il est d'avis que même s'il accordait le montant minimal de dommages-intérêts préétablis le montant total de ces dommages-intérêts serait extrêmement disproportionné à la violation.</p> | Cas particuliers |
| Collective societies | <p>(4) Where the defendant has not paid applicable royalties, a collective society referred to in section 67 may only make an election under this section to recover, in lieu of any other remedy of a monetary nature provided by this Act, an award of statutory damages in a sum of not less than three and not more than ten times the amount of the applicable royalties, as the court considers just.</p> | <p>(4) Si le défendeur n'a pas payé les redevances applicables en l'espèce, la société de gestion visée à l'article 67 — au lieu de se prévaloir de tout autre recours en vue d'obtenir un redressement pécuniaire prévu par la présente loi — ne peut, aux termes du présent article, que choisir de recouvrer des dommages-intérêts préétablis dont le montant, de trois à dix fois le montant de</p> | Société de gestion |

| | | | |
|---------------------|--|--|--|
| | | ces redevances, est déterminé selon ce que le tribunal estime équitable en l'occurrence. | |
| Factors to consider | <p>(5) In exercising its discretion under subsections (1) to (4), the court shall consider all relevant factors, including</p> <p>(a) the good faith or bad faith of the defendant;</p> <p>(b) the conduct of the parties before and during the proceedings;</p> <p>(c) the need to deter other infringements of the copyright in question; and</p> <p>(d) in the case of infringements for non-commercial purposes, the need for an award to be proportionate to the infringements, in consideration of the hardship the award may cause to the defendant, whether the infringement was for private purposes or not, and the impact of the infringements on the plaintiff.</p> | <p>(5) Lorsqu'il rend une décision relativement aux paragraphes (1) à (4), le tribunal tient compte notamment des facteurs suivants :</p> <p>a) la bonne ou mauvaise foi du défendeur;</p> <p>b) le comportement des parties avant l'instance et au cours de celle-ci;</p> <p>c) la nécessité de créer un effet dissuasif à l'égard de violations éventuelles du droit d'auteur en question;</p> <p>d) dans le cas d'une violation qui est commise à des fins non commerciales, la nécessité d'octroyer des dommages-intérêts dont le montant soit proportionnel à la violation et tienne compte des difficultés qui en résulteront pour le défendeur, du fait que la violation a été commise à des fins privées ou non et de son effet sur le demandeur.</p> | Facteurs |
| No award | <p>(6) No statutory damages may be awarded against</p> <p>(a) an educational institution or a person acting under its authority that has committed an act referred to in section 29.6 or 29.7 and has not paid any royalties or complied with any terms and conditions fixed under this Act in relation to the commission of the act;</p> <p>(b) an educational institution, library, archive or museum that is sued in the circumstances referred to in section 38.2;</p> <p>(c) a person who infringes copyright under paragraph 27(2)(e) or section 27.1, where the copy in question was made with the consent of the copyright owner in the country where the copy was made; or</p> <p>(d) an educational institution that is sued in the circumstances referred to in subsection 30.02(7) or a person acting under its authority who is sued in the circumstances referred to in subsection 30.02(8).</p> | <p>(6) Ne peuvent être condamnés aux dommages-intérêts préétablis :</p> <p>a) l'établissement d'enseignement ou la personne agissant sous l'autorité de celui-ci qui a ait les actes visés aux articles 29.6 ou 29.7 sans acquitter les redevances ou sans observer les modalités afférentes fixées sous le régime de la présente loi;</p> <p>b) l'établissement d'enseignement, la bibliothèque, le musée ou le service d'archives, selon le cas, qui est poursuivi dans les circonstances prévues à l'article 38.2;</p> <p>c) la personne qui commet la violation visée à l'alinéa 27(2)e) ou à l'article 27.1 dans les cas où la reproduction en cause a été faite avec le consentement du titulaire du droit d'auteur dans le pays de production;</p> <p>d) l'établissement d'enseignement qui est poursuivi dans les circonstances prévues au paragraphe 30.02(7) et la personne agissant sous son autorité qui est poursuivie dans les circonstances prévues au paragraphe 30.02(8).</p> | Cas où les dommages-intérêts préétablis ne peuvent être accordés |

Exemplary or punitive damages not affected

(7) An election under subsection (1) does not affect any right that the copyright owner may have to exemplary or punitive damages.

(7) Le choix fait par le demandeur en vertu du paragraphe (1) n'a pas pour effet de supprimer le droit de celui-ci, le cas échéant, à des dommages-intérêts exemplaires ou punitifs.

Dommages-intérêts exemplaires

[30] These sections of the *Copyright Act* provide a complete code for the recovery of damages for copyright infringement. Voltage argues that it has demonstrated a *bona fide* case of infringement and is entitled to pursue the alleged infringers for damages in accordance with these sections of the *Copyright Act*.

[30] Ces articles de la *Loi sur le droit d'auteur* constituent un code complet du recouvrement des dommages-intérêts en cas de violation du droit d'auteur. Voltage soutient qu'elle a démontré disposer d'une véritable cause d'action en violation du droit d'auteur et qu'elle a le droit de poursuivre les violateurs présumés en dommages-intérêts sur le fondement de ces articles.

[31] The relevant sections of PIPEDA are as follows:

[31] Les articles pertinents de la LPRPDE sont les suivants :

Personal Information Protection and Electronic Documents Act, S.C. 2000, c. 5

Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques, L.C. 2000, ch. 5

7. ...

7. [...]

Disclosure without knowledge or consent

(3) For the purpose of clause 4.3 of Schedule 1, and despite the note that accompanies that clause, an organization may disclose personal information without the knowledge or consent of the individual only if the disclosure is

(3) Pour l'application de l'article 4.3 de l'annexe 1 et malgré la note afférente, l'organisation ne peut communiquer de renseignement personnel à l'insu de l'intéressé et sans son consentement que dans les cas suivants:

Communication à l'insu de l'intéressé et sans son consentement

...

[...]

(c) required to comply with a subpoena or warrant issued or an order made by a court, person or body with jurisdiction to compel the production of information, or to comply with rules of court relating to the production of records;

c) elle est exigée par assignation, mandat ou ordonnance d'un tribunal, d'une personne ou d'un organisme ayant le pouvoir de contraindre à la production de renseignements ou exigée par des règles de procédure se rapportant à la production de documents;

...

[...]

(i) required by law.

i) elle est exigée par la loi.

...

[...]

Disclosure without consent

(5) Despite clause 4.5 of Schedule 1, an organization may disclose personal information for purposes other than those for which it was collected in any of the circumstances set out in paragraphs (3)(a) to (h.2).

(5) Malgré l'article 4.5 de l'annexe 1, l'organisation peut, dans les cas visés aux alinéas (3)a) à h.2), communiquer un renseignement personnel à des fins autres que celles auxquelles il a été recueilli.

Communication sans le consentement de l'intéressé

[32] CIPPIC relies on these sections of PIPEDA to argue that the Court should weigh carefully releasing

[32] La CIPPIC fait valoir ces dispositions de la LPRPDE pour soutenir que la Cour devrait bien réfléchir

any information about the subscribers. Such information can be released by TekSavvy if “required by law”.

ISSUES

[33] Should an order be made granting Voltage the right to examine TekSavvy as a non-party to the litigation in order to obtain contact information of the subscribers?

[34] If such an order is made what protections should be built into the order to protect or minimize the invasion of the privacy interests of Internet users?

[35] As noted briefly above and discussed more fully below, there are important competing policy considerations as to whether the *Norwich* order should be granted in this kind of situation. Such an order is a discretionary and extraordinary order. For the reasons discussed below, given that Voltage has demonstrated a *bona fide* case of copyright infringement, a *Norwich* order will be granted. This order will be granted with qualifications intended to protect the privacy rights of individuals, and ensure that the judicial process is not being used to support a business model intended to coerce innocent individuals to make payments to avoid being sued.

ANALYSIS

[36] There is developing jurisprudence in Canada and in this Court dealing with *Norwich* orders. The leading case in Canada is *BMG*, and the Court of Appeal for Ontario recently waded into this area in *1654776 Ontario Ltd. v. Stewart*, 2013 ONCA 184, 114 O.R. (3d) 745. A consideration of these cases must be conducted to determine whether the threshold facts demonstrate that Voltage is entitled to the order requested.

avant de prescrire la communication de tout renseignement concernant les abonnés. TekSavvy peut procéder à une telle divulgation si elle est « exigée par la loi ».

QUESTIONS EN LITIGE

[33] Faut-il délivrer une ordonnance accordant à Voltage, afin d’obtenir les coordonnées des abonnés, le droit de procéder à l’interrogatoire préalable de TekSavvy en tant que non-partie?

[34] Si une telle ordonnance est rendue, de quelles mesures de protection doit-on l’assortir pour protéger le droit au respect de la vie privée des utilisateurs d’Internet, ou pour réduire au minimum l’atteinte à ce droit?

[35] Tel qu’on y a déjà fait allusion et qu’on l’examinera plus longuement par la suite, la décision d’octroyer ou non une ordonnance de type *Norwich* dans une situation comme la nôtre met en jeu d’importantes considérations de politique générale contradictoires. Une telle ordonnance constitue un recours extraordinaire de nature discrétionnaire. Pour les motifs que je vais exposer, et comme Voltage a démontré disposer d’une véritable demande en violation du droit d’auteur, toutefois, la Cour va rendre une ordonnance de type *Norwich*. L’ordonnance sera assortie de conditions visant à protéger le droit au respect de la vie privée des intéressés, et à faire en sorte qu’on n’utilise pas le processus judiciaire au profit d’un modèle commercial ayant pour objet de forcer des personnes innocentes à verser de l’argent pour éviter d’être poursuivies.

ANALYSE

[36] Une jurisprudence s’élabore à la Cour et de manière générale au Canada portant sur les ordonnances de type *Norwich*. L’arrêt-clé au Canada est *BMG*, et la Cour d’appel de l’Ontario s’est aussi récemment aventurée dans le domaine en rendant l’arrêt *1654776 Ontario Ltd. v. Stewart*, 2013 ONCA 184, 114 R.J.O. (3^e) 745. L’examen de ces arrêts sera nécessaire afin d’établir si Voltage a démontré l’état de fait minimal requis pour avoir droit à l’ordonnance qu’elle demande.

Bona Fide v. Prima Facie Standard in Canada

[37] In *BMG*, the Honourable Justice Edgar Sexton on behalf of the Federal Court of Appeal addressed the tension between the privacy rights of Internet users and copyright holders in the context of illegal downloading and sharing of music.

[38] The Court determined that the legal principles which apply to the equitable bill of discovery apply to the test that a plaintiff must satisfy under rule 238 of the *Federal Courts Rules*. An order is warranted where a plaintiff has a *bona fide* claim and meets the criteria of rule 238.

[39] *BMG* provides a framework for consideration of the issues on this motion. The observations of the Court on the requirement of a *bona fide* claim have been put in issue by CIPPIC. In *BMG* it was held that a *bona fide* standard was preferable to the higher standard of a *prima facie* case because the burden of establishing the higher standard would have the effect of stripping the plaintiffs of a remedy. Justice Sexton noted the difficulty of requiring a plaintiff to establish copyright infringement when it has neither the identity of the person they wish to sue nor the details of what was allegedly done by that person.

[40] According to the Court, establishing a *bona fide* claim requires a plaintiff to show: (1) that they really do intend to bring an action for infringement of copyright based upon the information they obtain, and (2) that there is no other improper purpose for seeking the identity of these persons. The Court said this, at paragraph 34:

In my view, it would make little sense to require proof of a *prima facie* case at the stage of the present proceeding. The appellants do not know the identity of the persons they wish to sue, let alone the details of precisely what was done by each of them such as to actually prove infringement. Such facts would only be established after examination for discovery and trial. **The appellants would be effectively stripped of a remedy if the Courts were to impose upon them, at this stage, the**

Critères de la demande véritable et de la preuve prima facie au Canada

[37] S'exprimant au nom de la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *BMG*, le juge Edgar Sexton a traité de la tension qui existe, lorsqu'il y a téléchargement et partage illégaux de musique, entre le droit au respect de la vie privée des utilisateurs d'Internet et les droits d'auteur.

[38] La Cour d'appel [fédérale] a statué que les principes juridiques relatifs à l'interrogatoire préalable en *equity* s'appliquent aux fins du critère permettant d'établir si un demandeur satisfait à la règle 238 des Règles. Il y a lieu de rendre une ordonnance si le demandeur dispose d'une véritable demande et répond aux critères de la règle 238.

[39] L'arrêt *BMG* fournit un cadre pour l'examen des questions soulevées dans la présente requête. La CIPPIC met en cause les commentaires de la Cour d'appel [fédérale] sur le critère requis de la demande véritable. On a statué dans l'arrêt *BMG* que le critère de la demande véritable était préférable à celui, plus exigeant, de la preuve *prima facie* parce que les demandeurs seraient privés d'un recours s'ils devaient satisfaire à ce critère plus exigeant. Le juge Sexton a fait remarquer qu'il était difficile pour un demandeur de démontrer la violation d'un droit d'auteur lorsqu'il ne connaît ni l'identité de la personne qu'il désire poursuivre, ni les détails de la violation alléguée.

[40] Le demandeur doit selon la Cour d'appel [fédérale], pour établir l'existence d'une demande véritable, démontrer : 1) qu'il a vraiment l'intention d'introduire une action en violation du droit d'auteur fondée sur les renseignements à obtenir, et 2) qu'il ne vise aucun autre but, qui soit illégitime, en cherchant à obtenir l'identité des personnes concernées. La Cour d'appel [fédérale] a ainsi déclaré (au paragraphe 34) :

Selon moi, il ne serait pas logique d'exiger une preuve *prima facie* à ce stade de l'instance. Les appelants ne connaissent pas l'identité des personnes qu'ils désirent poursuivre, ni les détails quant à ce qui a précisément été fait par chacune d'elles de manière à ce qu'ils puissent prouver la violation. De tels faits ne peuvent être établis qu'après l'interrogatoire préalable et l'instruction. **Les appelantes seraient privées d'un recours si les cours de justice leur imposaient, à ce**

burden of showing a *prima facie* case. It is sufficient if they show a *bona fide* claim, i.e. that they really do intend to bring an action for infringement of copyright based upon the information they obtain, and that there is no other improper purpose for seeking the identity of these persons. [Emphasis added.]

[41] With respect to the balancing of competing interests, Justice Sexton identified the privacy issue raised by the case as “an important consideration” and noted that the balance between privacy interest and public interest are in play where confidential information is sought to be revealed. The Court made the following observations (at paragraphs 36, 37 and 39–41):

Privacy Issues

I agree with the motions Judge’s characterization of the 5th criteria—that is—the public interest in favour of disclosure must outweigh the legitimate privacy concerns of the person sought to be identified if a disclosure order is made.

All respondents raise the privacy issue. It is [an] important consideration. Pursuant to PIPEDA, ISPs are not entitled to “voluntarily” disclose personal information such as the identities requested except with the customer’s consent or pursuant to a court order. Indeed, pursuant to paragraph 7(3)(c), subsection 8(8) and section 28 of PIPEDA, any organization that receives a request for the release of personal information must “retain the information for as long as is necessary to allow the individual to exhaust any recourse” under PIPEDA. Failure to comply could result in the organization being found guilty of an offence punishable on summary conviction or an indictable offence.

...

The delicate balance between privacy interests and public interest has always been a concern of the Court where confidential information is sought to be revealed. Although PIPEDA had not been enacted at the time of the *Glaxo* decision, Stone J.A. nonetheless noted at paragraph 62:

I am not persuaded that this is a sufficient justification for refusing to disclose the identity of the importers in the

stade, le fardeau de présenter une preuve *prima facie*. Il suffit qu’elles prouvent l’existence d’une véritable demande, c’est-à-dire qu’elles ont vraiment l’intention d’introduire une action en violation de droit d’auteur fondée sur les renseignements qu’ils obtiennent et qu’ils ne visent aucun autre but illégitime pour chercher à obtenir l’identité de ces personnes. [Non mis en évidence dans l’original.]

[41] Quant à la question des intérêts contradictoires à soulever, le juge Sexton a qualifié de « considération importante » la question du respect de la vie privée soulevée dans l’affaire, et il a souligné qu’il fallait concilier le droit au respect de la vie privée et l’intérêt public lorsque la divulgation de renseignements confidentiels était demandée. La Cour d’appel [fédérale] a fait les observations suivantes (aux paragraphes 36, 37 et 39 à 41) :

La question du respect de la vie privée

Je souscris à la qualification faite par le juge des requêtes quant au 5^e critère, c’est-à-dire, l’intérêt public à la divulgation doit l’emporter sur l’attente légitime de respect de la vie privée de la personne dont on cherche à obtenir l’identité si une ordonnance de divulgation est délivrée.

L’ensemble des intimés ont soulevé la question du respect de la vie privée. Il s’agit d’une considération importante. En vertu de la LPRPDE, les PSI n’ont pas le droit de divulguer « volontairement » des renseignements personnels comme les identités demandées sauf si le client y consent ou sauf si la divulgation est exigée par ordonnance d’un tribunal. En effet, en vertu de l’alinéa 7(3)c), du paragraphe 8(8) et de l’article 28 de la LPRPDE, l’organisation qui fait l’objet d’une demande de production d’un renseignement personnel doit, en vertu de la LPRPDE, « le conserver le temps nécessaire pour permettre au demandeur d’épuiser ses recours ». Le défaut de se conformer à cette directive peut exposer l’organisation à être déclarée coupable d’une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire.

[...]

L’équilibre délicat entre les intérêts de nature privée et l’intérêt public a toujours été une préoccupation de la Cour lorsqu’il est question d’une demande de divulgation de renseignements confidentiels. Bien que la LPRPDE ne fût pas en vigueur lorsque la décision *Glaxo* a été rendue, le juge Stone, J.C.A., a néanmoins mentionné ce qui suit au paragraphe 62 :

Je ne suis pas convaincu qu’il s’agisse d’une justification suffisante pour refuser de communiquer l’identité des

present case. While section 107 implies that information collected pursuant to the Act will be treated as confidential, section 108 indicates that it is susceptible to disclosure in certain situations. I am thus doubtful that importers have a high expectation of confidentiality regarding the information which they furnish to customs officials. More important, I am sceptical about the expectation and degree of confidentiality associated with the nature of the information which the appellant seeks. As the House of Lords observed in *Norwich Pharmacal, supra*, the names of the importers are likely to pass through many hands before reaching those of customs officials. It is therefore not reasonable to regard the identity of the importers as particularly sensitive information. In my opinion, in the circumstances of this case the public interest in ensuring that the appellant is able to pursue in the courts those who have allegedly violated its patent rights outweighs the public interest in maintaining the confidentiality of the importers' names.

He also approved, at paragraph 26, of the statement of Viscount Dilhorne in *Norwich* as follows:

Subject to the public interest in protecting the confidentiality of information given to Customs, in my opinion it is clearly in the public interest and right for protection of patent holders, where the validity of the patent is accepted and the infringement of it not disputed, that they should be able to obtain by discovery the names and addresses of the wrongdoers from someone involved but not a party to the wrongdoing.

The reasoning in *Glaxo* and *Norwich* is compelling. Intellectual property laws originated in order to protect the promulgation of ideas. Copyright law provides incentives for innovators—artists, musicians, inventors, writers, performers and marketers—to create. It is designed to ensure that ideas are expressed and developed instead of remaining dormant. Individuals need to be encouraged to develop their own talents and personal expression of artistic ideas, including music. If they are robbed of the fruits of their efforts, their incentive to express their ideas in tangible form is diminished.

Modern technology such as the Internet has provided extraordinary benefits for society, which include faster and more efficient means of communication to wider audiences. **This technology must not be allowed to obliterate those personal property rights which society has deemed important. Although privacy concerns must also be considered,**

importateurs en l'espèce. L'article 107 laisse entendre que les renseignements recueillis conformément à la Loi seront considérés comme confidentiels, mais en vertu de l'article 108, ces renseignements peuvent être communiqués dans certains cas. Je doute donc que les importateurs s'attendent vraiment à ce que les renseignements qu'ils fournissent aux fonctionnaires des douanes demeurent confidentiels. Fait encore plus important, j'ai des doutes au sujet de l'attente et du degré de confidentialité associés à la nature des renseignements demandés par l'appelante. Comme la Chambre des lords l'a fait remarquer dans l'arrêt *Norwich Pharmacal*, précité, les noms des importateurs passeront probablement entre les mains de nombreuses personnes avant d'être transmis aux fonctionnaires des douanes. Il n'est donc pas raisonnable de considérer l'identité des importateurs comme constituant un renseignement particulièrement délicat. À mon avis, compte tenu des circonstances de l'espèce, l'intérêt public, lorsqu'il s'agit de s'assurer que l'appelante puisse poursuivre en justice ceux qui ont censément enfreint les droits qu'elle a sur les brevets, l'emporte sur l'intérêt public qui veut que les noms des importateurs demeurent confidentiels.

Il a également souscrit, au paragraphe 26, à la déclaration du vicomte Dilhorne dans *Norwich* :

Sous réserve de l'intérêt public voulant que le caractère confidentiel des renseignements fournis aux douanes soit protégé, à mon avis, l'intérêt public et le droit que possèdent les titulaires de brevets d'être protégés, lorsque la validité du brevet est reconnue et que la contrefaçon n'est pas contestée, exigent clairement que ces derniers soient en mesure d'obtenir d'une personne concernée qui n'a pas participé à la contrefaçon, au moyen d'un interrogatoire préalable, les noms et adresses des contrefacteurs.

Le raisonnement suivi dans *Glaxo* et *Norwich* est convaincant. Les lois en matière de propriété intellectuelle ont été créées afin de protéger la promulgation d'idées. La loi sur le droit d'auteur vise à encourager les innovateurs — les artistes, les musiciens, les inventeurs, les écrivains, les interprètes et les marchands — à créer. Elle a été conçue afin de voir à ce que les idées soient exprimées et développées au lieu de demeurer en veilleuse. Les personnes ont besoin d'être encouragées à développer leurs propres talents ainsi que l'expression personnelle de leurs idées artistiques, notamment la musique. S'ils se font voler les fruits de leurs efforts, leur motivation à exprimer leurs idées en forme tangible se trouve alors à diminuer.

La technologie moderne comme l'Internet a procuré des avantages extraordinaires à la société, notamment des moyens de communication plus rapide et plus efficace visant des auditoires de plus en plus vastes. **On ne doit pas permettre que cette technologie oblitère les droits en matière de biens personnels que la société considère important. Bien que les**

it seems to me that they must yield to public concerns for the protection of intellectual property rights in situations where infringement threatens to erode those rights. [Emphasis added.]

[42] In these passages the Court viewed the conflict as one between privacy interests and “public interest” or “public concerns”. In order to protect those privacy interests the Court went on at paragraphs 42 to 45 to observe that courts granting disclosure may wish to give specific direction as to the type of information to be disclosed and the manner in which it can be used. The option of a confidentiality order was also referenced. The Court stated (at paragraphs 42, 44 and 45):

Thus, in my view, in cases where plaintiffs show that they have a *bona fide* claim that unknown persons are infringing their copyright, they have a right to have the identity revealed for the purpose of bringing action. However, caution must be exercised by the courts in ordering such disclosure, to make sure that privacy rights are invaded in the most minimal way.

...

Also, as the intervener, Canadian Internet Policy and Public Interest Clinic, pointed out, plaintiffs should be careful not to extract private information unrelated to copyright infringement, in their investigation. If private information irrelevant to the copyright issues is extracted, and disclosure of the user’s identity is made, the recipient of the information may then be in possession of highly confidential information about the user. If this information is unrelated to copyright infringement, this would be an unjustified intrusion into the rights of the user and might well amount to a breach of PIPEDA by the ISPs, leaving them open to prosecution. Thus in situations where the plaintiffs have failed in their investigation to limit the acquisition of information to the copyright infringement issues, a court might well be justified in declining to grant an order for disclosure of the user’s identity.

In any event, if a disclosure order is granted, specific directions should be given as to the type of information disclosed

questions se rapportant au respect de la vie privée doivent également être prises en compte, il me semble qu’elles doivent céder le pas aux préoccupations publiques quant à la protection des droits de propriété intellectuelle dans des situations où la violation menace de diminuer ces droits. [Non mis en évidence dans l’original.]

[42] Selon la Cour d’appel [fédérale], d’après ces passages, le conflit à concilier oppose les intérêts de nature privée et l’« intérêt public » ou les « préoccupations publiques ». La Cour d’appel [fédérale] a ajouté, aux paragraphes 42 à 45, que lorsqu’une cour rend une ordonnance de divulgation, des directives précises devraient être données quant au genre de renseignements pouvant être divulgués et quant à la manière dont ils peuvent être utilisés. Elle a aussi fait allusion à la possibilité de délivrer une ordonnance de confidentialité. La Cour d’appel [fédérale] a déclaré (aux paragraphes 42, 44 et 45) :

Par conséquent, selon moi, dans les cas où les demandeurs démontrent la légitimité de leur prétention selon laquelle des personnes inconnues violent leurs droits d’auteur, ils ont le droit d’exiger que l’identité de ces personnes leur soit révélée afin d’être en mesure d’intenter une action. Toutefois, les cours de justice doivent faire preuve de prudence lorsqu’elles ordonnent une telle divulgation pour s’assurer que l’on empiète le moins possible sur le droit à la vie privée.

[...]

De plus, comme l’intervenante, la Clinique d’intérêt public et de politique d’Internet du Canada, l’a souligné, les demandeurs devraient prendre soin de ne pas chercher à obtenir, lors de leur enquête, des renseignements personnels qui n’ont rien à voir avec la violation du droit d’auteur. Si des renseignements privés qui n’ont rien à voir avec les questions de droit d’auteur sont obtenus et que l’identité de l’utilisateur est divulguée, la personne qui obtient les renseignements se trouve peut-être en possession de renseignements de nature très confidentielle concernant l’utilisateur. Si ces renseignements n’ont rien à voir avec la violation du droit d’auteur, il s’agirait d’une atteinte injustifiée aux droits de l’utilisateur et pourrait fort bien équivaloir à une violation de la LPRPDE par les PSI, les exposant ainsi à des poursuites. Par conséquent, dans des situations où les demandeurs, lors de leur enquête, ne se sont pas limités à l’obtention de renseignements pertinents aux questions de violation du droit d’auteur, une cour de justice pourrait bien être justifiée de refuser de délivrer une ordonnance de divulgation de l’identité de l’utilisateur.

De toute manière, si une ordonnance de divulgation est délivrée, des directives précises devraient être données quant au

and the manner in which it can be used. In addition, it must be said that where there exists evidence of copyright infringement, privacy concerns may be met if the court orders that the user only be identified by initials, or makes a confidentiality order.

[43] On this issue of copyright infringement, the Court made these observations (at paragraphs 46, 47 and 53):

Infringement of Copyright

As has been mentioned, the motions Judge made a number of statements relating to what would or would not constitute infringement of copyright. (See paragraph 15(f) of these reasons). Presumably he reached these conclusions because he felt that the plaintiffs, in order to succeed in learning the identity of the users, must show a *prima facie* case of infringement.

In my view, conclusions such as these should not have been made in the very preliminary stages of this action. They would require a consideration of the evidence as well as the law applicable to such evidence after it has been properly adduced. Such hard conclusions at a preliminary stage can be damaging to the parties if a trial takes place and should be avoided.

...

The motions Judge found no evidence of secondary infringement contrary to subsection 27(2) [as am. by S.C. 1997, c. 24, s. 15] of the *Copyright Act* because there was “no evidence of knowledge on the part of the infringer.” This ignores the possibility of finding infringement even without the infringer’s actual knowledge, if indeed he or she “should have known” there would be infringement. *Copyright Act* subsection 27(2):

[44] Finally, the Court suggested the need to consider the costs of the party required by the order to co-operate and disclose the sought after information, in this case, TekSavvy.

[45] The principles to be taken from *BMG* are as follows:

(a) a plaintiff must have a *bona fide* case;

genre de renseignements pouvant être divulgués et quant à la manière selon laquelle ils peuvent être utilisés. De plus, il faut préciser que lorsqu’il existe des éléments de preuve de violation du droit d’auteur, le respect de la vie privée peut être assuré si la cour ordonne que l’utilisateur ne soit identifié que par des initiales ou si elle délivre une ordonnance de confidentialité.

[43] Quant à la question de la violation du droit d’auteur, la Cour d’appel [fédérale] a formulé les observations suivantes (aux paragraphes 46, 47 et 53) :

Violation du droit d’auteur

Comme il a déjà été mentionné, le juge des requêtes a fait un certain nombre de déclarations quant à ce qui constituerait ou ne constituerait pas une violation du droit d’auteur (voir le paragraphe 15f) des présents motifs). Vraisemblablement, il a tiré ces conclusions parce qu’il croyait que les demanderesse, afin de réussir à connaître l’identité des utilisateurs, doivent prouver à première vue qu’il y a eu violation.

Selon moi, on n’aurait pas dû tirer des conclusions comme celles-ci à ce stade préliminaire de la présente action. Il aurait fallu examiner la preuve ainsi que le droit applicable à cette preuve après que celle-ci fut produite de façon appropriée. On devrait éviter de tirer des conclusions aussi précises au stade préliminaire car cela pourrait porter préjudice aux parties.

[...]

Le juge des requêtes n’a relevé aucune preuve qu’il y a eu violation à une étape ultérieure en contravention du paragraphe 27(2) [mod. par L.C. 1997, ch. 24, art. 15] de la *Loi sur le droit d’auteur* parce qu’il n’y a eu « aucune preuve que le violeur en avait connaissance ». Cela ne tient pas compte de la possibilité de conclure à la violation même sans que le violeur en ait eu vraiment connaissance si, en effet, il « devrait savoir » qu’il y aurait violation. Le paragraphe 27(2) de la *Loi sur le droit d’auteur* est ainsi libellé :

[44] La Cour d’appel [fédérale], finalement, a fait allusion à la nécessité de prendre en compte les frais à acquitter par la partie tenue par ordonnance à coopérer et à divulguer les renseignements demandés, soit en l’occurrence TekSavvy.

[45] On peut dégager de l’arrêt *BMG* les principes suivants :

a) un demandeur doit disposer d’une véritable demande;

- | | |
|--|---|
| <ul style="list-style-type: none"> (b) a non-party, in this case TekSavvy, must have information on an issue in the proceeding; (c) an order of the Court is the only reasonable means of obtaining the information; (d) that fairness requires the information be provided prior to trial; and, (e) any order made will not cause undue delay, inconvenience or expense to the third-party or others. | <ul style="list-style-type: none"> b) une non-partie, dans notre cas TekSavvy, possède des renseignements sur une question litigieuse soulevée dans l'action; c) une ordonnance de la Cour constitue le seul moyen raisonnable d'obtenir les renseignements; d) l'équité exige que les renseignements soient communiqués avant le procès; e) l'ordonnance n'occasionnera pas de retard, d'inconvénients ou de frais déraisonnables au tiers visé ni à toute autre personne. |
|--|---|

[46] Voltage argues that it has met all of these factors and therefore is entitled to the remedy it seeks. With respect to (a) it argues it has demonstrated a *bona fide* case by virtue of the statement of claim issued in this case together with the results of the forensic investigation identifying IP addresses engaged in the copying of the works. With respect to (b) the IP addresses are known to TekSavvy but not Voltage and therefore TekSavvy is the only reasonable source of the information. With respect to (c) TekSavvy will, quite properly, not reveal the information without a court order. With respect to (d) Voltage should be allowed to protect its rights and fairness demands that persons who infringe copyright not be shielded from liability by the anonymity of the Internet and its protocols. With respect to (e) Voltage argues that without a remedy this case is meaningless as the information is not accessible. Those that infringe ought not to do so with impunity, and the Court can set the terms of such access to information. Further, TekSavvy will be reimbursed for its reasonable costs in providing the information.

[47] Voltage argues that support for its position is found in *Voltage Pictures LLC v. Jane Doe*, 2011 FC 1024, 395 F.T.R. 315, a case which was unopposed and in which Mr. Justice Shore relied on *BMG* to hold that Voltage had a *bona fide* claim against the defendants solely for the reason that it had brought a copyright infringement action against the two Doe defendants. It is not clear what evidence Voltage provided to link the IP addresses to the infringement in that case.

[46] Voltage soutient que tous ces facteurs sont réunis dans son cas et qu'elle a donc droit à la réparation demandée. Quant au facteur a), elle affirme qu'elle a démontré l'existence d'une demande véritable au moyen de la déclaration produite en l'espèce, ainsi que des résultats de l'enquête judiciaire qui ont révélé l'existence d'adresses IP des ordinateurs qui ont servi à copier les œuvres. Quant au facteur b), les adresses IP sont connues de TekSavvy, mais non de Voltage, de sorte que TekSavvy constitue la seule source d'information raisonnable à leur sujet. Quant au facteur c), TekSavvy ne révélera pas les renseignements, à bon droit, sans qu'une ordonnance ne soit délivrée. Quant au facteur d), Voltage doit pouvoir protéger ses droits, et l'équité exige que les personnes violant des droits d'auteur ne soient pas à l'abri de poursuites en raison de l'anonymat sur Internet et du recours à ses protocoles. Quant au facteur e), Voltage soutient que sa cause laissera lettre morte sans la réparation demandée puisqu'elle n'a pas accès aux renseignements requis. Les violateurs de droits d'auteur ne doivent pas rester impunis, et la Cour peut fixer les conditions de l'accès aux renseignements. En outre, TekSavvy obtiendra le remboursement des frais raisonnables acquittés pour fournir les renseignements.

[47] Voltage soutient que sa position trouve appui dans la décision *Voltage Pictures LLC c. Jane Doe*, 2011 CF 1024, une affaire non contestée où le juge Shore s'est fondé sur l'arrêt *BMG* pour statuer que Voltage disposait d'une demande véritable contre les deux défendeurs Untel au seul motif qu'elle avait institué contre eux une action pour violation de droits d'auteur. Il n'apparaît pas clairement quels éléments de preuve Voltage a produits pour établir un lien entre les adresses IP et la violation dans cette affaire.

[48] CIPPIC suggests that the use of *Norwich* orders is a new development in Canada and that *BMG* is but one piece of the puzzle relating to the proper balancing of conflicting interests. It asserts that post-*BMG*, courts in Ontario and other jurisdictions have refined the test set out therein so as to “achieve a better balance among the interests of the plaintiffs, the defendants, third parties and justice”. However, I am not persuaded that on the basis of the current jurisprudence there has been a shift from the *bona fide* standard as established in *BMG* to the higher standard of a *prima facie* case.

[49] Ontario’s Court of Appeal has very recently expressed the same view on the first criteria for a *Norwich* order. In *Stewart*, the Court of Appeal [of Ontario] disagreed with the approach endorsed by CIPPIC and set out by the province’s Divisional Court in *Warman v. Wilkins Fournier*, 2010 ONSC 2126, 100 O.R. (3d) 648. The Divisional Court [at paragraph 42] had imposed “a more robust” *prima facie* standard because the case engaged a freedom of expression interest. The Court of Appeal [for Ontario] in *Stewart* stated that this was inappropriate because step five of the *Norwich* analysis already allows for the balancing of competing interests.

[50] In *Stewart* the granting of disclosure was held to be designed to facilitate access to justice. Justice Juriansz, speaking for the Court, made the following observations (at paragraphs 58–60):

What I draw from these authorities is that the threshold for granting disclosure is designed to facilitate access to justice by victims of wrongdoers whose identity is not known. Judicial treatment of the *Norwich* application procedure should reflect its nature as an equitable remedy.

There is no requirement that the applicant show a *prima facie* case. The nature and apparent strength of the applicant’s potential action should be weighed together with the other relevant factors.

[48] La CIPPIC fait valoir que le recours aux ordonnances de type *Norwich* est un fait nouveau au Canada et que l’arrêt *BMG* n’est qu’un parmi de nombreux éléments à prendre en compte pour bien concilier les intérêts divergents en cause. Elle affirme que depuis l’arrêt *BMG* nos tribunaux, notamment en Ontario, ont affiné le critère énoncé dans l’arrêt de manière à ce qu’un [TRADUCTION] « meilleur équilibre soit atteint entre les intérêts des demandeurs, des défendeurs, des tiers et de la justice ». Je ne suis pas convaincu, toutefois, au vu de la jurisprudence actuelle, qu’on soit passé du critère de la demande véritable, établi dans l’arrêt *BMG*, à celui plus rigoureux de la preuve *prima facie*.

[49] Tout récemment, la Cour d’appel de l’Ontario a exprimé le même avis au sujet du premier critère applicable à une ordonnance de type *Norwich*. Dans l’arrêt *Stewart*, la Cour d’appel [de l’Ontario] s’est dite en désaccord avec l’approche favorisée par la CIPPIC et exposée par la Cour divisionnaire de la province dans l’arrêt *Warman v. Wilkins Fournier*, 2010 ONSC 2126, 100 R.J.O. (3^e) 648. La Cour divisionnaire avait imposé le critère [TRADUCTION] « plus exigeant » de la preuve *prima facie* parce qu’en l’espèce la liberté d’expression était en jeu. La Cour d’appel [de l’Ontario] a déclaré dans l’arrêt *Stewart* qu’une telle approche n’était pas de mise puisque la cinquième étape de l’analyse relative aux ordonnances de type *Norwich* permettait déjà de concilier les intérêts contradictoires.

[50] La Cour d’appel de l’Ontario a déclaré dans l’arrêt *Stewart* que l’objet d’une ordonnance de divulgation était de faciliter l’accès à la justice. S’exprimant en son nom, le juge Juriansz a formulé les observations suivantes (aux paragraphes 58 à 60) :

[TRADUCTION] Il ressort selon moi de la jurisprudence que le seuil retenu pour ordonner la divulgation vise à faciliter l’accès à la justice aux victimes d’auteurs anonymes d’actes fautifs. Les tribunaux devraient, lorsqu’ils instruisent une demande de délivrance d’ordonnance de type *Norwich*, tenir compte de sa nature de recours en *equity*.

Le demandeur n’a pas à établir une preuve *prima facie*. Il s’agit ainsi d’apprécier la légitimité apparente et générale de l’éventuelle action du demandeur, de même que tous les autres facteurs pertinents.

The lower threshold at step one does not make *Norwich* relief widely available. *Norwich* relief is not available against a mere witness. *Norwich* relief is only available, as Lord Reid explained in *Norwich*, at p. 175 A.C., against a person who is “mixed up in the tortious acts of others so as to facilitate their wrongdoing” even though this is “through no fault of his own”. Most significantly, the apparent strength of the applicant’s case may be considered in applying the other factors.

[51] The *bona fide* standard therefore does not mean that relief is readily available but it is the strength of a plaintiff’s case that should be considered in applying the other *Norwich* factors. It should be noted that despite stating that the appellant before the Court had difficulty establishing the elements of an underlying cause of action, the Court found that *bona fides* were established because the appellant was not engaged in “mere fishing” and the proposed action was not frivolous (at paragraph 75).

[52] CIPPIC argues that the Court in *BMG* did not strike the right balance between the competing interests. However, this argument is difficult to assess when the Court in *BMG* did not actually apply the enumerated principles to the facts of that case. CIPPIC seems simply to be asserting that only a higher standard would strike the appropriate balance.

[53] One commentator has pointed out that courts have repeatedly eschewed the *prima facie* standard for interlocutory measures (Melody Yiu, “A New Prescription for Disclosure: Reformulating the Rules for the *Norwich* Order” (Spring 2007), 65 *U.T. Fac. L. Rev.* 41). There is even less of a case for applying this standard to a *Norwich* remedy because of its role as a sort of “gate-keeper to the courthouse”. In most other disputes, defeat on an interlocutory matter does not necessarily foreclose access to justice for a wronged party. The article suggests that over-inclusion is preferable to under-inclusion where *Norwich* orders are concerned.

Le seuil plus bas à atteindre à la première étape ne rend pas l’obtention d’une ordonnance de type *Norwich* largement accessible. Une telle ordonnance ne peut être obtenue contre une personne, comme l’a expliqué lord Reid dans *Norwich*, A.C., à la p. 175, que si, même « sans que ce soit sa faute, elle est mêlée aux actes délictuels d’autres personnes et facilite ainsi le préjudice causé ». En appliquant les autres facteurs, plus important encore, l’on peut prendre en compte la solidité apparente de la cause du demandeur.

[51] Le recours à la norme de la demande véritable ne rend donc pas la réparation facilement accessible, mais il s’agit plutôt de prendre en compte la solidité de la cause du demandeur en appliquant les autres facteurs énoncés dans l’arrêt *Norwich*. Il convient de noter que, tout en déclarant que l’appelante avait eu du mal à démontrer l’existence des éléments d’une cause d’action sous-jacente, le juge a conclu qu’elle avait établi le caractère véritable de la demande — l’appelante n’allait pas [TRADUCTION] « simplement à la pêche » et l’action envisagée n’était pas futile (au paragraphe 75).

[52] La CIPPIC soutient que la Cour d’appel [fédérale], dans l’arrêt *BMG*, n’a pas trouvé le juste équilibre entre les intérêts contradictoires en présence. Il est toutefois difficile d’apprécier la justesse de cet argument puisqu’en pratique, la Cour d’appel [fédérale] n’a pas alors appliqué les principes énoncés aux faits d’espèce. Il semble que la CIPPIC laisse entendre, sans plus, que seul un critère plus rigoureux permettrait d’atteindre l’équilibre souhaitable.

[53] Une commentatrice a souligné que les tribunaux avaient à maintes reprises écarté le critère de la preuve *prima facie* en vue de l’octroi de mesures interlocutoires (Melody Yiu, « A New Prescription for Disclosure: Reformulating the Rules for the *Norwich* Order » (printemps 2007), 65 *U.T. Fac. L. Rev.* 41). De plus, il y aurait encore moins de motifs d’appliquer ce critère à une mesure de réparation de type *Norwich* puisque celle-ci joue, en quelque sorte, un rôle de [TRADUCTION] « garde-barrière du palais de justice ». Dans la plupart des autres litiges, le refus d’accorder une mesure interlocutoire n’interdit pas nécessairement l’accès de la partie lésée à la justice. L’auteur de l’article laisse entendre qu’une portée trop large est préférable à une portée pas assez large dans le cas des ordonnances de type *Norwich*.

[54] Whether this conclusion needs to be qualified when it involves wide-reaching violations of privacy is debatable. Privacy considerations should not be a shield for wrongdoing and must yield to an injured party's request for information from non-parties. This should be the case irrespective of the type of right the claimant holds. The protection of intellectual property is *ipso facto* assumed to be worthy of legal protection where a valid cause of action is established (Yiu, at page 64). There is little dispute with the correctness of this assertion. Copyright is a valuable asset which should not be easily defeated by infringers. The difficulty in this case is that it is not clear that the protection of copyright is the sole motivating factor supporting Voltage's claim in this Court. The import of the evidence in the Cooke affidavit suggests but does not prove that Voltage may have ulterior motives in commencing this action and may be a copyright troll.

Conclusion on *Prima facie* Case

[55] In the end result, there is no doubt that *BMG* is binding on this Court. So far, Canadian Courts have not moved to a higher *prima facie* standard. Although the determinative issue in *BMG* proved to be the complete lack of evidence, the Court nevertheless found it necessary to address and clarify the question of whether the plaintiffs could obtain the disclosure sought pursuant to rule 238. The determination that a *bona fide* case was sufficient was not *obiter*.

[56] In my view of the evidence on this motion, Voltage has established that it does have a *bona fide* claim as set out in the statement of claim. That *bona fide* claim flows from the allegations in the statement of claim and from the forensic investigation evidence in support of this motion. Voltage has also provided evidence that it in fact holds copyright over the works alleged to have been infringed. This is all in line with the principles established in *BMG*.

[54] Il est permis de se demander si cette conclusion appelle des réserves lorsque sont en cause des violations substantielles du droit à la vie privée. Le principe du respect de la vie privée ne doit pas servir d'écran aux actes fautifs, et il doit céder le pas lorsqu'une partie lésée veut obtenir des renseignements de non-parties. Tel devrait être le cas, peu importe le type de droit dont le demandeur est titulaire. Les droits de propriété intellectuelle sont *ipso facto* présumés mériter une protection juridique lorsqu'est démontrée l'existence d'une cause d'action valable (Yiu, à la page 64). La justesse de cette affirmation n'est guère contestée. Les droits d'auteur sont un actif précieux auquel les violeurs ne doivent pas pouvoir facilement porter atteinte. Toutefois, le problème en l'espèce vient du fait qu'il est incertain si la protection du droit d'auteur est le seul motif de la demande présentée par Voltage à la Cour. L'affidavit de M. Cooke laisse entendre mais ne prouve pas que Voltage a pu introduire la présente action par calcul, et être ainsi un [TRADUCTION] « pêcheur à la traîne de droits d'auteur ».

Conclusion sur le critère de la preuve *prima facie*

[55] En dernière analyse, il ne fait aucun doute que l'arrêt *BMG* lie la Cour. À ce jour, les tribunaux canadiens ne sont pas passés au critère plus rigoureux de la preuve *prima facie*. Bien que dans l'arrêt *BMG* la question déterminante se soit avérée être l'absence totale de preuve, la Cour d'appel [fédérale] a néanmoins jugé nécessaire d'examiner et de clarifier la question de savoir si les demanderesse pouvaient obtenir la divulgation sollicitée en application de la règle 238 des Règles. La conclusion concernant la suffisance du caractère véritable de la demande n'était donc pas de l'ordre d'un *obiter*.

[56] J'estime, au vu de la preuve présentée dans le cadre de la présente requête, que Voltage a établi qu'elle disposait d'une demande — telle qu'exposée dans la déclaration — véritable. Ce caractère véritable est établi par les allégations figurant dans la déclaration et par la preuve obtenue par enquête judiciaire produite au soutien de la requête. Voltage a également montré par sa preuve qu'elle détenait des droits d'auteur dans les œuvres dont la violation est alléguée. Tout cela est conforme aux principes posés dans l'arrêt *BMG*.

[57] The enforcement of Voltage's rights as a copyright holder outweighs the privacy interests of the affected Internet users. However, that is not the end of the matter. As part of making any *Norwich* order, the Court must ensure that privacy rights are invaded in the most minimal way possible, as discussed in paragraphs 42–45 of *BMG*.

Limitations on a *Norwich* Order

[58] Having determined that Voltage is entitled to a form of *Norwich* order, the question becomes what limitations the Court should impose to protect or minimize the privacy risks as it relates to the subscribers. It is to this issue that CIPPIC's submissions better relate. It is also instructive to consider what the courts in other jurisdictions have done to balance the rights of a copyright holder versus Internet user's privacy rights.

[59] Voltage argues that there is no reasonable expectation of privacy risk in using P2P networks as to do so puts private information about the individual into the public domain, and when individuals use these types of networks they reveal publicly their IP address and the files being copied. Voltage relies upon *R. v. Trapp*, 2011 SKCA 143 (CanLII), [2012] 4 W.W.R. 648 and *R. v. Ward*, 2012 ONCA 660, 112 O.R. (3d) 321. Voltage's position is that infringers ought not to be able to hide behind a veil of Internet anonymity.

[60] This would be an acceptable position but for the spectre raised of the "copyright troll" as it applies to these cases and the mischief that is created by compelling the TekSavvy's of the world to reveal private information about their customers. There is also the very real spectre of flooding the Court with an enormous number of cases involving the subscribers many of whom may have perfectly good defences to the alleged infringement. Finally, the damages against individual subscribers even on a generous consideration of the *Copyright Act* damage provisions may be minuscule

[57] Il importe davantage de faire respecter les droits de Voltage en tant que titulaire de droits d'auteur que le droit au respect de la vie privée des utilisateurs d'Internet concernés. Toutefois, ce n'est pas là la fin de l'histoire. Lorsqu'elle délivre une ordonnance de type *Norwich*, la Cour doit s'assurer qu'il y ait atteinte minimale du droit au respect de la vie privée, comme il est précisé aux paragraphes 42 à 45 de l'arrêt *BMG*.

Restrictions assortissant une ordonnance de type *Norwich*

[58] La Cour ayant conclu que Voltage avait droit à la délivrance d'une certaine ordonnance de type *Norwich*, elle doit maintenant décider des restrictions dont il convient de l'assortir pour protéger le droit à la vie privée des abonnés ou minimiser les risques d'atteinte à ce droit. C'est à l'égard de cette question que les observations de la CIPPIC sont les plus pertinentes. Il sera également instructif d'étudier comment, dans d'autres pays, les tribunaux ont concilié les droits du titulaire d'un droit d'auteur et le droit au respect de la vie privée des utilisateurs d'Internet.

[59] Voltage soutient qu'on ne peut avoir d'attente raisonnable de respect de la vie privée en utilisant des réseaux P2P parce que, ce faisant, on fait passer dans le domaine public des renseignements personnels, et on fait connaître publiquement son adresse IP et les fichiers copiés. Voltage invoque à cet égard les décisions *R. v. Trapp*, 2011 SKCA 143 (CanLII), [2012] 4 W.W.R. 648 et *R. v. Ward*, 2012 ONCA 660, 112 R.J.O. (3^e) 321. Elle fait valoir que les violateurs de droits d'auteur ne devraient pas pouvoir se cacher derrière le voile de l'anonymat offert par Internet.

[60] Cette position serait acceptable si ce n'était de la crainte des [TRADUCTION] « pêcheurs à la traîne de droits d'auteur » dans pareils cas, ainsi que du tort causé en obligeant les TekSavvy de ce monde à révéler des renseignements personnels au sujet de leurs clients. Il y a aussi le danger bien réel d'un nombre énorme d'affaires portées devant la Cour qui mettraient en cause les abonnés, alors que bon nombre d'entre eux pourraient opposer des moyens de défense parfaitement valables aux allégations de violation de droit d'auteur. Finalement, le montant des dommages-intérêts à payer par un abonné

compared to the cost, time and effort in pursuing a claim against the subscriber.

[61] CIPPIC has relied upon the experience in other jurisdictions to support its position. The issues raised by the parties have been addressed by courts in both the U.S. and the U.K. The U.K., in particular, provides a framework for the types of safeguards the court can employ to protect the interests of Internet users.

United Kingdom

[62] The nature of the order sought by Voltage is known in the U.K. and elsewhere as a *Norwich* order. This form of relief draws its name from a 1974 House of Lords case involving suspected patent infringement (*Norwich Pharmacal* case) in which the House of Lords reviewed and modified the “equitable bill of discovery” remedy. The old equitable bill of discovery allowed an injured party to bring an action to discover the name of the wrongdoer where necessary to pursue redress. Under the *Norwich* principle today, parties can seek disclosure of information if that information is required to seek redress for an actionable wrong. U.K. courts accept that the privacy of Internet users may be sacrificed to allow redress to claimants wronged by illegal or tortious activity. However, courts remain concerned with the proportionality of orders in circumstances similar to this case brought by Voltage.

[63] There are three cases from the U.K. courts which highlight the concerns which *Norwich* order cases pose as it relates to Internet users. One case holds that anonymity of Internet users is not an obstacle to disclosure where an actionable wrong exists. Two of the cases discuss the lawfulness of arrangements through which

particulier pourrait, même advenant un recours libéral aux dispositions sur les dommages de la *Loi sur le droit d’auteur*, s’avérer minime par comparaison avec l’argent, le temps et les efforts requis en cas d’action intentée contre lui.

[61] La CIPPIC a invoqué la jurisprudence d’autres pays au soutien de sa position. Des tribunaux tant des États-Unis que du Royaume-Uni se sont penchés sur les questions soulevées par les parties. On peut dégager un certain cadre des décisions du Royaume-Uni, en particulier, pour établir quels types de mesures une cour peut adopter pour protéger les intérêts des utilisateurs d’Internet.

Royaume-Uni

[62] Une ordonnance de la nature de celle demandée par Voltage est connue au Royaume-Uni et ailleurs sous le nom d’ordonnance de type *Norwich*. Ce genre de réparation tire son nom d’un arrêt rendu par la Chambre des lords en 1974, dans une affaire (l’affaire *Norwich Pharmacal*) de violation présumée de brevet, et où elle a analysé et modifié la mesure de réparation dite de l’« interrogatoire préalable en equity ». Cette ancienne mesure permettait à une partie lésée d’intenter un recours pour que lui soit divulgué le nom de l’auteur du préjudice lorsque cela était nécessaire pour obtenir réparation. De nos jours le principe de *Norwich* permet à une partie de demander la divulgation de renseignements s’ils sont requis pour demander réparation d’une transgression susceptible d’action. Les tribunaux britanniques acceptent qu’on puisse devoir sacrifier le droit au respect de la vie privée d’utilisateurs d’Internet pour accorder réparation aux demandeurs lésés par une activité illégale ou délictuelle. Ils demeurent toutefois préoccupés de la proportionnalité des ordonnances rendues dans des circonstances semblables à celles présentes dans l’affaire ici soumise par Voltage.

[63] Trois décisions rendues au Royaume-Uni font ressortir les préoccupations soulevées par le recours à une ordonnance de type *Norwich* à l’endroit d’utilisateurs d’Internet. Il est statué dans l’une d’elles que l’anonymat des utilisateurs d’Internet ne fait pas obstacle à la divulgation lorsqu’une transgression susceptible

some parties are choosing to target P2P sharing and downloading activities.

[64] As noted by CIPPIC, the modern approach to the *Norwich* remedy was addressed by U.K.'s Supreme Court most recently in *Rugby Football Union v. Consolidated Information Services*, [2012] UKSC 55 (BAILII), [2013] 1 All E.R. 928.

[65] This case involved the resale of rugby tickets on a website operated by the defendant. The claimant Rugby Football Union (RFU) was alone responsible for the issuance of tickets for matches played at its stadium. Because it had a policy of allocating tickets in a way that developed the sport and enhanced its popularity, RFU did not allow ticket prices to be inflated. RFU alleged that arguable wrongs were involved in the advertisement and sale of tickets above face value through the defendant's website. It was not disputed before the Supreme Court that the sale of tickets via the website arguably constituted an actionable wrong. It was held that RFU had no readily available alternative means of discovering who the possible wrongdoers were other than by means of a *Norwich* order.

[66] In its reasons, the Supreme Court addressed the principles that should guide *Norwich* orders. It noted that cases post-*Norwich Pharmacal* have stressed the need for flexibility and discretion in considering whether to grant disclosure. Significantly, the Court confirmed that it is not necessary that an applicant intend to bring legal proceedings in respect of the alleged wrong. Rather, any form of redress, from disciplinary action to a dismissal of an employee, would suffice to ground an application for disclosure pursuant to a *Norwich* order. In my view, the bringing of proceedings in intellectual property cases is an essential requirement in the sense that there must be an intention to enforce intellectual property rights.

d'action a été commise. Dans deux décisions, par ailleurs, on traite de la légalité d'arrangements conclus par certaines parties en vue de cibler les activités de partage et de téléchargement au moyen de réseaux P2P.

[64] Comme l'a mentionné la CIPPIC, la United Kingdom Supreme Court (la Cour suprême du Royaume-Uni) a traité tout récemment de la façon moderne de recourir à une ordonnance de type *Norwich* dans l'arrêt *Rugby Football Union v. Consolidated Information Services*, [2012] UKSC 55 (BAILII), [2013] 1 All E.R. 928.

[65] Il s'agissait dans cette affaire de revente de billets pour des matchs de rugby sur un site Web exploité par la défenderesse. La demanderesse, la Rugby Football Union (RFU), était seule responsable quant à l'émission de billets pour les matchs joués dans son stade. La RFU ayant pour politique d'attribuer les billets de manière à promouvoir le sport et à en accroître la popularité, elle ne permettait pas leur vente à des prix gonflés. La RFU a affirmé qu'il était défendable de faire valoir que la vente de billets à un prix supérieur à leur valeur nominale et la publicité entourant cette vente sur le site Web de la défenderesse constituaient des transgressions. On n'a pas contesté devant la Cour suprême qu'il était défendable de soutenir que la vente de billets sur le site Web constituait une transgression susceptible d'action. La Cour suprême a statué que la RFU n'avait pas facilement à sa disposition un autre moyen qu'une ordonnance de type *Norwich* d'apprendre quels étaient les éventuels transgresseurs.

[66] Dans ses motifs, la Cour suprême a abordé les principes devant guider la délivrance d'ordonnances de type *Norwich*. Elle a relevé que, dans les décisions postérieures à *Norwich Pharmacal*, les tribunaux avaient souligné la nécessité d'une certaine souplesse et latitude dans l'examen de l'à-propos d'une ordonnance de divulgation. Fait significatif, la Cour suprême a confirmé qu'il n'était pas nécessaire qu'un demandeur compte intenter une action en regard de la prétendue transgression. Plutôt, toute forme de réparation, depuis une mesure disciplinaire jusqu'au congédiement d'un employé, suffirait à fonder une demande de divulgation au moyen d'une ordonnance de type *Norwich*. À mon avis, toutefois, l'introduction d'une action est essentielle dans

[67] However, the Court concluded that disclosure is to be ordered only if it is a “necessary and proportionate response in all the circumstances”. The Court also held that necessity does not require that the remedy be one of last resort.

[68] While this is a developing area of law, there is also a series of well-known cases brought by Media C.A.T. Ltd. (Media CAT) and lengthy discussion of the mischief which these cases can create. Media CAT alleged copyright infringement in pornographic films by way of P2P sharing software. Media CAT obtained several *Norwich* orders which resulted in revealing tens of thousands of names and addresses of alleged infringers.

[69] In *Media CAT Ltd. v. Adams & Ors*, [2011] EWPC 6 (BAILII), [2011] F.S.R. 28, Patents County Court Judge Birss addressed a number of concerns raised by Media CAT’s conduct following the granting of the *Norwich* order, but in the context of Media CAT’s attempt to discontinue the 27 claims it commenced.

[70] Much of the decision concerns itself with the question of whether Media CAT had standing to bring the claim of copyright infringement, and subsequently, to seek that it be discontinued. Media CAT alleged the right to do so on the basis of its contract with a copyright owner giving it the right to claim and prosecute any person identified as having made available for download films covered by the agreement.

[71] Notwithstanding this narrow point, however, the case is worth reviewing because it illustrates the abuse that can occur when a plaintiff such as Media CAT receives a *Norwich* order with no safeguards given to the broader context of the rights of the alleged infringers.

les affaires de propriété intellectuelle, en ce sens que l’intention d’exercer des droits de propriété intellectuelle est requise.

[67] La Cour suprême a cependant conclu qu’il ne fallait ordonner la divulgation que s’il s’agissait d’une [TRADUCTION] « mesure nécessaire et proportionnelle, compte tenu de toutes les circonstances ». La Cour a aussi statué que pour être nécessaire la réparation n’avait pas à être une mesure de dernier recours.

[68] Bien qu’il s’agisse d’un domaine du droit en développement, la société Media C.A.T. Ltd. (Media CAT) a aussi intenté une série de procédures bien connues qui ont donné lieu à de longs débats sur le préjudice que celles-ci étaient susceptibles de causer. Media CAT faisait valoir la violation de droits d’auteur dans des films pornographiques occasionnée par l’utilisation de logiciels de partage de fichiers de pair à pair (P2P). Media CAT a obtenu plusieurs ordonnances de type *Norwich* qui lui ont permis de connaître des dizaines de milliers de noms et d’adresses de violateurs présumés.

[69] Dans la décision *Media CAT Ltd. v. Adams & Ors*, [2011] EWPC 6 (BAILII), [2011] F.S.R. 28, le juge Birss de la Patents County Court (la Cour de comté des brevets) a abordé certaines inquiétudes soulevées par la façon d’agir de Media CAT après l’obtention de l’ordonnance de type *Norwich*, le contexte étant toutefois que Media CAT tentait d’abandonner les 27 demandes qu’elle avait introduites.

[70] On a beaucoup examiné dans la décision si Media CAT avait qualité pour introduire une demande fondée sur la violation du droit d’auteur, puis, pour demander à y mettre fin. Media CAT a affirmé avoir qualité, sur le fondement d’un contrat conclu avec le titulaire du droit d’auteur qui lui conférait le droit de poursuivre toute personne identifiée comme ayant rendu accessibles pour téléchargement tout film visé par le contrat.

[71] Malgré sa portée étroite, cette décision est digne d’examen parce qu’elle démontre les abus auxquels peut donner lieu l’octroi d’une ordonnance de type *Norwich* à un demandeur tel que Media CAT, lorsqu’elle n’est pas assortie de mesures de protection tenant compte de manière générale des droits des violateurs présumés.

[72] Although Judge Birss was not actually sitting in review of the decision to grant the *Norwich* orders, he addressed the Court's jurisdiction to grant such a remedy. He noted that the orders were granted in this case on the basis of statements from technical experts in support of the infringement claim.

[73] The Court described in some detail the letter writing campaign embarked on by Media CAT's solicitors once the *Norwich* order was obtained. The campaign involved sending out a "letter of claim" to tens of thousands of individuals. The letter consisted of 6 pages of legal and technical discussions, 3 attachments, including the Court's order for disclosure, and an invitation to look at ACS:Law's website for "Notes on Evidence" [at paragraph 17]. The letter of claim represented Media CAT as a copyright protection society, which it was not, and sought £495 in compensation.

[74] Judge Birss identified a number of misleading statements in the letters and concluded that the impact of the letter on recipients would be significant: "The letter would be understood by many people as a statement that they have been caught infringing copyright in pornographic film, that Media CAT has evidence of precisely that and that a court has already looked into the matter" (at paragraph 18). In fact, he noted that the court's office had received telephone calls from people in tears on receipt of the letter.

[75] Judge Birss stated that most ordinary members of the public do not appreciate that the *Norwich* order is not based on a finding of infringement and that people would be tempted to pay out of the desire to avoid embarrassment, whether or not they had done anything wrong.

[76] With respect to the sum sought, the Court remarked that no breakdown of the £495 sum was provided. The Court also wondered how it could be the case

[72] Même si le juge Birss ne procédait pas véritablement au contrôle de la décision d'accorder les ordonnances de type *Norwich*, il a néanmoins examiné si la Cour avait compétence pour octroyer une telle réparation. Il a relevé que la Cour avait délivré les ordonnances demandées dans l'affaire en se fondant sur les déclarations d'experts techniques présentées à l'appui de l'action en violation du droit d'auteur.

[73] La Cour a décrit de manière assez détaillée la campagne de rédaction de lettres dans laquelle les avocats de Media CAT s'étaient lancés une fois l'ordonnance de type *Norwich* obtenue. La campagne comportait l'envoi d'une [TRADUCTION] « lettre de réclamation » à des dizaines de milliers de personnes. La lettre comptait 6 pages de commentaires juridiques et techniques et 3 pièces y étaient jointes, y compris l'ordonnance de divulgation de la cour et une invitation à consulter les « *Notes on Evidence* » [au paragraphe 17] sur le site Web d'ACS:Law. On présentait Media CAT comme une société de protection du droit d'auteur dans la lettre de réclamation, ce qu'elle n'était pas, en plus de demander la somme de 495 £ à titre d'indemnisation.

[74] Le juge Birss a relevé un certain nombre de déclarations trompeuses dans la lettre de réclamation et a conclu que la lettre devait avoir un effet important sur son destinataire : [TRADUCTION] « Plusieurs comprendraient la lettre comme une déclaration selon laquelle on les avait attrapés en train de violer le droit d'auteur dans un film pornographique, que Media CAT en avait une preuve tangible et que la cour s'était déjà penchée sur la question » (au paragraphe 18). Le juge a d'ailleurs précisé qu'on avait déjà eu au greffe des appels de gens en larmes après avoir reçu la lettre.

[75] Le juge Birss a déclaré que la plupart des simples citoyens ne comprenaient pas que la délivrance d'une ordonnance de type *Norwich* ne fait pas suite à une conclusion de violation du droit d'auteur, et que certains seraient tentés de payer, qu'ils aient fait ou non quelque chose de mal, pour éviter une situation embarrassante.

[76] Quant au montant requis, la Cour de comté des brevets a souligné qu'on n'avait aucunement ventilé la somme de 495 £ exigée. Elle s'est aussi demandée

that out of the 10 000 letters sent, only 27 recipients, those parties to the claim before him, refused to pay.

[77] The Court concluded that the letters misrepresented Media CAT's standing to bring proceedings, it overstated the merits of its case, and asserted an untested basis for infringement, arising out of "authorized" infringement by others.

[78] The decision then discusses an interesting turn of events that took place days before the Court was to hear Media CAT's case. It appears that ACS:Law came to court offices with 27 notices of discontinuance and represented that following the discontinuance, it would reissue the claims.

[79] The concern that Media CAT and ACS:Law lacked an interest in pressing the claims was expressed as follows (at paragraph 100):

Whether it was intended or not, I cannot imagine a system better designed to create disincentives to test the issues in court. Why take cases to court and test the assertions when one can just write more letters and collect payments from a proportion of the recipients?

[80] Finally, the Court considered whether it could restrain Media CAT from continuing its letter writing campaign. The Court noted that courts retain control over the use of documents and information obtained by the disclosure process and that parties may only use the products of disclosure for purposes of the action in which it was disclosed. From this, the Court reasoned that it had the jurisdiction to regulate the use of the information obtained through a *Norwich* order. Thus, an order restraining the use of the information disclosed could be nothing more than an order varying the original *Norwich* order.

comment ils se faisait que, par comparaison aux 10 000 lettres envoyées, seulement 27 destinataires, les parties à la procédure devant elle, avaient refusé de payer.

[77] La Cour de comté des brevets a conclu que, dans les lettres, on avait présenté faussement la qualité de Media CAT pour agir, exagéré le bien-fondé de ses prétentions et invoqué un fondement non encore éprouvé pour un recours en violation du droit d'auteur, soit la violation « autorisée » par des tiers.

[78] On traite ensuite dans la décision d'un rebondissement surprenant survenu quelques jours avant la date prévue d'instruction de l'action de Media CAT par la Cour de comté des brevets. Il semble ainsi que ACS:Law ait déposé 27 avis de désistement, puis déclaré qu'une fois les désistements effectués, elle présenterait à nouveau les demandes en cause.

[79] La Cour de comté des brevets a exprimé comme suit ses préoccupations quant au manque d'intérêt pour Media CAT et ACS:Law à faire diligence dans la poursuite des demandes (au paragraphe 100) :

[TRADUCTION] Que cela soit volontaire ou non, j'imagine mal un système mieux conçu pour inciter à ne pas soumettre les questions en litige au tribunal. Pourquoi aller en procès et mettre ses prétentions à l'épreuve lorsqu'on peut tout simplement écrire davantage de lettres pour recevoir des paiements d'une partie des destinataires?

[80] Finalement, la Cour de comté des brevets a examiné s'il lui était loisible de mettre un terme à la campagne de rédaction de lettres de Media CAT. Elle a souligné que les cours conservaient leur autorité quant à l'utilisation des documents et des renseignements obtenus lors d'une procédure de divulgation, et que les parties ne pouvaient utiliser de tels documents et renseignements qu'aux fins de l'action dans le cadre de laquelle ils avaient été divulgués. La Cour de comté des brevets en a déduit qu'elle avait compétence pour réglementer l'utilisation des renseignements obtenus au moyen d'une ordonnance de type *Norwich*. Une ordonnance restreignant l'utilisation des renseignements divulgués pouvait ainsi n'être rien de plus qu'une ordonnance modifiant l'ordonnance de type *Norwich* originale.

[81] This case provides helpful guidance to courts so that they craft orders that are not open-ended, leaving the party who obtains the order to use it unfairly, or abusively and without restriction.

[82] Another English decision bearing on these issues is the 2012 decision *Golden Eye (International) Ltd. & Anor v. Telefonica UK Ltd.*, [2012] EWHC 723 (Ch.) (BAILII) in which Golden Eye, a licensee of copyrights in pornographic movies, sought a *Norwich* order in relation to over some 9 000 alleged infringers. The lengthy decision of Justice Arnold also offers guidance on the types of limits that should be placed on the use of *Norwich* orders. As here, a public interest organization (Consumer Focus), was granted intervenor status and represented the interests of the unidentified alleged infringers.

[83] Golden Eye and the other claimants alleged that 9 124 IP addresses had been obtained through the use of a tracking service to determine that subscribers had made available copyright material for P2P copying. Golden Eye sought the names and addresses from the ISP, Telefonica. Telefonica did not object to the order. Telefonica consented to a draft order and a draft letter prepared for distribution to the alleged infringers. The draft order provided that Telefonica was to receive £2.20 for each name and address requested by the claimants and £2 500 as security for costs. In addition, a copy of a draft letter which would be sent to the alleged infringers was attached to the draft order.

[84] The draft letter was some three pages in length and was full of legal jargon. It also included a proposed settlement to the alleged infringer in the amount of £700 as compensation.

[85] While several issues were raised in the case, the issue bearing most on the facts of this case relates to whether the claimants were genuinely intending to seek redress. Consumer Focus argued that the division of

[81] Cette décision fournit des orientations utiles aux tribunaux lorsqu'il leur faut rédiger des ordonnances qui ne soient pas ouvertes, c'est-à-dire laissant la partie qui obtient l'ordonnance libre de l'utiliser de manière inéquitable ou abusive et sans aucune restriction.

[82] On a aussi traité de ces questions en Angleterre dans une décision de 2012, *Golden Eye (International) Ltd. & Anor v. Telefonica UK Ltd.*, [2012] EWHC 723 (Ch.) (BAILII). Dans cette affaire, Golden Eye, titulaire de licences de droits d'auteur dans des films pornographiques, a sollicité la délivrance d'une ordonnance de type *Norwich* en regard de quelque 9 000 violateurs présumés. La longue décision du juge Arnold de la Haute Cour fournit aussi des orientations sur les types de restrictions dont il convient d'assortir l'utilisation d'une telle ordonnance. Comme en l'espèce, un organisme d'intérêt public (Consumer Focus) a obtenu la qualité d'intervenant et a défendu, en leur nom, les intérêts des violateurs présumés.

[83] Golden Eye et les autres demandeurs soutenaient qu'on avait repéré 9 124 adresses IP au moyen d'un service de localisation utilisé pour établir si des abonnés rendaient disponibles pour copie, par l'entremise de réseaux P2P, du matériel soumis au droit d'auteur. Golden Eye a demandé à obtenir du PSI, Telefonica, les coordonnées de ces abonnés. Telefonica n'a pas fait opposition à l'ordonnance. Elle a donné son accord à une ébauche d'ordonnance et une ébauche de lettre rédigées pour envoi aux présumés violateurs. L'ébauche d'ordonnance prévoyait le versement à Telefonica de 2,20 £ pour chacun des noms et adresses sollicités par les demandeurs ainsi que de 2 500 £ à titre de cautionnement pour frais. Une copie de l'ébauche de la lettre à envoyer aux présumés violateurs était également jointe à l'ébauche d'ordonnance.

[84] L'ébauche de lettre comptait trois pages et était remplie de jargon juridique. Il s'y trouvait aussi une offre de règlement, prévoyant une indemnisation à verser de 700 £, faite au présumé violateur.

[85] Bien que plusieurs questions aient été soulevées dans cette affaire, celle correspondant le plus aux faits d'espèce était de savoir si les demandeurs entendaient véritablement demander réparation. Consumer Focus a

revenue noted above suggested a money-making endeavor on the part of Golden Eye. It also claimed that the sum of £700 requested in the draft letter was unsupported and unsupportable.

[86] Consumer Focus further argued that the claimants were equivocal about their willingness to pursue infringement actions. Golden Eye's discontinuance of two of the three claims brought after receiving *Norwich* orders in similar circumstances was said to suggest a desire to avoid judicial scrutiny. Golden Eye did not explain why these claims were discontinued, nor did it provide information with respect to how many subscribers were identified with respect to those orders and how many letters of claim, if any, were sent out.

[87] However, the Court was satisfied that Golden Eye had a genuine commercial desire to obtain compensation for the infringement of their copyright. With respect to the claimants' pursuit of settlements, the Court noted that it is not a requirement for the grant of a *Norwich* order that the applicant intend or undertake to bring proceedings against the wrongdoer: "Sending a letter before action with a view to persuading the wrongdoer to agree to pay compensation and to give an undertaking not to infringe in the future is one way of seeking redress. There is no requirement for the intending claimant to commit himself to bringing proceedings if redress cannot be obtained consensually" (at paragraph 109).

[88] Mr. Justice Arnold also said that a claimant faced with multiple infringers is entitled to be selective as to which ones he sues. The cost of litigation may be relevant in making such a decision. He found that the evidence was "sufficiently cogent to establish a good arguable case" [at paragraph 105] had been made out that unlawful file-sharing had occurred.

[89] The Court acknowledged that the monitoring software used to identify the users may misidentify users

soutenu que la répartition des gains mentionnée plus haut laissait croire qu'il s'agissait pour Golden Eye d'un plan pour faire de l'argent. Elle a également affirmé que le montant de 700 £ réclamé dans l'ébauche de lettre ne reposait ni ne pouvait reposer sur rien.

[86] Consumer Focus a ajouté que les demandeurs étaient équivoques quant à leur volonté d'intenter des actions en violation du droit d'auteur. Elle a aussi affirmé que l'abandon par Golden Eye, dans des circonstances semblables, de deux des trois demandes qu'elle avait présentées, après obtention des ordonnances de type *Norwich*, faisait croire à son désir d'échapper à l'examen judiciaire. Golden Eye n'avait pas expliqué le motif du désistement de ces demandes, ni n'avait fourni de renseignements sur le nombre d'abonnés identifiés visés par les ordonnances ou sur le nombre de lettres de réclamation envoyées, le cas échéant.

[87] La Haute Cour a estimé, toutefois, que Golden Eye avait de véritables motifs commerciaux pour désirer être indemnisée de la violation de ses droits d'auteur. Quant à la recherche de règlements par les demandeurs, elle a fait remarquer qu'un demandeur n'était pas tenu, pour obtenir une ordonnance de type *Norwich*, de compter intenter ou d'intenter des procédures contre le transgresseur : [TRADUCTION] « Envoyer une lettre avant de poursuivre en vue de persuader le transgresseur de verser une indemnité et de s'engager à ne plus violer les droits d'auteur à l'avenir est une façon d'obtenir réparation. Le demandeur éventuel n'est pas tenu non plus de s'engager à intenter une action s'il n'est pas possible d'obtenir réparation d'un commun accord » (au paragraphe 109).

[88] Le juge Arnold a aussi déclaré qu'un demandeur confronté à de nombreux violateurs avait le droit de choisir ceux d'entre eux qu'il voulait poursuivre. Le coût des litiges peut être une considération pertinente pour en arriver à une telle décision. Le juge a conclu que la preuve était [TRADUCTION] « suffisamment convaincante pour démontrer l'existence d'une cause vraiment défendable » [au paragraphe 105] quant à des actes illégaux commis de partage de fichiers.

[89] La Haute Cour a reconnu que le logiciel de surveillance utilisé pour repérer les utilisateurs pouvait

for a number of technical reasons, including an incorrectly synchronized clock. Non-technical reasons might also lead to an innocent party being identified. However, the existence of these uncertainties was not sufficient to rule that the claimants had not established on the evidence that an arguable case of infringement had occurred for the purpose of granting a *Norwich* order.

[90] The Court also addressed whether the order sought was proportional having regard to the privacy and data protection rights of the intended defendants. It noted that both the claimants' and the alleged infringers' rights are protected by specific articles of the EU [European Union] Charter and the European Convention on Human Rights [*Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, November 4, 1950, 213 U.N.T.S. 221]. Striking a balance between those rights required the following approach, set out at paragraph 117 of the decision:

(i) neither Article as such has precedence over the other; (ii) where the values under the two Articles are in conflict, an intense focus on the comparative importance of the specific rights being claimed in the individual case is necessary; (iii) the justifications for interfering with or restricting each right must be taken into account; (iv) finally, the proportionality test – or “ultimate balancing test” – must be applied to each.

[91] Ultimately, the Court determined that it was necessary for the information sought to be disclosed to allow the claimants to protect their copyright rights. However, proportionality could still be achieved through the terms of the order granted by the Court.

[92] Noting that the draft order prepared by Golden Eye required it to attach a copy of the Court's order to its letter of claim, the Court stressed that the intended defendants should be spared unnecessary anxiety and distress and should not be given the wrong impression with respect to the meaning of the order.

donner des résultats erronés pour diverses raisons techniques, par exemple lorsque le système d'horloge est mal synchronisé. Des raisons autres que techniques peuvent aussi résulter en l'identification, à tort, de personnes innocentes. L'existence de telles incertitudes ne suffisait toutefois pas pour statuer que les demandeurs n'avaient pas établi en preuve l'existence d'une cause défendable, aux fins de l'obtention d'une ordonnance de type *Norwich*, de violation de droits d'auteur.

[90] La Haute Cour a aussi examiné si l'ordonnance demandée était proportionnelle eu égard au droit des défendeurs éventuels au respect de la vie privée et à la protection des données. Elle a relevé que les droits tant des demandeurs que des violateurs présumés étaient protégés par des dispositions particulières de la Charte de l'Union européenne et de la Convention européenne des droits de l'homme [*Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 4 novembre 1950, 213 R.T.N.U. 221]. Il fallait, pour trouver un juste équilibre entre ces droits, adopter l'approche suivante (au paragraphe 117 de la décision) :

[TRADUCTION] i) aucun des deux articles n'a préséance sur l'autre; ii) lorsque les valeurs qui les sous-tendent sont incompatibles, il faut se pencher avec soin sur l'importance comparative des droits particuliers invoqués dans une affaire donnée; iii) il faut prendre en compte ce qui peut justifier d'entraver ou de restreindre chaque droit ; iv) finalement, il faut appliquer dans chaque cas le critère de la proportionnalité – ou de la « mise en balance décisive ».

[91] En fin de compte, la Haute Cour a conclu que les renseignements sollicités devaient être divulgués pour permettre aux demandeurs de protéger leurs droits d'auteur. Il était cependant toujours possible d'atteindre la proportionnalité en assortissant l'ordonnance rendue par la cour des conditions requises.

[92] La Haute Cour, faisant remarquer que l'ébauche d'ordonnance rédigée par Golden Eye lui enjoignait de joindre à sa lettre de réclamation une copie de l'ordonnance rendue, a insisté sur le fait qu'on devait épargner aux défendeurs éventuels toute angoisse ou anxiété inutile, et éviter de leur donner quant au sens de l'ordonnance une impression erronée.

[93] With respect to the draft letter, Justice Arnold remarked that although it was not the role of the Court to supervise pre-action correspondence, the circumstances of a case such as this required the Court to carefully consider the terms of the draft letter of claim. In coming to this conclusion, the Court considered that this type of order would affect ordinary consumers who may not be guilty of infringement, who may not have access to specialized legal services and who may be embarrassed and may not consider it cost-effective to defend the claim, even if innocent.

[94] Justice Arnold observed that the letter should reflect the following points:

- (a) make clear the fact that an order for disclosure has been made does not mean that the court has considered the merits of allegation of infringement against the recipient;
- (b) the letter acknowledge that the intended defendant may not be the person who was responsible for the infringing acts. This takes into account the multiple reasons why account holders associated with certain IP addresses may not be the actual infringers;
- (c) if the letter sets out the consequences to the alleged infringer of a successful claim, it must also acknowledge the consequences to the relevant claimant of an unsuccessful claim;
- (d) the response time be reasonable. The letter proposed a response time in 14 days which Justice Arnold deemed unreasonable. The Court considered 28 days to be reasonable; and,
- (e) threats to shut down the Internet connection were unacceptable. The Court found it unacceptable for the claimant to threaten to make “an application to your ISP to show down or terminate your internet connection” [at paragraph 130].

[95] The claimant’s request for £700 as compensation was argued to be unsupported and unsupported. The draft letter made no attempt to explain or justify the sum and Consumer Focus took the position that it was

[93] Le juge Arnold a souligné quant à l’ébauche de la lettre de réclamation que, même si la Haute Cour n’avait pas pour rôle de superviser la correspondance préalable à l’action, le contexte d’une pareille affaire l’obligeait à examiner avec soin le libellé de cette lettre. Pour en arriver à cette conclusion, la Haute Cour a tenu compte du fait que le type d’ordonnance en cause allait toucher des consommateurs ordinaires qui pouvaient n’être coupables d’aucune violation, ne pas avoir accès à des services juridiques spécialisés, se sentir gênés et ne pas juger avantageux au plan pécuniaire d’opposer une défense, même en étant innocents.

[94] Le juge Arnold a déclaré qu’on devait respecter dans la lettre les éléments suivants :

- a) indiquer clairement au destinataire que la délivrance d’une ordonnance de divulgation ne veut pas dire que la cour s’est penchée sur le fond sur l’allégation de violation de droit d’auteur portée contre lui;
- b) faire état du fait que le défendeur éventuel pourrait ne pas être la personne responsable des actes de violation — cela prend en considération les multiples raisons pour lesquelles les titulaires d’accès à Internet correspondant à certaines adresses IP en cause pourraient ne pas être les véritables violateurs;
- c) préciser, si on énonce dans la lettre les conséquences pour le violateur présumé d’une demande accueillie, quelles sont aussi les conséquences pour le demandeur du rejet de sa demande;
- d) le délai de réponse accordé doit être raisonnable; le juge Arnold a estimé déraisonnable le délai de 14 jours prévu dans la lettre, un délai de 28 jours étant plutôt considéré raisonnable;
- e) les menaces formulées de fermeture de la connexion Internet étaient inacceptables; la Haute Cour n’a pas jugé acceptable que la demanderesse menace les destinataires de [TRADUCTION] « demander à votre PSI de ralentir votre connexion Internet ou d’y mettre fin » [au paragraphe 130].

[95] On a soutenu que rien n’étayait ni ne pouvait étayer le montant d’indemnité demandé par la demanderesse de 700 £. Aucune tentative d’explication ou de justification de ce montant ne figurait dans la lettre,

inconceivable that every alleged infringer caused the copyright owners a loss of £700.

[96] The Court accepted Consumer Focus's position and noted that as the claimants had no information about the scale of infringement committed by each infringer, the amount claimed was inappropriate. In intellectual property cases in the U.K. it is usual for claimants to seek disclosure from defendants before electing between inquiry as to damages and an account of profits. The Court therefore instructed as follows regarding quantum (at paragraphs 134 and 138):

If the Claimants were genuinely interested in seeking accurately to quantify their losses, then it seems to me that they would wish to seek some form of disclosure at least in the first instance. I appreciate that it may not be cost-effective for disclosure to be pursued if the Intended Defendant is unwilling to cooperate, but I do not consider that that justifies demanding an arbitrary figure from all the Intended Defendants in the letter of claim.

...

Accordingly, I do not consider that the Claimants are justified in sending letters of claim to every Intended Defendant demanding the payment of £700. What the Claimants ought to do is to proceed in the conventional manner, that is to say, to require the Intended Defendants who do not dispute liability to disclose such information as they are able to provide as to the extent to which they have engaged in P2P file sharing of the relevant Claimants' copyright works. In my view it would be acceptable for the Claimants to indicate that they are prepared to accept a lump sum in settlement of their claims, including the request for disclosure, but not to specify a figure in the initial letter. The settlement sum should be individually negotiated with each Intended Defendant.

[97] Finally, the Court considered but rejected a number of "safeguards" proposed by the intervener. These included notification of the alleged infringers; appointing a supervising solicitor; providing for a group litigation order; and establishing test cases. In all of the circumstances of the cases, Justice Arnold did not deem them appropriate at that juncture of the proceedings.

et Consumer Focus a fait valoir qu'il était inconcevable que chaque violateur présumé ait occasionné aux titulaires de droits d'auteur des pertes de 700 £.

[96] La Cour a souscrit à la position de Consumer Focus et souligné que, les demandeurs n'ayant aucune information sur l'importance de la violation commise par chaque violateur, le montant réclamé n'était pas approprié. Dans les affaires de propriété intellectuelle au Royaume-Uni, il est habituel pour les demandeurs de rechercher la divulgation de renseignements par les défendeurs avant de choisir entre une réclamation en dommages-intérêts ou en restitution des profits. La Haute Cour a donc donné les directives suivantes au sujet du dédommagement (aux paragraphes 134 et 138) :

[TRADUCTION] Si les demandeurs étaient véritablement intéressés à quantifier précisément les pertes subies, il me semble qu'ils devraient chercher à obtenir une forme quelconque de divulgation, tout au moins en première instance. Je comprends qu'il puisse être coûteux de demander la divulgation si le défendeur éventuel refuse de coopérer, mais cela ne justifie pas selon moi de réclamer un montant arbitraire à tous les défendeurs éventuels dans la lettre de réclamation.

[...]

Par conséquent, je n'estime pas justifié que les demandeurs envoient à chaque défendeur éventuel une lettre de réclamation où il leur est demandé de payer la somme de 700 £. Les demandeurs devraient plutôt procéder de la manière habituelle, c'est-à-dire demander aux défendeurs éventuels qui ne contestent pas leur responsabilité de divulguer les renseignements qu'il leur est possible de fournir sur l'ampleur de leurs activités de partage, sur réseau P2P, des fichiers correspondant aux œuvres protégées par droit d'auteur des demandeurs. Je jugerais acceptable que les demandeurs déclarent être disposés à accepter un montant forfaitaire en règlement de leur réclamation, y compris les frais de la demande de divulgation, sans toutefois préciser un montant dans la lettre initiale. Le montant du règlement devrait être négocié individuellement avec chaque défendeur éventuel.

[97] La Cour a finalement examiné, mais rejeté, un certain nombre de [TRADUCTION] « mesures de protection » suggérées par l'intervenante. On comptait parmi ces mesures la notification aux violateurs présumés, la nomination d'un avocat superviseur, la délivrance d'une ordonnance de réunion d'instances et le recours à des causes types. Le juge Arnold n'a pas jugé ces mesures

[98] However, an alternative safeguard was proposed by Justice Arnold and accepted by the claimants. He placed a condition on the order that any resulting claims be brought in the Patents County Court, ensuring that they would be handled by a specialized tribunal. This is equivalent in our Court to having the matter specially managed which forms part of the order made herein.

[99] In granting the *Norwich* order, Justice Arnold concluded with comments regarding the balancing of rights as follows (at paragraph 146):

As discussed above, I have not accepted that the agreements between Golden Eye and the Other Claimants are champertous. Nor have I been persuaded that those agreements mean that the Other Claimants are not genuinely intending to try to seek redress. It does not follow, however, that it is appropriate, when balancing the competing interests, to make an order which endorses an arrangement under which the Other Claimants surrender total control of the litigation to Golden Eye and Golden Eye receives about 75% of the revenues in return. On the contrary, I consider that that would be tantamount to the court sanctioning the sale of the Intended Defendants' privacy and data protection rights to the highest bidder. Accordingly, in my judgment, to make such an order would not proportionately and fairly balance the interests of the Other Claimants with the Intended Defendants' interests. (I do not consider Golden Eye to have any legitimate interest separate from those of the Other Claimants for this purpose.) If the Other Claimants want to obtain redress for the wrongs they have suffered, they must obtain it themselves. [Emphasis added.]

[100] In all, Justice Arnold's decision in *Golden Eye* provides useful guidance as to the form and restrictions of an order compelling production by a third-party. The major points from both the U.S. and the U.K. cases are summarized in the conclusion, below.

appropriées, compte tenu de toutes les circonstances, au stade où en était l'affaire.

[98] Le juge Arnold a néanmoins proposé une autre mesure de protection, que les demandeurs ont acceptée. Il a prévu comme condition de l'ordonnance que toute demande présentée par la suite le soit devant la Cour de comté des brevets, pour veiller à ce qu'un tribunal spécialisé procède à son instruction. L'équivalent devant notre Cour consiste à prévoir qu'une instance soit gérée à titre d'instance à gestion spéciale, et cet élément est prescrit dans l'ordonnance rendue dans la présente affaire.

[99] En délivrant l'ordonnance de type *Norwich*, le juge Arnold a conclu par les commentaires suivants sur la mise en balance de droits (au paragraphe 146) :

[TRADUCTION] Tel que je l'ai déjà expliqué, je n'admets pas que les ententes conclues entre Golden Eye et les autres demandeurs sont de la nature d'une champartie. On ne m'a pas non plus convaincu que ces ententes signifiaient que les autres demandeurs ne comptent pas véritablement tenter d'obtenir réparation. Cela ne justifie toutefois pas qu'après mise en balance des intérêts contradictoires, l'on doive nécessairement rendre une ordonnance qui avalise un arrangement en vertu duquel les autres demandeurs cèdent totalement le contrôle sur le litige à Golden Eye et celle-ci a droit en échange environ 75 pour cent des gains. J'estime au contraire que cela équivaldrait à la sanction par la cour de la vente au plus offrant du droit au respect de la vie privée et du droit à la protection des données des défendeurs éventuels. J'estime donc qu'en rendant pareille ordonnance on n'établirait pas un juste équilibre, de manière proportionnelle, entre les intérêts des autres demandeurs et les intérêts des défendeurs éventuels (je considère qu'à cette fin Golden Eye n'a pas d'intérêt légitime distinct de celui des autres demandeurs). Si les autres demandeurs veulent obtenir réparation pour le préjudice subi, ils doivent s'y prendre par eux-mêmes. [Non souligné dans l'original.]

[100] Cela étant, la décision *Golden Eye* du juge Arnold fournit des orientations utiles quant à la forme que doit prendre et aux restrictions dont doit être assortie une ordonnance enjoignant à un tiers de produire des renseignements. On trouvera résumés plus loin, dans la conclusion, les éléments principaux qui se dégagent tant de la jurisprudence britannique qu'américaine.

U.S. CASES

[101] In the U.S., copyright holders seeking to ascertain the names and addresses of unnamed alleged infringers are required to file a motion for “expedited discovery”, or more precisely, a motion for leave to serve third party subpoenas.

[102] There is a plethora of U.S. cases involving large numbers of alleged copyright infringers which has produced much judicial commentary about “copyright trolls”. The following is a list of those cases which have been reviewed, but only some of which are discussed below: *Digital Sin, Inc. v. Does 1-27*, 2012 U.S. Dist. LEXIS 78832 (S.D. N.Y., 2012); *TCYK, LLC v. Does 1-88*, 2013 U.S. Dist. LEXIS 88402 (N.D. Ill., 2013) [cited above]; *Breaking Glass Pictures v. Does 1-84*, 2012 U.S. Dist. LEXIS 88984 (N.D. Ohio, 2013); *Malibu Media, LLC v. John Does, Subscriber Assigned IP Address 69.249.252.44*, 2013 U.S. Dist. LEXIS 77264 (D. Pa., 2013); *Patrick Collins, Inc. v. John Doe 1*, 2012 U.S. Dist. LEXIS 71122 (E.D. N.Y., 2013); *Malibu Media, LLC v. John Does*, 902 F. Supp. 2d 690 (E.D. Pa., 2012); *Ingenuity 13 LLC v. John Doe*, 2013 WL 1898633 (C.D. Cal., 2013); *Malibu Media, LLC v. John Does 1-5*, 285 F.R.D. 273 (D. N.Y., 2012); *Third Degree Films v. Does 1-47*, 286 F.R.D. 188 (D. Mass., 2012); *Hard Drive Prods., Inc. v. Does 1-90*, 2012 U.S. Dist. LEXIS 45509 (N.D. Cal., 2012); *Combat Zone, Inc. v. Does 1-84*, 2013 U.S. Dist. LEXIS 35439 (D. Mass., 2013); and, *Voltage Pictures, LLC v. Does 1-198, Does 1-12, Does 1-34, Does 1-371*, (1:13-cv-00293-CL)(D. Or., 2013). Many of these cases arise in the context of the pornographic film industry where an alleged infringer may settle quickly and on advantageous terms to the plaintiff to avoid embarrassment and to avoid being identified. There is no suggestion that is the case here.

[103] As in the U.K., courts in the U.S. appear to accept that identifying alleged infringers for purposes of pursuing copyright infringement claims is merited, but the courts have expressed concern with the use of

AFFAIRES AMÉRICAINES

[101] Aux États-Unis, les titulaires de droits d’auteur qui veulent obtenir le nom et l’adresse de présumés violateurs anonymes doivent déposer une requête en [TRADUCTION] « communication accélérée », ou plus précisément une requête en autorisation de signifier à des tiers des assignations à produire.

[102] On a rendu aux États-Unis une multitude de décisions mettant en cause de grands nombres de violateurs de droits d’auteur présumés, qui ont donné lieu à une quantité considérable de commentaires de juges sur les « pêcheurs à la traîne de droits d’auteur ». La Cour a passé en revue les décisions suivantes mais n’a analysé, ci-dessous, qu’un certain nombre d’entre elles : *Digital Sin, Inc. v. Does 1-27*, 2012 U.S. Dist. LEXIS 78832 (S.D. N.Y., 2012); *TCYK, LLC v. Does 1-88*, 2013 U.S. Dist. LEXIS 88402 (N.D. Ill., 2013) [précité]; *Breaking Glass Pictures v. Does 1-84*, 2012 U.S. Dist. LEXIS 88984 (N.D. Ohio, 2013); *Malibu Media, LLC v. John Does, Subscriber Assigned IP Address 69.249.252.44*, 2013 U.S. Dist. LEXIS 77264 (D. Pa., 2013); *Patrick Collins, Inc. v. John Doe 1*, 2012 U.S. Dist. LEXIS 71122 (E.D. N.Y., 2013); *Malibu Media, LLC v. John Does*, 902 F. Supp. 2d 690 (E.D. Pa., 2012); *Ingenuity 13 LLC v. John Doe*, 2013 WL 1898633 (C.D. Cal., 2013); *Malibu Media, LLC v. John Does 1-5*, 285 F.R.D. 273 (D. N.Y., 2012); *Third Degree Films v. Does 1-47*, 286 F.R.D. 188 (D. Mass., 2012); *Hard Drive Prods., Inc. v. Does 1-90*, 2012 U.S. Dist. LEXIS 45509 (N.D. Cal., 2012); *Combat Zone, Inc. v. Does 1-84*, 2013 U.S. Dist. LEXIS 35439 (D. Mass., 2013); *Voltage Pictures, LLC v. Does 1-198, Does 1-12, Does 1-34, Does 1-371*, (1:13-cv-00293-CL)(D. Or., 2013). Il s’agit dans nombre de ces affaires, concernant le secteur des films pornographiques, de présumés violateurs susceptibles d’en arriver rapidement à un règlement, à des conditions avantageuses pour les demandeurs, pour ne pas être identifiés et éviter ainsi de se trouver en situation embarrassante. Rien ne laisse croire en une telle situation dans la présente affaire.

[103] Comme au Royaume-Uni, les tribunaux aux États-Unis semblent admettre le bien-fondé de l’identification de violateurs présumés pour permettre la poursuite d’actions fondées sur la violation du droit

the courts' subpoena powers to "troll" for quick and easy settlements.

[104] U.S. courts have not shied away from using strong language to admonish the "low-cost, low-risk revenue model" tactics of copyright owners, and in particular adult film companies: "It has become clear in many cases that the companies have no intention of pursuing litigation, but rather initiate a lawsuit to hold a proverbial guillotine over the accused downloaders' heads to extract settlement because of the fear of embarrassment over being accused of downloading pornography" (see, for example, *Patrick Collins, Inc. v. John Doe 1*, 2012 U.S. Dist. LEXIS 71122 (E.D. N.Y., 2013) [cited above], at page 8).

[105] *Ingenuity 13 LLC v. John Doe*, 2013 WL 1898633 (C.D. Cal., 2013) [cited above], a decision cited by CIPPIC, is a particularly egregious example of these cases and involves a "copyright-enforcement crusade" commenced by a group of attorneys. The decision against the plaintiff was rendered by Judge Wright, one of the most vocal judicial critics of the business model employed by many plaintiffs in these cases. However, the case is not helpful in this case because the facts as they relates to "copyright trolls" involves misrepresentation and fraudulent practices on the part of the plaintiff. No actual evidence of misrepresentation or fraudulent practices is before the Court on this motion. It is only raised as a possibility given Voltage's approach in other litigation in the U.S. discussed below. However, in one colourful passage Judge Wright observes (at page 1):

Plaintiffs have outmaneuvered the legal system. They've discovered the nexus of antiquated copyright laws, paralyzing social stigma, and unaffordable defense costs. And they exploit this anomaly by accusing individuals of illegally downloading a single pornographic video. Then they offer to settle-for a sum

d'auteur, tout en se disant inquiets qu'on utilise leurs pouvoirs d'assignation pour [TRADUCTION] « pêcher à la traîne » des règlements rapides et faciles.

[104] Les tribunaux américains ne se sont pas privés pour critiquer en termes sévères les tactiques fondées sur un [TRADUCTION] « modèle de gains à coût et à risque faibles » de certains titulaires de droits d'auteur, en particulier les entreprises du secteur des films pornographiques : [TRADUCTION] « Il est devenu manifeste que dans bien des cas les entreprises n'ont pas l'intention de poursuivre les actions, mais introduisent plutôt une procédure pour que, en tant que proverbiale épée de Damoclès au-dessus de la tête des téléchargeurs accusés, elles puissent soutirer à ceux-ci un règlement, afin d'éviter l'embarras d'accusations de téléchargement de pornographie » (voir, à titre d'exemple, *Patrick Collins, Inc. v. John Doe 1*, 2012 U.S. Dist. LEXIS 71122 (E.D. N.Y., 2013) [précitée], à la page 8).

[105] *Ingenuity 13 LLC v. John Doe*, 2013 WL 1898633 (C.D. Cal., 2013), une décision citée par la CIPPIC et liée à une [TRADUCTION] « croisade d'application de droits d'auteur » engagée par un groupe d'avocats, fournit un exemple particulièrement frappant d'un tel cas. Le juge Wright a rendu la décision, à l'encontre de la demanderesse; c'est l'un des juges qui critique de la manière la plus véhémement le modèle commercial utilisé par de nombreux demandeurs dans de telles affaires. La décision ne nous est toutefois guère utile parce qu'elle mettait en cause, en ce qui concerne les [TRADUCTION] « pêcheurs à la traîne de droits d'auteur », des assertions inexactes et des pratiques frauduleuses de la part de la demanderesse. Aucune preuve de recours à des assertions inexactes ou à des pratiques frauduleuses n'est soumise à la Cour dans le cadre de la présente requête. La possibilité d'un tel recours est seulement évoquée, du fait de l'approche adoptée par Voltage dans d'autres litiges aux États-Unis et dont il sera question par la suite. Les propos colorés du juge Wright dans le passage suivant sont toutefois d'intérêt (à la page 1) :

[TRADUCTION] Des demandeurs ont déjoué le système juridique. Ils ont découvert à leur avantage un lacs de lois désuètes sur le droit d'auteur, de stigmatisation sociale paralysante et de frais de défense exorbitants. Ils tirent profit de cette anomalie en accusant des personnes d'avoir téléchargé illégalement ne

calculated to be just below the cost of a bare-bones defense. For these individuals, resistance is futile; most reluctantly pay rather than have their names associated with illegally downloading porn. So now, copyright laws originally designed to compensate starving artists allow, starving attorneys in this electronic-media era to plunder the citizenry. [Footnotes omitted.]

[106] Because of the U.S. civil procedure code, judges have opted to utilize the court's discretionary powers over joinder of claims to address abuses of power. It is within this context that U.S. courts have opined on "copyright trolls" and their targeting of individuals without any concern to the differences between cases and the factual and legal culpability of numerous defendants. The potential for coercing individuals into settlement is often cited as a reason to prohibit joinder, even where the formal requirements of the rules of civil procedure are met.

[107] Stories regarding coercive litigation tactics employed by "copyright trolls" have affected courts which are hesitant to encourage such activity (see, for example, *Malibu Media, LLC v. John Does 1-5*, 285 F.R.D. 273 (D. N.Y., 2012) [cited above]. In that case, the judge permitted joinder of claims because she was of the view that many of the concerns regarding the pressure to settle could be mitigated by anonymity of the alleged infringer. The Court also took the position that the nature of work that is protected (adult films) and its accompanying level of embarrassment should not affect the propriety of joinder.

[108] In *Third Degree Films, v. Does 1-47*, 286 F.R.D. 188 (D. Mass., 2012), the judge described the approach employed by courts across the country as follows (at pages 4–6):

Against this backdrop of mass lawsuits and potentially abusive litigation tactics, courts nationwide have become sceptical of allowing the adult film companies unfettered access to the judicial processes of subpoenas and early discovery.

serait-ce qu'une seule vidéo pornographique. Ils offrent ensuite un règlement, d'un montant juste au-dessous du coût d'une défense minimale. Il est futile pour ces personnes de résister et, plutôt que de voir leur nom associé au téléchargement illégal de matériel pornographique, ils paient à contre cœur ce qu'on leur demande. Ainsi, les lois sur le droit d'auteur conçues à l'origine pour dédommager les artistes affamés permettent désormais, à l'ère des médias électroniques, à des avocats affamés de piller la population. [Notes en bas de page omises.]

[106] En raison du code de procédure civile des États-Unis, les juges de ce pays ont recouru à leurs pouvoirs discrétionnaires en matière de jonction des demandes pour s'attaquer aux éventuels abus de pouvoir. C'est à ce titre que les tribunaux américains se sont prononcés sur les [TRADUCTION] « pêcheurs à la traîne de droits d'auteur » et sur leur ciblage de défendeurs sans se soucier de leur culpabilité ou de leur innocence, dans les faits ou au plan juridique, non plus que des différences pouvant exister entre les diverses situations multiples. Les juges invoquent bien souvent la possibilité que des individus soient contraints d'accepter un règlement pour refuser d'accorder la jonction, et ce, même lorsque les exigences formelles du code de procédure civile sont respectées.

[107] Les récits de tactiques judiciaires coercitives employées par les [TRADUCTION] « pêcheurs à la traîne de droits d'auteur » ont touché les tribunaux et ceux-ci sont peu enclins à encourager de telles activités (voir, par exemple, *Malibu Media, LLC v. John Does 1-5*, 285 F.R.D. 273 (D. N.Y., 2012) [précitée]. Dans cette affaire, la juge a autorisé la jonction des demandes parce qu'elle estimait possible de minimiser par l'anonymat du violateur présumé bon nombre des préoccupations concernant les pressions pour régler. La juge s'est aussi dite d'avis que la nature des œuvres protégées (des films pornographiques) et la gêne qui y est associée ne devraient pas influencer sur la décision d'accorder ou non une jonction.

[108] Dans la décision *Third Degree Films, v. Does 1-47*, 286 F.R.D. 188 (D. Mass., 2012), le juge a décrit comme suit l'approche adoptée par les tribunaux partout aux États-Unis (aux pages 4 à 6) :

[TRADUCTION] Dans un tel contexte de litiges de masse et, éventuellement, de manœuvres judiciaires abusives, les tribunaux à l'échelle du pays ont commencé à douter de l'opportunité de laisser aux entreprises du film pornographique l'accès, sans

Furthermore, many courts are eradicating these mass filings on the ground that joinder of tens, hundreds, and sometimes thousands of alleged infringers is improper, and some have admonished the plaintiff adult film companies for evading such substantial court filing fees as they have through the joinder mechanism. Still, a number of courts have upheld the joinder of Doe defendants as proper and efficient, issued subpoenas, and permitted early discovery. [Footnotes omitted.]

[109] The Court also described some of the more egregious tactics used by the plaintiffs, such as in one case harassing telephone calls demanding \$2 900 to end the litigation (page 15).

[110] The pursuit of non-judicial remedies aimed at extracting quick settlements from alleged infringers have led judges to deny remedies to plaintiffs (see, *Hard Drive Prods., Inc. v. Does 1-90*, 2012 U.S. Dist. LEXIS 45509 (N.D. Cal., 2012)). The Court considered the plaintiff's admission that to its knowledge neither it nor any other defendant had ever served a single alleged infringer after early discovery had been granted. Thus, the plaintiff had failed to establish that granting discovery would lead to identification of and service of the alleged infringers.

[111] However, in an Oregon case involving Voltage (*Voltage Pictures, LLC v. Does 1-198, Does 1-12, Does 1-34, Does 1-371*, (1:13-cv-00293-CL)(D. Or., 2013) [cited above]), the Court suggested the most appropriate method to protect against the risk of coercion is to sever the alleged infringers and require them to be sued individually (see also, *Combat Zone, Inc. v. Does 1-84*, 2013 U.S. Dist. LEXIS 35439 (D. Mass., 2013) [cited above]).

[112] The Oregon Court was not merely concerned with Voltage's avoidance of filing fees, rather, it strongly criticized Voltage for its "underhanded business model" aimed at raising profits. Judge Aiken expressed doubt

restrictions, aux procédures judiciaires comme les assignations et l'interrogatoire préalable. De nombreux tribunaux ont aussi mis un terme à de tels dépôts de masse parce qu'ils estimaient inappropriée la jonction de demandes visant des dizaines, des centaines et même parfois des milliers de violateurs présumés, et certains ont réprimandé les entreprises du film pornographique demanderesse pour avoir recouru au mécanisme de la jonction de demandes, et ainsi évité de payer d'importants droits de dépôt. Malgré tout, un certain nombre de tribunaux ont confirmé les jonctions visant de multiples défendeurs anonymes, jugées opportunes et efficaces, délivré des assignations et autorisé l'interrogatoire préalable. [Notes en bas de page omises.]

[109] La Cour a aussi décrit certaines des manœuvres les plus flagrantes employées par les demandeurs, comme dans un cas le recours à des appels de menaces où l'on réclamait 2 900 \$ pour mettre fin au litige (à la page 15).

[110] Le recours à des voies non judiciaires pour soutirer un règlement rapide aux violateurs présumés a conduit les juges à refuser des mesures de réparation aux demandeurs (voir *Hard Drive Prods., Inc. v. Does 1-90*, 2012 U.S. Dist. LEXIS 45509 (N.D. Cal., 2012)). La Cour a pris en compte l'aveu de la demanderesse selon lequel, à sa connaissance, ni elle-même ni aucun autre défendeur n'avait fait de signification à un quelconque violateur présumé après l'obtention du droit de procéder à un interrogatoire préalable. La demanderesse n'avait donc pas établi que la délivrance d'une ordonnance portant interrogatoire préalable conduirait à l'identification de violateurs présumés puis à une signification à l'un quelconque d'entre eux.

[111] Toutefois, dans une décision rendue en Oregon qui concernait Voltage (*Voltage Pictures, LLC v. Does 1-198, Does 1-12, Does 1-34, Does 1-371*, (1:13-cv-00293-CL)(D. Or., 2013) [précitée]), la Cour a laissé entendre que le meilleur moyen pour éviter le risque de coercion consistait à disjoindre les affaires des divers violateurs présumés et à exiger que chacun soit poursuivi de manière individuelle (voir également *Combat Zone, Inc. v. Does 1-84*, 2013 U.S. Dist. LEXIS 35439 (D. Mass., 2013) [précitée]).

[112] La Cour de l'Oregon ne se souciait pas simplement du défaut de Voltage d'acquitter les droits de dépôt; elle l'a aussi critiquée sévèrement pour son recours à un [TRADUCTION] « modèle commercial sournois » pour

about Voltage's claim that it was interested in defending P2P copyright infringement. The sample demand letter before the Court showed that Voltage threatened punitive damages and, in the Court's view, suggested that liability of the alleged infringers was a foregone conclusion. The Court characterized Voltage's attempt to use scare tactics and "paint all Doe users, regardless of degree of culpability in the same light" (at page 11) as an abuse of process. The Court observed (at page 10):

Accordingly, plaintiff's tactic in these BitTorrent cases appears to not seek to litigate against all the Doe defendants, but to utilize the court's subpoena powers to drastically reduce litigation costs and obtain, in effect, \$7,500 for its product which, in the case of Maximum Conviction, can be obtained for \$9.99 on Amazon for the Blu-Ray/DVD combo or \$3.99 for digital rental.

[113] This highlights an issue raised by CIPPIC to the effect that damage claims in these mass infringement cases often far exceeds any actual damage that may have occurred.

[114] Further, U.S. courts have taken a dim view of demand letters that stated that alleged infringers are being notified because they actually infringed and the case would be dropped if settlement was reached. Courts have characterized this information as erroneous because it assumes that the **person who pays** for Internet access at a given location **is the same individual who allegedly infringed** copyright. For example, in *Combat Zone*, following other judges, the judge characterized this assumption as tenuous and analogous to the assumption that a person who pays the telephone bill also made a specific telephone call (citing *In re BitTorrent Adult Film Copyright Infringement Cases*, 2012 U.S. Dist. LEXIS 61447 (E.D. N.Y., 2012), at page 3).

[115] Counsel for Voltage in this case argued that this case was about nothing more than joinder of defendants. However, in my view that is a mischaracterization.

réaliser des profits. Le juge Aiken a dit douter de la prétention de Voltage selon laquelle elle voulait se défendre contre les violations du droit d'auteur par l'entremise de réseaux P2P. La mise en demeure type présentée à la Cour révélait que Voltage menaçait le destinataire de dommages-intérêts punitifs et, selon la Cour, laissait entendre qu'il fallait tenir pour acquise la responsabilité des violateurs présumés. La Cour a qualifié d'abus de procédure la tentative de Voltage de recourir à des stratégies alarmistes et de [TRADUCTION] « mettre dans le même sac tous les *Doe* (les Untel) utilisateurs, quel que soit leur degré de culpabilité » (à la page 11). La Cour a indiqué (à la page 10) :

[TRADUCTION] La stratégie de la demanderesse dans ces affaires BitTorrent semble être non pas d'aller à procès avec tous les *Doe* défendeurs, mais plutôt d'utiliser les pouvoirs d'assignation de la cour pour réduire radicalement le coût des litiges et, en pratique, obtenir 7 500 \$ pour son produit que, dans le cas de Maximum Conviction, on peut obtenir pour 9,99 \$ sur Amazon (les Blu-Ray et DVD combinés) ou louer en ligne pour 3,99 \$.

[113] Cela met en lumière un problème soulevé par la CIPPIC : le montant des dommages réclamés dans ces affaires de masse de violation de droits d'auteur est souvent bien supérieur aux dommages qui ont pu réellement avoir été subis.

[114] Les tribunaux américains ont également vu d'un mauvais œil les mises en demeure où l'on disait aux violateurs présumés qu'ils étaient dûment notifiés parce qu'ils avaient commis une violation et que l'affaire serait abandonnée si l'on en arrivait à un règlement. Les tribunaux ont jugé ces renseignements erronés parce qu'ils supposent que **la personne payant** pour l'accès Internet à un point donné **est la personne même présumée avoir violé** le droit d'auteur. Le juge dans l'affaire *Combat Zone* par exemple, comme d'autres juges avant lui, a décrit cette supposition comme fragile et analogue à celle voulant que la personne réglant la facture de téléphone soit aussi l'auteur d'un appel téléphonique donné (en citant la décision *In re BitTorrent Adult Film Copyright Infringement Cases*, 2012 U.S. Dist. LEXIS 61447 (E.D. N.Y., 2012), à la page 3).

[115] Les avocats de Voltage en l'espèce ont soutenu que la présente affaire ne constituait rien de plus qu'une jonction de défendeurs. Une telle qualification est

Private information is being sought and the Court ought not to order its release unless there is some protection against it being misused as it has been in the U.S. copyright troll cases.

[116] Notably, no draft letter or order was provided in this case although during the course of argument counsel for Voltage outlined the contents of a proposed letter. Given the order being made herein, the letter will be subject to judicial scrutiny.

[117] Very few U.S. cases address the alleged infringers' privacy and anonymity rights. This issue was most closely canvassed in *Malibu Media, LLC v. John Does*, 902 F. Supp. 2d 690 (E.D. Pa., 2012) [cited above], wherein five of the alleged infringers sought to quash third-party subpoenas and moved against the filing of a single complaint joining all of them. Malibu Media, the producer of adult films and copyright holder, was one of the plaintiffs that had initiated proceedings against unidentified alleged infringers across multiple jurisdictions.

[118] In the course of the action Malibu Media's approach to litigation was described as follows (at pages 695–696):

When Plaintiff receives this information from the ISPs, it contacts the subscribers associated with the IP addresses, usually by letter, advising them of the lawsuits and offering them an opportunity to settle by payment of a monetary sum. The content of the letters is not yet in the record. Nor does the Court have any information as to the amount of money that Plaintiff typically demands, or whether and to what extent negotiations take place and ultimately lead to settlements. If the John Doe defendant who receives the letter agrees to pay, Plaintiff dismisses the complaint against that defendant with prejudice and without any further court proceedings, thus avoiding the public disclosure of the defendant's identity. If the John Doe defendant refuses to settle, or Plaintiff has been unable to serve the complaint within the 120 days required under Rule 4(m) of the Federal Rules of Civil Procedure, subject to any extension granted by the court, with whatever information is provided by the ISP, Plaintiff dismisses the complaint against that defendant without prejudice

pendant erronée selon moi. Des renseignements personnels sont demandés, et la Cour ne devrait en ordonner la divulgation que si des mesures de protection préviennent leur mauvais usage, comme tel a été le cas dans les affaires américaines visant les pêcheurs à la traîne de droits d'auteur.

[116] Fait à noter, nulle ébauche de lettre ou d'ordonnance n'a été présentée dans notre affaire bien qu'au cours de la plaidoirie, les avocats de Voltage aient défini les grandes lignes d'un projet de lettre. La Cour va se pencher sur la teneur de la lettre, étant donné l'ordonnance rendue en l'espèce.

[117] Les tribunaux américains ont traité bien peu souvent des droits au respect de la vie privée et à l'anonymat des violateurs présumés. L'examen le plus approfondi de la question a été fait dans la décision *Malibu Media, LLC v. John Does*, 902 F. Supp. 2d 690 (E.D. Pa., 2012) [précitée], une affaire où cinq des violateurs présumés demandaient l'annulation des assignations de tiers et s'opposaient au dépôt d'une seule demande en vue de la jonction de toutes. Malibu Media, le producteur de films pornographiques et titulaire de droits d'auteur en cause, était l'une des demandereses ayant introduit une procédure contre des violateurs présumés anonymes dans des ressorts multiples.

[118] Dans le cadre de l'action, on a décrit comme suit la façon pour Malibu Media d'aborder les litiges (aux pages 695 et 696) :

[TRADUCTION] Une fois que la demanderesse obtient ces renseignements du PSI, elle communique avec les abonnés correspondant aux adresses IP, habituellement par lettre, pour les informer des poursuites et leur offrir l'occasion de régler pour un certain montant. Les lettres ne sont pas encore versées au dossier. La cour ne dispose non plus d'aucune information sur le montant habituellement requis par la demanderesse, ni sur la mesure dans laquelle des négociations ont lieu et aboutissent à un règlement. Si le défendeur John Doe destinataire de la lettre consent à payer, la demanderesse abandonne sa plainte contre lui, sans possibilité d'engager une autre action, ce qui permet au défendeur d'éviter la divulgation publique de son identité. S'il refuse tout règlement, ou si la demanderesse n'a pu signifier la plainte dans le délai de 120 jours prescrit par la Règle 4(m) des Règles fédérales de procédure civile, sous réserve de toute prorogation accordée par la cour, ainsi que tout renseignement fourni par le PSI, la demanderesse abandonne sa plainte contre le défendeur, mais sous réserve de sa capacité d'intenter une action par la suite. Usant de

to Plaintiff's ability to commence a subsequent action against that defendant. In this fashion, Plaintiff has initiated hundreds of lawsuits in various district courts throughout the country, but has not yet proceeded to trial in any case. [Emphasis added.]

[119] This appears to be a typical description of how copyright trolling or speculative invoicing works. In that case the alleged infringers argued that their right to remain anonymous outweighed the plaintiff's potential proprietary interests in the copyright. The Court disagreed and held that the third-party subpoenas did not unduly burden these potential defendants. The Court acknowledged that its order impeded the right to anonymity on the Internet and implicates First Amendment rights under the U.S. Constitution. Nonetheless, the Court determined that the standard used by prior courts when granting third-party subpoenas was an appropriate means of balancing competing interests at stake. This standard requires the court to balance five factors:

- (1) the concreteness of the plaintiff's showing of a *prima facie* claim of actionable harm;
- (2) the specificity of the discovery request;
- (3) the absence of alternative means to obtain the subpoenaed information;
- (4) the need for the subpoenaed information to advance the claim; and
- (5) the objecting party's expectation of privacy.

[120] These factors bear some similarity to the *BMG* factors discussed above. The Court was of the view that the factors weighed in favour of the plaintiff because any detriment to the expectation of privacy could be mitigated by granting their request to proceed anonymously.

ce mode, la demanderesse a introduit des centaines de procédures devant diverses cours de district partout au pays, mais elle n'est encore allé en procès dans aucun cas. [Non souligné dans l'original.]

[119] Cela semble bien décrire le mode de fonctionnement habituel de la pêche à la traîne de droits d'auteur et de la facturation sur une base hypothétique. Dans l'affaire en cause, les violateurs présumés soutenaient que leur droit à l'anonymat avait préséance sur tout droit de propriété éventuel de la demanderesse dans les droits d'auteur. Étant d'opinion contraire, la Cour a statué que les assignations de tiers n'occasionnaient pas un fardeau indu à ces défendeurs éventuels. La Cour a reconnu que son ordonnance portait atteinte au droit à l'anonymat sur Internet et mettait en cause des droits garantis par le Premier amendement de la Constitution des États-Unis. Elle a néanmoins conclu que le critère déjà utilisé par d'autres juges en vue de la délivrance d'assignations à des tiers permettait d'établir un juste équilibre entre les intérêts contradictoires en jeu. Ce critère nécessitait de soupeser cinq facteurs :

- 1) le caractère concret de la preuve faite *prima facie* par le demandeur d'un préjudice susceptible d'action;
- 2) la portée, précise ou non, de la demande de divulgation;
- 3) l'absence d'autre mode d'obtention des renseignements visés par l'assignation ;
- 4) la nécessité de ces renseignements au soutien de l'action;
- 5) les attentes en matière de respect de la vie privée de la partie opposante.

[120] Ces facteurs ressemblent quelque peu à ceux, énoncés dans l'arrêt *BMG*, dont on a traité précédemment. La Cour était d'avis que les facteurs penchaient en faveur de la demanderesse parce qu'on pouvait atténuer toute atteinte éventuelle au respect de la vie privée des intéressés en accédant à leur demande faite qu'on procède de manière anonyme.

[121] The Court also acknowledged that subscriber information may not directly identify defendants but noted that it would likely allow the plaintiff to identify the actual infringer. Curiously, the Court did not consider whether this was likely to occur considering the plaintiff's approach to this litigation, set out above. The Court did state, however, that: "The purpose of the joinder rules is to promote efficiency, not to use Federal District Courts as small claims collection agencies, by putting economic pressure on individuals who do not have substantive liability" (at page 701).

[122] Ultimately, the Court did not sever the claims but rather stayed all claims but those of the five alleged infringers who brought the motions. He ordered these to proceed forward as a "Bellweather trial" (a type of test case intended to give parties an indication of what is likely to happen in future proceedings of the same nature).

[123] Interestingly, the Court also provided the following warning, suggesting that the plaintiff's intention to actually pursue claims may be relevant in future proceedings (at page 701):

Although the Court cannot prevent the parties from settling these claims, the Court assumes that Plaintiff will welcome this opportunity to prove its claims promptly pursuant to the Federal Rules of Civil Procedure, the Federal Rules of Evidence, and the copyright laws, which may, if Plaintiff is successful, lead to an injunction enjoining the practices about which Plaintiff complains. If Plaintiff decides instead to continue to "pick off" individual John Does, for confidential settlements, the Court may draw an inference that Plaintiff is not serious about proving its claims, or is unable to do so. [Emphasis added.]

[124] Despite these judicial pronouncements, courts in the U.S. remain somewhat ambiguous on the question of whether a plaintiff's intention to pursue litigation

[121] La Cour a aussi reconnu que les renseignements sur les abonnés pouvaient ne pas permettre d'identifier directement les défendeurs, tout en faisant remarquer cependant qu'ils permettraient vraisemblablement à la demanderesse d'identifier les véritables violateurs. Curieusement, compte tenu de l'approche adoptée par la demanderesse dans le litige décrite plus haut, la Cour n'a pas examiné s'il était probable que cela se produise. La Cour a toutefois déclaré : [TRADUCTION] « L'objet des règles relatives à la jonction est de favoriser l'efficacité, et non d'utiliser les cours de district fédérales comme des agences de recouvrement de petites créances en leur faisant exercer des pressions économiques sur des personnes sans aucune responsabilité sur le fond » (à la page 701).

[122] En fin de compte, la Cour n'a pas disjoint les demandes mais les a plutôt toutes suspendues, à l'exception de celles visant les cinq violateurs présumés lui ayant soumis les requêtes. Le juge a ordonné qu'on aille de l'avant avec un [TRADUCTION] « procès de type Bellweather » (une sorte de cause type destinée à donner aux parties une idée du déroulement probable d'instances futures de même nature).

[123] Fait intéressant, la Cour a aussi formulé la mise en garde suivante, laissant ainsi entendre que l'intention véritable, ou non, de la demanderesse d'aller à procès pouvait être un facteur pertinent lors de futures instances (à la page 701) :

[TRADUCTION] Bien que la Cour ne puisse empêcher les parties d'en arriver à un règlement, elle présume que la demanderesse saisira l'occasion donnée pour démontrer le bien-fondé de ses demandes en conformité avec les Règles fédérales de procédure civile, les Règles fédérales de preuve et les lois sur le droit d'auteur et éventuellement, si elle a gain de cause, pour obtenir une injonction interdisant les pratiques qu'elle conteste. Si la demanderesse décide plutôt de « choisir » divers M. et M^{me} Untel, en vue d'obtenir des règlements confidentiels, la Cour pourrait en déduire qu'elle ne veut pas sérieusement, ou ne peut pas, démontrer le bien-fondé de ses demandes. [Non souligné dans l'original.]

[124] Malgré ces déclarations judiciaires, la position des tribunaux américains demeure quelque peu ambiguë quant à la question de savoir si l'intention réelle d'un

against alleged infringers is relevant to allowing disclosure of information.

[125] These decisions also provide almost no analysis of evidence required to establish a *prima facie* case, which is part of the good cause standard applied. In most of these cases reference is made to evidence from forensic investigators. The good cause standard was met where the evidence identified the IP address of each alleged infringer, the city in which the address was located, the date and time of the infringing activity and the ISP of the address (*Malibu Media*, 902 F. Supp. 2d 690 [cited above]).

Summary of U.K. and U.S. cases

[126] The decisions reviewed suggest that courts in both the U.K. and U.S. are particularly concerned with sanctioning a business model that coerces innocent people into settlements.

[127] Both jurisdictions appear open to imposing safeguards and overseeing the disclosure process to ensure that plaintiffs do not misrepresent the effects of the *Norwich* order.

[128] These courts have also generally accepted that users identified by the disclosure may not be the actual infringers but may have information that leads to the alleged infringer. Cases such as *Combat Zone* are particularly useful as guidelines because they prohibit plaintiffs from referring to letter recipients as defendants.

[129] With respect to privacy concerns, the cases in both jurisdictions suggest that such issues are of secondary importance as the law generally does not shield wrongdoing for reasons of privacy. Thus, the question of the extent of actual wrongdoing, once it has been established, is important.

demandeur d'aller à procès contre les violateurs présumés est un facteur pertinent pour ordonner ou non la divulgation de renseignements.

[125] On ne procède pratiquement pas dans ces décisions, non plus, à l'analyse des éléments requis pour établir une preuve *prima facie*, une composante du critère applicable de la cause d'action valable. On fait mention dans la plupart des décisions de la preuve venant d'enquêteurs judiciaires. Le critère de la cause d'action valable est considéré satisfait lorsque la preuve permet d'identifier l'adresse IP de chaque violateur présumé, la ville à laquelle cette adresse correspond, la date et l'heure de la violation ainsi que le PSI lié à l'adresse (*Malibu Media*, 902 F. Supp. 2d 690 [précitée]).

Résumé de la jurisprudence britannique et américaine

[126] Les décisions passées en revue donnent à penser que les tribunaux tant du Royaume-Uni que des États-Unis se soucient particulièrement de sanctionner un modèle commercial qui force des personnes innocentes à accepter un règlement.

[127] Les tribunaux des deux pays semblent disposés à imposer des mesures de protection et à superviser le processus de divulgation pour s'assurer que les demandeurs ne présentent pas faussement les répercussions de l'ordonnance de type *Norwich*.

[128] Ces tribunaux ont aussi généralement admis que les utilisateurs identifiés par suite de la divulgation pouvaient ne pas être les véritable violateurs, mais néanmoins disposer de renseignements conduisant aux présumés violateurs. Les décisions comme *Combat Zone* peuvent fournir des orientations particulièrement utiles parce qu'on y interdit aux demandeurs de qualifier de défendeurs les destinataires de leurs lettres.

[129] Quant aux préoccupations concernant le respect de la vie privée, la jurisprudence de l'un et l'autre pays laisse entendre qu'elles sont d'importance secondaire comme en général le droit n'en fait pas des obstacles aux poursuites contre les transgresseurs. La question de la portée d'une transgression, une fois son existence démontrée, est ainsi d'importance.

[130] U.S. law clearly imposes a *prima facie* standard on plaintiffs but it is difficult to ascertain how the evidence mentioned in the cases meets that higher standard. It could be that U.S. courts are far more familiar with these types of claims and the evidence required to establish infringement. Interestingly, U.S. courts acknowledge that the identified IP address subscriber may not be the actual infringer for a number of reasons, but do not discuss the technical flaws of techniques used to trace IP addresses, an issue identified by CIPPIC.

[131] U.K. courts require claimants to establish an arguable case of infringement. In *Golden Eye* the Court held that technical and non-technical uncertainties were not sufficient to deny the request for disclosure.

[132] Thus, although CIPPIC asserts that U.S. and U.K. cases recognize a need to assess the strength of a cause of action as a pre-requisite, it is not clear from a review of these cases what this actually means in practice. Based on the evidence on this motion there is a *bona fide* case of copyright infringement. The real question is the form of remedy.

CONCLUSION

[133] Having considered all of the evidence of the parties, their submissions and the jurisprudence, there is a number of principles to be gleaned. These principles are in addition to the tests to be applied from *BMG*. The Court should give consideration to these principles to weigh and balance the privacy rights of potentially innocent users of the Internet versus the right of copyright holders to enforce their rights. The Court ought to balance these rights in assessing the remedy to be granted. Where evidence suggests that an improper motive may be lurking in the actions of a copyright

[130] On astreint clairement les demandeurs au critère de la preuve *prima facie* en droit américain, mais il est difficile d'évaluer dans quelle mesure la preuve mentionnée dans les décisions rendues satisfait à ce critère plus rigoureux. Il se pourrait que les tribunaux américains aient beaucoup plus l'habitude de ce type de demandes et sachent ainsi bien mieux quelle preuve permet de démontrer la violation. Il est intéressant de noter que les tribunaux américains, tout en reconnaissant que l'abonné auquel correspond l'adresse IP identifiée puisse ne pas être le véritable violateur pour de nombreuses raisons, n'ont pas abordé les lacunes des techniques utilisées pour retracer une telle adresse; la CIPPIC a pour sa part fait ressortir le problème.

[131] Les tribunaux britanniques exigent que les demandeurs établissent l'existence d'une cause défendable de violation du droit d'auteur. Dans la décision *Golden Eye*, la Haute Cour a statué que les incertitudes techniques et non techniques ne suffisaient pas pour refuser une demande de divulgation.

[132] Ainsi, bien que la CIPPIC affirme que les tribunaux américains et britanniques reconnaissent comme condition préalable la nécessité d'examiner s'il existe une cause d'action valable, il ne ressort pas bien clairement de la jurisprudence ce que l'on entend par cela en pratique. Au vu de la preuve produite dans le cadre de la présente demande, il existe en l'espèce une véritable demande fondée sur la violation du droit d'auteur. La vraie question en jeu est celle des mesures de réparation appropriées.

CONCLUSION

[133] Après examen de toute la preuve produite par les parties, de leurs observations ainsi que de la jurisprudence, il est possible de dégager un certain nombre de principes. Ces principes s'ajoutent aux critères énoncés dans l'arrêt *BMG* qu'il convient d'appliquer. La Cour doit prendre en compte ces principes afin de soupeser, pour en arriver à un juste équilibre, le droit à la vie privée d'utilisateurs d'Internet peut-être innocents et le droit des titulaires de droits d'auteur à faire respecter ceux-ci. La Cour doit mettre ces droits en balance pour évaluer la mesure de réparation qu'il convient d'accorder.

holder plaintiff, the more stringent the order. However, it would only be in a case where there was compelling evidence of improper motive on behalf of a plaintiff in seeking to obtain information about alleged infringers that a Court might consider denying the motion entirely. The *Copyright Act* engages the Court to enforce copyright and the rights that go with the creation of copyrighted works. Absent a clear improper motive the Court should not hesitate to provide remedies to copyright holders whose works have been infringed.

Lorsque la preuve laisse croire qu'un motif indu se cache derrière les actions d'une demanderesse titulaire de droits d'auteur, l'ordonnance devra être plus rigoureuse. La Cour ne pourra toutefois envisager de rejeter entièrement la requête que si une preuve convaincante montre que la demanderesse a un motif indu pour vouloir obtenir des renseignements sur de présumés violateurs. La *Loi sur le droit d'auteur* convie la Cour à faire respecter le droit d'auteur ainsi que les droits associés à la création d'œuvres protégées. Faute ainsi d'un motif indu manifeste, la Cour ne doit pas hésiter à accorder aux titulaires de droits d'auteur des mesures de réparation lorsque leurs droits dans des œuvres ont été violés.

[134] In summary, the following is a non-exhaustive list of considerations which flow from cases in the U.S., U.K. and Canada:

[134] Voici en résumé une liste non exhaustive des éléments à considérer après examen de la jurisprudence des États-Unis, du Royaume-Uni et du Canada :

- | | |
|---|--|
| <ul style="list-style-type: none"> (a) The moving party must demonstrate a <i>bona fide</i> case; (b) Putting safeguards in place so that alleged infringers receiving any “demand” letter from a party obtaining an order under rule 238 or a <i>Norwich</i> order not be intimidated into making a payment without the benefit of understanding their legal rights and obligations; (c) When issuing a <i>Norwich</i> order the Court may retain the authority to ensure that it is not abused by the party obtaining it and can impose terms on how its provisions are carried out; (d) The party enforcing the <i>Norwich</i> order should pay the legal costs and disbursements of the innocent third-party; (e) Specific warnings regarding the obtaining of legal advice or the like should be included in any correspondence to individuals who are identified by the <i>Norwich</i> order; (f) Limiting the information provided by the third party by releasing only the name and residential address but not telephone numbers and e-mail addresses; (g) Ensuring there is a mechanism for the Court to monitor the implementation of the <i>Norwich</i> order; | <ul style="list-style-type: none"> a) la partie requérante doit démontrer qu'elle dispose d'une véritable demande; b) il faut prévoir des mesures de protection pour que les violateurs présumés recevant la lettre de « mise en demeure » d'une partie ayant obtenu une ordonnance en application de la règle 238 des Règles ou une ordonnance de type <i>Norwich</i> ne se sentent pas contraints à faire un paiement sans bien comprendre leurs droits et leurs obligations juridiques; c) lorsque la Cour octroie à une partie une ordonnance de type <i>Norwich</i>, elle peut conserver le pouvoir de s'assurer qu'elle n'en fasse un usage abusif, et assortir l'application de l'ordonnance des conditions requises; d) la partie qui fait appliquer l'ordonnance de type <i>Norwich</i> doit acquitter les frais juridiques et débours du tiers innocent; e) des mises en gardes précises concernant l'obtention de conseils juridiques, ou des choses semblables, doivent figurer dans toute correspondance adressée aux personnes visées par l'ordonnance de type <i>Norwich</i>; f) il faut restreindre l'information à fournir par le tiers aux seuls nom et adresse domiciliaire des intéressés, à l'exclusion de leurs numéro de téléphone et adresse courriel; g) un mécanisme doit permettre à la Cour de surveiller l'application de l'ordonnance de type <i>Norwich</i>; |
|---|--|

- | | |
|--|--|
| <p>(h) Ensuring that the information that is released remains confidential and not be disclosed to the public and be used only in connection with the action;</p> <p>(i) Requiring the party obtaining the order to provide a copy of any proposed “demand” letter to all parties on the motion and to the Court prior to such letter being sent to the alleged infringers;</p> <p>(j) The Court should reserve the right to order amendments to the demand letter in the event it contains inappropriate statements;</p> <p>(k) Letters sent to individuals whose names are revealed pursuant to Court order must make clear that the fact that an order for disclosure has been made does not mean that the Court has considered the merits of the allegations of infringement against the recipient and made any finding of liability;</p> <p>(l) Any demand letter should stipulate that the person receiving the letter may not be the person who was responsible for the infringing acts;</p> <p>(m) A copy of the Court order, or the entire decision should be included with any letter sent to an alleged infringer; and,</p> <p>(n) The Court should ensure that the remedy granted is proportional.</p> | <p>h) il faut s’assurer que les renseignements communiqués demeurent confidentiels et ne soient pas divulgués au public et qu’ils ne soient utilisés que pour les fins de l’action;</p> <p>i) il faut exiger que la partie qui obtient l’ordonnance transmette à l’avance à toutes les parties à la requête et à la Cour une copie de toute « mise en demeure » qu’elle se propose d’envoyer aux violateurs présumés;</p> <p>j) la Cour devrait se réserver le droit d’ordonner que des modifications soient apportées à la mise en demeure si des déclarations inappropriées devaient y figurer;</p> <p>k) on doit indiquer clairement dans les lettres envoyées aux personnes dont l’ordonnance de divulgation de la Cour permet d’apprendre le nom que la délivrance de l’ordonnance ne veut pas dire que la Cour a examiné sur le fond les allégations de violation de droit d’auteur portées contre elles, ni qu’elle a tiré la moindre conclusion de responsabilité;</p> <p>l) toute mise en demeure doit préciser que son destinataire n’est pas nécessairement considéré être le violateur des droits d’auteur;</p> <p>m) on doit joindre à toute lettre envoyée à un présumé violateur une copie de l’ordonnance de la Cour, ou encore de la décision en son entier;</p> <p>n) la Cour doit s’assurer du caractère proportionnel de la mesure de réparation accordée.</p> |
|--|--|

[135] On the facts of this case, there is some evidence that Voltage has been engaged in litigation which may have an improper purpose. However, the evidence is not sufficiently compelling for this Court at this juncture in the proceeding to make any definitive determination of the motive of Voltage. They have demonstrated on their evidence that they own copyright in the works; that the forensic investigation concluded that there are alleged infringers who have downloaded the works via the P2P and BitTorrent system; that TekSavvy, a non-party is the ISP that has information such as names and addresses of its subscribers who are alleged by Voltage to have infringed; quite properly, TekSavvy will not release any information in the absence of a court order; that it is fair that Voltage have access to the information to enforce its copyright; and, given the terms of the order made, production of such information will not delay, inconvenience or cause expense to TekSavvy or others.

[135] Au vu des faits d’espèce, certains éléments montrent que Voltage a pu avoir déjà institué des procédures pour un motif indu. La preuve n’est toutefois pas assez convaincante pour que la Cour, au stade actuel de l’instance, tire une conclusion définitive quant aux motifs de Voltage. Celle-ci a démontré par sa preuve qu’elle est titulaire de droits d’auteur dans les œuvres; qu’on a conclu à l’issue de l’enquête judiciaire que de présumés violateurs avaient téléchargé les œuvres par l’entremise du système de pair-à-pair (P2P) BitTorrent; que TekSavvy, non-partie au litige, est le PSI qui dispose de renseignements, comme le nom et l’adresse, sur les abonnés qui auraient enfreint les droits d’auteur de Voltage; que TekSavvy, à juste titre, ne communiquera aucun renseignement en l’absence d’une ordonnance de la cour; qu’il est équitable que Voltage ait accès aux renseignements pour faire respecter ses droits d’auteur; que, compte tenu des conditions de l’ordonnance, la

[136] Counsel for TekSavvy helpfully put in perspective the issues TekSavvy has with respect to revealing information and there was evidence of notifications which TekSavvy had made available to its customers. TekSavvy also sought payment of its reasonable costs in the event it had to release information. Any dispute regarding those costs can be resolved by the case management judge.

[137] In order to ensure the Court maintains control over the implementation of the order, this action will proceed as a specially managed action and a case management judge will be appointed who will monitor, as necessary, the conduct of Voltage in its dealings with the alleged infringers.

[138] Further, in order to ensure there is no inappropriate language in any demand letter sent to the alleged infringers, the draft demand letter will be provided to the Court for review. The letter should contain a statement that no Court has yet found any recipient of the letter liable for infringement and that recipients should seek legal assistance. The reasonable legal costs, administrative costs and disbursements of TekSavvy in providing the information will be paid to TekSavvy prior to the information being provided. The information will be limited only to the name and address of the IP addresses as set out in the schedule to the affidavit of Barry Logan which schedule is attached as Schedule A to these reasons and order. Any further directions or additions to the order will be dealt with by the case management judge. All participants on this motion and any intended defendant shall be able to seek a case conference with the case management judge to review issues arising in the proceeding.

[139] In my view, the order herein balances the rights of Internet users who are alleged to have downloaded the copyrighted works against the rights of Voltage to enforce its rights in those works. A case management judge will be in a good position to maintain that balance

production des renseignements n'occasionnera aucun retard, inconvénient ou frais à TekSavvy ou à des tiers.

[136] Les avocats de TekSavvy ont aidé à mettre en perspective ce pourquoi celle-ci ne voulait pas révéler de renseignements et, d'après certains éléments de preuve, TekSavvy a fait part de certaines notifications à ses clients. TekSavvy a aussi demandé que lui soient remboursés les frais raisonnables engagés si elle devait communiquer des renseignements. Le juge chargé de la gestion de l'instance pourra régler tout différend concernant ces frais.

[137] Pour faire en sorte que la Cour conserve le contrôle de la mise en œuvre de l'ordonnance, la présente action sera gérée à titre d'instance à gestion spéciale et un juge chargé de la gestion de l'instance sera nommé pour superviser, autant qu'il sera nécessaire, la façon d'agir de Voltage avec les présumés violateurs.

[138] Pour veiller en outre à ce que rien d'inopportun ne soit écrit dans toute mise en demeure envoyée aux présumés violateurs, une ébauche en sera soumise à la Cour pour examen. On devra déclarer dans la mise en demeure qu'aucune cour n'a encore reconnu le destinataire coupable de violation de droit d'auteur, et que le destinataire devrait demander l'assistance d'un avocat. Avant de transmettre les renseignements, TekSavvy se fera rembourser les frais juridiques et administratifs ainsi que les débours raisonnables qu'elle aura engagés. Les seuls renseignements communiqués seront les nom et adresse correspondant aux adresses IP figurant en annexe de l'affidavit de Barry Logan, laquelle annexe est jointe à titre d'annexe A aux présents motifs et ordonnance. Le juge chargé de la gestion de l'instance donnera les directives et fera les ajouts à l'ordonnance qui pourront être requis à l'avenir. Tous les participants à la présente requête et tout défendeur éventuel pourront demander au juge chargé de la gestion de l'instance, pour l'examen de questions soulevées dans l'instance, la tenue d'une conférence de cas.

[139] À mon avis, un juste équilibre est établi dans la présente ordonnance entre les droits des utilisateurs d'Internet présumés avoir téléchargé les œuvres protégées par droit d'auteur et le droit de Voltage de faire respecter ses droits dans ces œuvres. Un juge chargé de

and ensure that Voltage does not act inappropriately in the enforcement of its rights to the detriment of innocent Internet users.

la gestion de l'instance sera en bonne posture pour préserver cet équilibre et veiller à ce que Voltage ne fasse pas respecter ses droits de manière inappropriée au détriment d'utilisateurs innocents d'Internet.

ORDER

ORDONNANCE

THIS COURT ORDERS that:

LA COUR ORDONNE :

1. This action shall continue as a specially managed proceeding and be referred to the Office of the Chief Justice for the appointment of a case management judge.
 2. TekSavvy Solutions Inc. (TekSavvy) shall disclose to the plaintiff the contact information, in the form of the names and addresses, to the extent it is able, of the TekSavvy customer accounts (subscribers) associated with the IP addresses attached as Exhibit B to the affidavit of Barry Logan.
 3. All reasonable legal costs, administrative costs and disbursements incurred by TekSavvy in abiding by this order shall be paid by the plaintiff to TekSavvy.
 4. The reasonable legal costs and disbursements of TekSavvy referred to in paragraph 3 herein shall be paid prior to the release to the plaintiff of the information referred to in paragraph 2 herein.
 5. The plaintiff shall include a copy of this order in any correspondence that is sent to any of the subscribers identified by TekSavvy pursuant to this order.
 6. Any of the subscribers may request a full copy of these reasons for order and order from the plaintiff and the plaintiff shall provide a copy at no charge to each subscriber requesting a copy.
 7. Any separate actions commenced by the plaintiff against any of the subscribers shall be case managed in connection with this case.
1. La présente action continuera d'être instruite à titre d'instance à gestion spéciale et est renvoyée au bureau du juge en chef en vue de la désignation d'un juge chargé de la gestion de l'instance.
 2. TekSavvy Solutions Inc. (TekSavvy) communiquera à la demanderesse, dans la mesure où cela lui est possible, les coordonnées, plus précisément le nom et l'adresse, de ses clients (les abonnés) auxquels correspondent les adresses IP jointes à titre d'annexe B à l'affidavit de Barry Logan.
 3. La demanderesse remboursera à TekSavvy tous les frais juridiques et administratifs et les débours raisonnables engagés par celle-ci pour se conformer à la présente ordonnance.
 4. La demanderesse acquittera les frais juridiques et débours raisonnables de TekSavvy mentionnés au paragraphe 3 des présentes avant que ne lui soient communiqués les renseignements mentionnés au paragraphe 2 des présentes.
 5. La demanderesse joindra une copie de la présente ordonnance à toute lettre qu'elle enverra à un abonné identifié par TekSavvy en conformité avec la présente ordonnance.
 6. Tout abonné pourra demander à la demanderesse la copie intégrale des présents motifs de l'ordonnance et ordonnance et la demanderesse transmettra une telle copie, sans frais, à tout abonné qui lui en fera la demande.
 7. Toute action distincte intentée par la demanderesse contre l'un quelconque des abonnés fera l'objet d'une gestion de l'instance en lien avec la présente affaire.

-
8. Any correspondence sent by Voltage to any subscriber shall clearly state in bold type that no Court has yet made a determination that such subscriber has infringed or is liable in any way for payment of damages.
 9. A draft of the proposed letter to be sent to subscribers shall be provided to the parties to this motion and to the Court and be the subject of a case conference with the case management judge to review and approve the contents of the letter before being sent to any subscriber.
 10. The release of the information by TekSavvy shall remain confidential and not be disclosed to any other parties without further order of the Court and only be used by the plaintiff in connection with the claims in this action.
 11. The plaintiff shall undertake to the Court not to disclose to the general public by making or issuing a statement to the media any of the information obtained from TekSavvy.
 12. All participants on this motion and any intended defendant shall have the right to seek a case conference with the case management judge to review issues arising in the proceeding.
 13. Any further amendments or additions to this order shall be within the discretion of the case management judge.
 8. Il sera clairement indiqué en caractères gras, dans toute lettre transmise par Voltage à un abonné, qu'aucune cour ne l'a encore reconnu coupable de violation de droit d'auteur, ni ne l'a condamné de quelque manière que ce soit au paiement dommages-intérêts.
 9. Une ébauche de la lettre dont l'envoi aux abonnés est envisagé sera transmise aux parties à la présente requête et à la Cour et fera l'objet d'une conférence de cas, en présence du juge chargé de la gestion de l'instance, pour examen et approbation de son contenu.
 10. Les renseignements communiqués par TekSavvy demeureront confidentiels et ne pourront être divulgués à quelque autre partie que ce soit, sauf sur nouvelle ordonnance de la Cour, et la demanderesse ne pourra les utiliser qu'aux fins visées dans la présente action.
 11. La demanderesse s'engagera auprès de la Cour à ne divulguer aucun renseignement obtenu de TekSavvy au grand public en faisant une déclaration aux médias ou en publiant une déclaration dans les médias.
 12. Tout participant à la présente requête et tout défendeur éventuel aura le droit de demander au juge chargé de la gestion de l'instance, pour l'examen de questions soulevées dans l'instance, la tenue d'une conférence de cas.
 13. Le juge chargé de la gestion de l'instance disposera du pouvoir discrétionnaire d'apporter toute modification ou de faire tout ajout requis à la présente ordonnance.

A-89-13
2014 FCA 110

A-89-13
2014 CAF 110

Attorney General of Canada (*Appellant*)

Procureur général du Canada (*appelant*)

v.

c.

Fiona Ann Johnstone and Canadian Human Rights Commission (*Respondents*)

Fiona Ann Johnstone et Commission canadienne des droits de la personne (*intimées*)

and

et

Women’s Legal Education and Action Fund Inc. (*Intervener*)

Fonds d’action et d’éducation juridiques pour les femmes inc. (*intervenant*)

INDEXED AS: CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. JOHNSTONE

RÉPERTORIÉ : CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) c. JOHNSTONE

Federal Court of Appeal, Pelletier, Mainville and Scott J.J.A.—Toronto, March 11; Ottawa, May 2, 2014.

Cour d’appel fédérale, juges Pelletier, Mainville et Scott, J.C.A.—Toronto, 11 mars; Ottawa, 2 mai 2014.

Human Rights — Appeal from Federal Court decision dismissing judicial review of Canadian Human Rights Tribunal (Tribunal) decision that Canada Border Services Agency (CBSA) discriminating against respondent Johnstone (respondent) on ground of family status contrary to Canadian Human Rights Act, s. 10 — Work schedule of full-time employees of CBSA occupying positions similar to that of respondent, husband, built around rotating shift plan — CBSA having unwritten policy allowing employee with childcare obligations to work fixed schedules, but only insofar as employee agreeing to be treated as having part-time status — CBSA denying respondent’s request for static shifts on full-time basis in order to accommodate childcare needs — Respondent filing complaint with Canadian Human Rights Commission — Tribunal holding that, inter alia, prohibited ground of discrimination on family status including family, parental obligations such as childcare obligations, respondent making out case of prima facie discrimination — Federal Court dismissing judicial review but remitting matter back to Tribunal as to award of loss wages, benefits for period during which respondent opting for unpaid leave — Respondent also excluded as party to be consulted with respect to development of written remedial policy by CBSA — Principal issues whether Tribunal erring in concluding that family status including childcare obligations; in identifying legal test for finding prima facie case of discrimination on ground of family status; in finding that prima facie case of discrimination on ground of family status made out; with respect to remedial orders — Childcare obligations contemplated under family status in Act those having immutable or constructively immutable characteristics, e.g. those forming integral component of legal relationship between

Droits de la personne — Appel interjeté à l’encontre d’une décision de la Cour fédérale rejetant la demande de contrôle judiciaire d’une décision du Tribunal canadien des droits de la personne (le Tribunal) selon laquelle l’Agence des services frontaliers du Canada (l’ASFC) avait agi de façon discriminatoire envers l’intimée Johnstone (l’intimée) relativement à sa situation de famille en violation de l’art. 10 de la Loi canadienne sur les droits de la personne — L’horaire de travail des employés à temps plein de l’ASFC occupant des postes similaires à celui de l’intimée et de son mari fonctionne selon un quart de travail rotatif — L’ASFC s’est dotée d’une politique non écrite qui permet aux employés ayant des obligations liées à la garde de leurs enfants d’avoir un horaire de travail fixe, mais seulement dans la mesure où l’employé visé accepte d’être traité en tant qu’employé à temps partiel — L’ASFC a rejeté la demande de l’intimée de travailler à temps plein selon un quart de travail fixe pour répondre aux besoins de garde de ses enfants — L’intimée a déposé une plainte auprès de la Commission canadienne des droits de la personne — Le Tribunal a statué, entre autres, que le motif de distinction illégitime fondé sur la situation de famille comprend les obligations familiales et parentales telles que les obligations liées à la garde d’enfants — Il a également statué que l’intimée avait établi une preuve prima facie de discrimination — La Cour fédérale a rejeté la demande de contrôle judiciaire, mais a renvoyé l’affaire devant le Tribunal quant à la perte de salaire et d’avantages sociaux pour la période durant laquelle l’intimée avait choisi de prendre un congé sans solde — L’intimée a été également exclue à titre de partie devant être consultée quant à l’élaboration d’une politique écrite visant à corriger les actes discriminatoires par l’ASFC — Il s’agissait

parent, child — Individual advancing claim having to show (i) child under his or her care, supervision; (ii) childcare obligation at issue engaging individual's legal responsibility for that child; (iii) reasonable efforts made to meet those childcare obligations but no alternative solution reasonably accessible; (iv) impugned workplace rule interfering in more than trivial or insubstantial manner with fulfillment of childcare obligation — Respondent clearly making out prima facie case of discrimination on ground of family status resulting from childcare obligations; Tribunal committing no reviewable error in so finding — As to remedies, Federal Court judgment varied slightly with respect to award for lost wages, consultation regarding remedial policies — Appeal allowed in part.

Administrative Law — Judicial Review — Standard of Review — Federal Court dismissing judicial review of Canadian Human Rights Tribunal decision that Canada Border Services Agency discriminating against respondent Johnstone on ground of family status contrary to Canadian Human Rights Act, s. 10 — Presumption of reasonableness rebutted — Standard of correctness applied with respect to meaning, scope of “family status”, to legal test under which finding of prima facie discrimination may be made under prohibited ground.

This was an appeal from a judgment of the Federal Court dismissing the judicial review application of the appellant challenging a decision of the Canadian Human Rights Tribunal (Tribunal) that the Canada Border Services Agency (CBSA) discriminated against the respondent Johnstone (respondent) on the ground of family status by refusing to accommodate her childcare needs through work scheduling arrangements, contrary to section 10 of the *Canadian Human Rights Act* (Act).

principalement de savoir si le Tribunal a commis une erreur en concluant que la situation de famille comprenait les obligations liées à la garde d'enfants, en déterminant le critère juridique pour conclure à l'existence d'une discrimination prima facie fondée sur la situation de famille, en concluant que la preuve prima facie de discrimination fondée sur la situation de famille avait été établie, et en ce qui concerne les ordonnances réparatrices — Les obligations liées à la garde d'enfants prévues en ce qui a trait à la situation de famille dans la Loi sont celles ayant des caractéristiques immuables ou considérées immuables, c'est-à-dire celles faisant partie intégrante de la relation légale entre un parent et un enfant — La personne qui fait valoir la plainte doit établir i) que l'enfant est sous sa garde et sa surveillance; ii) que l'obligation liée à la garde d'enfants en cause engage sa responsabilité juridique pour cet enfant, par opposition à un choix personnel; iii) qu'elle a fait des efforts raisonnables pour respecter ces obligations liées à la garde d'enfants, mais qu'aucune solution de rechange n'est raisonnablement accessible; et iv) que la règle en milieu de travail contestée nuit d'une manière plus que négligeable ou insignifiante à l'exécution des obligations liées à la garde d'enfants — L'intimée a clairement établi une preuve prima facie de discrimination fondée sur la situation de famille découlant des obligations liées à la garde d'enfants; le Tribunal n'a commis aucune erreur susceptible de révision en arrivant à cette conclusion — Quant à la réparation, le jugement de la Cour fédérale a été quelque peu modifié en ce qui concerne l'indemnité pour perte de salaire et la consultation relative aux politiques visant à corriger les actes discriminatoires — Appel accueilli en partie.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Norme de contrôle judiciaire — La Cour fédérale a rejeté la demande de contrôle judiciaire d'une décision du Tribunal canadien des droits de la personne selon laquelle l'ASFC avait agi de façon discriminatoire envers l'intimée Johnstone relativement à sa situation de famille en violation de l'art. 10 de la Loi canadienne sur les droits de la personne — La présomption de raisonabilité a été réfutée — La norme de la décision correcte s'appliquait, à l'égard du sens et de la portée de l'expression « situation de famille », au critère juridique en vertu duquel une conclusion de discrimination prima facie peut être rendue en vertu d'un motif illicite.

Il s'agissait d'un appel interjeté à l'encontre d'une décision de la Cour fédérale qui a rejeté la demande de contrôle judiciaire de l'appelant contestant une décision du Tribunal des droits de la personne (le Tribunal) selon laquelle l'Agence des services frontaliers du Canada (l'ASFC) avait agi de façon discriminatoire envers l'intimée Johnstone (l'intimée) relativement à sa situation de famille en refusant de tenir compte de ses besoins en matière de garde d'enfants en prenant des dispositions pour organiser son horaire de travail, en violation de l'article 10 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* (la Loi).

The work schedule of full-time employees of the Canada Border Services Agency (CBSA) occupying positions similar to that of the respondent and her husband, is built around a rotating shift plan. Any individual who worked less than 37.5 hours a week was considered a part-time employee. Part-time employees had fewer employment benefits than full-time employees, notably with regard to pension entitlements and promotion opportunities. The CBSA refused to provide an accommodation to employees with childcare obligations on the ground that it had no legal duty to do so. Instead, the CBSA had an unwritten policy allowing an employee with childcare obligations to work fixed schedules, but only insofar as the employee agreed to be treated as having a part-time status with a maximum work schedule of 34 hours per week.

Prior to returning from maternity leave, the respondent asked the CBSA to provide her with static shifts on a full-time basis in order to accommodate her childcare needs. In light of its unwritten policy, the CBSA only offered her static shifts for 34 hours per week resulting in her being treated as a part-time employee.

The respondent thus filed a complaint with the Canadian Human Rights Commission, alleging discrimination on the basis of family status contrary to sections 7 and 10 of the Act. The Tribunal held that the prohibited ground of discrimination on family status includes family and parental obligations such as childcare obligations; the respondent had made out a case of *prima facie* discrimination in that the CBSA engaged in a discriminatory practice by establishing and pursuing an unwritten policy that affected the respondent's employment opportunities; the CBSA had not established a defence based on a *bona fide* occupational requirement that would justify its refusal of the work schedule accommodation sought by the respondent, nor had it developed a sufficient undue hardship argument to discharge it from its duty of accommodation.

The Tribunal, therefore, ordered the CBSA to cease its discriminatory practice against employees who seek accommodation on the basis of family status for purposes of childcare responsibilities, and to consult with the Canadian Human Rights Commission to develop a plan to prevent further incidents of discrimination based on family status in the future. It further ordered the CBSA to establish written policies satisfactory to the respondent and the Canadian Human Rights Commission. Finally, the Tribunal ordered the CBSA to compensate the respondent for her lost wages and benefits, awarded her \$15 000 for pain and suffering pursuant

L'horaire de travail des employés à temps plein de l'ASFC occupant des postes similaires à celui de l'intimée et de son mari fonctionne selon un quart de travail rotatif. Toute personne qui travaillait moins de 37,5 heures par semaine était considérée comme un employé à temps partiel. Les employés à temps partiel avaient moins d'avantages reliés à l'emploi que les employés à temps plein, notamment en ce qui concerne les droits à pension et les possibilités de promotion. L'ASFC a refusé d'accueillir des employés ayant des obligations liées à la garde d'enfants au motif qu'elle n'avait pas l'obligation légale de le faire. L'ASFC s'était plutôt dotée d'une politique non écrite permettant à un employé ayant des obligations liées à la garde de ses enfants d'avoir un horaire de travail fixe, mais seulement dans la mesure où l'employé visé acceptait d'être traité en tant qu'employé à temps partiel avec un horaire comportant un maximum de 34 heures par semaine.

Avant son retour d'un congé de maternité, l'intimée a demandé à l'ASFC de travailler en fonction de quarts de travail fixes à temps plein pour répondre à ses besoins en matière de garde d'enfants. À la lumière de sa politique non écrite, l'ASFC ne lui a offert que des quarts de travail fixes de 34 heures par semaine, ce qui l'a amenée à être traitée comme une employée à temps partiel.

L'intimée a par conséquent déposé auprès de la Commission canadienne des droits de la personne une plainte dans laquelle elle alléguait avoir fait l'objet de discrimination pour un motif fondé sur sa situation de famille, en violation des articles 7 et 10 de la Loi. Le Tribunal a jugé que le motif de distinction illicite fondée sur la situation de famille comprend les obligations familiales et parentales telles que les obligations liées à la garde d'enfants; l'intimée avait établi une preuve *prima facie* de discrimination en ce que l'ASFC avait commis un acte discriminatoire en établissant et en adoptant une politique non écrite qui a nui aux possibilités d'emploi de l'intimée; l'ASFC n'avait pas établi de défense fondée sur une exigence professionnelle justifiée qui lui aurait permis de motiver son refus d'offrir à l'intimée un horaire de travail qui tenait compte de ses besoins, et elle n'avait pas élaboré d'argument suffisant fondé sur la contrainte excessive qui l'aurait dispensée de son obligation d'accommodement.

Le Tribunal a par conséquent ordonné à l'ASFC de cesser sa pratique discriminatoire fondée sur la situation de famille contre les employés qui demandent des mesures d'accommodement fondées sur la situation de famille pour s'acquitter de leurs responsabilités liées à la garde de leurs enfants. Il a ordonné à l'ASFC de consulter la Commission canadienne des droits de la personne afin d'élaborer un plan pour éviter d'autres incidents semblables de discrimination. Il a en outre ordonné à l'ASFC d'établir des politiques écrites que l'intimée et la Commission canadienne des droits de la personne jugent satisfaisantes. Enfin, le Tribunal a ordonné à l'ASFC

to paragraph 53(2)(e) of the Act, and further awarded her \$20 000 for special compensation pursuant to subsection 53(3) of the Act, as a result of its finding that the CBSA had engaged in the discriminatory practice wilfully and recklessly.

The Federal Court dismissed the judicial review application of the Tribunal's decision, holding that the Tribunal had reasonably concluded that family status includes childcare responsibilities; and that the test used by the Tribunal for finding a *prima facie* case of discrimination was reasonable, specifically discarding the "serious interference" test used in *Health Sciences Assoc. of B.C. v. Campbell River and North Island Transition Society*.

With respect to the remedies, the Federal Court could not discern the basis on which the Tribunal awarded full wages to the respondent for her unpaid leave from August 2007 to August 2008. That issue was therefore referred back to the Tribunal for reconsideration. The Federal Court also concluded that the Tribunal exceeded its jurisdiction when it ordered the CBSA to establish written remedial policies satisfactory to the respondent.

The principal issues herein were whether the Tribunal erred in concluding that family status includes childcare obligations; in identifying the legal test for finding a *prima facie* case of discrimination on the ground of family status; in finding that a *prima facie* case of discrimination on the ground of family status had been made out in this case; and with respect to its remedial orders.

Held, the appeal should be allowed in part.

On the issue of the applicable standard of review, the presumption of reasonableness was rebutted and a standard of correctness was to be applied with respect to the two legal issues, namely (a) the meaning and scope of "family status" as a prohibited ground of discrimination, and (b) the applicable legal test under which a finding of *prima facie* discrimination may be made under that prohibited ground.

The appellant proposed a literal interpretation of the expression "family status" that excludes childcare obligations, but cited no judicial authority supporting such a restrictive interpretation. In fact, judges and adjudicators have been almost unanimous in finding that family status incorporates parental obligations such as childcare obligations. A broad, purposive and liberal approach applied in this case.

d'indemniser l'intimée pour sa perte de salaire et d'avantages sociaux, il lui a accordé 15 000 \$ à titre de dommages-intérêts généraux pour préjudice moral en vertu de l'alinéa 53(2)e) de la Loi, et lui a accordé 20 000 \$ à titre d'indemnité spéciale en vertu du paragraphe 53(3) de la Loi, après avoir conclu que l'ASFC avait commis un acte discriminatoire délibéré ou inconsideré.

La Cour fédérale a rejeté la demande de contrôle judiciaire de la décision du Tribunal, estimant que le Tribunal avait raisonnablement conclu que la situation de famille comprend les responsabilités parentales, et que le critère utilisé par le Tribunal pour conclure à une preuve *prima facie* de discrimination était raisonnable, en écartant expressément le critère de l'« atteinte grave » utilisé dans la décision *Health Sciences Association of B.C. v. Campbell River and North Island Transition Society*.

En ce qui concerne les réparations, la Cour fédérale ne pouvait pas discerner le fondement sur lequel le Tribunal a accordé la totalité du salaire à l'intimée pour son congé sans solde du mois d'août 2007 au mois d'août 2008. Cette question a par conséquent été renvoyée au Tribunal pour réexamen. La Cour fédérale a également conclu que le Tribunal a outrepassé sa compétence en ordonnant à l'ASFC d'établir des politiques écrites visant à corriger les actes discriminatoires que l'intimée juge satisfaisantes.

Il s'agissait principalement de savoir si le Tribunal a commis une erreur en concluant que la situation de famille comprend les obligations liées à la garde d'enfants, en déterminant le critère juridique pour conclure à l'existence d'une discrimination *prima facie* fondée sur la situation de famille, en concluant qu'une preuve *prima facie* de discrimination fondée sur la situation de famille avait été établie en l'espèce, et en ce qui concerne les ordonnances réparatrices.

Arrêt : l'appel doit être accueilli en partie.

Sur la question de la norme de contrôle applicable, la présomption relative à la raisonabilité a été réfutée et la norme de la décision correcte devait être appliquée à l'égard des deux questions de droit, à savoir a) le sens et la portée de l'expression « situation de famille » comme motif de distinction illicite, et b) le critère juridique applicable en vertu duquel une conclusion de discrimination *prima facie* peut être rendue en vertu de ce motif illicite.

L'appellant a proposé une interprétation littérale de l'expression « situation de famille » qui exclut les obligations liées à la garde d'enfants, mais n'a cité aucune autorité judiciaire pour soutenir une telle interprétation restrictive. En fait, les juges et les arbitres sont presque unanimes à conclure que la situation de famille intègre les obligations parentales telles que les obligations liées à la garde d'enfants. Une

Such an approach favours a broad participation and inclusion in employment opportunities for those parents who wish or need to pursue such opportunities. The childcare obligations that are contemplated under family status in the Act are those that have immutable or constructively immutable characteristics, e.g. those that form an integral component of the legal relationship between a parent and a child, as opposed to personal choices (such as family trips, participation in extracurricular sports events, etc.). As a result, the childcare obligations at issue were those that a parent cannot neglect without engaging his or her legal liability for the child.

The specific types of evidence and information that may be applied to establish a *prima facie* case of discrimination largely depend on the nature of the prohibited ground of discrimination at issue. As the Federal Court concluded, “the childcare obligations arising in discrimination claims based on family status must be one of substance and the complainant must have tried to reconcile family obligations with work obligations ... [T]his requirement does not constitute creating a higher threshold test for serious interference.” In order to make out a *prima facie* case where workplace discrimination on the prohibited ground of family status resulting from childcare obligations is alleged, the individual advancing the claim must show (i) that a child is under his or her care and supervision; (ii) that the childcare obligation at issue engages the individual’s legal responsibility for that child, as opposed to a personal choice; (iii) that he or she has made reasonable efforts to meet those childcare obligations through reasonable alternative solutions, and that no such alternative solution is reasonably accessible; and (iv) that the impugned workplace rule interferes in a manner that is more than trivial or insubstantial with the fulfillment of the childcare obligation.

In the case at bar, the respondent clearly made out a *prima facie* case of discrimination on the ground of family status resulting from childcare obligations, and the Tribunal committed no reviewable error in so finding. Since the appellant was not asserting any *bona fide* occupational requirement or an undue burden in providing the respondent fixed shifts on a full-time basis, the Tribunal’s ruling that her complaint under the Act was substantiated was to be upheld.

With respect to remedies, since the respondent did not appeal from the judgment referring back to the Tribunal its award of full-time lost wages for the period of August 2007 to

interprétation large, libérale et fondée sur l’objet s’appliquait en l’espèce. Une telle approche favorise une participation étendue et l’inclusion dans les possibilités d’emploi pour les parents qui souhaitent ou doivent rester à l’affût de ces possibilités. Les obligations liées à la garde d’enfants prévues en ce qui a trait à la situation de famille dans la Loi sont celles ayant des caractéristiques immuables ou considérées immuables, c’est-à-dire celles faisant partie intégrante de la relation légale entre un parent et un enfant, par opposition à des choix personnels (tels que les voyages en famille, la participation à des manifestations sportives parascolaires, etc.). Par conséquent, les obligations liées à la garde d’enfants en cause sont celles qu’un parent ne peut pas négliger sans engager sa responsabilité juridique pour l’enfant.

Les types précis d’éléments de preuve et de renseignements qui permettent d’établir une preuve *prima facie* de discrimination dépendent largement de la nature du motif de distinction illicite en cause. Comme l’a conclu la Cour fédérale, « [b]ien que les obligations liées à la garde des enfants invoquées dans les affaires dans lesquelles l’intéressé se prétend victime de discrimination fondée sur sa situation de famille doivent être des obligations importantes et que le plaignant doit avoir tenté de concilier ses obligations familiales avec ses obligations professionnelles, [...] cette exigence ne saurait créer un critère préliminaire plus exigeant en matière d’atteinte grave ». Pour établir une preuve *prima facie* où la discrimination en milieu de travail fondée sur le motif illicite de la situation de famille résultant des obligations liées à la garde d’enfants est alléguée, la personne qui fait valoir la plainte doit établir i) que l’enfant est sous sa garde et sa surveillance; ii) que l’obligation liée à la garde d’enfants en cause engage sa responsabilité juridique pour cet enfant, par opposition à un choix personnel; iii) qu’elle a fait des efforts raisonnables pour respecter ces obligations liées à la garde d’enfants grâce à des solutions de rechange raisonnables, et qu’une telle solution n’est pas raisonnablement accessible; et iv) que la règle en milieu de travail contestée nuit d’une manière plus que négligeable ou insignifiante à l’exécution des obligations liées à la garde d’enfants.

En l’espèce, l’intimée a clairement établi une preuve *prima facie* de discrimination fondée sur la situation de famille découlant d’obligations liées à la garde d’enfants, et le Tribunal n’a commis aucune erreur susceptible de révision en arrivant à cette conclusion. Étant donné que l’appelant ne faisait pas valoir une exigence professionnelle justifiée ou une contrainte excessive pour motiver son défaut de fournir à l’intimée des quarts de travail fixes à temps plein, la décision du Tribunal que sa plainte en vertu de la Loi était fondée devait être confirmée.

Quant à la réparation, puisque l’intimée n’a pas interjeté appel de la décision de renvoyer devant le Tribunal l’ordonnance par laquelle ce dernier lui a accordé son plein salaire et

August 2008 when the respondent opted for unpaid leave to accompany her husband to Ottawa, the same conclusion applied to the period of August 2008 to August 2010 during which the respondent continued to remain on leave in Ottawa. The judgment of the Federal Court was thus varied accordingly. Its judgment was also varied so as to require the CBSA to develop the remedial policies, ordered by the Tribunal, in consultation with the Canadian Human Rights Commission. Finally, as to the award of special damages, the Tribunal's conclusion of wilful or reckless practice was largely founded on the CBSA's disregard for the prior decision of the Tribunal in *Brown v. Canada (Department of National Revenue)*. The Tribunal concluded that in *Brown* it had ordered the organization to which the CBSA succeeded to prevent similar events from recurring through recognition and policies that would acknowledge family status. This was a reasonable interpretation of *Brown* by the Tribunal and a reasonable finding as to the CBSA's failure to follow that prior decision. As a result, the Tribunal acted reasonably in concluding that wilful and reckless conduct had occurred in this case.

ses avantages pour la période allant du mois d'août 2007 au mois d'août 2008, lorsque l'intimée a choisi un congé sans solde pour accompagner son mari à Ottawa, la même conclusion s'appliquait à la période du mois d'août 2008 au mois d'août 2010 au cours de laquelle l'intimée a poursuivi son congé à Ottawa. Le jugement de la Cour fédérale a donc été modifié en conséquence. Sa décision a également été modifiée de façon à exiger de l'ASFC qu'elle élabore des politiques visant à corriger les actes discriminatoires, ordonnées par le Tribunal, en consultation avec la Commission canadienne des droits de la personne. Enfin, quant à l'octroi de dommages-intérêts spéciaux, la conclusion du Tribunal selon laquelle l'acte discriminatoire était délibéré ou inconsidéré était largement fondée sur le mépris dont a fait preuve l'ASFC pour la décision antérieure du Tribunal dans l'affaire *Brown c. Canada (Ministère du Revenu national)*. Le Tribunal a conclu que, dans l'affaire *Brown*, il avait ordonné à l'organisation à laquelle l'ASFC a succédé d'éviter que des situations semblables se reproduisent, en établissant des politiques et en reconnaissant la situation de famille. Il s'agissait d'une interprétation raisonnable de l'affaire *Brown* par le Tribunal et une conclusion raisonnable quant au défaut de l'ASFC de suivre cette décision antérieure. En conséquence, le Tribunal a agi raisonnablement en concluant qu'une conduite délibérée et inconsidérée avait eu lieu dans la présente cause.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

- Alberta Human Rights Act*, R.S.A. 2000, c. A-25.5, s. 3(1).
Canadian Human Rights Act, R.S.C., 1985, c. H-6, ss. 2, 3, 7, 10, 53(2)(a),(c),(d),(e), (3).
Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12.
Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, Art. 599.
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 215(1).
Human Rights Act, R.S.N.S. 1989, c. 214, s. 5(1)(r).
Human Rights Act, R.S.P.E.I. 1988, c. H-12, s. 13.
Human Rights Act, R.S.Y. 1986 (Supp.), c. 11.
Human Rights Act, S.B.C. 1984, c. 22.
Human Rights Act, S.N.L. 2010, c. H-13.1, s. 9(1).
Human Rights Code, R.S.B.C. 1996, c. 210, ss. 7(1), 13(1).
Human Rights Code, R.S.O. 1990, c. H.19, s. 1.
The Human Rights Code, C.C.S.M., c. H175, s. 9(2).
Saskatchewan Human Rights Code (The), S.S. 1979, c. S-24.1, s. 2(1)(m.01).

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

- Alberta Human Rights Act*, R.S.A. 2000, ch. A-25.5, art. 3(1).
Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12.
Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 599.
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 215(1).
Code des droits de la personne, C.P.L.M., ch. H175, art. 9(2).
Code des droits de la personne, L.R.O., ch. H.19, art. 1.
Human Rights Act, R.S.P.E.I. 1988, ch. H-12, art. 13.
Human Rights Act, S.B.C. 1984, ch. 22.
Human Rights Act, S.N.L. 2010, ch. H-13.1, art. 9(1).
Human Rights Code, R.S.B.C. 1996, ch. 210, art. 7(1), 13(1).
Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 2, 3, 7, 10, 53(2)(a),(c),(d),(e), (3).
Loi sur les droits de la personne, L.R.Y. 1986 (suppl.), ch. 11.
Loi sur les droits de la personne, R.S.N.S. 1989, ch. 214, art. 5(1)(r).
Saskatchewan Human Rights Code (The), S.S. 1979, ch. S-24.1, art. 2(1)(m.01).

CASES CITED

FOLLOWED:

Canada (Attorney General) v. Mossop, [1993] 1 S.C.R. 554, (1993), 100 D.L.R. (4th) 658.

APPLIED:

Rogers Communications Inc. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada, 2012 SCC 35, [2012] 2 S.C.R. 283; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Ontario Human Rights Commission and O'Malley v. Simpsons-Sears Ltd. et al.*, [1985] 2 S.C.R. 536, (1985), 23 D.L.R. (4th) 321; *B v. Ontario (Human Rights Commission)*, 2002 SCC 66, [2002] 3 S.C.R. 403; *Canada (Attorney General) v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, 2005 FCA 154, 55 C.H.R.R. D/1, *sub nom. Morris v. Canada (Canadian Armed Forces)*.

CONSIDERED:

Johnstone v. Canada (Attorney General), 2007 FC 36, [2007] CLLC 230-030, aff'd 2008 FCA 101, [2008] CLLC 230-031; *Health Sciences Assoc. of B.C. v. Campbell River and North Island Transition Society*, 2004 BCCA 260, 240 D.L.R. (4th) 479; *Hoyt v. Canadian National Railway*, 2006 CHRT 33, 57 C.H.R.R. D/437; *Brown v. Canada (Department of National Revenue)*, 1993 CanLII 683 (C.H.R.T.); *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 53, [2011] 3 S.C.R. 471; *University of British Columbia v. Berg*, [1993] 2 S.C.R. 353 (1993), 102 D.L.R. (4th) 665; *Gould v. Yukon Order of Pioneers*, [1996] 1 S.C.R. 571 (1996), 133 D.L.R. (4th) 449; *Syndicat Northcrest v. Amselem*, 2004 SCC 47, [2004] 2 S.C.R. 551; *Alberta (Solicitor General) v. Alberta Union of Provincial Employees*, 2010 CanLII 98263, 192 L.A.C. (4th) 97 (Alta.); *Ontario Public Service Employees Union (Thompson) v. Ontario (Liquor Control Board of Ontario)*, 2012 CanLII 67531 (Ont. G.S.B.); *Alliance Employees Union, Unit 15 v. Customs and Immigration Union*, 2011 CanLII 70608, 205 L.A.C. (4th) 343 (Ont. L.R.B.).

REFERRED TO:

Keith v. Correctional Service of Canada, 2012 FCA 117, 40 Admin. L.R. (5th) 1; *Yu v. Canada (Attorney General)*, 2011 FCA 42, 414 N.R. 283; *Telfer v. Canada (Revenue Agency)*, 2009 FCA 23, [2009] 4 C.T.C. 123; *Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 SCC 36, [2013] 2 S.C.R. 559; *Merck Frosst Canada Ltd. v. Canada (Health)*, 2012 SCC 3, [2012] 1 S.C.R. 23; *Kandola v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2014 FCA 85, [2015] 1 F.C.R. 549; *Mugesera v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 SCC 40, [2005] 2 S.C.R. 100; *Dr. Q v. College of Physicians and*

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISION SUIVIE :

Canada (Attorney General) v. Mossop, [1993] 1 S.C.R. 554.

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Rogers Communications Inc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique, 2012 CSC 35, [2012] 2 R.C.S. 283; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpsons-Sears Ltd. et autres*, [1985] 2 R.C.S. 536; *B c. Ontario (Commission des droits de la personne)*, 2002 CSC 66, [2002] 3 R.C.S. 403; *Canada (Procureur général) c. Canada (Commission des droits de la personne)*, 2005 CAF 154, *sub nom. Morris c. Canada (Forces armées canadiennes)*.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Johnstone c. Canada (Procureur général), 2007 CF 36, conf. par 2008 CAF 101; *Health Sciences Assoc. of B.C. v. Campbell River and North Island Transition Society*, 2004 BCCA 260, 240 D.L.R. (4th) 479; *Hoyt c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, 2006 TCDP 33; *Brown c. Canada (Ministère du Revenu national)*, 1993 CanLII 683 (T.C.D.P.); *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 53, [2011] 3 R.C.S. 471; *Université de la Colombie-Britannique c. Berg*, [1993] 2 R.C.S. 353; *Gould c. Yukon Order of Pioneers*, [1996] 1 R.C.S. 571; *Syndicat Northcrest c. Amselem*, 2004 CSC 47, [2004] 2 R.C.S. 551; *Alberta (Solicitor General) v. Alberta Union of Provincial Employees*, 2010 CanLII 98263, 192 L.A.C. (4th) 97 (Alb.); *Ontario Public Service Employees Union (Thompson) v. Ontario (Liquor Control Board of Ontario)*, 2012 CanLII 67531 (C.G.R. Ont.); *Alliance Employees Union, Unit 15 v. Customs and Immigration Union*, 2011 CanLII 70608, 205 L.A.C. (4th) 343 (C.R.T. de l'Ont.).

DÉCISIONS CITÉES :

Keith c. Service correctionnel du Canada, 2012 CAF 117; *Yu c. Canada (Procureur général)*, 2011 CAF 42; *Telfer c. Canada (Agence du revenu)*, 2009 CAF 23; *Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 36, [2013] 2 R.C.S. 559; *Merck Frosst Canada Ltée c. Canada (Santé)*, 2012 CSC 3, [2012] 1 R.C.S. 23; *Kandola c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2014 CAF 85, [2015] 1 R.C.F. 549; *Mugesera c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CSC 40, [2005] 2 R.C.S. 100; *Dr. Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, 2003 CSC

Surgeons of British Columbia, 2003 SCC 19, [2003] 1 S.C.R. 226; *Prairie Acid Rain Coalition v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)*, 2006 FCA 31, [2006] 3 F.C.R. 610; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654; *McLean v. British Columbia (Securities Commission)*, 2013 SCC 67, [2013] 3 S.C.R. 895; *Sketchley v. Canada (Attorney General)*, 2005 FCA 404, [2006] 3 F.C.R. 392; *Insurance Corporation of British Columbia v. Heerspink et al.*, [1982] 2 S.C.R. 145, (1982), 137 D.L.R. (3d) 219; *Dickason v. University of Alberta*, [1992] 2 S.C.R. 1103, (1992), 127 A.R. 241; *Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Maksteel Québec Inc.*, 2003 SCC 68, [2003] 3 S.C.R. 228; *Canada (House of Commons) v. Vaid*, 2005 SCC 30, [2005] 1 S.C.R. 667; *New Brunswick (Human Rights Commission) v. Potash Corporation of Saskatchewan Inc.*, 2008 SCC 45, [2008] 2 S.C.R. 604; *Canada v. Craig*, 2012 SCC 43, [2012] 2 S.C.R. 489; *Woiden v. Lynn*, 2002 CanLII 8171 (C.H.R.T.); *Closs v. Fulton Forwarders Incorporated and Stephen Fulton*, 2012 CHRT 30, 76 C.H.R.R. D/246; *Richards v. Canadian National Railway*, 2010 CHRT 24, [2011] CLLC 230-006; *Whyte v. Canadian National Railway*, 2010 CHRT 22, 71 C.H.R.R. D/316; *Seeley v. Canadian National Railway*, 2010 CHRT 23; *Patterson v. Canada (Revenue Agency)*, 2011 FC 1398, [2012] CLLC 230-006; *Devaney v. ZRV Holdings Limited and Zeidler Partnership Architects*, 2012 HRTO 1590, 75 C.H.R.R. D/142; *Callaghan v. 1059711 Ontario Inc.*, 2012 HRTO 233; *McDonald v. Mid-Huron Roofing*, 2009 HRTO 1306, 68 C.H.R.R. D/1; *C.D. v. Wal-Mart Canada Corp.*, 2009 HRTO 801; *Canada Post Corp. v. Canadian Union of Postal Workers (Sommerville Grievance, CUPW 790-08-000008, Arb. Lanyon)* (2006), 156 L.A.C. (4th) 109; *Ontario Public Service Employees Union v. Ontario Public Service Staff Union (DeFreitas Grievance)*, [2005] O.L.A.A. No. 396 (QL); *Canadian National Railway Co. v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 1114; *Canadian Odeon Theatres Ltd. v. Human Rights Commission (Sask.) and Huck*, 1985 CanLII 183, 18 D.L.R. (4th) 93 (Sask. C.A.); *Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Montréal (City)*; *Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Boisbriand (City)*, 2000 SCC 27, [2000] 1 S.C.R. 665; *R. v. Peterson*, 2005 CanLII 37972, 201 C.C.C. (3d) 220 (Ont. C.A.); *R. v. Popen* (1981), 60 C.C.C. (2d) 232 (Ont. C.A.); *International Brotherhood of Electrical Workers, Local 636 v. Power Stream Inc. (Bender Grievance)* (2009), 186 L.A.C. (4th) 180 (Ont.); *Wight v. Ontario (Office of the Legislative Assembly)* (1998), 33 C.H.R.R. D/191 (Ont. Bd. of Inq.); *Prairie Acid Rain Coalition c. Canada (Ministre des Pêches et des Océans)*, 2006 CAF 31, [2006] 3 R.C.F. 610; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654; *McLean c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, 2013 CSC 67, [2013] 3 R.C.S. 895; *Sketchley c. Canada (Procureur général)*, 2005 CAF 404, [2006] 3 R.C.F. 392; *Insurance Corporation of British Columbia c. Heerspink et autre*, [1982] 2 R.C.S. 145; *Dickason c. Université de l'Alberta*, [1992] 2 R.C.S. 1103; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Maksteel Québec Inc.*, 2003 CSC 68, [2003] 3 R.C.S. 228; *Canada (Chambre des communes) c. Vaid*, 2005 CSC 30, [2005] 1 R.C.S. 667; *Nouveau-Brunswick (Commission des droits de la personne) c. Potash Corporation of Saskatchewan Inc.*, 2008 CSC 45, [2008] 2 R.C.S. 604; *Canada c. Craig*, 2012 CSC 43, [2012] 2 R.C.S. 489; *Woiden v. Lynn*, 2002 CanLII 8171 (T.C.D.P.); *Closs c. Fulton Forwarders Incorporated and Stephen Fulton*, 2012 TCDP 30; *Richards c. Canadian National Railway*, 2010 TCDP 24; *Whyte c. Canadian National Railway*, 2010 TCDP 22; *Seeley c. Canadian National Railway*, 2010 TCDP 23; *Patterson c. Canada (Agence du revenu)*, 2011 CF 1398; *Devaney v. ZRV Holdings Limited and Zeidler Partnership Architects*, 2012 HRTO 1590, 75 C.H.R.R. D/142; *Callaghan v. 1059711 Ontario Inc.*, 2012 HRTO 233; *McDonald v. Mid-Huron Roofing*, 2009 HRTO 1306, 68 C.H.R.R. D/1; *C.D. v. Wal-Mart Canada Corp.*, 2009 HRTO 801; *Canada Post Corp. v. Canadian Union of Postal Workers (Sommerville Grievance, CUPW 790-08-000008, Arb. Lanyon)* (2006), 156 L.A.C. (4th) 109; *Ontario Public Service Employees Union v. Ontario Public Service Staff Union (DeFreitas Grievance)*, [2005] O.L.A.A. N° 396 (QL); *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1987] 1 R.C.S. 1114; *Canadian Odeon Theatres Ltd. v. Saskatchewan Human Rights Commission (Sask.) and Huck*, 1985 CanLII 183, 18 D.L.R. (4th) 93 (C.A. Sask.); *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Montréal (Ville)*; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Boisbriand (Ville)*, 2000 CSC 27, [2000] 1 R.C.S. 665; *R. v. Peterson*, 2005 CanLII 37972, 201 C.C.C. (3d) 220 (C.A. Ont.); *R. v. Popen* (1981), 60 C.C.C. (2d) 232 (C.A. Ont.); *International Brotherhood of Electrical Workers, Local 636 v. Power Stream Inc. (Bender Grievance)* (2009), 186 L.A.C. (4th) 180 (Ont.); *Wight v. Ontario (Office of the Legislative Assembly)* (1998), 33 C.H.R.R. D/191 (Comm. d'enq. de l'Ont.).

AUTHORS CITED

Le Nouveau Petit Robert: Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française. Paris: Dictionnaires Le Robert, 2006, “état”, “situation”.

Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont.: LexisNexis Canada, 2008.

APPEAL from a decision of the Federal Court (2013 FC 113, [2014] 3 F.C.R. 170) dismissing the appellant’s judicial review application from a decision of the Canadian Human Rights Tribunal (2010 CHRT 20, [2010] CLLC 230-026) holding that the Canada Border Services Agency discriminated against the respondent Johnstone on the ground of family status contrary to section 10 of the *Canadian Human Rights Act*. Appeal allowed in part.

APPEARANCES

Christine Mohr and *Susan Keenan* for appellant.
Andrew Raven and *Andrew Astritis* for respondent
Fiona Ann Johnstone.
Sheila Osborne-Brown, *Daniel Poulin* and *Erin Collins* for respondent Canadian Human Rights Commission.
Kate A. Hughes, *Danielle Bisnar* and *Kim Stanton* for intervener.

SOLICITORS OF RECORD

Deputy Attorney General of Canada for appellant.

Raven, Cameron, Ballantyne & Yazbeck LLP, Ottawa, for respondent *Fiona Ann Johnstone*.
Canadian Human Rights Commission, Ottawa, for respondent Canadian Human Rights Commission.

Cavalluzzo Shilton McIntyre & Cornish LLP, Toronto, for intervener.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] MAINVILLE J.A.: This is an appeal from a judgment reported as 2013 FC 113, [2014] 3 F.C.R. 170 of Mandamin J. of the Federal Court (Federal Court Judge) dismissing the judicial review application of the

DOCTRINE CITÉE

Le Nouveau Petit Robert: Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française. Paris: Dictionnaires Le Robert, 2006, « état », « situation ».

Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5^e éd. Markham, Ont. : LexisNexis Canada, 2008.

APPEL d’une décision de la Cour fédérale (2013 CF 113, [2014] 3 R.C.F. 170) qui a rejeté la demande de contrôle judiciaire de l’appelant d’une décision du Tribunal canadien des droits de la personne (2010 TC DP 20, [2010] CLLC 230-026) statuant que l’Agence des services frontaliers du Canada a agi de façon discriminatoire envers l’intimée Johnstone relativement à sa situation de famille, en violation de l’article 10 de la *Loi canadienne des droits de la personne*. Appel accueilli en partie.

ONT COMPARU

Christine Mohr et *Susan Keenan* pour l’appelant.
Andrew Raven et *Andrew Astritis* pour l’intimée,
Fiona Ann Johnstone.
Sheila Osborne-Brown, *Daniel Poulin* et
Erin Collins pour l’intimée, la Commission
canadienne des droits de la personne.
Kate A. Hughes, *Danielle Bisnar* et *Kim Stanton*
pour l’intervenant.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Le sous-procureur général du Canada pour
l’appelant.
Raven, Cameron, Ballantyne & Yazbeck, s.r.l.,
Ottawa, pour l’intimée *Fiona Ann Johnstone*.
Commission canadienne des droits de la personne,
Ottawa, pour l’intimée, la Commission canadienne
des droits de la personne.
*Cavalluzzo Hayes Shilton McIntyre & Cornish
LLP*, Toronto, pour l’intervenant.

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

[1] LE JUGE MAINVILLE, J.C.A. : La Cour est saisie de l’appel d’un jugement, répertorié sous la référence 2013 CF 113, [2014] 3 R.C.F. 170 par lequel le juge Mandamin de la Cour fédérale (le juge de la Cour

Attorney General of Canada challenging a decision of the Canadian Human Rights Tribunal (Tribunal) reported as 2010 CHRT 20, [2010] CLLC 230-026.

[2] The Tribunal held that the Canada Border Services Agency (CBSA) had discriminated within the meaning of section 10 of the *Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6 against the respondent Fiona Ann Johnstone on the ground of family status by refusing to accommodate her childcare needs through work scheduling arrangements.

[3] For the reasons set out below, I would allow the appeal in part to vary the judgment of the Federal Court Judge on the subject of two remedial measures flowing from the Tribunal's decision, and in all other respects I would dismiss the appeal with costs in favour of Ms. Johnstone.

Background and context

[4] The full background to this litigation is extensively set out in the Tribunal's decision and need not be repeated here. It is sufficient for the purposes of this appeal to simply point out some of the salient facts.

[5] Ms. Johnstone is an employee of the CBSA since 1998. Her husband also works for the CBSA as a supervisor. They have two children. After the eldest was born in January 2003, Ms. Johnstone returned to work from her maternity leave on January 4, 2004. The second child was then born in December 2004, and Ms. Johnstone returned to work on December 26, 2005.

[6] Prior to returning to work from her first maternity leave, Ms. Johnstone asked the CBSA for an accommodation to her work schedule at the Pearson International Airport in Toronto.

[7] The work schedule for full-time CBSA employees occupying positions similar to that of Ms. Johnstone is

fédérale) a rejeté la demande de contrôle judiciaire du procureur général du Canada, qui attaquait la décision du Tribunal canadien des droits de la personne (le Tribunal) répertoriée sous la référence 2010 TCDP 20.

[2] Le Tribunal avait conclu que l'Agence des services frontaliers du Canada (l'ASFC) avait agi de façon discriminatoire, au sens de l'article 10 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6, envers l'intimée Fiona Ann Johnstone du fait de sa situation de famille, en refusant de s'entendre avec elle pour adapter son horaire de travail afin qu'il soit tenu compte de ses besoins en ce qui concerne la garde de ses enfants.

[3] Pour les motifs qui suivent, j'accueillerais l'appel en partie afin de modifier le jugement du juge de la Cour fédérale relativement à deux mesures correctrices découlant de la décision du Tribunal, et à tous autres égards je rejetterais l'appel et adjudgerais les dépens à M^{me} Johnstone.

Faits et procédures

[4] Le Tribunal a exposé en détail les faits et procédures ayant abouti à la présente instance et il n'est donc pas nécessaire de les répéter ici. Il suffit aux fins du présent appel de simplement rappeler certains faits saillants.

[5] M^{me} Johnstone est au service de l'ASFC depuis 1998. Son mari est également au service de l'ASFC à titre de superviseur. Ils ont deux enfants. Après la naissance de leur premier enfant, en janvier 2003, M^{me} Johnstone a repris le travail le 4 janvier 2004 après son congé de maternité. Leur deuxième enfant est né en décembre 2004 et M^{me} Johnstone a repris le travail le 26 décembre 2005.

[6] Avant de reprendre le travail à la suite de son premier congé de maternité, M^{me} Johnstone avait demandé à l'ASFC des mesures d'accommodement relativement à son horaire de travail à l'Aéroport international Pearson de Toronto.

[7] L'horaire de travail des employés à plein temps de l'ASFC qui occupent des postes semblables à ceux de

built around a rotating shift plan referred to as a Variable Shift Scheduling Agreement or VSSA. At the pertinent time, full-time employees rotated through 6 different start times over the course of days, afternoons, and evenings with no predictable pattern, and they worked different days of the week throughout the duration of the schedule. The schedule was based on a 56-day pattern, and employees were given 15 days notice of each new shift schedule, subject to the employer's discretion to change the schedule on 5 days' notice.

[8] Full-time employees such as Ms. Johnstone were required to work 37.5 scheduled hours per week under the VSSA on the basis of an 8-hour day that included a one half hour meal break. Any individual who worked less than 37.5 hours a week was considered a part-time employee. Part-time employees had fewer employment benefits than full-time employees, notably with regard to pension entitlements and promotion opportunities.

[9] It is useful to note that Ms. Johnstone's husband also worked on a variable shift schedule as a customs superintendent. Their work schedules overlapped 60 percent of the time but were not coordinated. The Tribunal concluded that Ms. Johnstone's husband was facing the same work scheduling problems, and that neither could provide the necessary childcare on a reliable basis.

[10] In the past, the CBSA had accommodated some employees who had medical issues by providing them with a fixed work schedule (static shift) on a full-time basis. The CBSA also accommodated employee work schedules with respect to constraints resulting from religious beliefs. However, the CBSA refused to provide an accommodation to employees with childcare obligations on the ground that it had no legal duty to do so. Instead, the CBSA had an unwritten policy allowing an employee with childcare obligations to work fixed schedules, but only insofar as the employee agreed to be treated as having a part-time status with a maximum work schedule of 34 hours per week.

M^{me} Johnstone est établi en fonction d'un système de quarts de travail par rotation également appelé Entente sur les postes à horaire variable (EPHV). À l'époque pertinente, les employés à temps plein étaient en fonction selon des quarts de travail par rotation qui prévoyaient six heures de début différentes le jour, l'après-midi et le soir sans heure de début fixe et ils étaient en fonction divers jours de la semaine pendant toute la durée de leur horaire. L'horaire était calculé en fonction d'un cycle de 56 jours et les employés étaient avisés 15 jours à l'avance de chaque nouveau cycle sous réserve du pouvoir discrétionnaire de l'employeur de modifier l'horaire sur préavis de 5 jours.

[8] Les employés à temps plein comme M^{me} Johnstone devaient travailler 37,5 heures par semaine aux termes de l'EPHV à raison de 8 heures par jour, ce qui comprenait une pause d'une demi-heure pour le repas. Tout employé qui travaillait moins de 37,5 heures était considéré comme employé à temps partiel. Les employés à temps partiel avaient moins d'avantages sociaux que les employés à temps plein notamment en ce qui concerne le régime de retraite et les possibilités d'avancement.

[9] Il est utile de signaler que le mari de M^{me} Johnstone faisait lui aussi des quarts de travail variables en tant que superviseur des douanes. Leurs horaires de travail se chevauchaient généralement 60 p. 100 du temps, mais n'étaient pas coordonnés. Le Tribunal a conclu que le mari de M^{me} Johnstone était exposé aux mêmes problèmes d'horaire que son épouse et que ni l'un ni l'autre ne pouvaient avoir la certitude de pouvoir s'occuper des enfants de manière régulière.

[10] Auparavant, l'ASFC avait pris des mesures d'accommodement pour les employés qui avaient des problèmes de santé en leur autorisant un horaire de travail fixe (quart de travail fixe), et ce, à temps plein. L'ASFC avait également pris des mesures d'accommodement pour modifier l'horaire de travail d'employés afin qu'il soit tenu compte de contraintes attribuables aux convictions religieuses. Toutefois, l'ASFC avait refusé de prendre de telles mesures dans le cas d'employés ayant des obligations relatives à la garde des enfants au motif qu'elle n'avait aucune obligation légale de le faire. L'ASFC appliquait plutôt une politique non-écrite permettant à l'employé ayant des obligations

[11] Prior to returning from her first maternity leave, Ms. Johnstone asked the CBSA to provide her with static shifts on a full-time basis. She wished to work 3 days per week for 13 hours a day (including one half-hour meal break) so that she could remain full-time. She requested this schedule since she only had access to child care arrangements with family members for the 3 days in question, and was unable to make other childcare arrangements on a reasonable basis. In light of its unwritten policy, the CBSA only offered her static shifts for 34 hours per week resulting in her being treated as a part-time employee.

[12] It is useful to note that the CBSA did not refuse to provide static shifts to Ms. Johnstone on a full-time basis on the ground that this would cause it undue hardship. Rather, it refused the proposed schedule on the ground that it had no legal duty to accommodate Ms. Johnstone's childcare responsibilities.

[13] Ms. Johnstone was not satisfied with the CBSA's unwritten policy that required her to accept part-time employment in return for obtaining static shifts. As a result, she filed a complaint with the Canadian Human Rights Commission on April 24, 2004, alleging discrimination on the basis of family status contrary to sections 7 and 10 of the *Canadian Human Rights Act*.

[14] The provisions of the *Canadian Human Rights Act* that are particularly pertinent for the purposes of

relatives à la garde des enfants d'avoir un horaire de travail fixe, mais uniquement dans la mesure où l'employé en question acceptait d'être considéré comme un employé à temps partiel régi par un horaire de travail ne devant pas dépasser 34 heures par semaine.

[11] Avant de reprendre le travail après son premier congé de maternité, M^{me} Johnstone avait demandé à l'ASFC de lui permettre de travailler à temps plein selon un horaire fixe. M^{me} Johnstone a demandé à l'ASFC de travailler à temps plein selon un horaire de travail fixe de 3 jours par semaine avec des quarts de travail de 13 heures par jour (avec une pause-repas d'une demi-heure) pour pouvoir conserver son statut d'employée à temps plein. Elle avait demandé cet horaire de travail, étant donné qu'elle ne pouvait compter sur l'aide de membres de sa famille pour s'occuper de son enfant que pour les 3 jours en question et qu'elle n'avait pas trouvé d'autres solutions pratiques pour faire garder son enfant. Invoquant sa politique non écrite, l'ASFC lui a alors offert un horaire de travail de seulement 34 heures par semaine, ce qui faisait d'elle une employée à temps partiel.

[12] Il est utile de signaler que l'ASFC n'a pas refusé d'offrir des quarts de travail fixes à M^{me} Johnstone à temps plein en faisant valoir que cette mesure lui causerait des contraintes excessives. L'ASFC a plutôt refusé l'horaire proposé au motif qu'elle n'avait aucune obligation légale de prendre des mesures d'accommodement pour tenir compte des obligations de M^{me} Johnstone en ce qui concerne la garde des enfants.

[13] Insatisfaite de la politique non écrite de l'ASFC qui l'obligeait à accepter un emploi à temps partiel en contrepartie de quarts de travail fixes, M^{me} Johnstone a, le 24 avril 2004, saisi la Commission canadienne des droits de la personne d'une plainte par laquelle elle soutenait qu'elle avait été victime de discrimination sur le fondement de sa situation de famille, en contravention des articles 7 et 10 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*.

[14] Les dispositions de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* qui nous intéressent particulièrement dans

Ms. Johnstone's complaint are subsection 3(1), paragraph 7(b) and section 10, which read as follows:

Prohibited grounds of discrimination

3. (1) For all purposes of this Act, the prohibited grounds of discrimination are race, national or ethnic origin, colour, religion, age, sex, sexual orientation, marital status, family status, disability and conviction for an offence for which a pardon has been granted or in respect of which a record suspension has been ordered. [Emphasis added.]

...

Employment

7. It is a discriminatory practice, directly or indirectly,

...

(b) in the course of employment, to differentiate adversely in relation to an employee,

on a prohibited ground of discrimination.

...

Discriminatory policy or practice

10. It is a discriminatory practice for an employer, employee organization or employer organization

(a) to establish or pursue a policy or practice, or

(b) to enter into an agreement affecting recruitment, referral, hiring, promotion, training, apprenticeship, transfer or any other matter relating to employment or prospective employment,

that deprives or tends to deprive an individual or class of individuals of any employment opportunities on a prohibited ground of discrimination.

Procedural history

- (a) *Proceedings before the Canadian Human Rights Commission and related proceedings in the Federal Courts*

le cas de la plainte de M^{me} Johnstone sont le paragraphe 3(1), l'alinéa 7b) et l'article 10, dont voici le texte :

3. (1) Pour l'application de la présente loi, les motifs de distinction illicite sont ceux qui sont fondés sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, l'âge, le sexe, l'orientation sexuelle, l'état matrimonial, la situation de famille, l'état de personne graciée ou la déficience. [Je souligne.]

[...]

7. Constitue un acte discriminatoire, s'il est fondé sur un motif de distinction illicite, le fait, par des moyens directs ou indirects :

[...]

b) de le défavoriser en cours d'emploi.

[...]

10. Constitue un acte discriminatoire, s'il est fondé sur un motif de distinction illicite et s'il est susceptible d'annihiler les chances d'emploi ou d'avancement d'un individu ou d'une catégorie d'individus, le fait, pour l'employeur, l'association patronale ou l'organisation syndicale :

a) de fixer ou d'appliquer des lignes de conduite;

b) de conclure des ententes touchant le recrutement, les mises en rapport, l'engagement, les promotions, la formation, l'apprentissage, les mutations ou tout autre aspect d'un emploi présent ou éventuel.

Motifs de distinction illicite

Emploi

Lignes de conduite discriminatoire

Historique des procédures

- a) *Instances introduites devant la Commission canadienne des droits de la personne et instances connexes introduites devant les Cours fédérales*

[15] The investigator who examined the complaint recommended that it be referred to the Tribunal. However, the Canadian Human Rights Commission did not follow this recommendation and instead dismissed the complaint. The Commission found that the CBSA had offered Ms. Johnstone accommodation in the form of a 34-hour a week part-time fixed work schedule. The Commission was not convinced that this policy constituted a serious interference with Ms. Johnstone's duties as a parent or that it had a discriminatory impact on the basis of family status.

[16] Ms. Johnstone sought judicial review of this refusal before the Federal Court. In *Johnstone v. Canada (Attorney General)*, 2007 FC 36, [2007] CLLC 230-030, Barnes J. allowed the judicial review application and remitted the matter back to the Commission for a new determination.

[17] Applying a standard of correctness to the legal issue before him, Barnes J. rejected the test for *prima facie* discrimination taken from the British Columbia Court of Appeal's decision in *Health Sciences Assoc. of B.C. v. Campbell River and North Island Transition Society*, 2004 BCCA 260, 240 D.L.R. (4th) 479 (*Campbell River*) that the Commission had adopted for screening out the complaint. Under the *Campbell River* test, "a *prima facie* case of discrimination is made out when a change in a term or condition of employment imposed by an employer results in a serious interference with a substantial parental or other family duty or obligation of the employee": *Campbell River*, at paragraph 39.

[18] On the basis of the discussion of the Tribunal in *Hoyt v. Canadian National Railway*, 2006 CHRT 33, 57 C.H.R.R. D/437 (*Hoyt*), Barnes J. found that (a) the *Campbell River* test conflated the threshold issue of *prima facie* discrimination with the second stage of the analysis relating to discrimination that deals with *bona fide* occupational requirements, and (b) the suggestion in *Campbell River* that *prima facie* discrimination only arises where the employer changes the conditions of

[15] L'enquêteur qui a examiné la plainte a recommandé qu'elle soit renvoyée au Tribunal. Toutefois, la Commission canadienne des droits de la personne n'a pas suivi cette recommandation et a plutôt décidé de rejeter la plainte. La Commission a conclu que l'ASFC avait effectivement pris des mesures d'accommodement en offrant à M^{me} Johnstone un horaire fixe de 34 heures par semaine à temps partiel. Or, la Commission n'était pas convaincue que cette politique entravait sérieusement la capacité de M^{me} Johnstone de s'acquitter de ses obligations parentales ou qu'elle constituait une discrimination fondée sur la situation de famille.

[16] M^{me} Johnstone a saisi la Cour fédérale d'une demande de contrôle judiciaire dirigée contre ce refus. Par le jugement *Johnstone c. Canada (Procureur général)*, 2007 CF 36, le juge Barnes a fait droit à la demande de contrôle judiciaire et a renvoyé l'affaire à la Commission pour qu'elle rende une nouvelle décision.

[17] Appliquant le critère de la décision correcte à la question de droit dont il était saisi, le juge Barnes a rejeté le critère permettant de conclure à l'existence d'une discrimination à première vue proposé par l'arrêt rendu par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique à l'occasion de l'affaire *Health Sciences Assoc. of B.C. v. Campbell River and North Island Transition Society*, 2004 BCCA 260, 240 D.L.R. (4th) 479 (*Campbell River*), critère que la Commission avait retenu pour rejeter la plainte à l'étape de l'examen préalable. Suivant le critère consacré par la jurisprudence *Campbell River*, [TRADUCTION] « il y a discrimination à première vue quand un changement dans les conditions d'emploi imposé par l'employeur résulte en une atteinte grave aux obligations ou devoirs importants parentaux ou familiaux de l'employé » (*Campbell River*, au paragraphe 39).

[18] Se fondant sur l'analyse effectuée par le Tribunal à l'occasion de l'affaire *Hoyt c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, 2006 TCDP 33 (*Hoyt*), le juge Barnes a conclu que a) le critère consacré par la jurisprudence *Campbell River* confondait la question préliminaire de l'existence d'une discrimination de prime abord avec la seconde étape de l'analyse de la discrimination portant sur les exigences professionnelles justifiées, b) la thèse avancée par la jurisprudence

employment was wrong in law. Barnes J. rather concluded that the threshold for *prima facie* discrimination on the ground of family status should be the same as for any other prohibited ground of discrimination. As a result, the simple fact that Ms. Johnstone had been adversely affected by the CBSA's unwritten policy was sufficient to establish a *prima facie* ground of discrimination. The matter was, therefore, remitted to the Commission for reconsideration on that basis.

[19] The appeal from Barnes J.'s decision was dismissed by this Court in *Canada (Attorney General) v. Johnstone*, 2008 FCA 101, [2008] CLLC 230-031 with no opinion being expressed as to whether the appropriate legal test for *prima facie* discrimination in this case should be based on *Campbell River* or on *Hoyt*.

[20] The Commission subsequently referred the complaint to the Tribunal.

(b) *The decision of the Tribunal*

[21] Following an extensive review of the case law, the Tribunal held that the prohibited ground of discrimination on family status includes family and parental obligations such as childcare obligations. It consequently rejected the appellant's definition of family status that limited its scope to the status of being in a family relationship. In this regard, the Tribunal noted the following at paragraph 233 of its decision:

This Tribunal finds that the freedom to choose to become a parent is so vital that it should not be constrained by the fear of discriminatory consequences. As a society, Canada should recognize this fundamental freedom and support that choice wherever possible. For the employer, this means assessing situations such as Ms. Johnstone's on an individual basis and working together with her to create a workable solution that balances her parental obligations with her work opportunities, short of undue hardship.

Campbell River suivant laquelle il n'y a discrimination de prime abord que lorsque l'employeur modifie les conditions d'emploi est erronée en droit. Le juge Barnes a plutôt conclu que le critère à respecter pour établir l'existence de prime abord d'une discrimination fondée sur la situation de famille doit être le même que pour tout autre motif de discrimination. Par conséquent, le simple fait que M^{me} Johnstone avait subi des inconvénients en raison de la politique non écrite de l'ASFC suffisait à établir qu'il y avait eu discrimination à première vue. L'affaire a par conséquent été renvoyée à la Commission pour qu'elle rende une nouvelle décision en tenant compte de ces motifs.

[19] Notre Cour a rejeté l'appel interjeté de la décision du juge Barnes par l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Johnstone*, 2008 CAF 101, sans formuler d'opinion pour indiquer si le critère juridique à appliquer en matière de discrimination de prime abord devait, dans cette affaire, être fondé sur la jurisprudence *Campbell River* ou sur la jurisprudence *Hoyt*.

[20] La Commission a par la suite renvoyé la plainte au Tribunal.

b) *Décision du Tribunal*

[21] Après examen approfondi de la jurisprudence, le Tribunal a jugé que le motif de distinction illicite fondé sur la situation de famille englobait les obligations familiales et parentales y compris les obligations découlant de la garde des enfants. Le Tribunal a par conséquent écarté la définition de la famille proposée par l'appelant qui voulait en limiter la portée au fait d'avoir un lien familial avec une autre personne. À cet égard, le Tribunal a fait observer ce qui suit, au paragraphe 233 de sa décision :

Le Tribunal conclut que la liberté de choisir de devenir père ou mère est si vitale qu'elle ne devrait pas être restreinte par la crainte de subir des conséquences discriminatoires. En tant que société, le Canada devrait reconnaître cette liberté fondamentale et appuyer ce choix autant que possible. Pour l'employeur, cela signifie évaluer les situations telles que celles de M^{me} Johnstone de façon individuelle et travailler avec elle pour créer une solution fonctionnelle qui équilibre ses obligations parentales avec ses occasions d'emploi, sauf contrainte excessive.

[22] With respect to the *prima facie* case of discrimination on the ground of family status, the Tribunal rejected the test set out in *Campbell River*. It rather followed the test propounded in *Hoyt* and approved by Barnes J. Under this approach, “an individual should not have to tolerate some amount of discrimination to a certain unknown level before being afforded the protection of the [Canadian Human Rights Act]”: Tribunal’s decision, at paragraph 238.

[23] As a result, the Tribunal held that Ms. Johnstone had made out a case of *prima facie* discrimination in that the “CBSA engaged in a discriminatory practice by establishing and pursuing an unwritten policy communicated to and followed by management that affected Ms. Johnstone’s employment opportunities including, but not limited to promotion, training, transfer, and benefits on the prohibited ground of family status”: Tribunal decision, at paragraph 242.

[24] The Tribunal further held that the CBSA had not established a defence based on a *bona fide* occupational requirement that would justify its refusal of the work schedule accommodation sought by Ms. Johnstone, nor had it developed a sufficient undue hardship argument to discharge it from its duty of accommodation. The Tribunal noted, at paragraphs 359 and 362 of its decision, that the position advanced on behalf of the CBSA throughout the proceedings was that it had no legal duty to accommodate Ms. Johnstone, rather than whether such an accommodation would lead to undue hardship.

[25] The Tribunal, therefore, ordered the CBSA to cease its discriminatory practice against employees who seek accommodation on the basis of family status for purposes of childcare responsibilities, and to consult with the Canadian Human Rights Commission to develop a plan to prevent further incidents of discrimination based on family status in the future: Tribunal’s decision, at paragraph 366. It further ordered the CBSA to establish written policies satisfactory to Ms. Johnstone and the Canadian Human Rights Commission that would

[22] Pour ce qui est du critère applicable en matière de discrimination de prime abord fondée sur la situation de famille, le Tribunal a rejeté le critère consacré par la jurisprudence *Campbell River*. Il a plutôt retenu le critère consacré par la jurisprudence *Hoyt* qui avait été approuvé par le juge Barnes. Suivant cette conception « une personne ne devrait pas avoir à tolérer un certain niveau de discrimination avant de se voir accorder la protection de la LCDP [Loi canadienne sur les droits de la personne] » (décision du Tribunal, au paragraphe 238).

[23] Le Tribunal a par conséquent conclu que M^{me} Johnstone avait démontré qu’il y avait eu discrimination à première vue du fait que « l’ASFC a usé de pratiques discriminatoires en fixant et en appliquant une politique non écrite communiquée à la gestion et appliquée par la gestion qui affectait les occasions d’emploi de M^{me} Johnstone, notamment la promotion, la formation, la mutation et les avantages sociaux, pratiques fondées sur le motif de distinction illicite de la situation de famille » (décision du Tribunal, au paragraphe 242).

[24] Le Tribunal a également jugé que l’ASFC n’avait pas réussi à démontrer l’existence d’une exigence professionnelle justifiée pour motiver son refus d’accorder l’horaire de travail demandé par M^{me} Johnstone à titre de mesure d’accommodement, ajoutant que l’ASFC n’avait pas présenté d’argument suffisant au sujet des contraintes excessives pour être dispensée de son obligation d’accommoder M^{me} Johnstone. Le Tribunal a fait observer, aux paragraphes 359 et 362 de sa décision, que la thèse défendue au nom de l’ASFC pendant toute la durée de l’instance était, non pas que la mesure demandée lui causerait des contraintes excessives, mais plutôt qu’elle n’avait aucune obligation légale d’accommoder M^{me} Johnstone.

[25] Le Tribunal a, par conséquent, ordonné à l’ASFC de cesser ses pratiques discriminatoires fondées sur la situation de famille contre les employés qui demandent des mesures d’accommodement en raison de leurs responsabilités parentales et lui a ordonné de consulter la Commission canadienne des droits de la personne afin d’élaborer un plan pour éviter d’autres incidents semblables de discrimination à l’avenir (décision du Tribunal, au paragraphe 366). Le Tribunal a également ordonné à l’ASFC d’établir des politiques écrites

implement a mechanism where family status accommodation requests would be addressed within 6 months, and include a process for individualized assessments of those making such requests: Tribunal's decision, at paragraph 367.

[26] The Tribunal also ordered the CBSA to compensate Ms. Johnstone for her lost wages and benefits from January 4, 2004, when she first commenced part-time employment, until the date of its decision. It awarded Ms. Johnstone \$15 000 for pain and suffering pursuant to paragraph 53(2)(e) of the *Canadian Human Rights Act*.

[27] The Tribunal further awarded the maximum amount of \$20 000 for special compensation pursuant to subsection 53(3) of the *Canadian Human Rights Act*, as a result of its finding that the CBSA had engaged in the discriminatory practice wilfully and recklessly. This award was largely based on the Tribunal's conclusion that the CBSA had failed to follow *Brown v. Canada (Department of National Revenue)*, 1993 CanLII 683 (C.H.R.T.) (*Brown*), a prior decision of the Tribunal dealing with the issue of discrimination based on sex (pregnancy) and family status.

[28] In *Brown*, the Tribunal had "ordered the Respondent to prevent similar events from recurring through recognition and policies that would acknowledge family status to be interpreted as involving 'a parent's rights and duty to strike a balance [between work obligations and child rearing] coupled with a clear duty on the part of any employer to facilitate and accommodate that balance'": Tribunal's decision, at paragraph 57. In the Tribunal's view, this prior order had been ignored by the CBSA, thus justifying in this case an award of special compensation under subsection 53(3): Tribunal's decision, at paragraphs 381 and 382.

satisfaisantes pour M^{me} Johnstone et la Commission canadienne des droits de la personne qui assureraient que les demandes de mesure d'accommodement fondées sur la situation de famille soient examinées dans un délai de six mois et qui seraient également assorties d'un mécanisme prévoyant l'évaluation individuelle des auteurs de ces demandes (décision du Tribunal, au paragraphe 367).

[26] Le Tribunal a également ordonné à l'ASFC d'indemniser M^{me} Johnstone de sa perte de salaire et d'avantages sociaux à partir du 4 janvier 2004, date à laquelle elle avait commencé à travailler à temps partiel, jusqu'à la date de la décision du Tribunal. Le Tribunal a également accordé à M^{me} Johnstone 15 000 \$ pour préjudice moral en vertu de l'alinéa 53(2)e) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*.

[27] Le Tribunal a également accordé à M^{me} Johnstone le montant maximal de 20 000 \$ prévu par le paragraphe 53(3) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* à titre d'indemnité spéciale au motif que l'acte discriminatoire de l'ASFC avait été commis de façon délibérée et inconsiderée. Cette mesure découlait en grande partie de la conclusion du Tribunal suivant laquelle l'ASFC n'avait pas suivi la jurisprudence *Brown c. Canada (Ministre du Revenu national)*, 1993 CanLII 683 (T.C.D.P.) (*Brown*); à l'occasion de cette affaire, le Tribunal s'était penché sur la question de la discrimination fondée sur le sexe (la grossesse) et la situation de famille.

[28] Lors de l'affaire *Brown*, le Tribunal avait ordonné à l'employeur « d'éviter que des situations semblables se reproduisent, en établissant des politiques et en reconnaissant que la situation de famille doit être interprétée comme comprenant "le droit et l'obligation du parent de chercher à atteindre [un] équilibre [entre ses obligations du travail et celles de la famille] ainsi que l'obligation manifeste pour l'employeur d'aider le parent à cet égard" » (décision du Tribunal, au paragraphe 57). Suivant le Tribunal, l'ASFC n'avait pas tenu compte de cette jurisprudence antérieure, ce qui justifiait en l'espèce l'octroi de l'indemnité spéciale prévue au paragraphe 53(3) (décision du Tribunal, aux paragraphes 381 et 382).

(c) *Judicial Review before the Federal Court*

[29] The Attorney General of Canada sought judicial review of the Tribunal's decision. The Federal Court Judge dismissed the application, with the exception of two issues. First, he referred the matter back to the Tribunal so as to allow it to reconsider its award of loss wages and benefits for the period from August 2007 to August 2008 during which Ms. Johnstone opted for unpaid leave so as to accompany her spouse to Ottawa, and (b) he excluded Ms. Johnstone as a party to be consulted with respect to the development of a written remedial policy by the CBSA.

[30] The Federal Court Judge applied the reasonable-ness standard of review to all of the issues raised before him, including the legal definition and scope of the prohibited ground of discrimination on the basis of family status and the legal test for finding a *prima facie* case of discrimination on that ground.

[31] The Federal Court Judge held that the Tribunal had reasonably concluded that family status includes childcare responsibilities, since that interpretation was well within the scope of the ordinary meaning of the words, was consistent with the opinions of numerous human rights and labour relations adjudicative bodies that have considered the matter, and was consistent with the objectives of the *Canadian Human Rights Act*.

[32] The Judge also held that the test used by the Tribunal for finding a *prima facie* case of discrimination was reasonable, as was its application of that test in this case. In so doing, he specifically discarded the "serious interference" test used in *Campbell River*.

[33] However, the Federal Court Judge found fault with the Tribunal's remedies. He noted that the evidence showed that Ms. Johnstone had sought, and obtained, an unpaid leave from August 2007 to August 2008 to

c) *Procédure en contrôle judiciaire devant la Cour fédérale*

[29] Le procureur général du Canada a présenté une demande de contrôle judiciaire dirigée contre la décision du Tribunal. Le juge de la Cour fédérale a rejeté la demande, sauf sur deux aspects. En premier lieu, il a renvoyé l'affaire devant le Tribunal pour qu'il puisse réexaminer le montant qu'il avait accordé pour perte de salaire et d'avantages sociaux pour la période comprise entre août 2007 et août 2008 au cours de laquelle M^{me} Johnstone avait opté pour un congé sans solde pour pouvoir accompagner son conjoint à Ottawa. En deuxième lieu, le juge de la Cour fédérale a déclaré qu'il n'y avait pas lieu de consulter M^{me} Johnstone pour l'élaboration, par l'ASFC, d'une politique écrite réparatrice.

[30] Le juge de la Cour fédérale a appliqué la norme de contrôle de la décision raisonnable à toutes les questions qui lui étaient déférées, y compris la définition et la portée légales du motif de distinction illicite fondée sur la situation de famille et le critère juridique permettant de conclure de prime abord à une discrimination fondée sur ce motif.

[31] Le juge de la Cour fédérale a estimé que le Tribunal avait conclu de façon raisonnable que le concept de « situation de famille » englobait les obligations relatives à la garde des enfants, étant donné que cette interprétation s'accordait parfaitement avec le sens courant des mots employés et avec les décisions déjà rendues en matière de droits de la personne et par les tribunaux du travail et qu'elle respectait les objets de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*.

[32] Le juge a également estimé que le critère employé par le Tribunal pour conclure à l'existence, de prime abord, de discrimination était raisonnable, tout comme son application de ce critère à la présente affaire. Ce faisant, le juge a expressément écarté le critère de l'« atteinte grave » consacré par la jurisprudence *Campbell River*.

[33] Le juge de la Cour fédérale a toutefois critiqué les mesures accordées par le Tribunal. Il a souligné qu'il ressortait des éléments de preuve versés aux débats que M^{me} Johnstone avait demandé et obtenu un congé sans

accompany her husband to Ottawa. Since he could not discern the basis on which the Tribunal awarded full wages to Ms. Johnstone for that period of time, he referred that issue back to the Tribunal for reconsideration.

[34] The Federal Court Judge also concluded that the Tribunal exceeded its jurisdiction when it ordered the CBSA to establish written remedial policies satisfactory to Ms. Johnstone. In the Judge's view, the *Canadian Human Rights Act* "does not provide that a victim may have a role or participate in the development of remedial polic[i]es to redress the discriminatory practices": Federal Court Judge's reasons, at paragraph 168.

Issues raised in this appeal

[35] The issues raised in this appeal may be set out as follows:

1. What is the applicable standard of review?
2. Did the Tribunal commit a reviewable error in concluding that family status includes childcare obligations?
3. Did the Tribunal commit a reviewable error in identifying the legal test for finding a *prima facie* case of discrimination on the ground of family status?
4. Applying the proper meaning and scope to family status, and using the proper legal test, did the Tribunal commit a reviewable error in finding that a *prima facie* case of discrimination on the ground of family status had been made out in this case?
5. Did the Tribunal commit reviewable errors with respect to its remedial orders, notably with respect to: (a) the award of lost wages for the period subsequent to December 2005; (b) the requirement

solde pour la période d'août 2007 à août 2008 pour accompagner son mari à Ottawa. Étant donné qu'il ne pouvait déceler pour quel motif le Tribunal avait accordé son plein salaire à M^{me} Johnstone pour cette période, le juge a renvoyé la question au Tribunal pour nouvelle décision.

[34] Le juge de la Cour fédérale a également conclu que le Tribunal avait outrepassé sa compétence en ordonnant à l'ASFC d'élaborer des politiques écrites satisfaisantes pour M^{me} Johnstone. Suivant le juge, la *Loi canadienne sur les droits de la personne* « ne prévoit [...] pas que [la victime d'un acte discriminatoire] peut participer à l'élaboration de politiques visant à corriger les actes discriminatoires » (motifs du juge de la Cour fédérale, au paragraphe 168).

Questions soulevées dans le présent appel

[35] Les questions soulevées dans le présent appel peuvent être formulées de la manière suivante :

1. Quelle est la norme de contrôle applicable?
2. Le Tribunal a-t-il commis une erreur susceptible de contrôle en concluant que le concept de situation de famille englobait les obligations liées à la garde des enfants?
3. Le Tribunal a-t-il commis une erreur susceptible de contrôle en définissant le critère juridique permettant de conclure à l'existence d'une preuve de prime abord de discrimination fondée sur la situation de famille?
4. Selon le sens et la portée qu'il convient de donner à la notion de situation de famille et selon le bon critère juridique, le Tribunal a-t-il commis une erreur susceptible de contrôle en concluant qu'en l'espèce une preuve de prime abord de discrimination fondée sur la situation de famille avait été rapportée?
5. Le Tribunal a-t-il commis des erreurs susceptible de contrôle en ce qui concerne les mesures qu'il a accordées et notamment : a) lorsqu'il a accordé l'indemnité pour perte de salaire pour la période

that the CBSA establish a written policy satisfactory to the Canadian Human Rights Commission; and (c) the award of special damages under subsection 53(3) of the *Canadian Human Rights Act*?

The standard of review

[36] In an appeal of a judgment concerning a judicial review application, the role of this Court is to determine whether the application Judge identified and applied the correct standard of review, and in the event he or she has not, to assess the decision under review in light of the correct standard: *Keith v. Correctional Service of Canada*, 2012 FCA 117, 40 Admin. L.R. (5th) 1, at paragraph 41; *Yu v. Canada (Attorney General)*, 2011 FCA 42, 414 N.R. 283, at paragraph 19; *Telfer v. Canada (Revenue Agency)*, 2009 FCA 23, 386 N.R. 212, at paragraph 18.

[37] This means, in effect, that an appellate court's focus is on the administrative decision; in this case, the decision of the Tribunal: *Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 SCC 36, [2013] 2 S.C.R. 559, at paragraph 46; *Merck Frosst Canada Ltd. v. Canada (Health)*, 2012 SCC 3, [2012] 1 S.C.R. 23, at paragraph 247; *Kandola v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2014 FCA 85, [2015] 1 F.C.R. 549, at paragraph 29.

[38] The application Judge's selection of the appropriate standard of review is itself a question of law subject to review on the standard of correctness: *Mugesera v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 SCC 40, [2005] 2 S.C.R. 100, at paragraph 35; *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, 2003 SCC 19, [2003] 1 S.C.R. 226, at paragraph 43; *Prairie Acid Rain Coalition v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)*, 2006 FCA 31, [2006] 3 F.C.R. 610, at paragraph 14.

[39] There is no dispute in this appeal that the conclusion of the Tribunal with respect to questions of fact and of mixed fact and law are to be reviewed on a standard of reasonableness. However, there is substantial disagreement as to the standard of review that applies to

postérieure à décembre 2005; b) lorsqu'il a obligé l'ASFC à élaborer une politique écrite satisfaisante pour la Commission canadienne des droits de la personne; c) en accordant des dommages-intérêts spéciaux en vertu du paragraphe 53(3) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*?

Norme de contrôle

[36] Saisie de l'appel d'un jugement portant sur une demande de contrôle judiciaire, notre Cour a pour rôle de rechercher si le juge de première instance a défini et appliqué la bonne norme de contrôle et, dans la négative, d'analyser la décision attaquée par la procédure en contrôle judiciaire en fonction de la bonne norme : *Keith c. Services correctionnels du Canada*, 2012 CAF 117, au paragraphe 41; *Yu c. Canada (Procureur général)*, 2011 CAF 42, au paragraphe 19; *Telfer c. Canada (Agence du revenu)*, 2009 CAF 23, au paragraphe 18.

[37] Il s'ensuit que la juridiction d'appel doit en réalité porter son attention sur la décision administrative, en l'occurrence, la décision rendue par le Tribunal : *Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 36, [2013] 2 R.C.S. 559, au paragraphe 46; *Merck Frosst Canada Ltée c. Canada (Santé)*, 2012 CSC 3, [2012] 1 R.C.S. 23, au paragraphe 247; *Kandola c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2014 CAF 85, [2015] 1 R.C.F. 549, au paragraphe 29.

[38] Le choix que le juge de première instance fait en arrêtant la norme de contrôle applicable constitue en soi une question de droit assujettie à la norme de contrôle de la décision correcte : *Mugesera c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CSC 40, [2005] 2 R.C.S. 100, au paragraphe 35; *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, 2003 CSC 19, [2003] 1 R.C.S. 226, au paragraphe 43; *Prairie Acid Rain Coalition c. Canada (Ministre des Pêches et des Océans)*, 2006 CAF 31, [2006] 3 R.C.F. 610, au paragraphe 14.

[39] Il n'est pas controversé entre les parties dans le présent appel que la conclusion tirée par le Tribunal en ce qui concerne les questions de fait et les questions mixtes de fait et de droit sont assujetties à la norme de contrôle de la décision raisonnable. Toutefois, les parties

findings of law made by the Tribunal, particularly with respect to (a) the meaning and scope of family status as a prohibited ground of discrimination and (b) the applicable legal test under which a finding of discrimination may be made with respect to that prohibited ground.

[40] The interpretation by an adjudicative tribunal of its enabling statute or of statutes closely related to its functions are presumed to be subject to deference on judicial review: *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654, at paragraphs 34, 39 and 41; *McLean v. British Columbia (Securities Commission)*, 2013 SCC 67, [2013] 3 S.C.R. 895, at paragraphs 21, 22 and 33.

[41] That presumption may, however, be rebutted if it can be concluded that Parliament's intent is inconsistent with its application: *Rogers Communication Inc. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2012 SCC 35, [2012] 2 S.C.R. 283 (*Rogers Communications*), at paragraph 15. Indeed, the determination of the appropriate standard of review is essentially a search for legislative intent: *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190 (*Dunsmuir*), at paragraph 30; *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, above, at paragraph 21.

[42] Prior to *Dunsmuir*, the Supreme Court of Canada had specifically held that the standard of review pertaining to the meaning and scope of family status as a prohibited ground of discrimination was correctness: *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554 (*Mossop*), at pages 576–578. Our Court had also held that the standard of review for the test for *prima facie* discrimination is correctness: *Sketchley v. Canada (Attorney General)*, 2005 FCA 404, [2006] 3 F.C.R. 392. The question before us here is whether this is still good law in light of *Dunsmuir* and the decisions of the Supreme Court of Canada which have followed it.

sont profondément en désaccord sur la norme de contrôle à appliquer aux conclusions de droit tirées par le Tribunal, en particulier en ce qui concerne a) le sens et la portée de la notion de situation de famille en tant que motif de distinction illicite et b) le critère juridique applicable pour pouvoir conclure à une discrimination fondée sur ce motif de distinction illicite.

[40] L'interprétation que le tribunal administratif fait de sa loi habilitante ou de lois étroitement rattachées à ses attributions est présumée commander la déférence lors d'une procédures en contrôle judiciaire : *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teacher's Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654, aux paragraphes 34, 39 et 41; *McLean c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, 2013 CSC 67, [2013] 3 R.C.S. 895, aux paragraphes 21, 22 et 33.

[41] Cette présomption peut toutefois être réfutée si l'on peut conclure que la volonté du législateur est incompatible avec l'application de la présomption : *Rogers Communications Inc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 35, [2012] 2 R.C.S. 283 (*Rogers Communications*), au paragraphe 15. D'ailleurs, la détermination de la norme de contrôle applicable est essentiellement axée sur la recherche de la volonté du législateur : *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190 (*Dunsmuir*), au paragraphe 30; *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, précité, au paragraphe 21.

[42] Avant l'arrêt *Dunsmuir*, la Cour suprême du Canada avait expressément jugé que la norme de contrôle à appliquer pour déterminer le sens et la portée du concept de situation de famille en tant que motif de distinction illicite était celle de la décision correcte : *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554 (*Mossop*), aux pages 576 à 578. Notre Cour a également jugé que la norme de contrôle applicable dans le cas du critère de la discrimination *prima facie* était celle de la décision correcte : *Sketchley c. Canada (Procureur général)*, 2005 CAF 404, [2006] 3 R.C.F. 392. La question qui nous est déferée est donc celle de savoir si ces principes sont toujours d'actualité vu la jurisprudence *Dunsmuir* et la jurisprudence ultérieure de la Cour suprême.

[43] That question was left unanswered by the Supreme Court of Canada in *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 53, [2011] 3 S.C.R. 471 (*Mowat*). That case concerned the interpretation by the Tribunal of paragraphs 53(2)(c) and (d) of the *Canadian Human Rights Act* with respect to its authority to award legal costs. In *Mowat*, LeBel and Cromwell JJ. applied a standard of reasonableness to the Tribunal's decision to award legal costs, and they concluded that the Tribunal's decision in that case was unreasonable. In so doing, they emphasized that a standard of correctness may well apply to decisions of the Tribunal dealing with broad human rights principles: *Mowat*, at paragraph 23.

[44] In light of the four factors discussed below, I conclude that, in this case, the presumption of reasonableness is rebutted and a standard of correctness is to be applied with respect to the two legal issues before us, namely (a) the meaning and scope of "family status" as a prohibited ground of discrimination, and (b) the applicable legal test under which a finding of *prima facie* discrimination may be made under that prohibited ground.

[45] First, the Supreme Court of Canada has consistently held that fundamental rights set out in human rights legislation, such as the *Canadian Human Rights Act*, are "quasi-constitutional" rights: see notably *Insurance Corporation of British Columbia v. Heerspink et al.*, [1982] 2 S.C.R. 145, at pages 157 and 158; *Ontario Human Rights Commission and O'Malley v. Simpsons-Sears Ltd. et al.*, [1985] 2 S.C.R. 536, at pages 546 and 547; *Dickason v. University of Alberta*, [1992] 2 S.C.R. 1103, at page 1154; *Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Maksteel Québec Inc.*, 2003 SCC 68, [2003] 3 S.C.R. 228, at paragraph 43; *Canada (House of Commons) v. Vaid*, 2005 SCC 30, [2005] 1 S.C.R. 667, at paragraph 81; *New Brunswick (Human Rights Commission) v. Potash Corporation of Saskatchewan Inc.*, 2008 SCC 45, [2008] 2 S.C.R. 604, at paragraph 19.

[43] La Cour suprême du Canada n'a pas répondu à cette question à l'occasion de l'affaire *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 53, [2011] 3 R.C.S. 471 (*Mowat*). Était alors en jeu l'interprétation par le Tribunal des alinéas 53(2)c) et d) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* en ce qui concerne le pouvoir du Tribunal d'adjuger les dépens. À l'occasion de l'affaire *Mowat*, les juges LeBel et Cromwell ont appliqué la norme de la décision raisonnable à la décision du Tribunal d'adjuger les dépens et ils ont conclu que la décision rendue par le Tribunal dans cette affaire n'était pas raisonnable. Pour ce faire, ils ont relevé que la norme de contrôle de la décision correcte pouvait fort bien s'appliquer aux décisions du Tribunal portant sur de grands principes en matière de droits de la personne : *Mowat*, au paragraphe 23.

[44] À la lumière des quatre facteurs que nous discuterons plus loin, je conclus que, en l'espèce, la présomption du caractère raisonnable a été réfutée et que c'est la norme de la décision correcte qui doit s'appliquer aux deux questions de droit qui nous sont déférées, à savoir : a) le sens et la portée de la notion de « situation de famille » en tant que motif de distinction illicite et b) le critère juridique permettant de conclure à l'existence d'une discrimination de prime abord fondée sur ce motif de distinction illicite.

[45] Premièrement, selon la jurisprudence constante de la Cour suprême du Canada, les droits fondamentaux énoncés dans les lois relatives aux droits de la personne, tels que la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, sont des droits « quasi-constitutionnels » : voir, notamment, *Insurance Corporation of British Columbia c. Heerspink et autre*, [1982] 2 R.C.S. 145, aux pages 157 et 158; *Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpsons-Sears Ltd. et autres*, [1985] 2 R.C.S. 536, aux pages 546 et 547; *Dickason c. Université de l'Alberta*, [1992] 2 R.C.S. 1103, à la page 1154; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Maksteel Québec Inc.*, 2003 CSC 68, [2003] 3 R.C.S. 228, au paragraphe 43; *Canada (Chambre des communes) c. Vaid*, 2005 CSC 30, [2005] 1 R.C.S. 667, au paragraphe 81; *Nouveau-Brunswick (Commission des droits de la*

[46] As noted in *Dunsmuir* at paragraph 58, and for obvious reasons, constitutional issues are necessarily subject to review on a correctness standard. In my view, this approach extends as well to quasi-constitutional issues involving the fundamental human rights set out in *Canadian Human Rights Act* and provincial human rights legislation.

[47] Second, a multiplicity of courts and tribunals are called upon to interpret and apply human rights legislation, including the *Canadian Human Rights Act*. As this appeal illustrates, labour arbitration boards, labour relations boards and superior courts throughout Canada are regularly called upon to adjudicate with respect to the fundamental human rights described in the *Canadian Human Rights Act* and other human rights legislation. As a result, courts have been called upon in the past and will be called upon in the future to examine the same legal issues the Tribunal is required to address in these proceedings.

[48] As aptly noted in *Rogers Communications*, at paragraph 14, it would be inconsistent to review the legal questions at issue here on judicial review of a decision of the Tribunal on a deferential standard, but adopt a correctness standard on an appeal from a decision of a court at first instance on the same legal question. This concurrent jurisdiction of a multiplicity of decisions makers, including the Tribunal and the courts, rebuts the presumption of reasonableness with regard to the two questions of law raised in this appeal: *Rogers Communications*, at paragraph 15.

[49] Third, in *University of British Columbia v. Berg*, [1993] 2 S.C.R. 353, at pages 368 and 369, 372 and 373 and in *Gould v. Yukon Order of Pioneers*, [1996] 1 S.C.R. 571, at paragraphs 47 and 48, the Supreme Court

personne) c. *Potash Corporation of Saskatchewan Inc.*, 2008 CSC 45, [2008] 2 R.C.S. 604, au paragraphe 19.

[46] Ainsi que la Cour suprême l'a fait observer par l'arrêt *Dunsmuir*, au paragraphe 58, et pour des raisons évidentes, les questions constitutionnelles sont nécessairement assujetties à la norme de contrôle de la décision correcte. À mon avis, cette approche vaut également pour les questions quasi-constitutionnelles portant sur des droits de la personne fondamentaux énoncés dans la *Loi canadienne sur les droits de la personne* et dans les lois provinciales sur les droits de la personne.

[47] Deuxièmement, une foule de tribunaux administratifs et judiciaires sont appelés à interpréter et à appliquer des lois relatives aux droits de la personne, telles que la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. Comme il ressort du présent appel, les arbitres en matière de relations du travail, les commissions des relations du travail et les juges des cours supérieures sont, partout au Canada, régulièrement appelés à se prononcer sur les droits de la personne fondamentaux consacrés par la *Loi canadienne sur les droits de la personne* et d'autres lois sur les droits de la personne. Il s'ensuit que les cours de justice ont été appelées par le passé et continueront à être appelées à examiner les mêmes questions de droit que celles sur lesquelles le Tribunal a été invité à se pencher dans la présente affaire.

[48] Ainsi que la Cour suprême l'a fait observer à juste titre, par l'arrêt *Rogers Communications*, au paragraphe 14, il serait illogique d'examiner la décision du Tribunal sur les points de droit en litige en l'espèce selon une norme déférente, mais d'appliquer la norme de la décision correcte à la décision d'une cour de justice en première instance sur le même point de droit. Cette compétence concurrente dévolue à plusieurs organes juridictionnels, y compris le Tribunal et les cours de justice, réfute la présomption du caractère raisonnable en ce qui concerne les deux questions de droit soulevées dans le présent appel : *Rogers Communications*, au paragraphe 15.

[49] Troisièmement, à l'occasion des affaires *Université de la Colombie-Britannique c. Berg*, [1993] 2 R.C.S. 353, aux pages 368, 369, 372 et 373, et *Gould c. Yukon Order of Pioneers*, [1996] 1 R.C.S. 571, aux

of Canada concluded that the interpretation of “service customarily available to the public” for the purposes of the British Columbia *Human Rights Act*, S.B.C. 1984, c. 22 and of “services to the public” in the Yukon *Human Rights Act*, R.S.Y. 1986 (Supp.), c. 11 were general questions of law to be reviewed on a standard of correctness, based on the principle that “in order for the interpretation of human rights legislation to be purposive, differences in wording among the various provinces should not be permitted to frustrate the similar purpose underlying these provisions”: *Gould*, at paragraph 47; *Berg*, at pages 372 and 373.

[50] Most provinces have adopted human rights legislation that prohibits discrimination on the basis of family status: *Human Rights Code*, R.S.O. 1990, c. H.19, section 1; *Human Rights Code*, R.S.B.C. 1996, c. 210, subsection 7(1); *Human Rights Act*, R.S.N.S. 1989, c. 214, paragraph 5(1)(r); *Alberta Human Rights Act*, R.S.A. 2000, c. A-25.5, subsection 3(1); *The Human Rights Code*, C.C.S.M., c. H175, subsection 9(2); *The Saskatchewan Human Rights Code*, S.S. 1979, c. S-24.1, paragraph 2(1)(m.01); *Human Rights Act*, S.N.L. 2010, c. H-13.1, subsection 9(1); *Human Rights Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. H-12, section 13.

[51] The two principal legal issues raised in this appeal concern questions of fundamental rights and principles in a human rights context. These are not issues about questions of proof or mere procedure, or about the remedial authority of a human rights tribunal or commission. As such, for the sake of consistency between the various human rights statutes in force across the country, the meaning and scope of family status and the legal test to find *prima facie* discrimination on that prohibited ground are issues of central importance to the legal system, and beyond the Tribunal’s expertise, which attracts a standard of correctness on judicial review: *Dunsmuir*, at paragraph 60.

paragraphe 47 et 48, la Cour suprême du Canada a conclu que l’interprétation des mots [TRADUCTION] « services habituellement offerts au public » que l’on trouve dans la *Human Rights Act* de la Colombie-Britannique, S.B.C. 1984, ch. 22, et les mots « services au public » que l’on trouve dans la *Loi sur les droits de la personne* du Yukon, L.R.Y. 1986 (suppl.), ch. 11, était une question de droit d’ordre général assujettie à la norme de contrôle de la décision correcte, suivant le principe que « pour interpréter les lois sur les droits de la personne en fonction de l’objet visé, on ne devait pas permettre que les différences de formulation contrecarrent la fin analogue sous-tendant ces dispositions » (*Gould*, au paragraphe 47; *Berg*, aux pages 372 et 373).

[50] La plupart des provinces ont adopté des lois en matière de droits de la personne qui interdisent la discrimination fondée sur la situation de famille : *Code des droits de la personne*, L.R.O. 1990, ch. H.19, article 1; *Human Rights Code*, R.S.B.C. 1996, ch. 210, paragraphes 7(1); *Loi sur les droits de la personne*, R.S.N.S. 1989, ch. 214, alinéa 5(1)(r); *Alberta Human Rights Act*, R.S.A. 2000, ch. A-25.5, paragraphe 3(1); *Code des droits de la personne*, C.P.L.M., ch. H175, paragraphe 9(2); *The Saskatchewan Human Rights Code*, S.S. 1979, ch. S-24.1, alinéa 2(1)(m.01); *Human Rights Act*, S.N.L. 2010, ch. H-13.1, paragraphe 9(1); *Human Rights Act*, R.S.P.E.I. 1988, ch. H-12, article 13.

[51] Les deux principales questions de droit soulevées dans le présent appel concernent des questions de droits et de principes fondamentaux en matière de droits de la personne. Il ne s’agit pas de questions portant sur la preuve ou simplement sur la procédure, ni sur le pouvoir d’un tribunal ou d’une commission des droits de la personne d’accorder des mesures. Il s’ensuit, par souci d’uniformité entre les diverses lois sur les droits de la personne en vigueur sur l’ensemble du territoire canadien, que le sens et la portée de la notion de situation de famille ainsi que le critère juridique permettant de conclure à l’existence d’une preuve de prime abord de discrimination fondée sur ce motif de distinction illicite constituent des questions qui revêtent une importance capitale pour le système juridique et qui débordent le champ d’expertise du Tribunal de sorte que la norme de contrôle applicable est celle de la décision correcte : *Dunsmuir*, au paragraphe 60.

[52] Fourth, *Dunsmuir* also stands for the proposition that when the jurisprudence has already determined in a satisfactory manner the degree of deference to be accorded with regard to a particular question, the matter should be deemed settled. As noted above, the Supreme Court of Canada has determined in the past that a correctness standard of review applies to the meaning and scope of family status under the *Canadian Human Rights Act*: *Mossop*, at pages 576–578. Whether the jurisprudence of the Supreme Court of Canada post-*Dunsmuir* has implicitly overruled this prior approach with respect to fundamental human rights is a matter best left for the Supreme Court itself to decide. Until the Supreme Court of Canada decides otherwise, our Court is bound by *Mossop*: *Canada v. Craig*, 2012 SCC 43, [2012] 2 S.C.R. 489, at paragraph 21.

The meaning and scope of family status

[53] The appellant submits that the ordinary and grammatical meaning of the expression “family status” should prevail, and that this expression should therefore be interpreted as defining a legal status, like the ground of marital status. As a consequence, the prohibited ground of family status would be limited to the personal characteristic of whether or not one is part of a family or has a particular family relationship, but it would not include any substantive parental obligations such as childcare obligations.

[54] The appellant notably submits that by defining family status broadly to include parental obligations, the Tribunal adopted a meaning that does not align with the other prohibited grounds of discrimination that are all based on immutable or constructively immutable personal characteristics. In the appellant’s view, a person’s absolute or relative family status is immutable or constructively immutable, but the same cannot be readily said of childcare obligations.

[52] Quatrièmement, la jurisprudence *Dunsmuir* enseigne également que, lorsque la jurisprudence a déjà arrêté de manière satisfaisante le degré de déférence à accorder à une question déterminée, la question est considérée comme réglée. Comme nous l’avons déjà fait observer, la Cour suprême du Canada enseigne que c’est la norme de contrôle de la décision correcte qui joue en ce qui concerne le sens et la portée de la notion de situation de famille dans le cadre de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* : *Mossop*, aux pages 576 à 578. Il est préférable de laisser à la Cour suprême elle-même le soin de décider si sa jurisprudence postérieure à l’arrêt *Dunsmuir* a implicitement écarté la démarche jusqu’alors suivie pour se prononcer en matière de droits fondamentaux de la personne. Tant que la Cour suprême du Canada n’aura pas rendu un arrêt en sens contraire, notre Cour est liée par la jurisprudence *Mossop* : *Canada c. Craig*, 2012 CSC 43, [2012] 2 R.C.S. 489, au paragraphe 21.

Portée et sens de la notion de « situation de famille »

[53] L’appelant soutient que c’est le sens courant et grammatical des mots « situation de famille » qui doit être retenu et que cette expression doit par conséquent être interprétée comme définissant un statut légal, comme c’est le cas pour le motif fondé sur l’état matrimonial. Par conséquent, le motif de distinction interdit fondé sur la situation de famille se limiterait à la caractéristique personnelle consistant à savoir si l’intéressé fait partie d’une famille ou entretient une relation familiale particulière, mais exclurait les obligations parentales importantes telles que les obligations relatives à la garde des enfants.

[54] L’appelant fait notamment valoir qu’en donnant à la notion de situation de famille une définition large de manière à y englober les obligations parentales, le Tribunal a retenu une définition qui ne s’accordait pas avec les autres motifs de distinction illicite, qui sont tous fondés sur des caractéristiques personnelles immuables ou considérées immuables. Suivant l’appelant, la situation de famille absolue ou relative d’une personne est une caractéristique immuable ou considérée comme immuable, mais on ne peut en dire autant des obligations liées à la garde des enfants.

[55] The appellant thus proposes a literal interpretation of the expression “family status” that excludes childcare obligations. According to this interpretation, by defining the ground in terms of status, Parliament did not intend to protect childcare responsibilities. Conflicts between these responsibilities and the terms and conditions of employment would not represent a disadvantage that is arbitrary or based on stereotypes concerning a person’s family status.

[56] The appellant finds comfort for this interpretation in the legislative history of the provision, and relies on a statement from the responsible Minister at the time the ground of family status was incorporated into the *Canadian Human Rights Act* to the effect that Parliament’s intent was primarily to prevent discrimination based on one’s relative family status.

[57] The appellant further submits that by introducing into the *Canadian Human Rights Act* the notion of discrimination on the ground of childcare obligations, the Tribunal modified the Act in a significant way, and that a change of this magnitude raises difficult questions of social policy that Parliament, rather than the courts, is best placed to address.

[58] However, the appellant cites no judicial authority that would directly support this restrictive interpretation of the expression “family status”. On the contrary, all the decisions of the courts, human rights tribunals and labour adjudicators that have been submitted to us in this appeal, and that have directly considered the matter, have decided the contrary.

[59] In fact, judges and adjudicators have been almost unanimous in finding that family status incorporates parental obligations such as childcare obligations. This has been the position consistently held by:

- (a) the Tribunal: *Brown, Hoyt, Woiden v. Lynn*, 2002 CanLII 8171 (C.H.R.T); *Closs v. Fulton Forwarders Incorporated and Stephen Fulton*, 2012 CHRT

[55] L’appelant propose donc une interprétation littérale des mots « situation de famille » qui exclut toute obligation liée à la garde des enfants. Suivant cette interprétation, en définissant le motif en fonction de la situation de l’intéressé, le législateur n’avait pas l’intention de protéger les obligations relatives à la garde des enfants. Les conflits qui peuvent surgir entre d’une part, les obligations parentales et, d’autre part, les obligations professionnelles ne représentent pas un désavantage arbitraire ou fondé sur des stéréotypes portant sur la situation de famille de l’intéressé.

[56] L’appelant est conforté dans cette interprétation par l’historique législatif de la disposition en question et se fonde sur une déclaration faite par le ministre compétent au moment où le motif de la situation de famille avait été incorporé à la *Loi canadienne sur les droits de la personne* : suivant cette déclaration, l’objectif du législateur était principalement d’empêcher la discrimination fondée sur la situation familiale relative d’une personne.

[57] L’appelant soutient en outre qu’en incorporant à la *Loi canadienne sur les droits de la personne* le concept de discrimination fondé sur les obligations relatives à la garde des enfants, le Tribunal a modifié la Loi de façon importante et qu’un changement de cette ampleur soulève d’épineuses questions de politique sociale pour lesquelles le législateur est mieux placé que les juges pour proposer une réponse.

[58] L’appelant ne cite toutefois aucune jurisprudence allant directement dans le sens de cette interprétation restrictive des mots « situation de famille ». Au contraire, toute la jurisprudence des cours, des tribunaux des droits de la personne et des arbitres du travail qui nous a été citée dans le cadre du présent appel et qui portait directement sur la question se prononce en sens contraire.

[59] En fait, les juges et les arbitres sont presque unanimes à enseigner que la situation de famille englobe les obligations parentales telles que celles relatives à la garde des enfants. Telle est la jurisprudence constante :

- a) du Tribunal : *Brown, Hoyt, Woiden c. Lynn*, 2002 CanLII 8171 (T.C.D.P.); *Closs c. Fulton Forwarders Incorporated and Stephen Fulton*,

- 30, 76 C.H.R.R. D/246; *Richards v. Canadian National Railway*, 2010 CHRT 24, [2011] CLLC 230-006; *Whyte v. Canadian National Railway*, 2010 CHRT 22, 71 C.H.R.R. D/376; *Seeley v. Canadian National Railway*, 2010 CHRT 23;
- (b) the Federal Court: *Johnstone v. Canada (Attorney General)*, 2007 FC 36, [2007] CLLC 230-030 referred to above; *Patterson v. Canada (Revenue Agency)*, 2011 FC 1398, [2012] CLLC 230-006, at paragraphs 34 and 35;
- (c) the British Columbia Court of Appeal: *Campbell River*, at paragraph 39;
- (d) the Human Rights Tribunal of Ontario: *Devaney v. ZRV Holdings Limited and Zeidler Partnership Architects*, 2012 HRTO 1590, 75 C.H.R.R. D/142; *Callaghan v. 1059711 Ontario Inc.*, 2012 HRTO 233; *McDonald v. Mid-Huron Roofing*, 2009 HRTO 1306, 68 C.H.R.R. D/1; *C.D. v. Wal-Mart Canada Corp.*, 2009 HRTO 801;
- (e) labour arbitrators: *Canada Post Corp. v. Canadian Union of Postal Workers (Sommerville Grievance, CUPW 790-03-00008, Arb. Lanyon)* (2006), 156 L.A.C. (4th) 109; *Ontario Public Service Employees Union v. Ontario Public Service Staff Union (DeFreitas Grievance)*, [2005] O.L.A.A. No. 396 (QL).
- 2012 TCDP 30; *Richards c. Canadian National Railway*, 2010 TCDP 24; *Whyte c. Canadian National Railway*, 2010 TCDP 22; *Seeley c. Canadian National Railway*, 2010 TCDP 23;
- b) de la Cour fédérale : *Johnstone c. Canada (Procureur général)*, 2007 CF 36, citée plus haut; *Patterson c. Canada (Agence du revenu)*, 2011 CF 1398, aux paragraphes 34 et 35;
- c) de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique : *Campbell River*, au paragraphe 39;
- d) du Tribunal des droits de la personne de l’Ontario : *Devaney v. ZRV Holdings Limited and Zeidler Partnership Architects*, 2012 HRTO 1590, 75 C.H.R.R. D/142; *Callaghan v. 1059711 Ontario Inc.*, 2012 HRTO 233; *McDonald v. Mid-Huron Roofing*, 2009 HRTO 1306, 68 C.H.R.R. D/1; *C.D. v. Wal-Mart Canada Corp.*, 2009 HRTO 801;
- e) d’arbitres du travail : *Canada Post Corp. v. Canadian Union of Postal Workers (Sommerville Grievance, CUPW 790-03-00008, Arb. Lanyon)* (2006), 156 L.A.C. (4th) 109; *Ontario Public Service Employees Union v. Ontario Public Service Staff Union (DeFreitas Grievance)*, [2005] O.L.A.A. n° 396 (QL).

[60] Our Court is not bound by these decisions, but they are difficult to ignore since their logic is compelling and better reflects the large and liberal interpretation that is to be given to human rights legislation.

[61] It is generally accepted that human rights legislation must be given a broad interpretation to ensure that the stated objects and purposes of such legislation are fulfilled. As a result, a narrow restrictive interpretation that would defeat the purpose of eliminating discrimination should be avoided: *Canadian National Railway Co. v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 1114, at pages 1137 and 1138 quoting approvingly from *Canadian Odeon Theatres Ltd. v. Human Rights Commission (Sask.) and*

[60] Certes, notre Cour n’est pas liée par ces décisions, mais elle peut difficilement les ignorer, d’autant plus que leur logique est implacable et qu’elles correspondent à l’interprétation large et libérale qu’il convient de donner aux lois portant sur les droits de la personne.

[61] Il est généralement admis que, en matière de droits de la personne, les lois doivent être interprétées de façon large pour s’assurer que leurs objectifs déclarés soient respectés. Par conséquent, il convient d’éviter toute interprétation étroite et restrictive qui irait à l’encontre de l’objectif consistant à éliminer la discrimination (*Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1987] 1 R.C.S. 1114, aux pages 1137 et 1138, citant et approuvant la décision *Canadian*

Huck, 1985 CanLII 183, 18 D.L.R. (4th) 93 (Sask. C.A.), at page 735.

[62] As also noted in numerous decisions of the Supreme Court of Canada, the key provisions of human rights legislation must be interpreted in a flexible manner and with an adaptive approach: *Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Montréal (City)*; *Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Boisbriand (City)*, 2000 SCC 27, [2000] 1 S.C.R. 665, at paragraph 76; Ruth Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. (Markham, Ont.: LexisNexis Canada, 2008), at pages 502 and 503.

[63] The proper interpretative rule was set out as follows in *B v. Ontario (Human Rights Commission)*, 2002 SCC 66, [2002] 3 S.C.R. 403, at paragraph 44:

More generally, this Court has repeatedly reiterated the view that human rights legislation has a unique quasi-constitutional nature and ought to be interpreted in a liberal and purposive manner in order to advance the broad policy considerations underlying it: see, for example, *Gould v. Yukon Order of Pioneers*, [1996] 1 S.C.R. 571, at para. 120; *University of British Columbia v. Berg*, [1993] 2 S.C.R. 353, at p. 370; *Robichaud v. Canada (Treasury Board)*, [1987] 2 S.C.R. 84, at pp. 89-90; *Insurance Corp. of British Columbia v. Heerspink*, [1982] 2 S.C.R. 145, at pp. 157-158.

[64] In that case, the Supreme Court of Canada was called upon to determine whether the expressions “marital status” and “family status” in the Ontario *Human Rights Code*, R.S.O. 1990, c. H.19, were broad enough to encompass a situation where an adverse distinction is drawn on the particular identity of a complainant’s spouse or family member, or whether the ground was restricted to distinctions based on the mere fact that the complainant has a certain type of marital or family status. Iacobucci and Bastarache JJ. noted that the broad goal of anti-discrimination statutes is furthered by embracing a more inclusive interpretation of the expression family status: *B v. Ontario (Human Rights Commission)*, above, at paragraph 4.

Odeon Theatres Ltd. v. Saskatchewan Human Rights Commission (Sask.) and Huck, 1985 CanLII 183, 18 D.L.R. (4th) 93 (C.A. Sask.), à la page 735).

[62] Comme la Cour suprême du Canada l’a fait observer à l’occasion de nombreuses affaires, les dispositions clés des lois sur les droits de la personne doivent être interprétées avec souplesse et de manière adaptée aux circonstances : *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Montréal (Ville)*; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Boisbriand (Ville)*, 2000 CSC 27, [2000] 1 R.C.S. 665, au paragraphe 76; Ruth Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5^e éd. (Markham, Ont. : LexisNexis Canada, 2008), aux pages 502 et 503.

[63] La règle d’interprétation qu’il convient d’appliquer a été énoncée dans l’arrêt *B c. Ontario (Commission des droits de la personne)*, 2002 CSC 66, [2002] 3 R.C.S. 403, au paragraphe 44 :

Plus généralement, notre Cour a dit à maintes reprises que les lois sur les droits de la personne possèdent un caractère unique et quasi constitutionnel, et qu’il faut leur donner une interprétation libérale et téléologique, propre à favoriser le respect des considérations de politique générale qui les sous-tendent : voir, à titre d’exemple, *Gould c. Yukon Order of Pioneers*, [1996] 1 R.C.S. 571, par. 120; *Université de la Colombie-Britannique c. Berg*, [1993] 2 R.C.S. 353, p. 370; *Robichaud c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1987] 2 R.C.S. 84, p. 89-90; *Insurance Corp. of British Columbia c. Heerspink*, [1982] 2 R.C.S. 145, p. 157-158.

[64] Dans cette affaire, la Cour suprême du Canada était appelée à rechercher si les mots « état matrimonial » et « état familial » dans le *Code des droits de la personne* de l’Ontario, L.R.O. 1990, ch. H.19, avaient une portée suffisamment large pour viser les cas de distinction préjudiciable fondée sur l’identité particulière du conjoint du plaignant ou d’un autre membre de sa famille ou si le motif de distinction en question se limitait aux distinctions fondées sur le simple fait que le plaignant avait un état familial ou un état matrimonial donné. Les juges Iacobucci et Bastarache ont fait observer que l’interprétation plus large des mots « état familial » allait dans le sens de la réalisation de l’objectif général des lois anti-discrimination : *B c. Ontario (Commission des droits de la personne)*, précité, au paragraphe 4.

[65] That broad and purposive approach also applies in this case, particularly where due regard is given to the purpose of the *Canadian Human Rights Act* set out in section 2:

Purpose

2. The purpose of this Act is to extend the laws in Canada to give effect, within the purview of matters coming within the legislative authority of Parliament, to the principle that all individuals should have an opportunity equal with other individuals to make for themselves the lives that they are able and wish to have and to have their needs accommodated, consistent with their duties and obligations as members of society, without being hindered in or prevented from doing so by discriminatory practices based on race, national or ethnic origin, colour, religion, age, sex, sexual orientation, marital status, family status, disability or conviction for an offence for which a pardon has been granted or in respect of which a record suspension has been ordered. [Emphasis added.]

[66] There is no basis for the assertion that requiring accommodation for childcare obligations overshoots the purpose of including family status as a prohibited ground of discrimination. Indeed, without reasonable accommodation for parents' childcare obligations, many parents will be impeded from fully participating in the work force so as to make for themselves the lives they are able and wish to have. The broad and liberal interpretation of human rights legislation requires an approach that favours a broad participation and inclusion in employment opportunities for those parents who wish or need to pursue such opportunities.

[67] It is noteworthy that Parliament chose to use two distinct words for the word "status" in the French version of sections 2 and 3 of the *Canadian Human Rights Act*: "*l'état matrimonial*" for marital status and the much broader "*situation de famille*" for family status. The French word "*situation*" is broadly defined in *Le Nouveau Petit Robert: Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française* [Paris: Dictionnaires Le Robert, 2006] as "[e]nsemble des circonstances dans lesquelles une personne se trouve" (the whole of the circumstances in which an individual finds himself). In contrast, that same common dictionary defines "*état*" as

[65] L'interprétation large et téléologique joue également en l'espèce, surtout lorsqu'on tient dûment compte de l'objet de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* énoncée à l'article 2 :

Objet

2. La présente loi a pour objet de compléter la législation canadienne en donnant effet, dans le champ de compétence du Parlement du Canada, au principe suivant : le droit de tous les individus, dans la mesure compatible avec leurs devoirs et obligations au sein de la société, à l'égalité des chances d'épanouissement et à la prise de mesures visant à la satisfaction de leurs besoins, indépendamment des considérations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, l'âge, le sexe, l'orientation sexuelle, l'état matrimonial, la situation de famille, la déficience ou l'état de personne graciée. [Non souligné dans l'original.]

[66] Rien ne permet d'affirmer qu'obliger l'employeur à prendre des mesures d'accommodement afin de tenir compte des obligations en matière de garde d'enfants d'un de ses employés dépasse l'objectif visant à inclure la situation de famille dans la liste des motifs de distinction illicite. D'ailleurs, sans mesure raisonnable d'accommodement leur permettant de s'acquitter de leurs obligations liées à la garde des enfants, de nombreux parents ne pourraient s'intégrer véritablement au marché du travail et s'épanouir pleinement. L'interprétation large et libérale des lois relatives aux droits de la personne appelle une méthode favorisant une vaste participation et l'on doit permettre aux parents qui souhaitent s'en prévaloir la possibilité de bénéficier de l'égalité des chances d'épanouissement sur le plan professionnel.

[67] On peut utilement signaler que le législateur a choisi d'employer deux mots différents correspondant au mot anglais « *status* » dans la version française des articles 2 et 3 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* : ainsi, l'expression « *état matrimonial* » correspond à « *marital status* » dans la version anglaise, et le concept beaucoup plus large de « *situation de famille* » correspond, quant à lui, à l'expression anglaise « *family status* ». *Le Nouveau Petit Robert: Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française* [Paris: Dictionnaires Le Robert, 2006] propose la définition large suivante pour le mot « *situation* » : « Ensemble des

“[m]anière d’être (d’une personne ou d’une chose) considérée dans ce qu’elle a de durable” (state of being of a person or thing considered in its enduring aspects). The distinction is important, and supports a much broader interpretation of “family status” that includes family circumstances, such as childcare obligations.

[68] That being said, the precise types of childcare activities that are contemplated by the prohibited ground of family status need to be carefully considered. Prohibited grounds of discrimination generally address immutable or constructively immutable personal characteristics, and the types of childcare needs which are contemplated under family status must therefore be those which have an immutable or constructively immutable characteristic.

[69] It is also important not to trivialize human rights legislation by extending human rights protection to personal family choices, such as participation of children in dance classes, sports events like hockey tournaments, and similar voluntary activities. These types of activities would be covered by family status according to one of the counsel who appeared before us, and I disagree with such an interpretation.

[70] The childcare obligations that are contemplated under family status should be those that have immutable or constructively immutable characteristics, such as those that form an integral component of the legal relationship between a parent and a child. As a result, the childcare obligations at issue are those which a parent cannot neglect without engaging his or her legal liability. Thus a parent cannot leave a young child without supervision at home in order to pursue his or her work, since this would constitute a form of neglect, which in extreme examples could even engage subsection 215(1) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46; *R. v. Peterson*, [2005] CanLII 37972, 201 C.C.C. (3d) 220 (Ont. C.A.), at paragraph 34; *R. v. Popen* (1981), 60 C.C.C. (2d) 232 (Ont. C.A.), at paragraph 18.

circonstances dans lesquelles une personne se trouve. » En revanche, le même dictionnaire de langue générale définit le mot « état » comme suit : « Manière d’être (d’une personne ou d’une chose) considérée dans ce qu’elle a de durable. » Cette distinction est importante et elle appuie une définition beaucoup plus large du concept de « situation de famille » (« *family status* ») qui englobe l’ensemble des circonstances familiales et notamment les obligations liées à la garde des enfants.

[68] Cela dit, le type précis d’activités relatives à la garde des enfants qui sont envisagées par le motif de distinction illicite fondé sur la situation de famille appelle un examen attentif. En principe, les motifs de distinction illicite visent des caractéristiques personnelles immuables ou considérées immuables et les types de besoins en matière de garde d’enfants visés par la situation de famille doivent par conséquent posséder une caractéristique immuable ou considérée immuable.

[69] Il importe par ailleurs de ne pas banaliser la législation sur les droits de la personne en étendant la protection en matière de droits de la personne aux choix familiaux personnels tels que l’inscription des enfants à des cours de danse, les activités sportives telles que les tournois de hockey et d’autres activités semblables relevant d’un choix personnel. Ces types d’activités font partie du concept de situation de famille, suivant l’un des avocats qui a comparu devant la Cour. Or, je ne puis retenir une telle interprétation.

[70] Les obligations en matière de garde des enfants visées par la notion de situation de famille doivent posséder des caractéristiques immuables ou considérées immuables comme celles qui font partie intégrante des relations juridiques entre un parent et son enfant. Par conséquent, les obligations en matière de garde d’enfants en litige sont celles qu’un parent ne peut négliger sans engager sa responsabilité légale. Ainsi, un père ou une mère ne peut laisser un jeune enfant sans surveillance à la maison pour aller travailler, étant donné que cette façon d’agir constituerait une forme de négligence qui, dans certains cas extrêmes, pourraient faire jouer le paragraphe 215(1) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46; *R. v. Peterson*, 2005 CanLII 37972, 201 C.C.C. (3d) 220 (C.A. Ont.), au paragraphe 34; *R. v. Popen* (1981), 60 C.C.C. (2d) 232 (C.A. Ont.), au paragraphe 18.

[71] Even conduct which meets the criminal standard, minimal as it is, does not necessarily meet other legal standards of childcare, such as those found in the child welfare legislation of the various provinces or in Article 599 of the *Civil Code of Québec* [S.Q. 1991, c. 64]. Put another way, the parental obligations whose fulfillment is protected by the *Canadian Human Rights Act* are those whose non-fulfillment engages the parent's legal responsibility to the child.

[72] Voluntary family activities, such as family trips, participation in extracurricular sports events, etc. do not have this immutable characteristic since they result from parental choices rather than parental obligations. These activities would not normally trigger a claim to discrimination resulting in some obligation to accommodate by an employer: *International Brotherhood of Electrical Workers, Local 636 v. Power Stream Inc. (Bender Grievance)* (2009), 186 L.A.C. (4th) 180 (Ont.) (*Power Stream*), at paragraphs 65 and 66.

[73] I note that there is no fundamental discrepancy between an interpretation of family status as including childcare obligations that engage the parent's legal responsibility for the child and Parliament's intent in including that prohibited ground of discrimination in the *Canadian Human Rights Act*. Protection from discrimination for childcare obligations flows from family status in the same manner that protection against discrimination on the basis of pregnancy flows from the sex of the individual. In both cases, the individual would not require accommodation were it not for the underlying ground (family status or sex) on which they were adversely affected.

[74] In conclusion, the ground of family status in the *Canadian Human Rights Act* includes parental obligations which engage the parent's legal responsibility for the child, such as childcare obligations, as opposed to personal choices. Defining the scope of the prohibited ground in terms of the parent's legal responsibility (i) ensures that the protection offered by the legislation

[71] Même les actes qui répondent à la norme pénale, aussi minimale soit-elle, ne satisfont pas nécessairement aux autres normes légales en matière de garde d'enfants, comme celles que l'on trouve dans les lois des diverses provinces portant sur la protection de l'enfance ou à l'article 599 du *Code civil du Québec* [L.Q. 1991, ch. 64]. Autrement dit, les obligations parentales dont l'exécution est protégée par la *Loi canadienne sur les droits de la personne* sont celles dont l'inobservation engage la responsabilité légale du parent envers l'enfant.

[72] Les activités familiales facultatives, telles que les voyages en famille, la participation à des activités sportives parascolaires, etc., ne possèdent pas cette caractéristique immuable, étant donné qu'elles sont le fruit d'un choix des parents et non d'une obligation des parents. Ces activités ne permettent pas normalement de formuler une allégation de discrimination découlant d'une obligation d'accommodement imposée à l'employeur : *International Brotherhood of Electrical Workers, Local 636 v. Power Stream Inc. (Bender Grievance)* (2009), 186 L.A.C. (4th) 180 (Ont.) (*Power Stream*), aux paragraphes 65 et 66.

[73] Je constate qu'il n'y a pas de contradiction fondamentale entre, d'une part, le fait d'interpréter le concept de situation de famille de manière à englober les obligations en matière de garde d'enfant susceptibles d'engager la responsabilité légale du père ou de la mère envers son enfant et, d'autre part, la volonté du législateur d'inclure ce motif de distinction illicite dans la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. La protection contre la discrimination fondée sur les obligations en matière de garde d'enfant découle de la situation de famille, de la même façon que la protection contre la discrimination découlant de la grossesse découle du sexe de la personne en cause. Dans les deux cas, l'intéressé n'aura pas besoin de mesure d'accommodement sans le motif sous-jacent (situation de famille ou sexe) en raison duquel il s'estime lésé.

[74] En conclusion, le motif de la situation de famille prévu par la *Loi canadienne sur les droits de la personne* comprend les obligations parentales qui engagent la responsabilité légale du parent envers son enfant, telle que les obligations en matière de garde d'enfants, par opposition à tout ce qui relève d'un choix personnel. Le fait de définir la portée du motif de distinction illicite en

addresses immutable (or constructively immutable) characteristics of the family relationship captured under the concept of family status, (ii) allows the right to be defined in terms of clearly understandable legal concepts, and (iii) places the ground of family status in the same category as other enumerated prohibited grounds of discrimination such as sex, colour, disability, etc.

The legal test for finding a *prima facie* case of discrimination on the prohibited ground of family status

[75] There is no fundamental dispute between the parties as to many aspects of the legal test that is used to determine whether there is discrimination on the prohibited ground of family status. All parties agree that the test comprises two parts. First, a *prima facie* case of discrimination must be made out by the complainant. Once that *prima facie* case has been made out, the analysis moves to a second stage where the employer must show that the policy or practice is a *bona fide* occupational requirement and that those affected cannot be accommodated without undue hardship.

[76] The parties also agree that the first part of the test that concerns a *prima facie* case requires complainants to show that they have a characteristic protected from discrimination, that they experienced an adverse impact with respect to employment, and that the protected characteristic was a factor in the adverse impact.

[77] Beyond that however, the parties disagree as to how the *prima facie* part of the test should be defined and applied. The appellant submits that an approach similar to the one used by the British Columbia Court of Appeal in *Campbell River* should be used, while the other parties submit that this would result in imposing a higher *prima facie* threshold for cases based on discrimination on the ground of family status.

fonction de la responsabilité légale des parents i) garantit que la protection offerte par la loi tient compte de caractéristiques immuables (ou considérées immuables) des rapports familiaux visés par le concept de situation de famille, ii) permet de définir le droit en fonction de concepts légaux facilement compréhensibles, iii) place le motif de la situation de famille dans la même catégorie que d'autres motifs de distinction illicite énumérés tels que le sexe, la couleur, la déficience, etc.

Critère juridique permettant de conclure à l'existence d'une preuve *prima facie* de discrimination fondée sur le motif de distinction illicite de la situation de famille

[75] Il n'y a pas foncièrement de controverse entre les parties en ce qui concerne plusieurs des aspects du critère juridique utilisé pour rechercher s'il y a eu discrimination fondée sur le motif de distinction illicite de la situation de famille. Toutes les parties s'entendent pour dire que ce critère comprend deux volets. En premier lieu, le plaignant doit rapporter la preuve de prime abord de discrimination. Dès lors que cette preuve a été rapportée, l'analyse se poursuit à la seconde étape, où l'employeur doit démontrer que la politique ou la pratique appliquée constitue une exigence professionnelle justifiée et qu'il ne peut prendre des mesures d'accommodement à l'égard de la personne visée sans subir de contraintes excessives.

[76] Les parties s'entendent également pour dire que le premier volet du critère concernant la preuve de prime abord oblige les plaignants à démontrer qu'ils possèdent une caractéristique qui les protège de la discrimination, qu'ils ont été lésés dans le cadre de leur emploi et que la caractéristique protégée est l'un des facteurs pour lesquels ils ont été lésés.

[77] Pour le reste cependant, il y a controverse entre les parties sur la manière dont le volet du critère relatif à la preuve de prime abord doit être défini et appliqué. L'appelant préconise une démarche qui s'inspire de celle suivie par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique à l'occasion de l'affaire *Campbell River*, tandis que les autres parties affirment que cette démarche aurait pour effet d'imposer un critère préliminaire plus exigeant dans les contentieux où est invoquée la discrimination fondée sur la situation de famille.

[78] *Campbell River* concerned an arbitration award under a collective agreement where the legal issue was the meaning and scope of the expression family status found in subsection 13(1) of the British Columbia *Human Rights Code*, R.S.B.C. 1996, c. 210. The complainant was the mother of a boy then aged 13 who had severe behavioral problems requiring specific parental and professional attention. Her employer changed her work schedule from an 8 am to 3 pm shift to an 11:30 am to 6 pm shift. This shift change impeded the complainant from attending to the needs of her son after his school hours. The arbitrator denied the grievance brought by the complainant to challenge the work schedule change. The arbitrator found that the circumstances involving childcare arrangements did not raise an issue of discrimination based on the prohibited ground of family status. The British Columbia Court of Appeal overturned the arbitrator and remitted the grievance for a new determination. In so doing, the Court made the following conclusions of law (at paragraph 39):

Whether particular conduct does or does not amount to *prima facie* discrimination on the basis of family status will depend on the circumstances of each case. In the usual case where there is no bad faith on the part of the employer and no governing provision in the applicable collective agreement or employment contract, it seems to me that a *prima facie* case of discrimination is made out when a change in a term or condition of employment imposed by an employer results in a serious interference with a substantial parental or other family duty or obligation of the employee. I think that in the vast majority of situations in which there is a conflict between a work requirement and a family obligation it would be difficult to make out a *prima facie* case. [Emphasis added.]

[79] The requirements of a “serious interference” with a “substantial” duty or obligation are the subjects of the controversy between the parties. The appellant invokes the reasoning in *Campbell River* as a practical approach, and thus proposes to limit *prima facie* cases of discrimination to circumstances where (a) the parental obligation at issue cannot be delegated to a third party, (b) the claimant has tried unsuccessfully to reconcile the non-delegable parental obligation with the employment duties, and (c) the non-delegable parental obligation at issue is substantial.

[78] L'affaire *Campbell River* concernait une sentence arbitrale rendue en rapport avec une convention collective. La question de droit à trancher portait sur le sens et la portée des mots « *family status* » (« situation de famille ») figurant au paragraphe 13(1) du *Human Rights Code* de la Colombie-Britannique, R.S.B.C. 1996, ch. 210. La plaignante était la mère d'un garçon alors âgé de 13 ans qui avait de graves problèmes de comportement qui exigeaient des soins parentaux et professionnels précis. L'employeur de la mère avait changé l'horaire de travail de celle-ci de 8 h à 15 h pour le remplacer par un quart de travail de 11 h 30 à 18 h. Ce changement de quart de travail empêchait la plaignante de s'occuper de son fils après l'école. L'arbitre a rejeté le grief présenté par la plaignante en vue de contester ce changement apporté à son horaire de travail. L'arbitre a estimé que les situations portant sur les mesures prises pour la garde des enfants ne soulevaient pas de questions de discrimination fondées sur le motif prohibé de la situation de famille. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a infirmé la décision de l'arbitre et lui a renvoyé le grief pour nouvelle décision. Pour ce faire, la Cour a tiré la conclusion de droit suivante (au paragraphe 39) :

[TRADUCTION] Un comportement constituera ou non à première vue une discrimination fondée sur la situation de famille selon les circonstances propres à chaque cas. Dans les cas habituels où l'employeur n'est pas de mauvaise foi et où la convention collective ou le contrat d'emploi ne comprend aucune disposition à ce sujet, il me semble qu'il y a discrimination à première vue quand un changement dans les conditions d'emploi imposé par l'employeur résulte en une atteinte grave aux obligations ou devoirs importants parentaux ou familiaux de l'employé. Je crois que dans la vaste majorité des situations où il existe un conflit entre les nécessités du travail et une obligation familiale, il serait difficile d'établir la discrimination à première vue. [Non souligné dans l'original.]

[79] Il y a controverse entre les parties au sujet des exigences à respecter pour que l'on puisse conclure qu'il y a eu « atteinte grave » à une obligation « importante ». L'appelant invoque l'enseignement de l'arrêt *Campbell River* qui constituerait une démarche d'ordre pratique et il propose par conséquent de limiter les cas de discrimination de prime abord aux circonstances dans lesquelles a) l'obligation parentale en cause ne peut être déléguée à un tiers, b) le plaignant a tenté sans succès de concilier avec ses obligations professionnelles une obligation parentale qui ne peut être déléguée à autrui et

[80] The other parties to this appeal submit that adopting this approach would entail a higher threshold for a finding of *prima facie* discrimination on the ground of family status than for the other prohibited grounds set out in the *Canadian Human Rights Act*. In their view, a *prima facie* case requires only that a person be differentiated adversely on a prohibited ground in the course of employment. They thus submit that the standard set out in *Campbell River* is wrong in law and fundamentally flawed in that it conflates the issue of *prima facie* discrimination—which is determined at the first stage of the test—and that of undue hardship—which is determined at the second stage of the test. They notably rely on the following criticism of *Campbell River* made by the Tribunal in its *Hoyt* decision (at paragraphs 119–121):

A different articulation of the evidence necessary to demonstrate a *prima facie* case is articulated by the British Columbia Court of Appeal in [*Campbell River*]. The Court of Appeal found that the parameters of family status as a prohibited ground of discrimination in the Human Rights Code of British Columbia must not be drawn too broadly or it would have the potential to cause ‘disruption and great mischief’ in the workplace. The Court directed that a *prima facie* case is made out “when a change in a term or condition of employment imposed by an employer results in serious interference with a substantial parental or other family duty or obligation of the employee.” Low, J.A. observed that the *prima facie* case would be difficult to make out in cases of conflict between work requirements and family obligations.

With respect, I do not agree with the Court’s analysis. Human rights codes, because of their status as ‘fundamental law,’ must be interpreted liberally so that they may better fulfill their objectives It would, in my view, be inappropriate to select out one prohibited ground of discrimination for a more restrictive definition.

In my respectful opinion, the concerns identified by the Court of Appeal, being serious workplace disruption and great mischief, might be proper matters for consideration in the *Meiorin* analysis and in particular the third branch of the

c) l’obligation parentale qui ne peut être déléguée est importante en l’espèce.

[80] Les autres parties au présent appel soutiennent que retenir cette méthode aurait pour effet d’imposer un critère préliminaire plus exigeant dans le cas de la preuve de discrimination de prime abord fondée sur la situation de famille que dans le cas des autres motifs prévus par la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. À leur avis, pour pouvoir rapporter la preuve de discrimination de prime abord, il suffit que l’intéressé ait été défavorisé en cours d’emploi pour un motif de distinction illicite. Elles soutiennent par conséquent que la norme consacrée par la jurisprudence *Campbell River* est erronée en droit et qu’elle est fondamentalement viciée étant donné qu’elle confond la question de la discrimination de prime abord — qui est tranchée à la première étape du critère — avec celle de la contrainte excessive — qui est décidée à la seconde étape du critère. Elles se fondent notamment sur la critique suivante de l’arrêt *Campbell River* formulé par le Tribunal à l’occasion de l’affaire *Hoyt* (aux paragraphes 119 à 121) :

La Cour d’appel de la Colombie-Britannique, dans l’arrêt [*Campbell River*], a formulé de façon différente la preuve nécessaire pour établir une preuve *prima facie*. La Cour d’appel a statué que les paramètres de la situation de famille en tant que motif de discrimination dans le code en matière de droits de la personne de la Colombie-Britannique ne doivent pas être établis de façon trop large puisque cela pourrait causer [TRADUCTION] « de la perturbation ou des torts sérieux » sur le lieu de travail. La Cour a indiqué qu’une preuve *prima facie* est établie [TRADUCTION] « lorsqu’une modification d’une condition d’emploi imposée par un employeur entraîne une perturbation grave à l’égard d’une importante obligation parentale ou autre obligation familiale de l’employé ». Le juge Low a fait remarquer que la preuve *prima facie* serait difficile à établir dans des cas de conflit entre les exigences de travail et les obligations familiales.

Avec déférence, je ne souscris pas à l’analyse de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique. Les codes en matière de droits de la personne, en raison de leur statut de « loi fondamentale », doivent être interprétés de façon libérale afin qu’ils puissent mieux réaliser leurs objectifs [...] Il serait, à mon avis, inapproprié de choisir un motif de distinction illicite et de lui donner une définition plus restrictive.

À mon humble avis, les préoccupations définies par la Cour d’appel, à savoir la perturbation grave et les torts sérieux sur le lieu de travail, peuvent être des questions appropriées à examiner suivant l’analyse de l’arrêt *Meiorin*, et en particulier

analysis, being reasonable necessity. When evaluating the magnitude of hardship, an accommodation might give rise to matters such as serious disruption in the workplace, and serious impact on employee morale are appropriate considerations ... Undue hardship is to be proven by the employer on a case by case basis. A mere apprehension that undue hardship would result is not a proper reason, in my respectful opinion, to obviate the analysis.

[81] I agree that the test that should apply to a finding of *prima facie* discrimination on the prohibited ground of family status should be substantially the same as that which applies to the other enumerated grounds of discrimination. There should be no hierarchies of human rights. However, though the test should be substantially the same, that test is also necessarily flexible and contextual, as aptly noted by the Canadian Human Rights Commission in its submissions before this Court.

[82] The starting point of the test to establish a *prima facie* case of discrimination is set out in *Ontario Human Rights Commission and O'Malley v. Simpsons-Sears Ltd. et al.*, above, at page 558, where McIntyre J. noted that the complainant in proceedings before a human rights tribunal must show a *prima facie* case of discrimination, and such a "*prima facie* case in this context is one which covers the allegations made and which, if they are believed, is complete and sufficient to justify a verdict in the complainant's favour in the absence of an answer from the respondent-employer."

[83] The test is necessarily flexible and contextual because it is applied in cases with many different factual situations involving various grounds of discrimination. As noted by Evans J.A. in *Canada (Attorney General) v. Canada (Human Rights Commission)*, 2005 FCA 154, 55 C.H.R.R. D/1, *sub nom. Morris v. Canada (Canadian Armed Forces)*, at paragraph 28, a "flexible legal test of a *prima facie* case is better able than more precise tests to advance the broad purpose underlying the

suivant le troisième volet de l'analyse, à savoir la nécessité raisonnable. Dans le contexte de l'évaluation de l'importance de la contrainte, il se peut qu'une mesure d'accommodement donne lieu à des questions comme la perturbation grave sur le lieu de travail et l'effet grave sur le moral des employés, qui sont des facteurs appropriés [...] Il appartient à l'employeur d'établir au cas par cas l'existence d'une contrainte excessive. Une simple crainte que la mesure d'accommodement entraînerait une contrainte excessive n'est pas un motif approprié, à mon humble avis, pour écarter l'analyse.

[81] Je conviens que le critère qui doit s'appliquer pour pouvoir conclure à une discrimination de prime abord fondée sur le motif interdit de la situation de famille doit être essentiellement le même que celui qui s'applique dans le cas des autres motifs énumérés de discrimination. Il ne doit pas y avoir de hiérarchie en matière de droits de la personne. Toutefois, même s'il devrait être essentiellement le même, le critère doit nécessairement être souple et adapté aux circonstances, comme la Commission canadienne des droits de la personne l'a à juste titre signalé dans les observations qu'elle a présentées devant notre Cour.

[82] Le point de départ du critère préliminaire permettant de conclure à l'existence d'une preuve de discrimination de prime abord a été énoncé dans l'arrêt *Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpsons-Sears Ltd. et autres*, précité, à la page 558, dans lequel le juge McIntyre a fait observer que la personne qui dépose une plainte devant un tribunal des droits de la personne doit démontrer qu'il y a à première vue discrimination et « [d]ans ce contexte, la preuve suffisante jusqu'à preuve contraire est celle qui porte sur les allégations qui ont été faites et qui, si on leur ajoute foi, est complète et suffisante pour justifier un verdict en faveur de la plaignante, en l'absence de réplique de l'employeur intimé. »

[83] Ce critère est nécessairement souple et dépend des circonstances parce qu'il est appliqué dans des affaires présentant des variations factuelles diverses et impliquant des motifs de discrimination variés. Ainsi que le juge Evans l'a fait observer à l'occasion de l'affaire *Canada (Procureur général) c. Canada (Commission des droits de la personne)*, 2005 CAF 154, *sub nom. Morris c. Canada (Forces armées canadiennes)*, au paragraphe 28, « [u]n critère juridique

Canadian Human Rights Act, namely, the elimination in the federal legislative sphere of discrimination from employment”.

[84] As a result, a *prima facie* case must be determined in a flexible and contextual way, and the specific types of evidence and information that may be pertinent or useful to establish a *prima facie* case of discrimination will largely depend on the prohibited ground of discrimination at issue.

[85] As an example, in *Syndicat Northcrest v. Amselem*, 2004 SCC 47, [2004] 2 S.C.R. 551 (*Amselem*) the Supreme Court of Canada considered the test for establishing a breach of the guarantee of religious freedom under the Quebec *Charter of Human Rights and Freedoms*, R.S.Q. c. C-12. In that case, the Court rejected the idea that religious belief must be objectively grounded, and instead held that the issue is whether the individual has a sincerely held religious belief. For that purpose, the Court set out certain factors that can assist in assessing whether a *prima facie* case of religious discrimination is established taking into account the particular nature of the prohibited ground at issue. It is useful to review these factors that are set out at paragraphs 56, 57 and 59 to 62 of *Amselem*:

Thus, at the first stage of a religious freedom analysis, an individual advancing an issue premised upon a freedom of religion claim must show the court that (1) he or she has a practice or belief, having a nexus with religion, which calls for a particular line of conduct, either by being objectively or subjectively obligatory or customary, or by, in general, subjectively engendering a personal connection with the divine or with the subject or object of an individual’s spiritual faith, irrespective of whether a particular practice or belief is required by official religious dogma or is in conformity with the position of religious officials; and (2) he or she is sincere in his or her belief. Only then will freedom of religion be triggered.

Once an individual has shown that his or her religious freedom is triggered, as outlined above, a court must then ascertain whether there has been enough of an interference

souple, en ce qui concerne l’établissement de la preuve *prima facie*, permet mieux que d’autres critères plus précis de promouvoir l’objet général sous-tendant la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, à savoir l’élimination, dans la sphère de compétence législative fédérale, de la discrimination en matière d’emploi ».

[84] Par conséquent, il y a lieu d’établir une méthode souple et adaptable aux circonstances pour se prononcer sur l’existence d’une preuve de discrimination de prime abord et le type précis d’éléments de preuve et de renseignements qui peuvent être pertinents ou utiles pour établir l’existence d’une preuve de discrimination de prime abord dépend en grande mesure du motif de distinction illicite en cause.

[85] Par exemple, à l’occasion de l’affaire *Syndicat Northcrest c. Amselem*, 2004 CSC 47, [2004] 2 R.C.S. 551 (*Amselem*), la Cour suprême du Canada s’est penchée sur la question du critère permettant de conclure à une violation d’une liberté religieuse garantie par la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec, L.R.Q., ch. C-12. Par cet arrêt, la Cour a écarté l’idée que les convictions religieuses devaient reposer sur un fondement objectif; la Cour s’est plutôt dite d’avis que la question à poser est celle de savoir si l’intéressé a des convictions religieuses sincères. À cette fin, la Cour a recensé certains facteurs qui peuvent être utiles pour rechercher si la preuve de discrimination religieuse de prime abord a été rapportée en tenant compte de la nature particulière du motif de distinction illicite en cause. Il est utile de passer en revue ces facteurs, qui sont énumérés aux paragraphes 56, 57 et 59 à 62 de l’arrêt *Amselem* :

Par conséquent, à la première étape de l’analyse de la liberté de religion, la personne qui présente un argument fondé sur cette liberté doit démontrer (1) qu’elle possède une pratique ou une croyance qui est liée à la religion et requiert une conduite particulière, soit parce qu’elle est objectivement ou subjectivement obligatoire ou coutumière, soit parce que, subjectivement, elle crée de façon générale un lien personnel avec le divin ou avec le sujet ou l’objet de sa foi spirituelle, que cette pratique ou croyance soit ou non requise par un dogme religieux officiel ou conforme à la position de représentants religieux; (2) que sa croyance est sincère. Ce n’est qu’une fois cette démonstration faite que la liberté de religion entre en jeu.

Dès que l’intéressé a démontré, suivant les étapes que je viens de décrire, que sa liberté de religion était en jeu, le tribunal doit déterminer si l’entrave à l’exercice de ce droit est

with the exercise of the implicated right so as to constitute an infringement of freedom of religion under the Quebec (or the Canadian) *Charter*.

...

It consequently suffices that a claimant show that the impugned contractual or legislative provision (or conduct) interferes with his or her ability to act in accordance with his or her religious beliefs in a manner that is more than trivial or insubstantial. The question then becomes: what does this mean?

At this stage, as a general matter, one can do no more than say that the context of each case must be examined to ascertain whether the interference is more than trivial or insubstantial. But it is important to observe what examining that context involves.

In this respect, it should be emphasized that not every action will become summarily unassailable and receive automatic protection under the banner of freedom of religion. No right, including freedom of religion, is absolute

Freedom of religion, as outlined above, quite appropriately reflects a broad and expansive approach to religious freedom under both the Quebec *Charter* and the Canadian *Charter* and should not be prematurely narrowly construed. However, our jurisprudence does not allow individuals to do absolutely anything in the name of that freedom. Even if individuals demonstrate that they sincerely believe in the religious essence of an action, for example, that a particular practice will subjectively engender a genuine connection with the divine or with the subject or object of their faith, and even if they successfully demonstrate non-trivial or non-insubstantial interference with that practice, they will still have to consider how the exercise of their right impacts upon the rights of others in the context of the competing rights of private individuals. Conduct which would potentially cause harm to or interference with the rights of others would not automatically be protected. The ultimate protection of any particular *Charter* right must be measured in relation to other rights and with a view to the underlying context in which the apparent conflict arises. [Emphasis in original.]

[86] As is readily apparent from these passages of *Amsalem*, the specific types of evidence and information that may be applied to establish a *prima facie* case of discrimination largely depend on the nature of the prohibited ground of discrimination at issue.

[87] In this case, the Federal Court Judge concluded, at paragraph 121 of his reasons, that “the childcare obligations arising in discrimination claims based on

suffisante pour constituer une atteinte à la liberté de religion garantie par la *Charte* québécoise (ou la *Charte* canadienne).

[...]

Par conséquent, le demandeur n’a qu’à démontrer que la disposition législative ou contractuelle (ou la conduite) contestée entrave d’une manière plus que négligeable ou insignifiante sa capacité d’agir en conformité avec ses croyances religieuses. Il faut maintenant déterminer ce que cela signifie.

À ce stade-ci, on doit généralement se contenter de dire que chaque cas doit être examiné au regard du contexte qui lui est propre pour déterminer si l’entrave est plus que négligeable ou insignifiante. Il importe toutefois de se demander ce qu’implique l’examen du contexte.

À cet égard, il convient de souligner qu’un acte ne devient pas inattaquable ni protégé d’office du seul fait qu’on invoque la liberté de religion. Aucun droit — y compris la liberté de religion — n’est absolu [...]

La liberté de religion, telle qu’elle a été définie plus haut, correspond bien à l’interprétation large et libérale de cette liberté garantie par la *Charte* québécoise et la *Charte* canadienne et ne devrait pas être prématurément interprétée de façon restrictive. Toutefois, notre jurisprudence n’autorise pas les gens à accomplir n’importe quel acte en son nom. Par exemple, même si une personne démontre qu’elle croit sincèrement au caractère religieux d’un acte ou qu’une pratique donnée crée subjectivement un lien véritable avec le divin ou avec le sujet ou l’objet de sa foi, et même si elle parvient à prouver l’existence d’une entrave non négligeable à cette pratique, elle doit en outre tenir compte de l’incidence de l’exercice de son droit sur ceux d’autrui. Une conduite susceptible de causer préjudice aux droits d’autrui ou d’entraver l’exercice de ces droits n’est pas automatiquement protégée. La protection ultime accordée par un droit garanti par la *Charte* doit être mesurée par rapport aux autres droits et au regard du contexte sous-jacent dans lequel s’inscrit le conflit apparent. [Souligné dans l’original.]

[86] Comme il ressort à l’évidence des passages précités de l’arrêt *Amsalem*, le type précis de preuves et de renseignements dont on peut se servir pour établir l’existence d’une preuve de discrimination de prime abord dépend en grande partie de la nature du motif de distinction illicite en cause.

[87] En l’espèce, le juge de la Cour fédérale a conclu, au paragraphe 121 de ses motifs, que « les obligations liées à la garde des enfants invoquées dans les affaires

family status must be one of substance and the complainant must have tried to reconcile family obligations with work obligations”, adding that “this requirement does not constitute creating a higher threshold test for serious interference.” I agree.

[88] Normally, parents have various options available to meet their parental obligations. Therefore, it cannot be said that a childcare obligation has resulted in an employee being unable to meet his or her work obligations unless no reasonable childcare alternative is reasonably available to the employee. It is only if the employee has sought out reasonable alternative childcare arrangements unsuccessfully, and remains unable to fulfill his or her parental obligations, that a *prima facie* case of discrimination will be made out.

[89] This principle has been recognized in numerous labour arbitration cases dealing with the issue. As noted in *Alberta (Solicitor General) v. Alberta Union of Provincial Employees*, 2010 CanLII 98263, 192 L.A.C. (4th) 97 (Alta.), at paragraph 64, “[i]n order to work, all parents must take some steps on their own to ensure that they can fulfill both their parental obligations and their work commitments. Part of any examination of whether a *prima facie* case has been established for family status discrimination must therefore include an analysis of the steps taken by the employee him or herself to balance their family life and workplace responsibilities.”

[90] The same principle was applied in *Ontario Public Service Employees Union (Thompson) v. Ontario (Liquor Control Board of Ontario)*, 2012 CanLII 67531 (Ont. G.S.B.), at paragraph 40: “This test requires an employee seeking accommodation to demonstrate he or she was not able to meet a family obligation by reasonable means other than accommodation in the workplace.” That same principle was also applied by a Board of Inquiry established under the Ontario *Human Rights Code* in *Wight v. Ontario (Office of the Legislative Assembly)* (1998), 33 C.H.R.R. D/191 (Ont. Bd. of Inq.),

dans lesquelles l’intéressé se prétend victime de discrimination fondée sur sa situation de famille doivent être des obligations importantes et le plaignant doit avoir tenté de concilier ses obligations familiales avec ses obligations professionnelles », ajoutant que « cette exigence ne saurait créer un critère préliminaire plus exigeant en matière d’atteinte grave ». J’abonde dans le même sens.

[88] Normalement, les parents disposent de diverses possibilités pour s’acquitter de leurs obligations parentales. On ne peut donc affirmer qu’une obligation relative à la garde des enfants a empêché un employé de remplir ses obligations professionnelles, à moins que cette personne n’ait pu trouver aucune solution de rechange raisonnable pour faire garder ses enfants. Ce n’est que lorsque l’employé a cherché sans succès une solution de rechange raisonnable pour s’acquitter de ses obligations liées à la garde des enfants et qu’il demeure incapable de remplir ses obligations parentales qu’une preuve de discrimination est établie de prime abord.

[89] Ce principe a été reconnu à l’occasion de nombreuses affaires d’arbitrage en matière du travail portant sur cette même question. Ainsi que noté dans la décision *Alberta (Solicitor General) v. Alberta Union of Provincial Employees*, 2010 CanLII 98263, 192 L.A.C. (4th) 97 (Alb.), au paragraphe 64 : [TRADUCTION] « Pour pouvoir travailler, tous les parents doivent prendre certaines mesures de leur propre initiative pour s’assurer qu’ils peuvent à la fois s’acquitter de leurs obligations parentales et respecter leurs engagements professionnels. Ainsi, lorsqu’il s’agit d’établir l’existence d’une preuve *prima facie* de discrimination fondée sur la situation de famille, il faut notamment analyser les mesures prises par l’employé pour concilier travail et famille. »

[90] Le même principe a été appliqué à l’occasion de l’affaire *Ontario Public Service Employees Union (Thompson) v. Ontario (Liquor Control Board of Ontario)*, 2012 CanLII 67531 (C.G.R. Ont.), au paragraphe 40 : [TRADUCTION] « Ce critère exige que l’employé qui réclame des mesures d’accommodement démontre qu’il n’a pas été en mesure de remplir une de ses obligations familiales par des moyens raisonnables autres que des mesures d’accommodement de son employeur. » Ce même principe a aussi été appliqué par le comité d’enquête qui avait été mis sur pied sous le régime du

at paragraphs 309 to 311, and in *Power Steam*, at paragraph 62.

[91] This approach is not adding an extra burden on complainants in cases involving family status. As aptly noted in *Alliance Employees Union, Unit 15 v. Customs and Immigrations Union*, 2011 CanLII 70608, 205 L.A.C. (4th) 343 (Ont. L.R.B.), at paragraph 45, complainants in disability cases must first establish that they have a disability and have an ongoing obligation to notify the employer of changes in their restriction; it is not more onerous to require a parent to establish the nature of the restrictions he or she faces in meeting both parental and employment obligations.

[92] The Tribunal's decision in *Hoyt* also implicitly accepted the significance of the claimant's efforts in that case to seek childcare arrangements that would allow compliance with both parental and professional obligations. The Tribunal's finding of discrimination in that case rested on the claimant having made considerable efforts in this regard: *Hoyt*, at paragraphs 123 and 124.

[93] I conclude from this analysis that in order to make out a *prima facie* case where workplace discrimination on the prohibited ground of family status resulting from childcare obligations is alleged, the individual advancing the claim must show (i) that a child is under his or her care and supervision; (ii) that the childcare obligation at issue engages the individual's legal responsibility for that child, as opposed to a personal choice; (iii) that he or she has made reasonable efforts to meet those childcare obligations through reasonable alternative solutions, and that no such alternative solution is reasonably accessible; and (iv) that the impugned workplace rule interferes in a manner that is more than trivial or insubstantial with the fulfillment of the childcare obligation.

Code des droits de la personne de l'Ontario à l'occasion de l'affaire *Wight v. Ontario (Office of the Legislative Assembly)* (1998), 33 C.H.R.R. D/191 (Comm. d'enq. de l'Ont.), aux paragraphes 309 à 311, ainsi qu'à l'occasion de l'affaire *Power Steam*, au paragraphe 62.

[91] Cette démarche n'a pas pour effet d'alourdir la charge qui incombe aux plaignants dans les affaires portant sur la situation de famille. Comme on l'a judicieusement fait observer dans la décision *Alliance Employees Union, Unit 15 v. Customs and Immigrations Union*, 2011 CanLII 70608, 205 L.A.C. (4th) 343 (C.R.T. de l'Ont.), au paragraphe 45, dans les affaires où est en jeu une déficience, les plaignants doivent d'abord établir qu'ils sont atteints d'une déficience, et il leur incombe en tout temps d'aviser leur employeur de tout changement survenu dans leurs contraintes; il n'est pas plus onéreux d'obliger un parent à faire la preuve de la nature des contraintes avec lesquelles il doit composer pour s'acquitter tant de ses obligations parentales que de ses obligations professionnelles.

[92] Lors de l'affaire *Hoyt*, le Tribunal a aussi implicitement pris acte de l'ampleur des efforts déployés par la plaignante dans cette affaire pour prendre les dispositions nécessaires pour faire garder ses enfants de manière à s'acquitter à la fois de ses obligations parentales et de ses obligations professionnelles. La conclusion de discrimination tirée par le Tribunal dans cette affaire reposait sur le fait que la plaignante avait déployé des efforts considérables à cet égard (*Hoyt*, aux paragraphes 123 et 124).

[93] Je conclus de cette analyse que, pour établir la preuve de prime abord de discrimination en milieu de travail fondée sur un motif illicite, en l'occurrence la situation de famille en raison des obligations liées à la garde des enfants, la personne qui soutient être victime de discrimination doit démontrer i) qu'elle assume l'entretien et la surveillance d'un enfant; ii) que l'obligation en cause relative à la garde des enfants fait jouer sa responsabilité légale envers cet enfant et qu'il ne s'agit pas simplement d'un choix personnel; iii) que la personne en question a déployé les efforts raisonnables pour s'acquitter de ses obligations en matière de garde d'enfants en explorant des solutions de rechange raisonnables et qu'aucune de ces solutions n'est raisonnablement

[94] The first factor requires the claimant to demonstrate that a child is actually under his or her care and supervision. This requires the individual claiming *prima facie* discrimination to show that he or she stands in such a relationship to the child at issue and that his or her failure to meet the child's needs will engage the individual's legal responsibility. In the case of parents, this will normally flow from their status as parents. In the case of *de facto* caregivers, there will be an obligation to show that, at the relevant time, their relationship with the child is such that they have assumed the legal obligations which a parent would have found.

[95] The second factor requires demonstrating an obligation which engages the individual's legal responsibility for the child. This notably requires the complainant to show that the child has not reached an age where he or she can reasonably be expected to care for himself or herself during the parent's work hours. It also requires demonstrating that the childcare need at issue is one that flows from a legal obligation, as opposed to resulting from personal choices.

[96] The third factor requires the complainant to demonstrate that reasonable efforts have been expended to meet those childcare obligations through reasonable alternative solutions, and that no such alternative solution is reasonably accessible. A complainant will, therefore, be called upon to show that neither they nor their spouse can meet their enforceable childcare obligations while continuing to work, and that an available childcare service or an alternative arrangement is not reasonably accessible to them so as to meet their work needs. In essence, the complainant must demonstrate that he or she is facing a *bona fide* childcare problem. This is highly fact specific, and each case will be reviewed on an individual basis in regard to all of the circumstances.

réalizable; et iv) que les règles attaquées régissant le milieu de travail entravent d'une manière plus que négligeable ou insignifiante sa capacité de s'acquitter de ses obligations liées à la garde des enfants.

[94] Le premier facteur oblige le plaignant à démontrer qu'il assume effectivement l'entretien et la surveillance de l'enfant. Pour ce faire, le plaignant doit, afin d'établir qu'il est à première vue victime de discrimination, être en mesure de démontrer qu'il entretient ce type de relation avec l'enfant en question et que son défaut de répondre aux besoins de l'enfant entraînera sa responsabilité légale. Dans le cas d'une mère ou d'un père, cette conclusion découle naturellement de leur qualité de parents. Dans le cas des personnes qui s'occupent de fait d'enfants, il leur faut démontrer qu'au moment pertinent, leur relation avec l'enfant en question faisait en sorte qu'ils avaient pris à leur charge les obligations légales qui incombent normalement aux parents.

[95] Le deuxième facteur oblige l'intéressé à démontrer qu'il existe une obligation qui engage sa responsabilité légale envers l'enfant. Pour ce faire, le plaignant doit notamment démontrer que l'enfant en question n'a pas atteint un âge où l'on peut s'attendre raisonnablement à ce qu'il prenne soin de lui-même alors que ses parents sont au travail. Ce facteur exige également que l'on démontre que les besoins en matière de garde d'enfants en cause découlent d'une obligation légale et non d'un choix personnel.

[96] Le troisième facteur oblige le plaignant à démontrer qu'il a déployé des efforts raisonnables pour s'acquitter de ses obligations relatives à la garde des enfants en explorant des solutions de rechange raisonnables et qu'aucune de ces solutions n'est raisonnablement réalisable. Le plaignant est par conséquent appelé à démontrer que ni lui ni son conjoint n'est en mesure de s'acquitter de ses obligations liées à la garde des enfants tout en conservant son emploi et qu'ils n'ont pas raisonnablement accès à des services de garde d'enfants ou à des mesures de substitution qui leur permettraient de respecter leurs obligations professionnelles. Le plaignant doit essentiellement démontrer qu'il est aux prises avec un véritable problème en ce qui concerne la garde d'enfants. Chaque cas est essentiellement un cas d'espèce.

[97] The fourth and final factor is that the impugned workplace rule interferes in a manner that is more than trivial or insubstantial with the fulfillment of the childcare obligation. The underlying context of each case in which the childcare needs conflict with the work schedule must be examined so as to ascertain whether the interference is more than trivial or insubstantial.

[98] It is not necessary to define in more precise terms the test for *prima facie* discrimination on the ground of family status resulting from childcare obligations. The test itself must be sufficiently flexible so as to advance the broad purpose of the *Canadian Human Rights Act* as set out in section 2 of that Act, notably the principle that individuals should have the opportunity equal with other individuals to make for themselves the lives they are able and wish to have and to have their needs accommodated, consistent with their duties and obligations as members of society, without being hindered in or prevented from doing so by discriminatory practices based on family status.

[99] Consequently, deciding what specific types of evidence are required to meet all four factors of the above test for a *prima facie* case of discrimination in any given context will vary with the facts of each case, and is better left to be determined on a case-by-case basis.

Application to the circumstances of Ms. Johnstone

[100] Applying the proper legal test, I can find no reviewable error in the Tribunal's conclusion that Ms. Johnstone has made out a *prima facie* case of adverse discrimination by the CBSA on the basis of family status.

[101] First, it is not disputed that Ms. Johnstone had one and then two children under her care and supervision during the times pertinent to her complaint. Though this responsibility was shared with her husband, this does not

[97] Le quatrième et dernier facteur exige que les règles controversées régissant le milieu de travail entravent d'une manière plus que négligeable ou insignifiante sa capacité de s'acquitter de ses obligations relatives à la garde des enfants. Il convient dans chaque cas d'examiner le contexte dans lequel se présente un conflit entre les besoins en matière de garde d'enfants et l'horaire de travail pour déterminer si l'entrave en question est plus que simplement négligeable ou insignifiante.

[98] Il n'est pas nécessaire de définir de façon plus précise le critère de la discrimination de prime abord fondé sur la situation de famille en raison d'obligations liées à la garde des enfants. Le critère lui-même doit être suffisamment souple pour favoriser la réalisation de l'objectif général défini à l'article 2 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* et notamment le principe suivant lequel tous les individus ont le droit, dans la mesure compatible avec leurs obligations au sein de la société, à l'égalité des chances d'épanouissement et à la prise de mesures visant à la satisfaction de leurs besoins, indépendamment des considérations fondées sur la situation de famille.

[99] Par conséquent, la décision quant à savoir quel mode de preuve est nécessaire pour pouvoir répondre aux quatre volets du critère susmentionné permettant d'établir l'existence d'une preuve de discrimination de prime abord dans telles ou telles circonstances dépend des faits de l'espèce et il est préférable de trancher cette question au cas par cas.

Application de ces principes à la situation de M^{me} Johnstone

[100] En appliquant le critère juridique approprié, je ne puis déceler aucune erreur justifiant l'infirmité de la conclusion du Tribunal suivant laquelle M^{me} Johnstone a établi la preuve de prime abord de discrimination de la part de l'ASFC sur le fondement de la situation de famille.

[101] Premièrement, il n'est pas controversé entre les parties que M^{me} Johnstone assumait le soin et la surveillance d'un, puis de deux enfants, à l'époque pertinente pour sa plainte. Bien qu'elle ait assumé cette

detract from Ms. Johnstone's shared responsibility for the care and supervision of her two children. As a result, she satisfied the first leg of the test outlined above for establishing a *prima facie* case.

[102] Second, both children were toddlers for whom she and her husband were legally responsible. She and her husband could not leave the children on their own without adult supervision during their working hours without breaching their legal obligations towards them. As a result, they were legally required to provide their children with some form of childcare arrangement while they were away to attend to their work with the CBSA. As a result, Ms. Johnstone's childcare obligations engaged her legal responsibilities as a parent towards her children, as opposed to a personal choice. As such, Ms. Johnstone satisfied the second leg of the test.

[103] Third, the Tribunal found as a matter of fact that Ms. Johnstone had made serious but unsuccessful efforts to secure reasonable alternative childcare arrangements: Tribunal's decision, at paragraphs 187, 188, 193 and 194. The Tribunal outlined the significant efforts of Ms. Johnstone to secure childcare arrangements that would allow her to continue to work the rotating and irregular schedule set out in her VSSA.

[104] In particular, the Tribunal noted that Ms. Johnstone had investigated numerous regulated childcare providers, both near her home and near her work, but that none of these provided services outside standard work hours: Tribunal's decision, at paragraph 79. The Tribunal also noted her efforts with unregulated childcare providers, including family members, as well as the broader inquiries she made to secure flexible childcare arrangements that would meet her work schedule: Tribunal's decision, at paragraphs 80 and 81. The Tribunal found that the work schedules of Ms. Johnstone and of her husband were such that neither could provide the childcare needed on a reliable basis: Tribunal's decision, at paragraph 82. The Tribunal further noted that the alternative of a live-in nanny was

charge avec son mari, cela n'enlève rien à l'obligation conjointe qu'avait M^{me} Johnstone d'assumer le soin et la surveillance de ses deux enfants. Par conséquent, elle a satisfait au premier volet du critère susmentionné pour établir la preuve de prime abord de discrimination.

[102] Deuxièmement, les deux enfants étaient des bambins dont elle et son mari étaient légalement responsables. Elle et son mari ne pouvaient laisser leurs enfants seuls sans la surveillance d'un adulte alors qu'ils étaient au travail sans enfreindre leurs obligations légales qu'ils avaient envers eux. Par conséquent, ils étaient légalement tenus de trouver une solution pour faire garder leurs enfants alors qu'ils se trouvaient à l'extérieur du foyer afin de respecter leurs obligations professionnelles envers l'ASFC. Par conséquent, les obligations de M^{me} Johnstone relatives à la garde des enfants engageaient sa responsabilité légale en tant que parent; il ne s'agissait pas d'un simple choix personnel. Par conséquent, M^{me} Johnstone a satisfait au second volet du critère.

[103] Troisièmement, le Tribunal a constaté que M^{me} Johnstone avait entrepris, en vain, des démarches sérieuses pour trouver une autre solution pour faire garder ses enfants (décision du Tribunal, aux paragraphes 187, 188, 193 et 194). Le Tribunal a relaté les démarches sérieuses qu'avait entreprises M^{me} Johnstone pour faire garder ses enfants et pour continuer à exercer les quarts de travail par rotation irréguliers prévus par son EPHV.

[104] Le Tribunal a notamment fait observer que M^{me} Johnstone s'était informée tant au sujet de la possibilité de se trouver des services de garde enregistrés près de chez elle ou près de son lieu de travail, mais qu'aucun de ces services de garde n'offrait des services en dehors des heures de travail normales : décision du Tribunal, au paragraphe 79. Le Tribunal a également signalé que M^{me} Johnstone avait entrepris des démarches auprès de services de garde non enregistrés, y compris auprès des membres de sa famille, et qu'elle avait également effectué des recherches élargies pour chercher à obtenir des services de garde souples lui permettant de respecter son horaire de travail : décision du Tribunal, aux paragraphes 80 et 81. Le Tribunal a conclu que les horaires de travail de M^{me} Johnstone et de son mari ne

not an appropriate option in the circumstances, since Ms. Johnstone's family would have had to move into a home that could accommodate another adult person: Tribunal's decision, at paragraph 83.

[105] Consequently, Ms. Johnstone clearly satisfied the third leg of the test for a *prima facie* case, in that she made reasonable efforts to meet her childcare obligations through reasonable alternative solutions, but no such alternative solution was reasonably available.

[106] Fourth, the Tribunal found that Ms. Johnstone's regular work schedule based on the VSSA interfered in a manner that was more than trivial or insubstantial with the fulfillment of her childcare obligations.

[107] The Tribunal notably relied on the evidence of Martha Friendly, who was qualified as an expert on childcare policy in Canada, including childcare availability for people who work rotating and fluctuating shifts on an irregular basis: Tribunal's decision, at paragraphs 174 to 195. Ms. Friendly testified that unpredictability in work hours was the most difficult factor in accommodating childcare, and that it made finding a paid third-party provider of childcare, regulated or unregulated, almost impossible: Tribunal's decision, at paragraphs 178 and 179. She also testified that the next most difficult factor was the need for extended work hours outside standard operating hours, which also rendered childcare availability virtually impossible to find: Tribunal's decision, at paragraph 180. She concluded that Ms. Johnstone's situation was "one of the most difficult childcare situations that she could imagine" based on different shifts at different times and different days including weekends, overtime, shifts at all hours of the day or night, and the fact her husband worked a similar type of job schedule: Tribunal's decision, at paragraph 195.

leur permettaient pas de s'occuper de leurs enfants selon un horaire fiable : décision du Tribunal, au paragraphe 82. Le Tribunal a également signalé que la solution de substitution consistant à engager une bonne ne constituait pas une option appropriée dans les circonstances, étant donné que la famille de M^{me} Johnstone aurait alors dû déménager dans une maison où il aurait été possible de loger une personne adulte de plus : décision du Tribunal, au paragraphe 83.

[105] Par conséquent, M^{me} Johnstone a nettement satisfait au troisième volet du critère de la discrimination de prime abord étant donné qu'elle a entrepris des démarches raisonnables pour respecter ses obligations relatives à la garde des enfants en cherchant des solutions de substitution raisonnables dont aucune ne s'est avérée finalement pratique.

[106] Quatrièmement, le Tribunal a conclu que l'horaire de travail régulier de M^{me} Johnstone prévu par son EPHV faisait obstacle d'une manière plus que négligeable ou insignifiante sa capacité de s'acquitter de ses obligations liées à la garde des enfants.

[107] Le Tribunal a notamment retenu le témoignage de Martha Friendly, dont l'expertise en matière de politiques en matière de garde d'enfants au Canada avait été reconnue, notamment au sujet de l'accessibilité des services de garde pour des parents qui travaillent par quarts rotatifs et changeants sur une base irrégulière : décision du Tribunal, aux paragraphes 174 à 195. M^{me} Friendly a expliqué que le fait que les heures de travail n'étaient pas prévisibles constituait le facteur le plus difficile pour prendre des mesures d'accommodement en matière de garde d'enfants, et qu'il était ainsi presque impossible de trouver des services de garde enregistrés ou non : décision du Tribunal, aux paragraphes 178 et 179. Elle a également expliqué que le second facteur le plus difficile était le fait que l'obligation pour des personnes comme M^{me} Johnstone d'effectuer des heures prolongées après les heures normales de travail rendait pratiquement impossible de trouver des services de garde : décision du Tribunal, au paragraphe 180. M^{me} Friendly s'est dite d'avis que la situation de M^{me} Johnstone était [TRADUCTION] « l'une des plus difficiles qu'elle pouvait imaginer en ce qui concerne les services de garde », en raison de la variabilité des quarts de travail qui avaient lieu à des

[108] As a result, Ms. Johnstone clearly made out a *prima facie* case of discrimination on the ground of family status resulting from childcare obligations, and the Tribunal committed no reviewable error in so finding.

[109] Since the appellant is not asserting any *bona fide* occupational requirement or an undue burden in providing Ms. Johnstone fixed shifts on a full-time basis, the Tribunal's ruling that Ms. Johnstone's complaint under the *Canadian Human Rights Act* was substantiated must be upheld.

Remedies

[110] The Attorney General of Canada submits that the Tribunal committed reviewable errors in its remedial orders, notably with respect to the award of lost wages for the period subsequent to December 2005, the requirement that the CBSA establish a written policy satisfactory to the Canadian Human Rights Commission, and the award of special damages under subsection 53(3) of the *Canadian Human Rights Act*.

(a) *Award of lost wages*

[111] The appellant submits that the Tribunal acted unreasonably in ordering lost wages to be paid to Ms. Johnstone for the periods of December 2005 to August 2007 and August 2008 to August 2010.

[112] For the first period (December 2005 to August 2007) the CBSA offered to Ms. Johnstone that she work part-time for 34 hours a week. She elected instead to work 20 hours per week. The appellant submits that

heures et à des jours différents — y compris la fin de semaine —, des heures supplémentaires, du fait que les quarts étaient échelonnés sur toutes les heures du jour et de la nuit et du fait que son mari effectuait un quart de travail semblable : décision du Tribunal, au paragraphe 195.

[108] Par conséquent, M^{me} Johnstone a clairement établi la preuve de prime abord de discrimination fondée sur la situation de famille du fait de ses obligations liées à la garde des enfants, et le Tribunal n'a commis aucune erreur justifiant l'infirmité de sa décision en tirant cette conclusion.

[109] Étant donné que l'appellant n'a pas fait valoir qu'il disposait d'une exigence professionnelle justifiée ou que le fait d'accorder à M^{me} Johnstone un horaire fixe à temps plein lui causerait des contraintes excessives, la décision du Tribunal suivant laquelle la plainte déposée par M^{me} Johnstone en vertu de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* était justifiée doit être confirmée.

Mesures

[110] Le Procureur général du Canada soutient que le Tribunal a commis des erreurs justifiant l'infirmité des mesures qu'il a prononcées, notamment en accordant une indemnité pour perte de salaire pour la période subséquente à décembre 2005, en obligeant l'ASFC à établir une politique écrite satisfaisante pour la Commission canadienne des droits de la personne et en accordant des dommages-intérêts spéciaux aux termes du paragraphe 53(3) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*.

a) *Indemnité pour perte de salaire*

[111] L'appellant soutient que le Tribunal a agi de façon déraisonnable en ordonnant qu'une indemnité pour perte de salaire soit versée à M^{me} Johnstone pour la période comprise entre décembre 2005 à août 2007 et pour celle comprise entre août 2008 et août 2010.

[112] Pour la première période (décembre 2005 à août 2007), l'ASFC a offert à M^{me} Johnstone de travailler à temps partiel 34 heures par semaine. Elle a plutôt choisi de travailler 20 heures par semaine. L'appellant

since Ms. Johnstone was only available to work 20 hours per week during this period, she should not be entitled to wages on a full-time basis since there would be no causal connection between the award of full time wages for the period at issue and the alleged discrimination.

[113] The Tribunal's decision to award lost wages on a full-time basis during the period of December 2005 to August 2007 rests on its finding of fact that Ms. Johnstone been accommodated in her work schedule through static shifts on a full-time basis, as she had initially requested, she would have accepted those hours: Tribunal's decision, at paragraph 372. A causal nexus was, therefore, established. The Tribunal's conclusion on this point was based on an assessment of Ms. Johnstone's testimony and was open to it. Given that this finding of fact is supported by the evidence in the record before us, there is no basis on which this Court could overturn the Tribunal's conclusion on this point. That conclusion is also supported by the fact the CBSA denied Ms. Johnstone's request to work three thirteen-hour shifts per week: Tribunal's decision, at paragraphs 99 and 100.

[114] For the second period (August 2008 to August 2010) the appellant notes that the Federal Court Judge concluded that the Tribunal failed to justify its award of full time lost wages for the period from August 2007 to August 2008 during which Ms. Johnstone had moved to Ottawa to join her husband under a spousal relocation leave. When that leave expired, she then took care and nurturing leave. Since there was no change in Ms. Johnstone's situation during the period of August 2008 to August 2010 as compared with the period of August 2007 to August 2008—she continued to live in Ottawa with her husband under a work leave arrangement—the Federal Court Judge should have returned the matter back to the Tribunal for both periods.

affirme que, comme M^{me} Johnstone n'était disponible pour travailler que 20 heures par semaine pendant cette période, elle ne doit pas avoir droit à un salaire calculé en fonction d'un travail à temps plein, puisqu'il ne peut y avoir de lien de causalité entre l'indemnité pour perte de salaire à temps plein pour la période en cause et la discrimination alléguée.

[113] La décision du Tribunal d'accorder à M^{me} Johnstone une indemnité pour perte de salaire à temps plein pour la période comprise entre décembre 2005 et août 2007 était fondée sur sa conclusion de fait suivant laquelle si des mesures d'accommodement selon un horaire de travail fixe à temps plein avaient été proposées à M^{me} Johnstone, comme elle l'avait d'abord demandé, elle aurait accepté cet horaire : décision du Tribunal, au paragraphe 372. L'existence d'un lien de causalité a, par conséquent, été établi. La conclusion tirée par le Tribunal sur cette question reposait sur son appréciation du témoignage rendu par M^{me} Johnstone et il lui était loisible de tirer cette conclusion. Compte tenu du fait que cette conclusion de fait est appuyée par les éléments de preuve versés aux débats, rien ne permet de penser que notre Cour peut infirmer la conclusion tirée par le Tribunal sur cette question. Cette conclusion s'appuie également sur le fait que l'ASFC a refusé la demande de M^{me} Johnstone d'effectuer trois quarts de travail de 13 heures par semaine : décision du Tribunal, aux paragraphes 99 et 100.

[114] Pour la seconde période (celle d'août 2008 à août 2010), l'appelant signale que le juge de la Cour fédérale a conclu que le Tribunal n'avait pas justifié sa décision d'accorder une indemnité pour le salaire perdu pendant la période comprise entre août 2007 et août 2008 au cours de laquelle M^{me} Johnstone avait déménagé à Ottawa pour rejoindre son mari dans le cadre d'un congé sans solde pour réinstallation du conjoint. Une fois ce congé sans solde expiré, M^{me} Johnstone a pris un congé pour les soins et l'éducation de ses enfants. Comme la situation de M^{me} Johnstone n'a pas évolué au cours de la période d'août 2008 à août 2010, comparativement à celle comprise entre août 2007 et août 2008 — elle a continué à vivre à Ottawa avec son mari dans le cadre d'un congé sans solde convenu avec son employeur —, le juge de la Cour fédérale aurait dû renvoyer l'affaire au Tribunal pour les deux périodes.

[115] Since Ms. Johnstone has not appealed from the judgment referring back to the Tribunal its award of full-time lost wages for the period of August 2007 to August 2008 when Ms. Johnstone opted for unpaid leave to accompany her husband to Ottawa, there is much logic in the appellant's submission that the same conclusion should apply to the period of August 2008 to August 2010 during which Ms. Johnstone continued to remain on leave in Ottawa. As a result, I would vary accordingly the judgment of the Federal Court Judge.

- (b) *Establishment of a written policy satisfactory to the Canadian Human Rights Commission*

[116] The appellant also seeks that this Court amend the judgment of the Federal Court Judge to reflect that the CBSA is required to establish a written remedial policy in consultation with the Canadian Human Rights Commission, rather than one that is satisfactory to the Commission.

[117] The appellant relies for this purpose on the language of paragraph 53(2)(a) of the *Canadian Human Rights Act*:

53. ...

Complaint substantiated

(2) If at the conclusion of the inquiry the member or panel finds that the complaint is substantiated, the member or panel may, subject to section 54, make an order against the person found to be engaging or to have engaged in the discriminatory practice and include in the order any of the following terms that the member or panel considers appropriate:

(a) that the person cease the discriminatory practice and take measures, in consultation with the Commission on the general purposes of the measures, to redress the practice or to prevent the same or a similar practice from occurring in future ... [Emphasis added.]

[115] Étant donné que M^{me} Johnstone n'a pas interjeté appel du jugement renvoyant au Tribunal la décision de lui accorder un salaire à temps plein pour la période comprise entre août 2007 et août 2008 au cours de laquelle elle avait choisi de prendre un congé sans solde pour accompagner son mari à Ottawa, la thèse de l'appellant portant que la même solution doit s'appliquer pour la période d'août 2008 à août 2010 au cours de laquelle M^{me} Johnstone avait continué à vivre à Ottawa en raison d'un congé sans solde est tout à fait logique. Par conséquent, je suis d'avis de modifier en conséquence le jugement du juge de la Cour fédérale.

- b) *Établissement d'une politique écrite satisfaisante pour la Commission canadienne des droits de la personne*

[116] L'appellant demande également à notre Cour de modifier la partie du jugement dans laquelle le juge de la Cour fédérale ordonnait à l'ASFC d'établir une politique réparatrice écrite satisfaisante pour la Commission pour la remplacer par une ordonnance enjoignant à l'ASFC d'établir une politique réparatrice écrite en consultation avec la Commission canadienne des droits de la personne.

[117] L'appellant invoque, à cette fin, le libellé de l'alinéa 53(2)a) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* :

53. [...]

(2) À l'issue de l'instruction, le membre instructeur qui juge la plainte fondée, peut, sous réserve de l'article 54, ordonner, selon les circonstances, à la personne trouvée coupable d'un acte discriminatoire :

Plainte jugée fondée

a) de mettre fin à l'acte et de prendre, en consultation avec la Commission relativement à leurs objectifs généraux, des mesures de redressement ou des mesures destinées à prévenir des actes semblables [...] [Non souligné dans l'original.]

[118] The interpretation of paragraph 53(2)(a) of the *Canadian Human Rights Act* by the Tribunal is to be reviewed on a standard of reasonableness: *Mowat*, at paragraphs 24 to 27.

[119] In this case, at paragraph 366 of its decision, the Tribunal crafted an order with specific reference to paragraph 53(2)(b). It thus ordered the CBSA “to consult with the Canadian Human Rights Commission, in accordance with the provisions of Section 53(2)(a) of the Act, to develop a plan to prevent further incidents of discrimination based on family status in the future” (emphasis added).

[120] However, at paragraph 367 of its decision, the Tribunal went further by specifically ordering that remedial policies be satisfactory to both Ms. Johnstone and the Canadian Human Rights Commission. The specific words used by the Tribunal are revealing: “this Tribunal further orders that CBSA establish written policies satisfactory to Ms. Johnstone and the CHRC to address family status accommodation requests within 6 months, and that these policies include a process for individualized assessments of those making such requests” (emphasis added). The Tribunal offers no explanation as to the statutory basis on which it can make such an order.

[121] There is a substantial difference between, on the one hand, developing a policy in consultation with the Canadian Human Rights Commission, and on the other hand, having that policy subject to its approval. I do not exclude the possibility that the word “consultation” used in paragraph 53(2)(a) reproduced above could include an approval for a proposed measure. However, without a sufficient explanation from the Tribunal as to the statutory basis for making its order in this case, and the reasons why such an order was required in the circumstances of this case, I conclude that the impugned order lacks the justification, transparency and intelligibility required to meet the standard of reasonableness: *Dunsmuir*, at paragraph 47.

[118] L’interprétation que le Tribunal fait de l’alinéa 53(2)a) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* est assujettie à la norme de contrôle de la décision raisonnable : *Mowat*, aux paragraphes 24 à 27.

[119] En l’espèce, au paragraphe 366 de sa décision, le Tribunal formule une ordonnance dans laquelle il fait expressément mention de l’alinéa 53(2)b). Il a ainsi ordonné à l’ASFC « de consulter la Commission canadienne des droits de la personne, conformément aux dispositions de l’alinéa 53(2)a) de la LCDP, afin de mettre en place un plan pour éviter d’autres incidents semblables de discrimination fondés sur la situation de famille » (non souligné dans l’original).

[120] Toutefois, au paragraphe 367 de sa décision, le Tribunal est allé plus loin en ordonnant expressément que l’ASFC établisse des politiques réparatrices satisfaisantes tant pour M^{me} Johnstone que pour la Commission canadienne des droits de la personne. Les mots précis employés par le Tribunal sont révélateurs : « le Tribunal ordonne aussi à l’ASFC d’établir des politiques écrites qui satisferont M^{me} Johnstone et la CCDP, afin de traiter les demandes d’accommodement pour la situation de famille, dans les six mois suivant la décision et que ces politiques devront comprendre un processus pour une évaluation individuelle de chaque employé présentant une telle demande » (non souligné dans l’original). Le Tribunal n’a pas précisé sur quelle disposition législative il se fondait pour rendre une telle ordonnance.

[121] Il existe une différence marquée entre, d’une part, le fait d’élaborer une politique en consultation avec la Commission canadienne des droits de la personne et, d’autre part, le fait d’assujettir cette politique à l’approbation de la Commission. Je n’écarte pas la possibilité que le mot « consultation » employé à l’alinéa 53(2)a) reproduit ci-dessus pourrait inclure l’approbation d’une mesure proposée. Toutefois, à défaut d’explication suffisante du Tribunal quant aux dispositions législatives sur lesquelles il se fondait pour rendre son ordonnance en l’espèce et des raisons pour lesquelles une telle mesure était nécessaire eu égard aux circonstances de la présente affaire, j’estime que l’ordonnance contestée n’a pas la justification, la transparence et l’intelligibilité nécessaires pour répondre à la norme de la décision raisonnable : *Dunsmuir*, au paragraphe 47.

[122] As a result, I would vary the judgment of the Federal Court Judge so as to require the CBSA to develop the policies referred to at paragraph 367 of the Tribunal's decision in consultation with the Canadian Human Rights Commission. The issue of whether the consultation required under paragraph 53(2)(a) of the *Canadian Human Rights Act* includes an implicit power of approval is best left to be decided later in the event the policies actually adopted by the CBSA are not indeed deemed satisfactory by the Commission.

(c) *The award of special damages*

[123] The appellant also challenges the Tribunal's order of special damages made against it pursuant to subsection 53(3) of the *Canadian Human Rights Act*, which reads as follows:

53. ...

Special compensation

(3) In addition to any order under subsection (2), the member or panel may order the person to pay such compensation not exceeding twenty thousand dollars to the victim as the member or panel may determine if the member or panel finds that the person is engaging or has engaged in the discriminatory practice wilfully or recklessly.

[124] The appellant submits that the Tribunal had no reasonable basis to conclude that the CBSA had engaged in the discriminatory practice wilfully or recklessly, particularly when regard is had to the flux in the law relating to family status as illustrated by the conflicting decisions of *Campbell River* and *Hoyt*.

[125] I disagree with the appellant on this point. The Tribunal's conclusion of wilful or reckless practice was largely founded on the CBSA's disregard for the prior decision of the Tribunal in *Brown*. The Tribunal concluded that in *Brown* it had ordered the organization to which the CBSA succeeded to prevent similar events from recurring through recognition and policies that would acknowledge family status. This was a reasonable

[122] Par conséquent, je modifierais le jugement du juge de la Cour fédérale de manière à obliger l'ASFC à élaborer les politiques mentionnées au paragraphe 377 de la décision du Tribunal en consultation avec la Commission canadienne des droits de la personne. Il est préférable de déterminer plus tard la question de savoir si la consultation exigée par l'alinéa 53(2)a) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* comprend le pouvoir implicite d'approbation pour le cas où les politiques effectivement adoptées par l'ASFC ne sont pas jugées satisfaisantes par la Commission.

c) *Domages-intérêts spéciaux*

[123] L'appelant attaque également la décision du Tribunal de le condamner à des dommages-intérêts spéciaux en vertu du paragraphe 53(3) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, qui dispose :

53. [...]

(3) Outre les pouvoirs que lui confère le paragraphe (2), le membre instructeur peut ordonner à l'auteur d'un acte discriminatoire de payer à la victime une indemnité maximale de 20 000 \$, s'il en vient à la conclusion que l'acte a été délibéré ou inconsidéré.

Indemnité spéciale

[124] L'appelant soutient que le Tribunal n'avait aucun motif raisonnable de conclure que l'ASFC avait agi de façon délibérée ou inconsidérée en se livrant à l'acte discriminatoire reproché, surtout lorsqu'on tient compte du fait que la jurisprudence est fluctuante en ce qui concerne la situation de famille comme l'illustrent les décisions contradictoires rendues à l'occasion des affaires *Campbell River* et *Hoyt*.

[125] Je ne puis retenir la thèse de l'appelant sur ce point. La conclusion du Tribunal sur le caractère délibéré ou inconsidéré de l'acte discriminatoire reproché s'expliquait en grande partie par le fait que l'ASFC n'avait pas tenu compte de la jurisprudence antérieure *Brown* du Tribunal, par laquelle il avait, comme il l'a reconnu en l'espèce, ordonné à l'organisme auquel l'ASFC avait succédé d'empêcher des actes semblables en

interpretation of *Brown* by the Tribunal and a reasonable finding as to the CBSA's failure to follow that prior decision. As a result, the Tribunal acted reasonably in concluding that wilful and reckless conduct had occurred in this case.

Conclusions

[126] I would consequently allow the appeal in part to vary the judgment of the Federal Court Judge with respect to the two remedies described below:

- (a) the second paragraph of the judgment should be varied by replacing therein the date "August 2008" by the date "August 2010";
- (b) the third paragraph of the judgment should be varied by adding at the end the following sentence: "Moreover, the order of the Tribunal at paragraph 367 of its decision is varied by replacing therein the words 'satisfactory to Ms. Johnstone and the CHRC' by 'in consultation with the CHRC'".

[127] In all other aspects, I would dismiss the appeal.

[128] Since Ms. Johnstone has been largely successful in this appeal, I would order the appellant to pay her costs. There should be no order for costs with respect to the respondent the Canadian Human Rights Commission and with respect to the intervener the Women's Legal Education and Action Fund Inc.

PELLETIER J.A.: I agree.

SCOTT J.A.: I agree.

reconnaissant la situation de famille et en élaborant des politiques à cet égard. Il s'agissait d'une interprétation raisonnable de la jurisprudence *Brown* de la part du Tribunal et une conclusion raisonnable quant au défaut de l'ASFC de suivre son enseignement. Par conséquent, le Tribunal a raisonnablement conclu que l'employeur s'était livré à un acte délibéré ou inconsidéré en l'espèce.

Conclusions

[126] Par conséquent, j'accueillerais l'appel en partie de manière à modifier le jugement du juge de la Cour fédérale en ce qui concerne les deux mesures suivantes :

- a) le deuxième paragraphe du jugement doit être modifié et la mention d'« août 2008 » doit être remplacée par celle d'« août 2010 »;
- b) le troisième paragraphe du jugement doit être modifié par l'ajout à la fin du paragraphe, de la phrase suivante : « De plus, l'ordonnance prononcée par le Tribunal au paragraphe 367 de sa décision est modifiée par remplacement des mots "qui satisferont M^{me} Johnstone et la CCDP" par les mots "en consultation avec la CCDP" ».

[127] À tous autres égards, je rejeterais l'appel.

[128] Étant donné que M^{me} Johnstone a largement obtenu gain de cause dans le présent appel, je condamnerais l'appelant aux dépens. Il ne doit pas y avoir d'adjudication des dépens en ce qui concerne la Commission canadienne des droits de la personne intimée et l'intervenant, le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes Inc.

LE JUGE PELLETIER, J.C.A. : Je suis d'accord.

LE JUGE SCOTT, J.C.A. : Je suis d'accord.

A-7-12
2013 FCA 186

A-7-12
2013 CAF 186

Sanofi-Aventis (*Appellant*)

Sanofi-Aventis (*appelante*)

v.

c.

Apotex Inc. (*Respondent*)

Apotex Inc. (*intimée*)

and

et

Sanofi-Aventis and Bristol-Myers Squibb Sanofi Pharmaceuticals Holding Partnership (*Appellants*)

Sanofi-Aventis et Bristol-Myers Squibb Sanofi Pharmaceuticals Holding Partnership (*appelantes*)

v.

c.

Apotex Inc., Apotex Pharmachem Inc. and Signa SA de CV (*Respondents*)

Apotex Inc., Apotex Pharmachem Inc. et Signa SA de CV (*intimées*)

INDEXED AS: APOTEX INC. v. SANOFI-AVENTIS

RÉPERTORIÉ : APOTEX INC. c. SANOFI-AVENTIS

Federal Court of Appeal, Noël, Pelletier and Gauthier JJ.A.—Toronto, January 28 and 29; Ottawa, July 24, 2013.

Cour d'appel fédérale, juges Noël, Pelletier et Gauthier, J.C.A.—Toronto, 28 et 29 janvier; Ottawa, 24 juillet 2013.

Patents — Infringement — Appeal from Federal Court decision finding that Sanofi-Aventis' (appellant) Canadian Patent No. 1336777 ('777 patent) invalid for lack of utility on basis that promise of patent not demonstrated nor soundly predicted — Also finding that invention described in patent obvious — While Federal Court finding that Apotex Inc. (respondent) infringing appellant's '777 patent, finding overtaken by conclusion that patent invalid — Appellant developing, patenting, marketing Plavix, anti-coagulant drug — Active ingredient in Plavix clopidogrel bisulfate (clopidogrel) — Respondent applying for notice of compliance for own version of clopidogrel — Appellant successfully applying to Federal Court for order prohibiting issuance of notice of compliance to respondent — Respondent commencing action in Federal Court to invalidate appellant's '777 patent — Federal Court justifying conclusion concerning utility on basis that since appellant's genus patent (Canadian Patent No. 1194875 or '875 patent) containing reference to use in humans, '777 patent would fail as selection patent unless explicit promise for use in humans also read thereinto — Finding that '777 selection patent could not promise less than appellant's '875 genus patent — Whether Federal Court erring in reading into '777 patent explicit promise that invention could be used in humans; whether erring in holding that invention obvious; whether any restrictions existing on appellant's right to seek damages for infringement in this case — Per Pelletier J.A.

Brevets — Contrefaçon — Appel à l'encontre d'une décision de la Cour fédérale qui a conclu à l'invalidité du brevet canadien n° 1336777 (le brevet '777) de Sanofi-Aventis (l'appelante) pour cause d'absence d'utilité au motif que la promesse du brevet n'a ni été démontrée ni fait l'objet d'une prédiction valable — La Cour fédérale a également conclu que l'invention décrite dans le brevet était évidente — Bien que la Cour fédérale ait conclu qu'Apotex Inc. (l'intimée) avait contrefait le brevet '777 de l'appelante, cette conclusion a été écartée par sa conclusion selon laquelle le brevet était invalide — L'appelante a développé, breveté et commercialisé le médicament Plavix, un anticoagulant — Le principe actif de Plavix est le bisulfate de clopidogrel (clopidogrel) — L'intimée a fait une demande d'avis de conformité pour sa propre version de clopidogrel — L'appelante a sollicité auprès de la Cour fédérale une ordonnance interdisant de délivrer à l'intimée un avis de conformité — L'intimée a intenté une action devant la Cour fédérale pour faire invalider le brevet '777 de l'appelante — La Cour fédérale a justifié sa conclusion concernant l'utilité en déclarant que, puisque le brevet de genre de l'appelante (le brevet canadien n° 1194875 ou le brevet '875) faisait référence à une utilisation chez l'humain, le brevet '777 ne saurait constituer un brevet de sélection à moins qu'une promesse explicite d'utilisation du composé chez l'humain en fasse implicitement partie — La Cour a conclu que le brevet de sélection '777 ne pouvait promettre moins que

(Noël J.A. concurring): Federal Court erring in law when concluding that words of '777 patent containing explicit promise for use in humans — Properly construed, '777 patent making no such promise — Court's reasoning problematic — Allegation patent invalid for lack of utility should have been dismissed — As to obviousness, Federal Court concluding that resolution of PCR 4099, compound coming within terms of '875 patent, "obvious to try" but properties of enantiomers of PCR 4099 not known — Failing to recognize that unknown nature of properties of enantiomers of PCR 4099 or of any other compounds of '875 patent fatal to "obvious to try" analysis — Respondent submitting that appellant limited in right of recovery for infringement — Federal Court correct in failing to give respondent benefit of experimental, regulatory use exemption found in Patent Act, s. 55.2(1) — With respect to limitation period, Federal Court finding Federal Courts Act, s. 39(2) applying — However, erring to extent basing conclusions on place where cause of action arising or where damages occurring — In present case, infringing acts of importing, exporting clopidogrel taking place other than in province — Therefore, none of appellant's claim statute barred — Court reaching correct conclusion concerning effect of U.S. settlement reached by parties — Appeal allowed — Per Gauthier J.A. (concurring): As to utility, statement at issue in '777 patent could not be construed as promise of specific result even assuming Federal Court correctly construing statement as referring to human use — Regarding obviousness, Federal Court's analysis incomplete because only focussing on resolution of PCR 4099 — Not really weighing extent, nature, amount of efforts required to arrive at decision to actually develop PCR 4099 — Thus, conclusion regarding obviousness could not stand.

le brevet de genre '875 de l'appelante — Il s'agissait de savoir si la Cour fédérale a commis une erreur en intégrant dans le brevet '777 une promesse explicite que l'invention pouvait être utilisée chez l'humain; si la Cour fédérale a commis une erreur en concluant que l'invention était évidente et si des restrictions existaient quant au droit de l'appelante de demander des dommages-intérêts pour contrefaçon en l'espèce — Le juge Pelletier, J.C.A. (le juge Noël, J.C.A., souscrivant à ses motifs) : La Cour fédérale a commis une erreur de droit en concluant que les mots du brevet '777 contenaient une promesse explicite d'utilisation chez l'humain — S'il est interprété correctement, le brevet '777 ne fait aucunement une telle promesse — Le raisonnement de la Cour était problématique — L'allégation d'invalidité du brevet pour absence d'utilité aurait dû être rejetée — Quant à l'évidence, la Cour fédérale a conclu qu'il « allait de soi » que la résolution du PCR 4099, un composé qui relève du brevet '875, serait fructueuse, mais les propriétés des énantiomères du PCR 4099 ne sont pas connues — La Cour a fait défaut de reconnaître que la nature inconnue des propriétés des énantiomères du PCR 4099 ou de tout autre composé du brevet '875 faisait échouer l'analyse de « l'essai allant de soi » — L'intimée a soutenu que le droit de l'appelante de recouvrer des dommages-intérêts pour contrefaçon était limité — La Cour fédérale a eu raison de ne pas accorder à l'intimée l'exonération pour utilisation expérimentale et réglementaire énoncée à l'art. 55.2(1) de la Loi sur les brevets — En ce qui concerne la prescription, la Cour fédérale a conclu que l'art. 39(2) de la Loi sur les Cours fédérales s'appliquait — Cependant, la Cour a commis une erreur dans la mesure où elle a fondé ses conclusions sur le lieu où la cause d'action a pris naissance ou le lieu où les dommages sont survenus — En l'espèce, les contrefaçons que constituent l'importation et l'exportation de clopidogrel se sont produites ailleurs que dans la province — Par conséquent, aucune réclamation de l'appelante n'était prescrite par la loi — La Cour en est arrivée à une conclusion adéquate concernant l'effet de l'accord américain de règlement conclu par les parties — Appel accueilli — Le juge Gauthier, J.C.A. (souscrivant à ses motifs) : Quant à l'utilité, la déclaration en cause dans le brevet '777 ne pouvait pas être interprétée comme une promesse de résultat spécifique, même en supposant que la Cour fédérale ait correctement interprété la déclaration comme faisant référence à l'utilisation chez l'humain — En ce qui concerne l'évidence, l'analyse de la Cour fédérale était incomplète parce qu'elle ne mettait l'accent que sur la résolution du PCR 4099 — La Cour fédérale n'a pas réellement évalué l'étendue et la nature des efforts requis pour parvenir à la décision de mettre effectivement au point le PCR 4099 — Par conséquent, la conclusion concernant l'évidence ne pouvait être maintenue.

This was an appeal from a Federal Court decision finding that Sanofi-Aventis' (appellant) Canadian Patent No. 1336777 ('777 patent) was invalid for lack of utility on the basis that the promise of the patent had neither been demonstrated nor

Il s'agissait d'un appel à l'encontre d'une décision de la Cour fédérale qui a conclu à l'invalidité du brevet canadien n° 1336777 (le brevet '777) de Sanofi-Aventis (l'appelante) pour cause d'absence d'utilité au motif que la promesse du

soundly predicted. The Federal Court also found that the invention described in the patent was obvious. While the Federal Court found that Apotex Inc. (respondent) had infringed the appellant's '777 patent, that finding was overtaken by its conclusion that the patent was invalid.

Plavix is a successful anti-coagulant drug which was developed, patented and marketed by the appellant. The respondent, a well-known manufacturer and distributor of generic drugs, attempted to create and market its own version of the active ingredient in Plavix, clopidogrel bisulfate (clopidogrel). It applied for a notice of compliance from the Minister of Health alleging that its version of clopidogrel did not infringe the appellant's patent which, it alleged, was invalid for a number of reasons, including obviousness. The appellant responded by applying to the Federal Court for an order prohibiting the Minister from issuing the notice of compliance to the respondent. The application was successful so that the appellant continued to enjoy a monopoly with respect to the manufacture and sale of Plavix.

The respondent then commenced an action in the Federal Court seeking a declaration that the appellant's patent was invalid. The appellant replied by commencing its own action, alleging that the respondent had infringed its patent by importing clopidogrel into Canada from Mexico and then exporting it from Canada for sale in other countries, including the U.S. The two actions were consolidated.

The '777 patent is a selection patent, claiming a subset of compounds already within the scope of another patent, Canadian Patent No. 1194875 ('875 patent). The '875 patent discloses a class of compounds useful in inhibiting platelet aggregation activity in the blood. The '777 patent discloses and claims clopidogrel bisulfate (Plavix) as an anti-coagulant that inhibits platelet aggregation activity in the blood.

The Federal Court found that the person of ordinary skill in the art (POSITA) would find the promise respecting the use of the invention of the "777 Patent" to be a use in humans. It went on to find that the '777 patent was invalid because the utility of the invention had neither been demonstrated nor soundly predicted as of the date of the filing of the patent application. The Federal Court focussed on the racemic mixture identified in the appellant's laboratory documents, a compound (PCR 4099) among thousands which come within the terms of the '875 patent. It found that, at the relevant time, the compound at issue, though not its properties, was part of the common general knowledge and was featured in the '875 patent; that the POSITA would have known of the

brevet n'a ni été démontrée ni fait l'objet d'une prédiction valable. La Cour fédérale a également constaté que l'invention décrite dans le brevet était évidente. Bien que la Cour fédérale ait conclu que la société Apotex Inc. (l'intimée) avait enfreint le brevet '777 de l'appelante, cette conclusion a été écartée par sa conclusion selon laquelle le brevet était invalide.

Plavix est un anticoagulant efficace qui a été développé, breveté et commercialisé par l'appelante. L'intimée, un fabricant et distributeur bien connu de médicaments génériques, a tenté de créer et de commercialiser sa propre version du principe actif de Plavix, le bisulfate de clopidogrel (le clopidogrel). Elle a demandé un avis de conformité auprès du ministre de la Santé, alléguant que sa version du clopidogrel ne violait pas le brevet de l'appelante qui, selon elle, était invalide pour un certain nombre de raisons, y compris en ce qui concerne l'évidence. L'appelante a répondu en sollicitant auprès de la Cour fédérale une ordonnance interdisant au ministre de délivrer à l'intimée un avis de conformité. La demande a été acceptée de sorte que l'appelante a continué à bénéficier d'un monopole en ce qui concerne la fabrication et la vente du Plavix.

L'intimée a alors intenté une action en Cour fédérale pour obtenir une déclaration que le brevet de l'appelante était invalide. L'appelante a répondu en instituant sa propre action, alléguant que l'intimée avait contrefait son brevet en important le clopidogrel au Canada en provenance du Mexique, puis en l'exportant à partir du Canada en vue de le vendre dans d'autres pays, y compris aux États-Unis. Les deux actions ont été réunies.

Le brevet '777 est un brevet de sélection, revendiquant un sous-ensemble de composés qui sont déjà visés par un autre brevet, le brevet canadien n° 1194875 (le brevet '875). Le brevet '875 décrit une classe de composés utiles dans l'inhibition de l'agrégation plaquettaire dans le sang. Le brevet '777 décrit et revendique le bisulfate de clopidogrel (Plavix) comme étant un anticoagulant qui inhibe l'agrégation plaquettaire dans le sang.

La Cour fédérale est arrivée à la conclusion que la personne moyennement versée dans l'art dirait que la promesse concernant l'utilisation de l'invention du « brevet 777 » serait une utilisation chez l'humain. Elle a ensuite conclu que le brevet '777 était invalide parce que l'utilité de l'invention n'a ni été démontrée ni fait l'objet d'une prédiction valable à la date du dépôt de la demande de brevet. La Cour fédérale a mis l'accent sur le mélange racémique désigné dans les documents de laboratoire de l'appelante, un composé (PCR 4099) parmi des milliers qui sont conformes aux conditions du brevet '875. Elle a conclu que, à l'époque des faits, le composé en cause, et non ses propriétés, faisait partie des connaissances générales courantes et figurait dans le brevet '875,

method available to resolve the compound at issue into its constituent enantiomers; that the methodology for salt selection was well-known at that time; and that there was motivation to separate PCR 4099 into its enantiomers. Thus, on a balance of probabilities, it found that the invention of the '777 patent was obvious to try so that the patent was invalid for obviousness.

The main issues were whether the Federal Court erred in reading into the '777 patent an explicit promise that the invention could be used in humans; whether it erred in holding that the invention was obvious based on the fact that the resolution of the racemate PCR 4099 was "obvious to try"; and whether there were any restrictions on the appellant's right to seek damages for the infringement in this case.

Held, the appeal should be allowed.

Per Pelletier J.A. (Noël J.A. concurring): Regarding the utility and the promise of the patent, the Federal Court concluded that the words of the '777 patent contained an explicit promise for use in humans. It erred in law in reading into the '777 patent a promise for use in humans on the basis of inferences, in the absence of language at least as clear and unambiguous as that used to establish the advantages of the selection over the compounds of the genus patent ('875 patent). The Federal Court justified its conclusion on that ground, reasoning that since the '875 genus patent contained a reference to use in humans, the '777 patent would fail as a selection patent unless an explicit promise for use in humans was also read into it. It found that the '777 selection patent could not promise less than the '875 genus patent. This reasoning was problematic for two reasons. First and foremost, it is improper to construe a patent with an eye to its validity. The Federal Court erred when it read into the '777 patent a promise of use in humans in order to validate the patent as a selection patent, then used this promise in order to invalidate it for lack of utility. Properly construed, the '777 patent made no such promise. Second, it found that the '777 patent described the advantages of the compound of the '777 patent over the compounds of the '875 patent and that the inventor was able to demonstrate the existence of those advantages as of the date of the filing of the patent application. On that basis, it found that the '777 patent is a valid selection patent when measured against the '875 patent genus patent, regardless of the fact that it makes no promise for use in humans. A selection patent describes a compound which has an unexpected advantage over the compounds of the genus patent. That unexpected advantage need not be an improvement on every aspect of the invention described in the genus patent, though it may be. It is sufficient that it is a new and useful

qu'une personne moyennement versée dans l'art aurait connu la méthode disponible pour la résolution du composé en question en ses énantiomères constitutifs, que la méthode de sélection de sels était bien connue à l'époque et qu'il y avait une motivation à séparer les énantiomères du PCR 4099. Par conséquent, elle a conclu, selon la prépondérance des probabilités, que l'invention décrite dans le brevet '777 résultait d'un « essai allant de soi » et que le brevet était invalide pour cause d'évidence.

Il s'agissait principalement de savoir si la Cour fédérale a commis une erreur en intégrant dans le brevet '777 une promesse explicite que l'invention pouvait être utilisée chez l'humain, si la Cour fédérale a commis une erreur en concluant que l'invention était évidente en se fondant sur le fait que la résolution du racémate PCR 4099 résultait d'un « essai allant de soi » et si des restrictions existaient quant au droit de l'appelante de demander des dommages-intérêts pour contrefaçon en l'espèce.

Arrêt : l'appel doit être accueilli.

Le juge Pelletier, J.C.A. (le juge Noël, J.C.A., souscrivant à ses motifs) : En ce qui concerne l'utilité et la promesse du brevet, la Cour fédérale a conclu que les mots du brevet '777 contenaient une promesse explicite d'utilisation chez l'humain. Elle a commis une erreur de droit en intégrant dans le brevet '777 une promesse d'utilisation chez l'humain en se fondant sur des inférences, en l'absence d'un libellé au moins aussi clair et sans ambiguïté que celui utilisé pour établir les avantages de la sélection par rapport aux composés du brevet de genre (brevet '875). La Cour fédérale a justifié sa conclusion par ce motif, faisant valoir que puisque le brevet de genre '875 contenait une référence à l'utilisation chez l'humain, le brevet '777 ne saurait constituer un brevet de sélection à moins qu'une promesse explicite d'utilisation du composé chez l'humain en fasse implicitement partie. Elle a conclu que le brevet de sélection '777 ne pouvait pas promettre moins que le brevet de genre '875. Ce raisonnement était problématique pour deux raisons. Tout d'abord, il ne convient pas d'interpréter un brevet en fonction de sa validité. La Cour fédérale a commis une erreur lorsqu'elle a supposé l'existence dans le brevet '777 d'une promesse d'utilisation chez l'humain afin de valider le brevet à titre de brevet de sélection, puis lorsqu'elle a utilisé cette promesse pour l'invalider pour absence d'utilité. Correctement interprété, le brevet '777 n'a fait aucune promesse. Deuxièmement, la Cour fédérale a statué que le brevet '777 décrit les avantages du composé du brevet '777 par rapport aux composés du brevet '875 et que l'inventeur était en mesure de démontrer l'existence de ces avantages à la date du dépôt de la demande de brevet. Pour ce motif, elle a conclu que le brevet '777 est un brevet de sélection valide lorsqu'il est apprécié en fonction du brevet de genre '875, indépendamment du fait qu'il ne fait aucune promesse quant à une utilisation chez l'humain. Un brevet de

improvement on some aspect of that invention. The '777 patent described a compound having advantages (including the absence of disadvantages) over the compounds of the '875 patent and those advantages were clearly disclosed in the patent specification. Thus, the allegation that the patent was invalid for lack of utility should have been dismissed.

As to obviousness, the Federal Court concluded that the resolution of PCR 4099 was obvious to try. However, the properties of the enantiomers of PCR 4099 were not known. The Federal Court failed to recognize that the unknown nature of the properties of the enantiomers of PCR 4099 or of any of the other compounds of the '875 patent was fatal to the “obvious to try” analysis. The distance between the common general knowledge and the inventive concept of the '777 patent could not be bridged by routine experimentation since the results to be obtained were unknown. Therefore, the Federal Court erred in finding that the invention of the '777 patent was obvious.

With respect to infringement, while the respondent did not challenge the Federal Court's finding that it had infringed the '777 patent, it submitted that the appellant was limited in its right of recovery for reasons of limitation period, the possession of clopidogrel for experimental and regulatory use and settlement and estoppel based on agreements settling litigation between the parties in the U.S. The Federal Court came to the correct conclusion, although in the case of the limitation defence, maybe for the wrong reasons. The respondent claimed that the Federal Court failed to give it the benefit of the experimental and regulatory use exemption found at subsection 55.2(1) of the *Patent Act*. The respondent was entitled to that benefit for clopidogrel so long as it was used for the purposes permitted by that provision. To the extent that the respondent was unable to account for the clopidogrel used for regulatory purposes after it was no longer required for those purposes, it was reasonably inferred that the product had been sold, a use which fell outside the protection of subsection 55.2(1).

As for the limitation period, the Federal Court found that subsection 39(2) of the *Federal Courts Act* applied so that the applicable limitation period was six years. Thus, no part of the appellant's claim was statute barred. In order for subsection 39(1) of the *Federal Courts Act* to apply, all the elements of the cause of action must have occurred in the same province. To the extent that the Federal Court based its conclusion

sélection décrit un composé qui présente un avantage inattendu par rapport aux composés du brevet de genre. Cet avantage inattendu ne doit pas constituer une amélioration de chaque aspect de l'invention décrit dans le brevet de genre, bien que cela puisse être possible. Il suffit qu'il s'agisse d'une amélioration nouvelle et utile sur certains aspects de cette invention. Le brevet '777 décrivait un composé comportant des avantages (y compris l'absence d'inconvénients) par rapport aux composés du brevet '875 et ces avantages ont été clairement exposés dans la demande de brevet. Par conséquent, l'allégation selon laquelle le brevet était invalide pour absence d'utilité aurait dû être rejetée.

Quant à l'évidence, la Cour fédérale a conclu que la résolution du PRC 4099 résultait d'un « essai allant de soi ». Cependant, les propriétés des énantiomères du PCR 4099 ne sont pas connues. La Cour fédérale n'a pas reconnu que la nature inconnue des propriétés des énantiomères du PCR 4099 ou de l'un des autres composés du brevet '875 faisait échouer l'analyse de l'« essai allant de soi ». L'écart entre les connaissances générales courantes et l'idée originale du brevet '777 ne pouvait être comblé par des expériences de routine puisque les résultats à venir étaient incertains. Par conséquent, la Cour fédérale a commis une erreur en concluant que l'invention du brevet '777 était évidente.

En ce qui concerne la contrefaçon, bien que l'intimée n'ait pas contesté la conclusion de la Cour fédérale qu'elle avait contrefait le brevet '777, elle a soutenu que le droit de l'appelante de recouvrer des dommages-intérêts pour contrefaçon était limité en raison du délai de prescription, de la possession de clopidogrel aux fins d'utilisation expérimentale et réglementaire et d'un règlement et d'une préclusion fondés sur des accords réglant les litiges entre les parties aux États-Unis. La Cour en est arrivée à une conclusion adéquate, peut-être pour les mauvaises raisons dans le cas de la défense de prescription. L'intimée a soutenu que la Cour fédérale n'a pas réussi à lui donner le bénéfice de l'exonération pour utilisation expérimentale et réglementaire énoncée au paragraphe 55.2(1) de la *Loi sur les brevets*. L'intimée avait droit à cet avantage pour le clopidogrel aussi longtemps qu'il était utilisé aux fins autorisées par cette disposition. Dans la mesure où l'intimée était incapable de rendre compte du clopidogrel utilisé à des fins réglementaires après qu'il n'était plus requis à ces fins, on a raisonnablement déduit que le produit avait été vendu, un usage qui ne relevait pas de la protection du paragraphe 55.2(1).

En ce qui concerne le délai de prescription, la Cour fédérale a conclu que le paragraphe 39(2) de la *Loi sur les Cours fédérales* s'appliquait, de sorte que le délai de prescription applicable était de six ans. Par conséquent, aucune partie de la réclamation de l'appelante n'était prescrite. Pour que le paragraphe 39(1) de la *Loi sur les Cours fédérales* s'applique, tous les éléments du fait générateur doivent être survenus

on the place where the cause of action arose or the place where damages occurred, it erred. It found that the acts of infringement consisted of the importation and exportation of clopidogrel from Mexico into Canada and then to the United States. The respondent argued that since the ports of entry and departure were located in Ontario, the cause of action arose in Ontario. For the purposes of importation and exportation of infringing goods, Canada is indivisible. Goods are imported or exported when they enter or leave Canada regardless of the port of entry or departure. To that extent, the infringing acts of importing and exporting clopidogrel took place other than in a province so that subsection 39(2) of the *Federal Courts Act* applied. Therefore, none of the appellant's claim was statute barred.

Finally, regarding the effect of the settlement reached in the U.S. between the parties in a U.S. patent infringement action, the Federal Court rejected the respondent's argument that the agreement was intended to settle all claims which the parties had or could have against each other in relation to clopidogrel. It found that, had it been intended to settle all possible claims involving clopidogrel, the agreement would have indicated so. The Federal Court arrived at the correct conclusion.

Per Gauthier J.A. (concurring): With respect to utility, even assuming that the Federal Court correctly construed the sentence at issue in the '777 patent as referring to human use, that statement could not be construed as a promise of a specific result. In this case, the public received all the information necessary to make and use clopidogrel, the invention claimed in the '777 patent. The Federal Court found that the advantages necessary to make the selection inventive and thus justify the grant of a monopoly on clopidogrel were fully and properly described and demonstrated in the patent. In such a case, the level of disclosure required by law should be lower. Assuming that the Federal Court's construction was correct, the clear indication in the statement at issue in the '777 patent that use in humans was predicted as opposed to demonstrated should be sufficient at law to meet the test for sound prediction, which would be enough to enable the public to know that such practical application was not demonstrated at the time the patent application was filed.

As to obviousness, the Federal Court's analysis was incomplete because it only focussed on the resolution of PCR 4099. The Federal Court did not really weigh the extent, nature and

dans la même province. Dans la mesure où la Cour fédérale a fondé sa conclusion sur le lieu où le fait générateur est survenu ou le lieu où se sont produits des dommages-intérêts, elle a commis une erreur. La Cour a statué que les actes de contrefaçon consistaient en l'importation et l'exportation de clopidogrel en provenance du Mexique vers le Canada, puis vers les États-Unis. L'intimée a fait valoir que puisque les ports d'entrée et de départ étaient situés en Ontario, le fait générateur est survenu en Ontario. Pour les besoins de l'importation et l'exportation de marchandises de contrefaçon, le Canada est indivisible. Les marchandises sont importées ou exportées quand elles entrent au Canada ou qu'elles le quittent, quel que soit le point d'entrée ou de départ. Dans ce contexte, les actes de contrefaçon d'importation et d'exportation de clopidogrel sont survenus ailleurs que dans une province, de sorte que le paragraphe 39(2) de la *Loi sur les Cours fédérales* s'appliquait. Par conséquent, aucune partie de la réclamation de l'appelante n'était prescrite.

Enfin, en ce qui concerne l'effet de l'accord conclu aux États-Unis entre les parties dans le cadre d'une action en contrefaçon de brevet américain, la Cour fédérale a rejeté l'argument de l'intimée selon lequel l'accord avait pour but de régler toutes les réclamations que les parties auraient ou pourraient avoir les uns contre les autres en ce qui concerne le clopidogrel. La Cour fédérale a conclu que, s'il avait été destiné à régler toutes les réclamations éventuelles concernant le clopidogrel, l'accord l'aurait indiqué. La Cour fédérale est arrivée à la conclusion adéquate.

La juge Gauthier, J.C.A. (motifs concourants) : En ce qui concerne l'utilité, même en supposant que la Cour fédérale a correctement interprété la phrase en cause dans le brevet '777 comme se référant à l'utilisation chez l'humain, cette déclaration ne pouvait pas être interprétée comme une promesse d'un résultat spécifique. Dans la présente cause, le public a reçu tous les renseignements nécessaires pour fabriquer et utiliser le clopidogrel, l'invention revendiquée dans le brevet '777. La Cour fédérale a conclu que les avantages nécessaires pour faire la sélection inventive et ainsi justifier l'octroi d'un monopole sur le clopidogrel ont été entièrement et correctement décrits et démontrés dans le brevet. Dans un tel cas, le niveau de divulgation requis par la loi devrait être plus faible. En supposant que l'interprétation de la Cour fédérale était correcte, l'indication claire dans la déclaration en cause dans le brevet '777 que l'utilisation chez l'humain reposait sur une prédiction plutôt que sur une démonstration devrait être suffisante en droit pour satisfaire au critère de la prédiction valable, ce qui serait suffisant pour permettre au public de savoir que cette application pratique n'a pas été démontrée au moment où la demande de brevet a été déposée.

En ce qui concerne l'évidence, l'analyse de la Cour fédérale était incomplète parce qu'elle ne mettait l'accent que sur la résolution du PCR 4099. La Cour fédérale n'a pas

amount of efforts required to arrive at a decision to actually develop PCR 4099 as opposed to any other racemic compound covered by the '875 patent to the point that separation will become relevant. It held that the '875 patent did not point either directly or indirectly to PCR 4099 even if PCR 4099 itself was known as one of the 21 compounds used in the examples of the '875 patent. The Federal Court did not find that the person skilled in the art would obviously start a development project based on the '875 patent compound with PCR 4099 as opposed to any other compound, including the 21 compounds expressly used in the examples. Thus, the conclusion in respect of obviousness could not stand.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Federal Courts Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 39.
Intellectual Property Law Improvement Act, S.C. 1993, c. 15, s. 31.
Patent Act, R.S.C. 1985, c. P-4, ss. 2 “invention”, 34, 42, 55.1, 55.2(1).

CASES CITED

APPLIED:

Apotex Inc. v. Wellcome Foundation Ltd., 2002 SCC 77, [2002] 4 S.C.R. 153; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *Whirlpool Corp. v. Camco Inc.*, 2000 SCC 67, [2000] 2 S.C.R. 1067; *Consolboard Inc. v. MacMillan Bloedel (Sask.) Ltd.*, [1981] 1 S.C.R. 504, (1981), 122 D.L.R. (3d) 203.

CONSIDERED:

Sanofi-Synthelabo Canada Inc. v. Apotex Inc., 2005 FC 390, 39 C.P.R. (4th) 202, affd 2006 FCA 421, 282 D.L.R. (4th) 179, affd 2008 SCC 61, [2008] 3 S.C.R. 265; *In re I.G. Farbenindustrie A.G.'s Patents* (1930), 47 R.P.C. 289 (Ch.D.); *Re E.I. du Pont de Nemours & Co. (Witsiepe's) Application*, [1982] F.S.R. 303 (H.L.); *Eli Lilly Canada Inc. v. Novopharm Limited*, 2010 FCA 197, [2012] 1 F.C.R. 349; *AstraZeneca Canada Inc. v. Mylan Pharmaceuticals ULC*, 2011 FC 1023, 96 C.P.R. (4th) 159; *Apotex Inc. v. Pfizer Canada Inc.*, 2004 FC 190, 31 C.P.R. (4th) 143; *Metalsmiths Inc. v. Cercast Inc., et al.*, [1967] 1 Ex. C.R. 214; *Markevich v. Canada*, 2003 SCC 9, [2003] 1 S.C.R. 94.

REFERRED TO:

Commissioner of Patents v. Fabwerke Hoechst Aktiengesellschaft Vormals Meister Lucius & Bruning, [1964] S.C.R. 49, (1963), 41 C.P.R. 9; *Monsanto Canada Inc. v. Schmeiser*, 2004 SCC 34, [2004] 1 S.C.R. 902;

réellement évalué l'étendue et la nature des efforts requis pour parvenir à la décision de mettre effectivement au point le PCR 4099, par opposition à tout autre composé racémique visé par le brevet '875, avant de rendre cette séparation pertinente. Elle a jugé que le brevet '875 ne désignait ni directement ni indirectement le PCR 4099, même s'il figurait parmi les 21 composés cités dans les exemples du brevet '875. La Cour fédérale n'a pas conclu qu'il était évident que la personne versée dans l'art se lancerait dans un projet de fabrication basé sur le PCR 4099 du brevet '875 à l'exclusion de tout autre composé, y compris les 21 autres expressément cités dans les exemples. Par conséquent, la conclusion concernant l'évidence ne pouvait être maintenue.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi d'actualisation du droit de la propriété intellectuelle, L.C. 1993, ch. 15, art. 31.
Loi sur les brevets, L.R.C. (1985), ch. P-4, art. 2 « invention », 34, 42, 55.1, 55.2(1).
Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 39.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Apotex Inc. c. Wellcome Foundation Ltd., 2002 CSC 77, [2002] 4 R.C.S. 153; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *Whirlpool Corp. c. Camco Inc.*, 2000 CSC 67, [2000] 2 R.C.S. 1067; *Consolboard Inc. c. MacMillan Bloedel (Sask.) Ltd.*, [1981] 1 R.C.S. 504.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Sanofi-Synthelabo Canada Inc. c. Apotex Inc., 2005 FC 390, conf. par 2006 CAF 421, conf. par 2008 CSC 61, [2008] 3 R.C.S. 265; *In re I.G. Farbenindustrie A.G.'s Patents* (1930), 47 R.P.C. 289 (Ch.D.); *Re E.I. du Pont de Nemours & Co. (Witsiepe's) Application*, [1982] F.S.R. 303 (H.L.); *Eli Lilly Canada Inc. c. Novopharm Limited*, 2010 CAF 197, [2012] 1 R.C.F. 349; *AstraZeneca Canada Inc. c. Mylan Pharmaceuticals ULC*, 2011 CF 1023; *Apotex Inc. c. Pfizer Canada Inc.*, 2004 CF 190; *Metalsmiths Inc. v. Cercast Inc., et al.*, [1967] 1 R.C.É. 214; *Markevich c. Canada*, 2003 CSC 9, [2003] 1 R.C.S. 94.

DÉCISIONS CITÉES :

Commissioner of Patents v. Fabwerke Hoechst Aktiengesellschaft Vormals Meister Lucius & Bruning, [1964] R.C.S. 49; *Monsanto Canada Inc. c. Schmeiser*, 2004 CSC 34, [2004] 1 R.C.S. 902; *Pioneer Hi-Bred Ltd.*

Pioneer Hi-Bred Ltd. v. Canada (Commissioner of Patents), [1989] 1 S.C.R. 1623, (1989), 60 D.L.R. (4th) 223; *Teva Canada Ltd. v. Pfizer Canada Inc.*, 2012 SCC 60, [2012] 3 S.C.R. 625; *Free World Trust v. Électro Santé Inc.*, 2000 SCC 66, [2000] 2 S.C.R. 1024; *Mylan Pharmaceuticals ULC v. Pfizer Canada Inc.*, 2012 FCA 103, 100 C.P.R. (4th) 203; *Mylan Pharmaceuticals ULC v. AstraZeneca*, 2012 FCA 109, 101 C.P.R. (4th) 275; *Dableh v. Ontario Hydro*, [1996] 3 F.C. 751, (1996), 68 C.P.R. (3d) 129 (C.A.); *Apotex Inc. v. Allergan Inc.*, 2012 FCA 308, 105 C.P.R. (4th) 371; *American Cyanamid Co. v. Berk Pharmaceuticals Ltd.*, [1976] R.P.C. 231 (Ch.D.); *Xerox of Canada Ltd. et al. v. IBM Canada Ltd.* (1977), 33 C.P.R. (2d) 24 (F.C.T.D.); *Canada v. Maritime Group (Canada) Inc.*, [1995] 3 F.C. 124, (1995), 185 N.R. 104 (C.A.); *Kirkbi AG v. Ritvik Holdings Inc.*, 2002 FCT 585, 20 C.P.R. (4th) 224; *Beloit Canada Ltd. v. Valmet-Dominion Inc.*, [1997] 3 F.C. 497, (1997), 73 C.P.R. (3d) 321 (C.A.); *Re Alsop's Patent* (1907), 24 R.P.C. 733.

AUTHORS CITED

Canadian Oxford Dictionary, 2nd ed. Toronto: Oxford University Press, 2004, “can”.
Siebrasse, N. “Must the Factual Basis for Sound Prediction Be Disclosed in the Patent?” (2012), 28 *C.I.P.R.* 39.

APPEAL from a Federal Court decision (2011 FC 1486, 101 C.P.R. (4th) 1) finding in particular that Sanofi-Aventis’ patent was invalid for lack of utility, that the invention described in the patent was obvious and that Apotex had infringed the patent. Appeal allowed.

APPEARANCES

Anthony G. Creber, Cristin A. Wagner and Marc Richard for appellants.
Harry Radomski, Benjamin Hackett, Richard Naiberg and Sandon Shogilev for respondents.

SOLICITORS OF RECORD

Gowling Lafleur Henderson LLP, Ottawa, for appellants.
Goodmans LLP, Toronto, for respondents.

c. Canada (Commissaire des brevets), [1989] 1 R.C.S. 1623; *Teva Canada Ltée c. Pfizer Canada Inc.*, 2012 CSC 60, [2012] 3 R.C.S. 625; *Free World Trust c. Électro Santé Inc.*, 2000 CSC 66, [2000] 2 R.C.S. 1024; *Mylan Pharmaceuticals ULC c. Pfizer Canada Inc.*, 2012 CAF 103; *Mylan Pharmaceuticals ULC c. AstraZeneca*, 2012 CAF 109; *Dableh c. Ontario Hydro*, [1996] 3 C.F. 751 (C.A.); *Apotex Inc. c. Allergan Inc.*, 2012 CAF 308; *American Cyanamid Co. v. Berk Pharmaceuticals Ltd.*, [1976] R.P.C. 231 (Ch.D.); *Xerox of Canada Ltd. et al. c. IBM Canada Ltd.*, [1977] A.C.F. n° 603 (1^{re} inst.) (QL); *Canada c. Maritime Group (Canada) Inc.*, [1995] 3 C.F. 124 (C.A.); *Kirkbi AG c. Ritvik Holdings Inc.*, 2002 CFPI 585; *Beloit Canada Ltée c. Valmet-Dominion Inc.*, [1997] 3 C.F. 497 (C.A.); *Re Alsop's Patent* (1907), 24 R.P.C. 733.

DOCTRINE CITÉE

Canadian Oxford Dictionary, 2^e éd. Toronto : Oxford University Press, 2004, « can ».
Siebrasse, N. « Must the Factual Basis for Sound Prediction Be Disclosed in the Patent? » (2012), 28 *C.I.P.R.* 39.

APPEL interjeté à l’encontre d’une décision de la Cour fédérale (2011 CF 1486) qui a conclu en particulier que le brevet de Sanofi-Aventis était invalide pour absence d’utilité, que l’invention décrite dans le brevet était évidente et qu’Apotex avait contrefait le brevet. Appel accueilli.

ONT COMPARU

Anthony G. Creber, Cristin A. Wagner et Marc Richard pour les appelantes.
Harry Radomski, Benjamin Hackett, Richard Naiberg et Sandon Shogilev pour les intimées.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Gowling Lafleur Henderson, S.E.N.C.R.L., s.r.l., Ottawa, pour les appelantes.
Goodmans LLP, Toronto, pour les intimées.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

PELLETIER J.A.:

INTRODUCTION

[1] Plavix is a very successful anti-coagulant drug which was developed, patented, and marketed by the appellant, Sanofi-Aventis (Sanofi). Apotex Inc. (Apotex), a well known manufacturer and distributor of generic drugs, attempted to create and market its own version of the active ingredient in Plavix, clopidogrel bisulfate (clopidogrel). It applied for a notice of compliance from the Minister of Health, alleging that its version of clopidogrel did not infringe Sanofi's patent which, it alleged, was invalid in any event for a number of reasons, including obviousness. Sanofi responded by applying to the Federal Court for an order prohibiting the Minister from issuing the notice of compliance to Apotex. That application was successful so that Sanofi continued to enjoy a monopoly with respect to the manufacture and sale of Plavix: *Sanofi-Synthelabo Canada Inc. v. Apotex Inc.*, 2005 FC 390, 39 C.P.R. (4th) 202. Appeals to the Federal Court of Appeal, *Sanofi-Synthelabo Canada Inc. v. Apotex Inc.*, 2006 FCA 421, 282 D.L.R. (4th) 179, and to the Supreme Court of Canada, *Apotex Inc. v. Sanofi-Synthelabo Canada Inc.*, 2008 SCC 61, [2008] 3 S.C.R. 265 (*Plavix*), were unsuccessful.

[2] Apotex then commenced an action in the Federal Court seeking a declaration that Sanofi's patent, Canadian Patent No. 1336777 (the '777 patent) was invalid. Sanofi replied by commencing its own action, alleging that Apotex had infringed its patent by importing clopidogrel into Canada from Mexico and then exporting it from Canada for sale in other countries including the United States. The two actions were consolidated and were heard by Boivin J. (the Trial Judge or simply, the Judge). Following a 26-day trial, the latter found that the '777 patent was invalid for lack of utility on the basis that the promise of the patent had neither been demonstrated nor soundly predicted. In addition, the Trial Judge found that the invention described in the patent was obvious. Though the Trial Judge also found that Apotex had infringed the '777 patent, that finding

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

LE JUGE PELLETIER, J.C.A. :

INTRODUCTION

[1] Plavix est un anticoagulant très efficace qui a été mis au point, breveté et commercialisé par l'appelante, Sanofi-Aventis (Sanofi). Apotex Inc. (Apotex), fabricant et distributeur de médicaments génériques bien connu, a essayé de créer et de commercialiser sa propre version de l'ingrédient actif contenu dans Plavix, soit le bisulfate de clopidogrel (clopidogrel). Apotex a donc présenté au ministre de la Santé une demande d'avis de conformité par laquelle elle soutenait que sa version du clopidogrel ne contrevenait pas au brevet de Sanofi, qu'elle croyait invalide pour un certain nombre de raisons, notamment pour cause d'évidence. Sanofi a répliqué en demandant à la Cour fédérale de rendre une ordonnance interdisant au ministre de délivrer à Apotex l'avis de conformité. Sa demande fut accueillie, Sanofi a donc continué à jouir d'un monopole relatif à la fabrication et à la vente de Plavix : *Sanofi-Synthelabo Canada Inc. c. Apotex Inc.*, 2005 CF 390. Les appels interjetés devant la Cour d'appel fédérale, *Sanofi-Synthelabo Canada Inc. c. Apotex Inc.*, 2006 CAF 421, et la Cour suprême du Canada, *Apotex Inc. c. Sanofi-Synthelabo Canada Inc.*, 2008 CSC 61, [2008] 3 R.C.S. 265 (*Plavix*), furent rejetés.

[2] Apotex a ensuite sollicité devant la Cour fédérale un jugement déclaratoire portant que le brevet de Sanofi, soit le brevet canadien n° 1336777 (le brevet '777), était invalide. Sanofi a intenté en retour sa propre action, alléguant qu'Apotex avait contrefait son brevet en important du clopidogrel du Mexique au Canada puis en l'exportant du Canada pour le vendre dans d'autres pays, notamment les États-Unis. Les deux actions ont été jointes et instruites par le juge Boivin (le juge de première instance ou, tout simplement, le juge). À l'issue d'un procès de 26 jours, le juge a conclu que le brevet '777 était invalide pour absence d'utilité, car la promesse qu'il contenait n'avait été ni démontrée ni valablement prédite. Le juge a en outre conclu que l'invention décrite dans le brevet était évidente. Bien que le juge de première instance ait également conclu

was overtaken by his conclusion that the patent was invalid. The Trial Judge's decision is reported as *Apotex Inc. v. Sanofi-Aventis*, 2011 FC 1486, 101 C.P.R. (4th) 1 (reasons).

[3] This is an appeal of that decision. It raises a variety of issues including the promise of the patent, obviousness, and the limitation period applicable to certain acts of patent infringement.

BACKGROUND

[4] The following factual background will provide context for the analysis which will follow.

[5] The '777 patent is a selection patent which means that it claims a subset of compounds which are already within the scope of another patent, Canadian Patent No. 1194875 ('875 patent). I can do no better, in terms of describing the relationship of the patents and compounds in issue, than to quote paragraphs 3 to 6 of the Supreme Court's decision in *Plavix*:

The parties have accepted that the Sanofi respondents ("Sanofi") are the relevant holders of patent 1,194,875 ('875 patent). This patent disclosed a genus or class of compounds useful in inhibiting platelet aggregation activity in the blood which is important in treating coronary artery, peripheral vascular and cerebral vascular diseases. This genus patent discloses over 250,000 possible different compounds useful for this purpose. One of the compounds is a racemate described as methyl alpha-5 (4,5,6,7-tetrahydro (3, 2-c)-thieno pyridyl) (2-chlorophenyl)-acetate (the "racemate").

A racemate is a substance containing equal amounts of two structurally different compounds, called enantiomers or optical isomers. The two isomers, the dextro-rotatory isomer and the levo-rotatory isomer, are mirror images of each other and rotate plane-polarized light in opposite directions.

The parties have accepted that Sanofi is also the relevant holder of subsequent Canadian patent 1,336,777 ('777 patent), the patent in suit. It discloses and claims clopidogrel bisulfate, which is marketed by Sanofi under the trade name of Plavix as an anti-coagulant that inhibits platelet aggregation activity in the blood.

qu'Apotex avait contrefait le brevet '777, sa conclusion concernant l'invalidité du brevet l'a emporté. La décision du juge est répertoriée sous *Apotex Inc. c. Sanofi-Aventis*, 2011 CF 1486 (les motifs).

[3] La Cour est saisie de l'appel de cette décision. Il soulève diverses questions touchant notamment la promesse du brevet, l'évidence et le délai de prescription applicable à certains actes de contrefaçon en matière de brevet.

CONTEXTE

[4] Le rappel des faits suivant servira de mise en contexte à l'analyse qui suit.

[5] Le brevet '777 est un brevet de sélection, ce qui signifie qu'il revendique une sous-catégorie de composés déjà visés par un autre brevet, soit le brevet canadien n° 1194875 (le brevet '875). Pour expliquer le rapport entre les brevets et les composés en cause, je ne puis faire mieux que de reproduire les paragraphes 3 à 6 de l'arrêt *Plavix* de la Cour suprême :

Les parties reconnaissent que l'intimée (« Sanofi ») est titulaire du brevet 1,194,875 (« brevet 875 »), qui divulgue un genre ou une catégorie de composés inhibant l'agrégation des plaquettes dans le sang, ce qui joue un rôle important dans le traitement des coronaropathies, des artériopathies périphériques et des maladies vasculaires cérébrales. Ce brevet de genre divulgue plus de 250 000 composés possibles ayant cet effet antiplaquettaire, dont le racémate alpha-5 (4,5,6,7-tétrahydro (3,2-c)thiénopyridyl)(2-chlorophényl)-acétate de méthyle (« racémate »).

Un racémate est une substance constituée à parts égales de deux composés aux structures différentes appelés énantiomères ou isomères optiques. Les deux isomères, le dextrogyre et le lévogyre, sont l'image l'un de l'autre dans un miroir et font dévier le plan de la lumière polarisée dans des directions opposées.

Les parties reconnaissent que Sanofi est aussi titulaire du brevet canadien 1,336,777 (« brevet 777 ») — l'objet du litige — délivré subséquemment. Le brevet divulgue et revendique le bisulfate de clopidogrel, qui est commercialisé sous l'appellation Plavix comme anticoagulant inhibiteur de l'agrégation plaquettaire.

Clopidogrel bisulfate is encompassed within the scope of the claims in the '875 patent. Clopidogrel is the dextro-rotatory isomer of the racemate, having beneficial properties over both the racemate and the levo-rotatory isomer. The dextro-rotatory isomer exhibits a platelet aggregation inhibiting activity and is less toxic and better tolerated than the levo-rotatory isomer and racemate. The salts of the dextro-rotatory isomer, such as clopidogrel bisulfate, have a better therapeutic index than the salts of the racemic mixture and in fact, the levo-rotatory isomer exhibits almost no platelet aggregation inhibiting activity, and its toxicity is markedly higher than that of the dextro-rotatory isomer.

[6] While there are differences in the evidence which was before the Supreme Court in the notice of compliance proceedings (which gave rise to the *Plavix* decision) and the evidence in this action, none of those differences affect the accuracy of the Supreme Court's description of the relationship of the compounds in issue and their structure.

The '777 patent

[7] The issues raised by this appeal require an understanding of the '777 patent.

[8] The patent begins with a description of its subject matter:

The present invention relates to the dextro-rotatory enantiomer of methyl alpha-5 (4,5,6,7-tetrahydro (3,2-c) thienopyridyl) (2-chlorophenyl)-acetate, a process for its preparation and pharmaceutical compositions containing it.

[9] Following a description of the formula of the invention, the patent describes its advantages:

In an unexpected manner only the dextro-rotatory enantiomer I_d exhibits a platelet aggregation inhibiting activity, the levo-rotatory enantiomer I_l being inactive. However, the inactive levo-rotatory enantiomer I_l is the less well tolerated of the two enantiomers.

The invention also relates to the addition salts of the compounds of formula (I_d) with pharmaceutically acceptable mineral or organic acids.

[10] The patent then describes the processes by which the invention can be made, setting out detailed

Le bisulfate de clopidogrel, soit l'isomère dextrogyre du racémate, est visé par les revendications du brevet 875 et présente des avantages par rapport au racémate et à l'isomère lévogyre. Non seulement l'isomère dextrogyre inhibe l'agrégation plaquettaire, mais il est aussi moins toxique et mieux toléré que l'isomère lévogyre et le racémate. Comme le bisulfate de clopidogrel, ses sels sont associés à un meilleur indice thérapeutique que les sels du mélange racémique. En fait, l'isomère lévogyre n'inhibe presque pas l'agrégation des plaquettes et il est nettement plus toxique que l'isomère dextrogyre.

[6] Malgré certaines différences entre les éléments de preuve dont disposait la Cour suprême dans l'instance relative à l'avis de conformité (ayant abouti à l'arrêt *Plavix*) et celle qui a été présentée en l'espèce, aucune d'entre elles ne modifie l'exactitude de ce qu'observait la Cour suprême à propos de la structure des composés en cause et de leur relation.

Le brevet '777

[7] Il faut, pour répondre aux questions soulevées par le présent appel, comprendre la nature du brevet '777.

[8] Le brevet commence par la description de son objet :

[TRADUCTION] La présente invention vise l'énantiomère dextrogyre de l'alpha-5 (4,5,6,7-tetrahydro (3,2-c) thienopyridyl) (2-chlorophényl)-acétate de méthyle, un procédé de fabrication de cet énantiomère et les compositions pharmaceutiques qui le renferment.

[9] Après une présentation de la formule de l'invention, le brevet en énumère les avantages :

[TRADUCTION] Contre toute attente, seul l'énantiomère dextrogyre I_d présente une activité inhibitrice de l'agrégation des plaquettes, l'énantiomère lévogyre I_l étant inactif à cet égard. Or, l'énantiomère lévogyre I_l inactif est celui des deux énantiomères qui est le moins bien toléré.

L'invention vise aussi les sels d'addition des composés de formule (I_d) obtenus avec des acides minéraux ou organiques pharmaceutiquement acceptables.

[10] Le brevet expose ensuite les procédés nécessaires à la réalisation de l'invention, et énonce les

instructions by which the enantiomer can be separated from its racemate and a suitable salt obtained.

[11] The next section of the patent is entitled “Pharmacological Activity”. In it, one finds a comparison between the compound of the '777 patent and the racemic mixture from which it was derived with respect to platelet inhibiting activity and toxicity. Platelet aggregation studies in rats showed that the levo-rotatory isomer is inactive and that the dextro-rotatory isomer is at least as active as the racemate. A test of anti-thrombotic activity showed that the levo-rotatory isomer showed no anti-thrombotic activity whereas the racemate and the dextro-rotatory isomer did. Toxicity studies in rats showed that the toxicity of the racemic mixture was similar to that of the levo-rotatory isomer while the dextro-rotatory isomer is markedly less toxic.

[12] This section concludes as follows:

The pharmacological study just presented has demonstrated the interesting inhibitory properties towards platelet aggregation of the compound I_d and the absence of any activity of its isomer I_l.

The medicine of the invention can be made available for oral administration in form of tablets, sugar-coated tablets, capsules, drops, granules, or a syrup. It can also be made available for rectal administration in the form of suppositories or for parenteral administration in the form of an injectable solution.

...

On account of its interesting inhibitory properties towards platelet aggregation and its interference in the mechanism of formation of arterial and venous thromboses, the medicine of the invention can be usefully administered in the treatment and prevention of platelet disorders due to extracorporeal blood circuits or the consequence of complications in artheroma.

[13] The patent concludes with 11 claims which can be summarized as follows:

- Claim 1 claims the dextro-rotatory isomer of methyl alpha-5 (4,5,6,7-tetrahydro (3,2-c) thieno pridy) (2-chlorophényl)-acetate,

instructions détaillées permettant de séparer l'énantiomère de son racémate et d'obtenir un sel convenable.

[11] La section suivante du brevet s'intitule [TRADUCTION] « Activité pharmacologique ». On y trouve une comparaison entre le composé du brevet '777 et le mélange racémique dont il provient pour ce qui est des propriétés inhibitrices de l'agrégation plaquettaire et de la toxicité. D'après des études sur l'agrégation plaquettaire menées sur des rats, l'isomère lévogyre est inactif et l'isomère dextrogyre est au moins aussi actif que le racémate. Un essai relatif à l'activité antithrombotique a montré que l'isomère lévogyre n'avait aucun effet antithrombotique, contrairement au racémate et à l'isomère dextrogyre. Les études sur la toxicité effectuées sur des rats ont révélé que la toxicité du mélange racémique était comparable à celle de l'isomère lévogyre, et que l'isomère dextrogyre était sensiblement moins toxique.

[12] Cette section se termine ainsi :

[TRADUCTION] L'étude pharmacologique qui vient d'être présentée démontre les propriétés intéressantes d'inhibition de l'agrégation plaquettaire du composé I_d, et l'absence de toute activité de son isomère I_l.

Le médicament de l'invention peut s'administrer par voie orale sous forme de comprimés, de comprimés enrobés de sucre, de capsules, de gouttes, de granules ou de sirop. Il peut aussi se présenter sous forme de suppositoires, ou de solution injectable en vue d'une administration parentérale.

[...]

Comme il présente des propriétés inhibitrices intéressantes relativement à l'agrégation plaquettaire et qu'il altère le mécanisme de formation des thrombus artériels et veineux, le médicament de l'invention peut être utile dans le traitement et la prévention des troubles plaquettaires associés aux circuits sanguins extracorporels ou des complications de l'athérome.

[13] Le brevet s'achève par 11 revendications qui peuvent être résumées ainsi :

- la revendication 1 porte sur l'isomère dextrogyre de l'alpha-5 (4,5,6,7-tétrahydro (3,2-c) thiéno pyridyl) (2-chlorophényl)-acétate de méthyle;

- Claims 2 to 5 claim salts of the compound in claim 1,

- Claims 6 to 9 claim processes for preparation of the compound described in claim 1,

- Claim 10 claims a pharmaceutical composition comprising an effective amount of the compound in claim 1 in admixture with a pharmaceutically acceptable carrier, and

- Claim 11 claims a composition according to claim 10 within a given dosage range.

- les revendications 2 à 5 portent sur les sels du composé de la revendication 1;

- les revendications 6 à 9 portent sur les procédés de fabrication du composé décrit dans la revendication 1;

- la revendication 10 porte sur une composition pharmaceutique comprenant une quantité efficace du composé de la revendication 1 mélangée à un transporteur pharmaceutiquement acceptable;

- la revendication 11 porte sur une composition conforme à la revendication 10 à l'intérieur d'un éventail de doses donné.

THE DECISION UNDER APPEAL

[14] After disposing of a number of preliminary questions which are not in issue in this appeal, the Trial Judge addressed the construction of the patent. He first described the “inventive concept” of the patent, quoting the Supreme Court’s statement in *Plavix* (at paragraph 78):

In the present case, it is apparent that the inventive concept of the claims in the '777 patent is a compound useful in inhibiting platelet aggregation which has greater therapeutic effect and less toxicity than the other compounds of the '875 patent and the methods for obtaining that compound.

[15] The Trial Judge then inquired into the relationship between the inventive concept and the invention itself. After a brief analysis relating to selection patents, the Trial Judge described the invention of the '777 patent as follows (reasons, at paragraph 140):

... a compound which is useful in inhibiting platelet aggregation, has greater therapeutic effect and less toxicity than the other compounds of the '875 Patent, has the advantages of the salts (crystallize easily, not hygroscopic, and sufficiently water-soluble) and the methods for obtaining that compound.

[16] This led to the analysis of the promise of the patent. The Trial Judge identified the relationship between utility and the promise of the patent (reasons, at paragraph 143):

LA DÉCISION FRAPPÉE D'APPEL

[14] Après avoir réglé un certain nombre de questions préliminaires qui ne sont pas en litige dans le présent appel, le juge de première instance a abordé l'interprétation du brevet. Il a d'abord décrit l'« idée originale » du brevet, en citant l'extrait suivant de l'arrêt *Plavix* de la Cour suprême (au paragraphe 78) :

En l'espèce, il est clair que l'idée originale à la base des revendications du brevet 777 est un antiplaquettaire à l'effet thérapeutique supérieur et à la toxicité moindre comparativement aux autres composés couverts par le brevet 875, et les méthodes permettant de l'obtenir.

[15] Le juge de première instance a ensuite examiné le rapport entre l'idée originale de l'invention et l'invention elle-même. Après une analyse succincte quant aux brevets de sélection, il a décrit en ces termes l'invention du brevet '777 (motifs, au paragraphe 140) :

[...] un composé, lequel est utile pour l'inhibition de l'agrégation plaquettaire, produit un effet thérapeutique plus élevé et une toxicité moindre que les autres composés du brevet 875 et présente les avantages des sels (facilité de cristallisation, non hygroscopique et suffisamment hydrosoluble) ainsi que les méthodes permettant d'obtenir ce composé.

[16] Vient ensuite l'analyse de la promesse du brevet. Le juge de première instance a expliqué le rapport entre l'utilité et la promesse du brevet (motifs, au paragraphe 143) :

It is also worth recalling the role of the promise of the patent with respect to utility. On behalf of the Federal Court of Appeal, Justice Laydon-Stevenson in *Ely Lilly Canada Inc.*, above, (FCA *Olanzapine*), at para 76, stated the following:

[76] Where the specification does not promise a specific result, no particular level of utility is required; a “mere scintilla” of utility will suffice. However, where the specification sets out an explicit “promise”, utility will be measured against that promise: *Consolboard; Pfizer Canada Inc. v. Canada (Minister of Health)*, [2009] 1 F.C.R. 253, 2008 FCA 108 (*Ranbaxy*). The question is whether the invention does what the patent promises it will do. [Emphasis added by Trial Judge.]

[17] After having reviewed the expert evidence, the Trial Judge framed the issue as whether the '777 patent promises use in humans or merely potential use in humans. The Judge then considered the wording of the '777 patent, including the references to “the medicine of the invention” and “pharmaceutical compositions”, as well as its relationship to the '875 patent which explicitly referred to use in human and veterinary therapeutic applications. On the basis of this analysis, the Trial Judge concluded that (reasons, at paragraph 174):

In summary, the Court concludes that the POSITA [Person of Ordinary Skill in the Art] would find the promise respecting the use of the invention of the '777 Patent to be a use in humans.

[18] Having come to this conclusion, the Judge examined whether the utility of the invention had been demonstrated. His analysis of this question was based on a clopidogrel human study described as P-1062, a randomized double blind study comparing clopidogrel to a placebo in 10 healthy humans. This study is not referred to in the patent. The Judge found that the study was inconclusive as to the effectiveness of clopidogrel in humans. The Judge then considered whether one of the inventors of clopidogrel, Dr. Daniel Fréhel, was aware of the activity of clopidogrel in humans prior the filing date. This issue turned on whether Dr. Fréhel was present at a meeting on January 28, 1988, at which time the therapeutic effect of clopidogrel in humans was discussed. The Trial Judge found the evidence on this point was also inconclusive. As a result, the Trial Judge

Il convient aussi de rappeler le rôle de la promesse du brevet au regard de l'utilité. Au nom de la Cour d'appel fédérale, la juge Laydon-Stevenson écrivait ce qui suit, au paragraphe 76 de l'arrêt *Ely Lilly Canada Inc.*, précité (l'arrêt *Olanzapine*) :

[76] Lorsque le mémoire descriptif ne promet pas un résultat précis, aucun degré particulier d'utilité n'est requis; la « moindre parcelle » d'utilité suffira. Toutefois, lorsque le mémoire descriptif exprime clairement une promesse, l'utilité sera appréciée en fonction de cette promesse : *Consolboard, Pfizer Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé) et Ranbaxy Laboratories Inc.*, [2009] 1 R.C.F. 253, 2008 CAF 108 (*Ranbaxy*). La question est de savoir si l'invention fait ce que le brevet promet qu'elle fera. [Souligné par le juge de première instance.]

[17] Après avoir examiné le témoignage d'expert, le juge de première instance a estimé que la question en litige était de savoir si le brevet '777 promet un usage réel ou simplement potentiel chez l'humain. Il a considéré ensuite le libellé du brevet '777, notamment les références au [TRADUCTION] « médicament de l'invention » et aux [TRADUCTION] « compositions pharmaceutiques », ainsi que son rapport avec le brevet '875 qui fait explicitement référence à une utilisation chez l'humain et les applications thérapeutiques en médecine vétérinaire. À l'issue de cette analyse, le juge de première instance a conclu ce qui suit (motifs, au paragraphe 174) :

En résumé, la Cour arrive à la conclusion que la personne moyennement versée dans l'art dirait que la promesse concernant l'utilisation de l'invention du brevet 777 serait une utilisation chez l'humain.

[18] Étant parvenu à cette conclusion, le juge a recherché si l'utilité de l'invention avait été démontrée. Son analyse en la matière reposait sur une étude, désignée sous le nom P-1062, un essai comparatif à double insu et à répartition aléatoire concernant l'administration de clopidogrel ou d'un placebo à 10 humains en bonne santé. Le juge a conclu que cette étude, qui n'est pas citée dans le brevet, n'était pas concluante quant à l'efficacité du clopidogrel chez les humains. Il a ensuite recherché si l'un des inventeurs du clopidogrel, Daniel Fréhel, connaissait l'effet du médicament sur les humains avant la date de dépôt. Il s'agissait ici de savoir si Daniel Fréhel avait assisté à la réunion du 28 janvier 1988 durant laquelle il avait été question de l'effet thérapeutique du clopidogrel chez les humains. Le juge de première instance a conclu encore une fois que la

found that the utility of clopidogrel in humans had not been demonstrated at the time of the patent application.

[19] The Judge then turned to the question of whether the inventors, as of the filing date, could soundly predict that the invention would be useful in humans. The Judge referred to the Supreme Court of Canada's decision *Apotex Inc. v. Wellcome Foundation Ltd.*, 2002 SCC 77, [2002] 4 S.C.R. 153 (AZT), at paragraph 70, where the elements necessary to support a finding of sound prediction are set out: (i) a factual basis, (ii) a sound line of reasoning, and (iii) disclosure of the first two elements.

[20] After a thorough review of the history leading to the filing of the application, including prior work on the '875 patent, work on other compounds which had been abandoned, work on the racemate, (described as PCR 4099), as well as the circumstances leading to the decision to attempt to separate the enantiomers of the racemate, the Trial Judge found that there was both a factual basis for the sound prediction (paragraphs 404–488 of the reasons) and an articulable line of reasoning leading to the sound prediction (paragraphs 489–583 of the reasons).

[21] The Trial Judge then asked if these two elements were sufficiently disclosed in the patent specification. He concluded that they were not as “the '777 Patent, it does not instruct the POSITA [Person of Ordinary Skill in the Art] that there was a factual basis and a line of reasoning for the prediction that the animal studies conducted on rat models could be extrapolated to the prediction that the compound—clopidogrel—had a use in humans” [emphasis in original]: see reasons, at paragraph 570. In particular, the Judge found that the inventors' “track record” in the development of clopidogrel was crucial to enable the POSITA “to make the leap to predict use of the compound in humans” and that it had not been disclosed: see reasons, at paragraph 573. As a result, he found that the '777 patent was “invalid for lack of sound prediction”: see reasons, at paragraph 585. To be more precise, the patent was invalid because the utility of the invention had neither been demonstrated nor soundly predicted as of the date of the filing of the patent application.

preuve sur ce point n'était pas concluante. Il en a conclu que l'utilité du clopidogrel chez les humains n'avait pas été démontrée à la date de la demande de brevet.

[19] Le juge s'est ensuite penché sur la question de savoir si les inventeurs pouvaient, à la date du dépôt, prédire de manière valable que l'invention serait utile chez l'humain. Il a cité l'arrêt de la Cour suprême *Apotex Inc. c. Wellcome Foundation Ltd.*, 2002 CSC 77, [2002] 4 R.C.S. 153 (AZT), au paragraphe 70, où sont énoncés les éléments requis pour établir l'existence d'une prédiction valable : i) un fondement factuel, ii) un raisonnement valable, et iii) la divulgation des deux premiers éléments.

[20] Après une revue approfondie des événements ayant mené au dépôt de la demande, y compris les travaux antérieurs consacrés au brevet '875, à d'autres composés abandonnés et au racémate (désigné sous le nom PCR 4099), et les circonstances ayant motivé la décision d'essayer de séparer les énantiomères du racémate, le juge de première instance a conclu qu'il existait à la fois un fondement factuel (paragraphes 404 à 488 des motifs) et un raisonnement valable à l'appui de la prédiction valable (paragraphes 489 à 583 des motifs).

[21] Le juge a ensuite recherché si ces deux éléments avaient été suffisamment divulgués dans le mémoire descriptif du brevet. Il a conclu que tel n'était pas le cas, car « [le brevet '777] ne dit pas à la personne moyennement versée dans l'art qu'il y avait un fondement factuel et un raisonnement pour la prédiction selon lequel les études animales menées sur des rats pouvaient déboucher sur la prédiction selon laquelle le composé — le clopidogrel — avait une utilisation [souligné dans l'original] chez l'humain » : voir les motifs, au paragraphe 570. En particulier, le juge a conclu que les « antécédents » des inventeurs dans la mise au point du clopidogrel étaient essentiels pour permettre à la personne moyennement versée dans l'art de « faire le saut et prédire une utilisation du composé chez l'humain », mais qu'ils n'avaient pas été divulgués : voir les motifs, au paragraphe 573. Il a donc conclu que le brevet '777 était « [invalide] pour absence de prédiction valable » : voir les motifs, au paragraphe 585. Pour être plus précis, le brevet a été jugé invalide, car l'utilité de l'invention

[22] Having found the patent to be invalid for lack of utility, the Trial Judge nonetheless went on to consider obviousness, the other ground of invalidity advanced by Apotex. He began by setting out the four-step framework for the obviousness analysis set down by the Supreme Court in *Plavix* (cited above, at paragraph 67, quoted at reasons, at paragraph 589):

- (1) (a) Identify the notional “person skilled in the art”;
(b) Identify the relevant common general knowledge of that person;
- (2) Identify the inventive concept of the claim in question or if that cannot readily be done, construe it;
- (3) Identify what, if any, differences exist between the matter cited as forming part of the “state of the art” and the inventive concept of the claim or the claim as construed;
- (4) Viewed without any knowledge of the alleged invention as claimed, do those differences constitute steps which would have been obvious to the person skilled in the art or do they require any degree of invention?

[23] The Judge reiterated the Supreme Court’s teaching that the “obvious to try” test may be appropriate at the fourth step of the analysis, particularly in fields in which advances come as a result of experimentation.

[24] The Trial Judge identified the common general knowledge of the person skilled in the art. He then restated the inventive concept of the patent. The Trial Judge concluded that there was more disclosed in the '777 patent than was in the common general knowledge: reasons, at paragraph 656. This then led to the last step in the analysis: was the invention simply the result of taking steps that were “obvious to try” [at paragraph 657]?

[25] Since the claimed invention relates to the dextro-rotary isomer of a racemic mixture, the question which the Judge asked himself was whether it was obvious to separate the racemic mixture and thereby isolate the

n’avait ni été démontrée ni fait l’objet d’une prédiction valable à la date du dépôt de la demande de brevet.

[22] Ayant conclu que le brevet était invalide pour absence d’utilité, le juge de première instance a néanmoins examiné la question de l’évidence, l’autre motif d’invalidité invoqué par Apotex. Il a commencé par rappeler les quatre étapes de l’analyse de l’évidence énoncées par la Cour suprême dans l’arrêt *Plavix* (précité, au paragraphe 67, cité dans les motifs, au paragraphe 589) :

- (1) a) Identifier la « personne versée dans l’art ».
b) Déterminer les connaissances générales courantes pertinentes de cette personne;
- (2) Définir l’idée originale de la revendication en cause, au besoin par voie d’interprétation;
- (3) Recenser les différences, s’il en est, entre ce qui ferait partie de « l’état de la technique » et l’idée originale qui soutient la revendication ou son interprétation;
- (4) Abstraction faite de toute connaissance de l’invention revendiquée, ces différences constituent-elles des étapes évidentes pour la personne versée dans l’art ou dénotent-elles quelque inventivité?

[23] Le juge a rappelé l’enseignement de la Cour suprême selon lequel l’essai « allant de soi » pouvait être pertinent à la quatrième étape de l’analyse, particulièrement dans les domaines où les avancées procèdent d’expérimentations.

[24] Le juge de première instance a défini les connaissances générales courantes de la personne versée dans l’art puis reformulé l’idée originale du brevet. Il a conclu que le brevet '777 en divulguait davantage que les connaissances générales courantes : motifs, au paragraphe 656. Cette conclusion l’a amené à la dernière étape de l’analyse : l’invention était-elle simplement le résultat d’étapes « allant de soi » [au paragraphe 657]?

[25] Comme l’invention revendiquée portait sur l’isomère dextrogyre d’un mélange racémique, la question que le juge a soulevée était celle de savoir s’il était évident de séparer le mélange racémique et d’isoler

isomer which is the subject of the '777 patent. The Trial Judge concluded that it was.

[26] The Judge's conclusion focused on the racemic mixture identified in Sanofi's laboratory documents as PCR 4099. That compound is one of approximately 250 000 compounds which come within the terms of the '875 patent. The patent itself describes 21 specific examples of compounds coming within the terms of the patent, one of which is PCR 4099. The Judge found that there were, at the relevant time, two relevant known methods of separating racemic mixtures of the type described in the '875 patent, and in particular, PCR 4099, though it was not self evident that either of them "ought to work". In addition, he concluded that there was a well known and well-established method of obtaining salts of the compounds resulting from such separation, including the isomers of PCR 4099.

[27] The Judge then asked whether there was a motive provided in the prior art to attempt to resolve compounds covered by the '875 patent into their optical isomers. He identified factors which were known prior to the date of invention which would have led a person skilled in the art to separate the enantiomers of PCR 4099. Those factors were:

a- the "thalidomide disaster" which sensitized regulators to the differential effects of isomers contained in a racemic mixture.

b- guidelines issued by Japanese regulators which "directing sponsors of applications for racemic drugs to separate and characterize the enantiomers": reasons, at paragraph 727.

c- a speech given by senior official of the United States Food and Drug Administration (FDA) at the 1986 Annual Meeting of the American Pharmaceutical Association in which it was stated that sponsors of applications for racemic drugs would be expected to investigate the properties of the enantiomers of such racemic mixtures.

d- the adoption in 1987 by the FDA of guidelines relating to applications for racemic drugs and the establishment in 1989 of a stereoisomers committee by the FDA.

ainsi l'isomère visé par le brevet '777. Il y a répondu par l'affirmative.

[26] La conclusion du juge concernait surtout le mélange racémique désigné dans les documents de laboratoire de Sanofi sous le nom PCR 4099. Il s'agit de l'un des 250 000 composés visés par le brevet '875. Le brevet lui-même énumère 21 exemples spécifiques de composés qu'il revendique, dont le PCR 4099. Le juge a conclu qu'il existait, à la période applicable, deux méthodes connues et pertinentes de séparation des mélanges racémiques du type de ceux que décrit le brevet '875, notamment le PCR 4099, même s'il n'était pas évident que l'une d'entre elles « [aurait été] fructueu[se] ». De plus, il a conclu qu'il existait une méthode connue et établie pour obtenir les sels de composés issus d'une telle séparation, y compris les isomères du PCR 4099.

[27] Le juge a ensuite recherché si l'art antérieur incitait à tenter de résoudre les composés visés par le brevet '875 en leurs isomères optiques. Il a identifié les facteurs connus avant la date de l'invention qui pouvaient motiver une personne versée dans l'art à séparer les énantiomères du PCR 4099. Ces facteurs étaient les suivants :

a- le « désastre de la thalidomide », qui avait sensibilisé les organismes de réglementation aux effets divers des isomères contenus dans un mélange racémique;

b- les lignes directrices données par les instances de réglementation japonaises qui « priaient les auteurs des demandes portant sur des médicaments racémiques de séparer et de caractériser les énantiomères » : motifs, au paragraphe 727;

c- un discours prononcé par un haut fonctionnaire de la Food and Drug Administration (FDA) des États-Unis lors de l'assemblée annuelle de 1986 de l'Association pharmaceutique américaine, selon lequel les auteurs de demandes portant sur les médicaments racémiques devaient enquêter sur les propriétés des énantiomères de ces mélanges racémiques;

d- l'adoption par la FDA en 1987 de lignes directrices concernant les demandes relatives aux médicaments racémiques et la création d'un comité sur les stéréo-isomères par la FDA en 1989;

e- the awareness among leading chemists in the area of drug discovery that prior to 1989, there was already regulatory pressure toward separation of racemic mixtures.

[28] In summary, the Trial Judge found that, at the relevant time, the PCR 4099 compound, though not its properties, was part of the common general knowledge and was featured in the '875 patent, that the POSITA would have known of the method available to resolve PCR 4099 into its constituent enantiomers, that the methodology for salt selection was well known at that time, and that there was motivation to separate PCR 4099 into its enantiomers. He therefore found, on a balance of probabilities, that the “invention of the '777 Patent was ‘obvious to try’” so that the patent was invalid for obviousness: see reasons, at paragraph 784.

[29] At trial, the issue of infringement was a live issue as were certain defences to infringement raised by Apotex. Those conclusions were overtaken by the Trial Judge’s conclusions as to the validity of the '777 patent. For the purposes of readability, I will deal with the analysis of the issues of validity and then deal with the issues of infringement separately.

ANALYSIS OF THE VALIDITY OF THE PATENT

Issue

[30] In my view, the critical issue with respect to utility arises from the Trial Judge’s construction of the '777 patent. Did the Trial Judge err in reading into the patent an explicit promise that the invention could be used in humans?

[31] As to obviousness, the issue is whether the Trial Judge erred in holding that the invention was obvious based on the fact that the resolution of the racemate PCR 4099 was “obvious to try”?

e- le fait que des chimistes de renom dans le domaine de la découverte des médicaments savaient avant 1989 que les instances de réglementation faisaient déjà pression pour que les mélanges racémiques soient séparés.

[28] En résumé, le juge de première instance a conclu que le composé PCR 4099, mais non ses propriétés, faisait partie, à l’époque pertinente, des connaissances générales courantes, qu’il était présenté dans le brevet '875, et que la personne moyennement versée dans l’art aurait été au fait de la méthode existante de résolution du PCR 4099 en ses énantiomères, que la méthode de sélection des sels était bien connue à l’époque et qu’il existait un motif pour séparer les énantiomères du PCR 4099. Il a donc conclu, selon la prépondérance des preuves, que « l’invention décrite dans le brevet '777 résultait d’un “essai allant de soi” », et que le brevet '777 ainsi que ses revendications sont donc invalides : voir les motifs, au paragraphe 784.

[29] Au procès, la question de la contrefaçon a été vivement débattue, tout comme certains moyens de défense invoqués à ce chapitre par Apotex. Ces considérations ont été éclipsées par les conclusions du juge de première instance quant à la validité du brevet '777. Par commodité, je me pencherai sur l’analyse des questions liées à la validité avant de passer à celles qui ont trait à la contrefaçon.

ANALYSE DE LA VALIDITÉ DU BREVET

Les questions en litige

[30] À mon avis, la question essentielle quant à l’utilité concerne l’interprétation du brevet '777 retenue par le juge de première instance. A-t-il commis une erreur en concluant que le brevet promettait explicitement que l’invention avait un usage chez l’humain?

[31] Pour ce qui est de l’évidence, la question est celle de savoir si le juge de première instance a commis une erreur lorsqu’il a conclu que l’invention était évidente parce que la résolution du racémate PCR 4099 constituait un « essai allant de soi »?

Standard of review

[32] This is an appeal of a decision reached by a Trial Judge after a 26-day trial. The standard of review is that set out in *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235 (*Housen*). Findings of fact are to be reviewed on a standard of palpable and overriding error: *Housen*, cited above, at paragraph 10. The Trial Judge's conclusions on questions of law are subject to review on a standard of correctness: *Housen*, cited above, at paragraph 6. A question of mixed fact and law is also to be reviewed on a standard of palpable and overriding error unless the error involves an extricable error of law, in which case the standard of correctness applies.

[33] The construction of the patent is a question of law: *Whirlpool Corp. v. Camco Inc.*, 2000 SCC 67, [2000] 2 S.C.R. 1067 (*Whirlpool*), at paragraph 76. The Trial Judge must interpret the patent as it would be understood by a person skilled in the art to which it pertains. This requires the Judge to take into account the evidence as to how persons skilled in the art would understand certain words and phrases used in the patent, but it is for the Judge to decide what the patent means: *Consolboard Inc. v. MacMillan Bloedel (Sask.) Ltd.*, [1981] 1 S.C.R. 504, (*Consolboard*), at pages 521–525.

Utility and the promise of the patent

[34] In Canadian law, patent law is purely statutory: *Plavix*, at paragraphs 12 and 13; *Commissioner of Patents v. Fabwerke Hoechst Aktiengesellschaft Vormals Meister Lucius & Bruning*, [1964] S.C.R. 49. While the Courts have added to the fabric of patent law in Canada, the starting point for any analysis is the *Patent Act*, R.S.C., 1985, c. P-4 (the Act), as it read at the material time. Since the application for the '777 patent was filed in Canada on February 2, 1988, this dispute is governed by the terms of the Act as it read immediately before October 1, 1989 (the Old Act).

La norme de contrôle

[32] La Cour est saisie d'un appel de la décision prononcée par le juge de première instance après un procès de 26 jours. La norme applicable est donc celle qui est consacrée par la jurisprudence *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235 (*Housen*). Les conclusions de fait doivent être examinées suivant la norme de l'erreur manifeste et dominante : *Housen*, précité, au paragraphe 10. Les conclusions du juge de première instance sur les questions de droit sont susceptibles de contrôle suivant la norme de la décision correcte : *Housen*, précité, au paragraphe 6. Les questions de fait et de droit requièrent également la norme de l'erreur manifeste et dominante, à moins qu'il ne s'agisse d'une erreur de droit isolée, auquel cas c'est la norme de la décision correcte qui s'applique.

[33] L'interprétation des brevets est une question de droit : *Whirlpool Corp. c. Camco Inc.*, 2000 CSC 67, [2000] 2 R.C.S. 1067 (*Whirlpool*), au paragraphe 76. Le juge de première instance doit interpréter le brevet comme le comprendrait la personne versée dans le domaine auquel il se rapporte. Pour ce faire, il doit tenir compte des éléments de preuve concernant la manière dont les personnes versées dans l'art entendraient certains termes ou expressions utilisés dans le brevet, mais il ne lui revient pas de décider du sens du brevet : *Consolboard Inc. c. MacMillan Bloedel (Sask.) Ltd.*, [1981] 1 R.C.S. 504 (*Consolboard*), aux pages 521 à 525.

Utilité et promesse du brevet

[34] Au Canada, le droit des brevets découle entièrement de la loi : *Plavix*, aux paragraphes 12 et 13; *Commissioner of Patents v. Fabwerke Hoechst Aktiengesellschaft Vormals Meister Lucius & Bruning*, [1964] R.C.S. 49. Les tribunaux ont certes étoffé cette spécialité du droit au Canada, mais la *Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), ch. P-4 (la Loi), dans sa version en vigueur à l'époque pertinente, demeure le point de départ de toute analyse. Comme la demande relative au brevet '777 a été déposée au Canada le 2 février 1988, le présent contentieux relève de la Loi dans sa version en vigueur avant le 1^{er} octobre 1989 (l'ancienne Loi).

[35] The following two provisions of the Old Act are relevant to the issue of utility. The first is the definition of “invention” [at section 2]:

Definitions

2. ...

...

“invention”
« inven-
tion »

“invention” means any new and useful art, process, machine, manufacture or composition of matter, or any new and useful improvement in any art, process, machine, manufacture or composition of matter; [My emphasis.]

[36] The second relevant statutory provision is subsection 34(1) (now subsection 27(3) [of the *Intellectual Property Law Improvement Act*, S.C. 1993, c. 15, s. 31]) which read as follows at the material time:

Specifica-
tion

34. (1) An applicant shall in the specification of his invention

(a) correctly and fully describe the invention and its operation or use as contemplated by the inventor;

(b) set out clearly the various steps in a process, or the method of constructing, making, compounding or using a machine, manufacture or composition of matter, in such full, clear, concise and exact terms as to enable any person skilled in the art or science to which it appertains, or with which it is most closely connected, to make, construct, compound or use it;

(c) in the case of a machine, explain the principle thereof and the best mode in which he has contemplated the application of that principle;

(d) in the case of a process, explain the necessary sequence, if any, of the various steps, so as to distinguish the invention from other invention; and

(e) particularly indicate and distinctly claim the part, improvement or combination that he claims as his invention.

[35] Les deux dispositions suivantes de l’ancienne Loi sont pertinentes pour l’utilité. La première définit le terme « invention » [à l’article 2] :

2. [...]

[...]

« invention » Toute réalisation, tout procédé, toute machine, fabrication ou composition de matières, ainsi que tout perfectionnement de l’un d’eux, présentant le caractère de la nouveauté et de l’utilité. [Non souligné dans l’original.]

[36] La seconde disposition législative pertinente est le paragraphe 34(1) (aujourd’hui le paragraphe 27(3) [de la *Loi d’actualisation du droit de la propriété intellectuelle*, L.C. 1993, ch. 15, art. 31]), qui disposait à l’époque pertinente :

34. (1) Dans le mémoire descriptif, le demandeur :

a) décrit d’une façon exacte et complète l’invention et son application ou exploitation, telles que les a conçues l’inventeur;

b) expose clairement les diverses phases d’un procédé, ou le mode de construction, de confection, de composition ou d’utilisation d’une machine, d’un objet manufacturé ou d’un composé de matières, dans des termes complets, clairs, concis et exacts qui permettent à toute personne versée dans l’art ou la science dont relève l’invention, ou dans l’art ou la science qui s’en rapproche le plus, de confectionner, construire, composer ou utiliser l’objet de l’invention;

c) s’il s’agit d’une machine, en explique le principe et la meilleure manière dont il a conçu l’application de ce principe;

d) s’il s’agit d’un procédé, explique la suite nécessaire, le cas échéant, des diverses phases du procédé, de façon à distinguer l’invention d’autres inventions;

e) indique particulièrement et revendique distinctement la partie, le perfectionnement ou la combinaison qu’il réclame comme son invention.

Définitions

« invention »
“invention”Mémoire
descriptif

Claims to be stated distinctly

(2) The specification referred to in (1) shall end with a claim or claims stating distinctly and in explicit terms the things or combinations that the applicant regards as new and in which he claims an exclusive property or privilege.

[37] These provisions are important because they frame the issue of what must be disclosed in the patent itself which, in turn, is relevant to the construction of the promise of the patent.

[38] Given the fact that an invention must be new and useful, must the demonstration of novelty and utility appear in the patent itself?

[39] In *Consolboard*, the Supreme Court considered this very question and held that an inventor need not describe the utility of his invention in his patent (at pages 525 and 526):

In my respectful opinion the Federal Court of Appeal erred also in holding that s. 36(1) requires distinct indication of the real utility of the invention in question.

...

Although (i) s. 36(1) [now s.27(3)] requires the inventor to indicate and distinctly claim the part, improvement or combination which he claims as his invention and (ii) to be patentable an invention must be something new and useful (s. 2), and not known or used by any other person before the applicant invented it (s. 28(1)(a)), I do not read the concluding words of s. 36(1) as obligating the inventor in his disclosure or claims to describe in what respect the invention is new or in what way it is useful. He must say what it is he claims to have invented. He is not obliged to extol the effect or advantage of his discovery, if he describes his invention so as to produce it. [My emphasis.]

[40] The Supreme Court of Canada has consistently followed this reasoning: see, e.g. *Monsanto Canada Inc. v. Schmeiser*, 2004 SCC 34, [2004] 1 S.C.R. 902, at paragraph 18; *Whirlpool Corp. v. Camco Inc.*, 2000 SCC 67, [2000] 2 S.C.R. 1067 (*Whirlpool*) [cited above], at paragraph 52; *Pioneer Hi-Bred Ltd. v. Canada (Commissioner of Patents)*, [1989] 1 S.C.R. 1623, at page 1636 and, most recently, *Teva Canada Ltd. v. Pfizer*

Revendications

(2) Le mémoire descriptif se termine par une ou plusieurs revendications exposant distinctement et en termes explicites les choses ou combinaisons que le demandeur considère comme nouvelles et dont il revendique la propriété ou le privilège exclusif.

[37] Ces dispositions sont importantes parce qu'elles concernent la teneur de ce qui doit être divulgué dans le brevet lui-même, ce qui revêt une certaine pertinence quant à l'interprétation de la promesse du brevet.

[38] Comme l'invention doit être nouvelle et utile, le brevet lui-même doit-il en faire la démonstration?

[39] La Cour suprême s'est penchée sur cette question précise à l'occasion de l'affaire *Consolboard*, et elle a décidé qu'il n'était pas nécessaire que les inventeurs expliquent l'utilité de leur invention dans le brevet (aux pages 525 et 526) :

Avec tous égards, je suis d'avis que la Cour d'appel fédérale a aussi commis une erreur en jugeant que le par. 36(1) exige une indication distincte de l'utilité réelle de l'invention en cause.

[...]

Même si (i) le par. 36(1) exige que l'inventeur indique et revendique distinctement la partie, le perfectionnement ou la combinaison qu'il réclame comme son invention et si (ii) pour être brevetable une invention doit consister en quelque chose de nouveau et d'utile (art. 2) qui n'était pas connue ou utilisée par une autre personne avant que l'inventeur l'ait faite (al. 28(1)a)), je ne donne pas aux derniers mots du par. 36(1) une interprétation qui oblige l'inventeur à décrire, dans sa divulgation ou ses revendications, en quoi l'invention est nouvelle et de quelle manière elle est utile. Il doit dire ce qu'il revendique avoir inventé. Il n'est pas obligé de vanter l'effet ou l'avantage de sa découverte s'il décrit son invention de manière à le produire. [Non souligné dans l'original.]

[40] La Cour suprême du Canada a systématiquement suivi ce raisonnement : voir, p. ex., *Monsanto Canada Inc. c. Schmeiser*, 2004 CSC 34, [2004] 1 R.C.S. 902, au paragraphe 18; *Whirlpool Corp. c. Camco Inc.*, 2000 CSC 67, [2000] 2 R.C.S. 1067 (*Whirlpool*) [précité], au paragraphe 52; *Pioneer Hi-Bred Ltd. c. Canada (Commissaire aux brevets)*, [1989] 1 R.C.S. 1623, à la page 1636, et plus récemment, *Teva Canada Ltée c.*

Canada Inc., 2012 SCC 60, [2012] 3 S.C.R. 625, at paragraphs 49–52.

[41] Are selection patents subject to the same rules? The nature of selection patents was explained in *Plavix*, cited above, which makes frequent reference to the English case of *In re I.G. Farbenindustrie A.G.'s Patents* (1930), 47 R.P.C. 289 (Ch.D.) (*I.G. Farbenindustrie*) (*Plavix*, cited above, at paragraph 9):

At p. 321, he [Maugham J. the trial judge in *I.G. Farbenindustrie*] explained that in the field of chemical patents (which would of course include pharmaceutical compounds), there are often two “sharply divided classes”. The first class of patents, which he called originating patents, are based on an originating invention, namely, the discovery of a new reaction or a new compound. The second class comprises patents based on a selection of compounds from those described in general terms and claimed in the originating patent. Maugham J. cautioned that the selected compounds cannot have been made before, or the selection patent “would fail for want of novelty”. But if the selected compound is “novel” and “possess[es] a special property of an unexpected character”, the required “inventive” step would be satisfied (p. 321). At p. 322, Maugham J. stated that a selection patent “does not in its nature differ from any other patent”. [My emphasis.]

[42] Maugham J. specified that the “unexpected character” is a “substantial advantage to be secured ... [or] disadvantage to be ... avoided ... [by the use] of the selected members”: see *I.G. Farbenindustrie*, cited above, at pages 322 and 323.

[43] The same concepts can be found in *Re E.I. du Pont de Nemours & Co. (Witsiepe's) Application*, [1982] F.S.R. 303 (H.L.), where Lord Wilberforce stated, at page 311:

It is the absence of the discovery of the special advantages, as well as the fact of non-making, that makes it possible for such persons to make an invention related to a member of the class.

[44] In *Plavix*, cited above, the Supreme Court, at paragraph 11, accepted that a selection patent is like any other patent. As a result, it must satisfy the requirements of the Act, including the requirement that the invention

Pfizer Canada Inc., 2012 CSC 60, [2012] 3 R.C.S. 625, aux paragraphes 49 à 52.

[41] Les brevets de sélection sont-ils régis par les mêmes règles? La nature de ces brevets a été expliquée dans l'arrêt *Plavix*, précité, lequel contient de nombreux renvois à l'arrêt anglais *In re I.G. Farbenindustrie A.G.'s Patents* (1930), 47 R.P.C. 289 (Ch.D.) (*I.G. Farbenindustrie*) (*Plavix*, précité, au paragraphe 9) :

[...] où le juge Maugham [le juge de première instance dans *I.G. Farbenindustrie*] explique à la p. 321 que les brevets portant sur des produits chimiques (dont bien sûr les composés pharmaceutiques) se divisent souvent en deux [TRADUCTION] « catégories nettement distinctes ». La première, celle des brevets d'origine, formée des brevets protégeant une invention source, à savoir la découverte d'une nouvelle réaction ou d'un nouveau composé. La seconde catégorie, celle des brevets visant une sélection des composés décrits en termes généraux et revendiqués dans le brevet d'origine. Le juge Maugham précise que les composés sélectionnés ne doivent pas avoir été réalisés auparavant, sinon le brevet de sélection [TRADUCTION] « ne satisfait pas à l'exigence de nouveauté ». Cependant, le composé sélectionné qui est « nouveau » et qui « possède une propriété particulière imprévue » remplit l'exigence de l'étape inventive. Le juge Maugham ajoute à la p. 322 que le brevet de sélection [TRADUCTION] « ne diffère pas en soi de tout autre brevet ». [Non souligné dans l'original.]

[42] Le juge Maugham a précisé que la [TRADUCTION] « propriété imprévue » consiste en [TRADUCTION] « l'utilisation des éléments sélectionnés [qui] permet d'obtenir un avantage important ou d'éviter un inconvénient important » : voir *I.G. Farbenindustrie*, précité, aux pages 322 et 323.

[43] Les mêmes concepts sont repris dans *Re E.I. du Pont de Nemours & Co. (Witsiepe's) Application*, [1982] F.S.R. 303 (H.L.); où lord Wilberforce y déclare en page 311 :

[TRADUCTION] C'est l'absence de découverte des avantages particuliers, ainsi que la non-réalisation, qui permettent à ces personnes de faire une invention liée à un élément de la catégorie.

[44] Par l'arrêt *Plavix*, précité, la Cour enseigne, au paragraphe 11, que les brevets de sélection sont comme tous les autres brevets. Ils doivent donc satisfaire aux exigences de la Loi, notamment en ce qui a trait à la

be new and useful. The element of novelty is satisfied by the fact that the selected compounds have not previously been made. The element of utility is usually satisfied by the presence of a special property of an unexpected character, consisting in the advantage secured or the disadvantage avoided by the selection and which is at the heart of the inventive steps (*Plavix*, above, at paragraphs 9–10). Were it not so, no selection would meet the statutory criteria for patentability.

[45] A selection patent must also satisfy the disclosure requirements found in section 34 of the Old Act. It does so by setting out in the specification “in clear terms the nature of the characteristic which the patentee alleges to be possessed by the selection for which he claims a monopoly”: see *Plavix*, at paragraph 114. See also *Eli Lilly Canada Inc. v. Novopharm Limited*, 2010 FCA 197, [2012] 1 F.C.R. 349 (*Olanzapine*), at paragraph 78.

[46] A patent holder whose patent is challenged on grounds of lack of utility must be able to show that, at the time of the patent was applied for, the utility of the invention could either be demonstrated or soundly predicted: see *AZT*, at paragraph 46. The sticking point, in this case as in others, is to determine what it is that must be demonstrated or soundly predicted. This is where the notion of the promise of the patent comes into play.

[47] The promise of the patent is the standard against which the utility of the invention described in the patent is measured. The source of the concept is found in the decision of the Supreme Court of Canada in *Consolboard* (at page 525):

There is a helpful discussion in *Halsbury's Laws of England*, (3rd ed.), vol. 29, at p. 59, on the meaning of “not useful” in patent law. It means “that the invention will not work, either in the sense that it will not operate at all or, more broadly, that it will not do what the specification promises that it will do”. [My emphasis.]

[48] While an inventor need not describe the utility of his invention in his patent, if he does so, he will be held to the promise which he has made. This was set out as follows in *Olanzapine*, cited above, at paragraph 76:

nouveauté et à l'utilité de l'invention. La nouveauté est établie si les composés sélectionnés n'ont jamais été fabriqués auparavant. L'utilité se démontre généralement par la présence d'une propriété spéciale et inattendue, qui consiste en l'avantage obtenu ou l'inconvénient évité par l'effet de la sélection, et qui est au cœur des étapes inventives (*Plavix*, précité, aux paragraphes 9 et 10). Autrement, aucune sélection ne remplirait le critère de la brevetabilité prévu par la Loi.

[45] Le brevet de sélection doit également répondre aux exigences en matière de divulgation énoncées à l'article 34 de l'ancienne Loi. Il faut pour cela que le mémoire descriptif du brevet définisse « clairement la nature de la caractéristique du composé sélectionné pour lequel le breveté revendique un monopole » : voir *Plavix*, au paragraphe 114. Voir également *Eli Lilly Canada Inc. c. Novopharm Limited*, 2010 CAF 197, [2012] 1 R.C.F. 349 (*Olanzapine*), au paragraphe 78.

[46] Le titulaire dont le brevet est contesté pour absence d'utilité doit pouvoir établir qu'au moment où la demande de brevet a été présentée, l'utilité de l'invention pouvait être démontrée ou valablement prédite : voir *AZT*, au paragraphe 46. La difficulté, en l'espèce comme dans d'autres, est de déterminer ce qui doit être démontré ou valablement prédit. C'est là qu'entre en jeu la notion de « promesse » du brevet.

[47] La promesse du brevet est la norme qui permet de mesurer l'utilité de l'invention décrite dans le brevet. Ce concept trouve sa source dans la jurisprudence *Consolboard* de la Cour suprême du Canada (à la page 525) :

Il y a un exposé utile dans *Halsbury's Laws of England*, (3^e éd.), vol. 29, à la p. 59 sur le sens de « inutile » en droit des brevets. Le terme signifie [TRADUCTION] « que l'invention ne fonctionnera pas, dans le sens qu'elle ne produira rien du tout ou, dans un sens plus général, qu'elle ne fera pas ce que le mémoire descriptif prédit qu'elle fera ». [Non souligné dans l'original.]

[48] Il n'est pas nécessaire que l'inventeur explique l'utilité de son invention dans le brevet, mais s'il le fait, il est tenu de respecter sa promesse, comme l'enseigne l'arrêt *Olanzapine*, précité, au paragraphe 76 :

Where the specification does not promise a specific result, no particular level of utility is required; a “mere scintilla” of utility will suffice. However, where the specification sets out an explicit “promise”, utility will be measured against that promise: *Consolboard; Pfizer Canada Inc. v. Canada (Minister of Health)*, 2008 FCA 108, [2009] 1 F.C.R. 253 (*Ranbaxy*). The question is whether the invention does what the patent promises it will do. [Emphasis added.]

[49] If the inventor does not make an explicit promise of a specific result, the test for utility is a “mere scintilla” of utility. If, on the other hand, the inventor makes an explicit promise of a specific result, then utility will be assessed by reference to the terms of the explicit promise.

[50] When this Court said at paragraph 80 of *Olanzapine*, cited above, that the promise of the patent must be ascertained, it should not be taken to have assumed that every patent contains an explicit promise of a specific result since, subject to what is said below with respect to selection patents, there is no obligation on the part of the inventor to disclose the utility of his invention in the patent. In *Olanzapine*, the Court was simply indicating that the first step in assessing utility was to determine the standard against which utility will be measured. This requires the Court to construe the patent to determine if a person skilled in the art would understand it to contain an explicit promise that the invention will achieve a specific result. If so, the inventor will be held to that promise. If there is no explicit promise of a specific result, then a mere scintilla of utility will do.

[51] In the case of selection patents, as we have seen, the novelty of the selection and its advantages (including disadvantages to be avoided) are the invention and must be described in the patent. The Trial Judge’s description of the invention is framed in terms of its advantages over the genus patent as was the Supreme Court’s description of the same invention in *Plavix*, cited above at paragraph 78. For ease of reference, I reproduce his description of the invention (reasons, at paragraph 140):

... a compound which is useful in inhibiting platelet aggregation, has greater therapeutic effect and less toxicity than the other compounds of the '875 Patent, has the advantages of the

Lorsque le mémoire descriptif ne promet pas un résultat précis, aucun degré particulier d’utilité n’est requis; la « moindre parcelle » d’utilité suffira. Toutefois, lorsque le mémoire descriptif exprime clairement une promesse, l’utilité sera appréciée en fonction de cette promesse : *Consolboard, Pfizer Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé) et Ranbaxy Laboratories Inc.*, [2009] 1 R.C.F. 253, 2008 CAF 108 (*Ranbaxy*). La question est de savoir si l’invention fait ce que le brevet promet qu’elle fera. [Non souligné dans l’original.]

[49] Si l’inventeur ne promet pas explicitement de résultats spécifiques, le critère relatif à l’utilité est celui de la « moindre parcelle » d’utilité. Par contre, s’il promet explicitement un résultat spécifique, l’utilité sera évaluée suivant les termes de cette promesse explicite.

[50] En affirmant au paragraphe 80 de l’arrêt *Olanzapine*, précité, que la promesse du brevet devait être définie, la Cour n’a pas tenu pour acquis que tous les brevets promettaient explicitement un résultat spécifique puisque, sous réserve de ce que nous dirons ci-après au sujet des brevets de sélection, rien n’oblige l’inventeur à divulguer l’utilité de son invention dans le brevet. À l’occasion de l’affaire *Olanzapine*, la Cour signalait simplement que la première étape de l’évaluation de l’utilité consistait à définir la norme en fonction de laquelle elle sera mesurée. Cela oblige la Cour à interpréter le brevet de manière à rechercher si la personne versée dans l’art conclurait qu’il promet explicitement que l’invention produira un résultat spécifique. Si tel est le cas, l’inventeur aura tenu sa promesse. Si aucun résultat spécifique n’est explicitement promis, la moindre parcelle d’utilité suffira.

[51] Comme nous l’avons vu, dans le cas des brevets de sélection, la nouveauté de la sélection et ses avantages (qui comprennent les inconvénients à éviter) représentent l’invention et doivent être décrits dans le brevet. Le juge de première instance a décrit l’invention en énonçant ses avantages par rapport au brevet de genre, comme l’a fait la Cour suprême pour la même invention à l’occasion de l’affaire *Plavix*, précité, au paragraphe 78. Par souci de commodité, je reproduis ici sa description de l’invention (motifs, au paragraphe 140) :

[...] une invention, qui peut être décrite comme un composé, lequel est utile pour l’inhibition de l’agrégation plaquettaire, produit un effet thérapeutique plus élevé et une toxicité

salts (crystallize easily, not hygroscopic, and sufficiently water-soluble) and the methods for obtaining that compound.

[52] The Trial Judge turned his mind to whether the invention of the '777 patent worked as described above. He examined toxicological tests in rats, mice and baboons, as well as studies of base activity, and concluded that the studies demonstrated the existence of the advantages which the inventors identified for the selection (reasons, at paragraphs 392, 395 and 399):

In terms of persuasive evidence given on this point, the Court notes that a Sanofi study (D-136, Tab-122 — SA361) demonstrated a differential LD₅₀ and LD₁₀ and that convulsions were a problem with PCR 4099 and the levo-rotatory enantiomer but not with clopidogrel. On this basis, it can be concluded that there was a differential toxicity as well as the better tolerability of clopidogrel.

...

On the basis of this evidence [the tests described at paragraph 394], the Court finds that Sanofi has demonstrated the differential toxicity as well as the better tolerability of clopidogrel.

...

Based on the evidence above, the Court accordingly finds that Sanofi has demonstrated the differential activity of clopidogrel.

[53] Had the analysis ended here, the Trial Judge would have found that the compound of the '777 patent had the advantages over the compounds of the '875 patent which were described in the patent and whose existence had been demonstrated at the time of the filing of the application for the patent. To that extent, the promise of the patent had been met.

[54] An inventor whose invention is described in a patent which would otherwise be valid can nonetheless promise more for his invention than required by the Act so as to render his patent invalid. If he does so, so be it; it is a self-inflicted wound: see *Free World Trust v. Électro Santé Inc.*, 2000 SCC 66, [2000] 2 S.C.R. 1024,

moins que les autres composés du brevet '875 et présente les avantages des sels (facilité de cristallisation, non hygroscopique et suffisamment hydrosoluble) ainsi que les méthodes permettant d'obtenir ce composé.

[52] Le juge de première instance a voulu savoir si l'invention du brevet '777 fonctionnait conformément à cette description. Il a examiné les essais toxicologiques menés sur des rats, souris et babouins, ainsi que des études sur l'activité de base, et a conclu que ceux-ci démontraient l'existence des avantages dont les inventeurs avaient tenu compte aux fins de la sélection (motifs, aux paragraphes 392, 395 et 399) :

Quant à la preuve convaincante produite sur cet aspect, la Cour relève qu'une étude de Sanofi (D-136, onglet 122 — SA361) a démontré un différentiel LD₅₀ et LD₁₀ et que des convulsions ont posé un problème en ce qui concerne le PCR 4099 et l'énantiomère lévogyre, mais pas en ce qui concerne le clopidogrel. Sur ce fondement, il est possible de conclure à une toxicité différentielle, ainsi qu'à la meilleure tolérabilité du clopidogrel.

[...]

Se fondant sur cette preuve [les essais décrits au paragraphe 394], la Cour estime que Sanofi a démontré la toxicité différentielle, de même que la meilleure tolérabilité du clopidogrel.

[...]

Au vu de la preuve ci-dessus, la Cour estime donc que Sanofi a démontré le différentiel d'activité du clopidogrel.

[53] Si l'analyse s'était arrêtée là, le juge de première instance aurait conclu que le composé du brevet '777 présentait des avantages par rapport à ceux du brevet '875, puisque ceux-ci avaient été décrits dans le brevet et démontrés au moment du dépôt de la demande de brevet. Dans cette mesure, la promesse du brevet avait été remplie.

[54] L'inventeur dont l'invention est décrite dans un brevet qui serait par ailleurs valide, peut néanmoins promettre plus que ce qu'exige la Loi, et rendre ainsi son brevet invalide. En pareil cas, il ne peut s'en prendre qu'à lui-même : voir *Free World Trust c. Électro Santé Inc.*, 2000 CSC 66, [2000] 2 R.C.S. 1024, au

at paragraph 51. But Courts should not strive to find ways to defeat otherwise valid patents. As the Supreme Court said in *Consolboard*, cited above, and reiterated some 20 years later in *Whirlpool*, cited above, at paragraph 49(g):

We must look to the whole of the disclosure and the claims to ascertain the nature of the invention and methods of its performance, (*Noranda Mines Limited v. Minerals Separation North American Corporation* ([1950] S.C.R. 36) being neither benevolent nor harsh, but rather seeking a construction which is reasonable and fair to both patentee and public. There is no occasion for being too astute or technical in the matter of objections to either title or specification for, as Duff C.J.C. said, giving the judgment of the Court in *Western Electric Company, Incorporated, and Northern Electric Company v. Baldwin International Radio of Canada* [1934] S.C.R. 570, at p. 574, “where the language of the specification, upon a reasonable view of it, can be so read as to afford the inventor protection for that which he has actually in good faith invented, the court, as a rule, will endeavour to give effect to that construction”. [My emphasis.]

[55] While the construction of the patent is reserved to the Trial Judge, he is to read it and understand it as would the person skilled in the art. To that end, he has the evidence of experts as to how a person skilled in the art would understand the patent. In this case, only Apotex’s expert, Dr. Hirsh, a haematologist, read the patent as promising that the invention would be effective in humans. Dr. Hirsh came to this conclusion on the basis of inferences which he drew from particular expressions used in the patent.

[56] Dr. Hirsh first noted that some of the diseases referred to in the patent are clearly human diseases and conditions (expert report of Dr. Hirsh (confidential), appeal book, Tab 20, at paragraphs 25 and 68; trial transcripts, Vol. 2, appeal book, page 386, lignes 4, 5, 24–26; page 387, lines 1–5).

[57] Second, he noted that the high end of the daily dosage used to effect platelet aggregation was based on 10mg/kg, a dosage that would correspond with that

paragraphe 51. Cependant, nul juge ne devrait s’évertuer à trouver des moyens de mettre en échec des brevets par ailleurs valides. Comme le déclarait la Cour suprême par l’arrêt *Consolboard*, précité, et comme elle le réitérait quelque 20 ans plus tard dans l’arrêt *Whirlpool*, précité, au paragraphe 49g) :

Il faut considérer l’ensemble de la divulgation et des revendications pour déterminer la nature de l’invention et son mode de fonctionnement (*Noranda Mines Limited c. Minerals Separation North American Corporation*, [1950] R.C.S. 36), sans être ni indulgent ni dur, mais plutôt en cherchant une interprétation qui soit raisonnable et équitable à la fois pour le titulaire du brevet et pour le public. Ce n’est pas le moment d’être trop rusé ou formaliste en matière d’oppositions soit au titre ou au mémoire descriptif puisque, comme le dit le juge en chef Duff, au nom de la Cour, dans l’arrêt *Western Electric Company, Incorporated, et Northern Electric Company c. Baldwin International Radio of Canada*, [1934] R.C.S. 570, à la p. 574 : [TRADUCTION] « quand le texte du mémoire descriptif, interprété de façon raisonnable, peut se lire de façon à accorder à l’inventeur l’exclusivité de ce qu’il a inventé de bonne foi, la Cour, en règle générale, cherche à mettre cette interprétation à effet ». [Non souligné dans l’original.]

[55] Bien qu’il revienne au juge de première instance d’interpréter le brevet, il doit le lire et le comprendre comme le ferait la personne versée dans l’art. Il dispose pour cela du témoignage des experts concernant la manière dont la personne versée dans l’art comprendrait le brevet. En l’espèce, seul l’expert d’Apotex, le Dr Hirsh, un hématalogue, a vu dans le brevet la promesse que l’invention serait efficace chez l’humain. Le Dr Hirsh fonde cette conclusion sur les inférences qu’il a tirées à partir d’expressions particulières employées dans le brevet.

[56] Le Dr Hirsh a d’abord souligné que certaines des maladies et affections mentionnées dans le brevet sont distinctement humaines (rapport d’expert du Dr Hirsh (confidentiel), dossier d’appel, onglet 20, aux paragraphes 25 et 68; transcription du procès, vol. 2, dossier d’appel, page 386, lignes 4, 5, 24 à 26; page 387, lignes 1 à 5).

[57] Il a ensuite signalé que la posologie quotidienne maximale employée pour donner effet à l’agrégation plaquettaire reposait sur une dose de 10 mg/kg, soit

needed by a human of average weight, approx. 50kg (expert report of Dr. Hirsh (confidential), appeal book, Tab 20, at paragraph 69).

[58] Third, the invention is described as being a “medicine and ‘active medicinal[s]’ for therapeutic purposes”. According to Dr. Hirsh, a haematologist would understand from these words that this is a medicine that can be used in humans (expert report of Dr. Hirsh (confidential), appeal book, Tab 20, at paragraph 68).

[59] Sanofi’s experts on the other hand recognized that the patent invites the person skilled in the art to understand that the invention has potential use in humans, but all expressed the view that the person skilled in the art would understand that no promise of a specific result is made in that regard.

[60] Dr. Byrn, a chemist said that (reasons, at paragraph 150):

... any pharmaceutical chemist would interpret the '777 Patent as telling the world that very interesting results had been obtained and thus one might expect similar results would be achieved in humans but no clear promise or guarantee that such results would be achieved in humans.

[61] Dr. Rodricks, a toxicologist, testified to the effect that (reasons, at paragraph 151):

... the combination of platelet aggregating inhibiting activity and reduced toxicity ... would suggest that the dextro-rotatory enantiomer holds promise as a useful human drug.... however ... the '777 Patent does not guarantee that the enantiomer would be a successful human drug.

[62] Finally, Dr. Shebuski, a cardiovascular pharmacologist, was of the view that (reasons, at paragraph 152):

... it would be understood that clopidogrel had potential to be used as an antithrombotic medicine.... a person skilled in the art would not understand the teachings of the '777 Patent to be promising a specific result in humans.

l’unité nécessaire pour un humain de poids moyen, soit environ 50 kg (rapport d’expert du D^r Hirsh (confidentiel), dossier d’appel, onglet 20, au paragraphe 69).

[58] Troisièmement, l’invention est décrite comme des « médicaments et des “agents médicinaux actifs” pour des besoins thérapeutiques ». D’après le D^r Hirsh, tout hématalogue déduirait de ce langage qu’il s’agit d’un médicament qui peut être utilisé chez l’humain (rapport d’expert du D^r Hirsh (confidentiel), dossier d’appel, onglet 20, au paragraphe 68).

[59] Les experts de Sanofi ont reconnu pour leur part que le brevet invite la personne versée dans l’art à comprendre que l’invention peut être utilisée chez l’humain, tout en soutenant que cette personne versée dans l’art saisirait aussi qu’aucune promesse de résultats spécifiques n’était faite à cet égard.

[60] Le M. Byrn, un chimiste, a déclaré (motifs, au paragraphe 150) :

[...] un spécialiste en chimie pharmaceutique interpréterait le brevet 777 comme un brevet faisant savoir au monde que des résultats très intéressants avaient été obtenus et que l’on pouvait donc compter que des résultats semblables seraient obtenus chez les humains, mais qu’il n’était pas absolument garanti que de tels résultats seraient obtenus chez les humains.

[61] Le D^r Rodricks, toxicologue, a affirmé ce qui suit durant son témoignage (motifs, au paragraphe 151) :

[...] la combinaison d’une activité inhibitrice de l’agrégation plaquettaire et d’une toxicité réduite [...] donnerait à penser que l’énantiomère dextrogyre est prometteur comme médicament destiné à l’usage humain [...] le brevet 777 ne garantit pas que l’énantiomère serait un médicament satisfaisant pour usage humain.

[62] Enfin, le D^r Shebuski, pharmacologue spécialisé dans le domaine cardiovasculaire, a exprimé l’opinion suivante (motifs, au paragraphe 152) :

[...] une personne versée dans l’art [...] serait encline à croire que le clopidogrel offrait la possibilité d’être utilisé comme médicament antithrombotique [...] une personne versée dans l’art n’aurait pas l’impression que les enseignements du brevet 777 promettent un résultat spécifique chez les humains.

[63] The Trial Judge was not persuaded by the evidence of Dr.'s Byrn, Rodricks and Shebuski. Relying on the expert testimony of Dr. Hirsh, he came to the conclusion that the words of the patent contained "an explicit promise" for use in humans (reasons, at paragraph 163).

[64] In this context, the Trial Judge needed to clearly explain why he saw an "explicit promise" for use in humans when Dr. Hirsh did not point to any explicit promise. It appears that Dr. Hirsh's opinion is that the person skilled in the art would infer from the high end of the dosage set out in the patent, the diseases and conditions to which it refers and the phrase "medicines and 'active medicinal[s]' for the therapeutic purposes" that the invention promises use in humans. These inferences are all equivocal. Dosage is often expressed in terms of units of medicine per unit of weight. Animals, like humans, come in a wide range of weights. Similarly, practitioners of veterinary medicine have their "patients" to whom they administer "medicines" for "therapeutic purposes".

[65] Beyond adopting the inferences drawn by Dr. Hirsh or, as he put, it the "indications" that the patent promises use in humans, the Trial Judge drew additional inferences of his own: reasons, at paragraph 163. First, he inferred from the fact that clopidogrel is to be administered by oral, rectal or parenteral administration that human use is contemplated. He drew the same inference from the use of the word "patient" and from the phrase "the patent indicates that the dosage depends on the age of the patient and the severity of the disorder to be treated". The Trial Judge was also influenced by the fact that the active ingredient is formulated into "tablets, capsules and other dosage forms that are useful for administration". This exercise in the construction of a document, familiar as it is to lawyers, is an unreliable guide to the skilled person's reading of such a document.

[66] While these "indications" are consistent with human use, they are not inconsistent with other uses. Although Dr. Hirsh was entitled to form an opinion on the basis of the inference which he drew, the Trial Judge was held to a higher standard. He erred in law in reading

[63] Le juge de première instance n'a pas été convaincu par les témoignages de M. Byrn, D^{re} Rodricks et Shebuski. S'appuyant sur le témoignage d'expert du D^r Hirsh, il a conclu que le libellé du brevet renfermait « une promesse explicite » d'utilisation chez l'humain (motifs, au paragraphe 163).

[64] Dans ce contexte, le juge de première instance devait expliquer clairement pourquoi il voyait une « promesse explicite » d'utilisation chez l'humain, alors que le D^r Hirsh n'avait rien relevé de tel. Il semble que, d'après le D^r Hirsh, la personne versée dans l'art déduirait de la posologie élevée indiquée dans le brevet, des maladies et affections dont il est fait mention et de l'expression « médicaments et "agents médicinaux actifs" pour des besoins thérapeutiques », que l'invention promet un usage humain. Toutes ces inférences sont équivoques. Les doses s'expriment souvent en unités de médicament par unité de poids. Les animaux, comme les humains, présentent des poids très variés. De même, les vétérinaires ont des « patients » à qui ils administrent des « médicaments » à des « fins thérapeutiques ».

[65] En plus d'avoir souscrit aux conclusions que le D^r Hirsh a tirées, ou pour reprendre ses termes, aux « indices » d'une promesse d'usage humain dans le brevet, le juge de première instance a tiré lui-même d'autres inférences : motifs, au paragraphe 163. Il a d'abord déduit qu'un usage humain était envisagé du fait que le clopidogrel devait être administré par voie orale, rectale ou parentérale. L'usage du terme « patient » et la phrase « le brevet [...] indique que la dose dépen[d] de l'âge du patient et de la gravité de la pathologie à traiter » l'ont conforté dans cette conclusion. Le juge de première instance a également tenu compte du fait que l'ingrédient actif se présentait « sous des formes pharmaceutiques (comprimés, capsules et autres) qui facilitent l'administration ». Cette démarche interprétative d'un document, aussi familier puisse-t-il être pour les avocats, n'est pas un outil fiable pour la personne versée dans l'art qui doit interpréter ce document.

[66] Bien que ces « indices » concordent avec un usage humain, ils ne sont pas incompatibles avec d'autres utilisations. Il est vrai que le D^r Hirsh était en droit de fonder son opinion sur l'inférence qu'il a tirée, mais le juge de première instance devait respecter une

into the '777 patent a promise for use in humans on the basis of inferences, in the absence of language at least as clear and unambiguous as that used to establish the advantages of the selection over the compounds of the genus patent.

[67] The frailty of the Trial Judge's conclusion is even more apparent when the distinction drawn in the jurisprudence between the potential use of an invention and an explicit promise to achieve a specific result is considered. As Dr. Byrn made clear, the inventive step was in the differential activity and tolerability of clopidogrel as demonstrated in rats. The pharmaceutical industry's interest of the invention obviously lay in its potential use in humans which the invention foreshadowed. The person skilled in the art would understand that in alluding to this possibility, the inventors were not promising that this result had been or would be achieved. As was held in *AstraZeneca Canada Inc. v. Mylan Pharmaceuticals ULC*, 2011 FC 1023, 96 C.P.R. (4th) 159, at paragraph 139:

I accept AstraZeneca's argument that not all statements of advantage in a patent rise to the level of a promise. A goal is not necessarily a promise. The third paragraph of the 420 Patent refers to a forward looking goal, a hoped-for advantage of the invention. [My emphasis.]

AstraZeneca Canada Inc. v. Mylan Pharmaceuticals ULC, 2011 FC 1023 [cited above], at paragraph 139. For other examples of this distinction, see *Mylan Pharmaceuticals ULC v. Pfizer Canada Inc.*, 2012 FCA 103, 100 C.P.R. (4th) 203, at paragraph 61, *Mylan Pharmaceuticals ULC v. AstraZeneca*, 2012 FCA 109, 101 C.P.R. (4th) 275, at paragraphs 32–33.

[68] The Trial Judge justified his conclusion on another ground. He reasoned that since the genus patent (the '875 patent) contained a reference to use in humans, the '777 patent would fail as a selection patent unless an explicit promise for use in humans was also read into it (reasons, at paragraphs 169–171). In the Judge's words, "the '777 selection Patent cannot promise less than the '875 genus Patent": reasons, at paragraph 172).

norme plus stricte. Il a commis une erreur de droit en dégageant du brevet '777 une promesse d'utilisation chez l'humain sur la base d'inférences, en l'absence d'un libellé au moins aussi clair et précis que celui qui a été employé pour établir les avantages de la sélection par rapport aux composés du brevet de genre.

[67] La faiblesse de la conclusion du juge de première instance est encore plus évidente si l'on tient compte de la distinction jurisprudentielle entre l'usage potentiel d'une invention et la promesse explicite d'un résultat spécifique. Comme l'a déclaré M. Byrn, l'étape inventive avait trait au différentiel d'activité et de tolérabilité du clopidogrel démontré chez le rat. L'intérêt de l'industrie pharmaceutique pour l'invention concerne évidemment l'usage potentiel chez l'humain qu'elle laisse entrevoir. La personne versée dans l'art comprendrait qu'en faisant allusion à cette possibilité, les inventeurs ne promettaient pas que ce résultat avait été ou allait être obtenu. Ainsi que l'a conclu la Cour fédérale par l'arrêt *AstraZeneca Canada Inc. c. Mylan Pharmaceuticals ULC*, 2011 CF 1023, au paragraphe 139 :

J'accepte l'argument d'AstraZeneca suivant lequel ce ne sont pas toutes les déclarations que l'on trouve dans un brevet au sujet des avantages qui peuvent être considérées comme une promesse. Un objectif n'est pas nécessairement une promesse. Le troisième paragraphe du brevet 420 parle d'un objectif à long terme, d'un avantage que l'on espère que l'invention comportera. [Non souligné dans l'original.]

AstraZeneca Canada Inc. c. Mylan Pharmaceuticals ULC, 2011 CF 1023 [précité], au paragraphe 139. Pour d'autres exemples de cette distinction, voir *Mylan Pharmaceuticals ULC c. Pfizer Canada Inc.*, 2012 CAF 103, au paragraphe 61, *Mylan Pharmaceuticals ULC c. AstraZeneca*, 2012 CAF 109, aux paragraphes 32 et 33.

[68] Le juge de première instance a justifié sa conclusion en invoquant un autre motif. Selon son raisonnement, comme le brevet de genre (le brevet '875) fait référence à un usage humain, le brevet '777 serait mis en échec comme brevet de sélection à moins que l'on en dégage aussi une promesse explicite d'utilisation chez l'humain (motifs, aux paragraphes 169 à 171). Pour reprendre les observations du juge, « le brevet de

[69] This reasoning is problematic for at least two reasons. First and foremost, it is improper to construe a patent with an eye to its validity (*Whirlpool Corp. v. Camco Inc.*, 2000 SCC 67, [2000] 2 S.C.R. 1067 (*Whirlpool*) [cited above], at paragraph 49(a); *Dableh v. Ontario Hydro*, [1996] 3 F.C. 751 (C.A.), at paragraph 26; *Apotex Inc. v. Allergan Inc.*, 2012 FCA 308, 105 C.P.R. (4th) 371, at paragraph 65; *American Cyanamid Co. v. Berk Pharmaceuticals Ltd.*, [1976] R.P.C. 231 (Ch.D.), at page 234; *Xerox of Canada Ltd. et al. v. IBM Canada Ltd.* (1977), 33 C.P.R. (2d) 24 (F.C.T.D.), at page 43). The Trial Judge erred when he read into the patent a promise of use in humans in order to validate the patent as a selection patent, then used this promise in order to invalidate it for lack of utility.

[70] Second, the Trial Judge found that the '777 patent described the advantages of the compound of the '777 patent over the compounds of the '875 patent, and that the inventor was able to demonstrate the existence of those advantages as of the date of the filing of the patent application. On that basis, the '777 patent is a valid selection patent when measured against the genus patent, the '875 patent, regardless of the fact that it makes no promise for use in humans. A selection patent describes a compound which has an unexpected advantage over the compounds of the genus patent. That unexpected advantage need not be an improvement on every aspect of the invention described in the genus patent, though it may be. It is sufficient that it is a new and useful improvement on some aspect of that invention.

[71] Having regard to all of the above, I am of the view that the Trial Judge erred in law in his construction of the promise of the patent. The '777 patent described a compound having advantages (including the absence of disadvantages) over the compounds of the '875 patent and those advantages were clearly disclosed in the patent specification. The Trial Judge found that those advantages were demonstrated at the time of the patent application. The Trial Judge erred in construing the patent as specifically promising a result when the

sélection 777 ne saurait promettre moins que le brevet de genre 875 » (motifs, au paragraphe 172).

[69] Ce raisonnement pose problème pour au moins deux raisons. D'abord et avant tout, il est incorrect d'interpréter un brevet en ayant égard à sa validité (*Whirlpool Corp. c. Camco Inc.*, 2000 CSC 67, [2000] 2 R.C.S. 1067 (*Whirlpool*) [précité], au paragraphe 49a); *Dableh c. Ontario Hydro*, [1996] 3 C.F. 751 (C.A.), au paragraphe 26; *Apotex Inc. c. Allergan Inc.*, 2012 CAF 308, au paragraphe 65; *American Cyanamid Co. v. Berk Pharmaceuticals Ltd.*, [1976] R.P.C. 231 (Ch.D.), à la page 234; *Xerox of Canada Ltd. et al. c. IBM Canada Ltd.*, [1977] A.C.F. n° 603 (1^{re} inst.) (QL), à la page 43). Le juge de première instance a commis une erreur lorsqu'il a dégagé du brevet une promesse d'utilisation chez l'humain de manière à le valider comme brevet de sélection, et qu'il a ensuite invoqué cette promesse pour l'invalider pour absence d'utilité.

[70] Deuxièmement, le juge de première instance a conclu que le brevet '777 décrivait les avantages du composé revendiqué par rapport à ceux du brevet '875, et que l'inventeur était en mesure d'en démontrer l'existence à la date du dépôt de la demande de brevet. C'est sur cette base que le brevet '777 est considéré comme un brevet de sélection valide au regard du brevet de genre, le brevet '875, qu'il renferme ou non une promesse d'usage humain. Un brevet de sélection décrit un composé qui présente un avantage inattendu par rapport à ceux du brevet de genre. Il n'est pas nécessaire que cet avantage inattendu soit une amélioration de chaque aspect de l'invention décrite dans le brevet de genre, quoique tel puisse être le cas. Il suffit qu'il s'agisse d'une amélioration nouvelle et utile à l'égard de certains aspects de cette invention.

[71] Compte tenu de tout ce qui précède, je suis d'avis que le juge de première instance a commis une erreur de droit dans son interprétation de la promesse du brevet. Le brevet '777 décrivait un composé présentant des avantages (incluant l'absence d'inconvénients) par rapport à ceux que visait le brevet '875, et que divulguait clairement le mémoire descriptif. Le juge de première instance a conclu que ces avantages étaient démontrés à la date de la demande de brevet. Il a commis une erreur en concluant que le brevet promettait explicitement un

invention was used in humans and then assessing the utility of the patent against that specific promise. Properly construed, the '777 patent made no such promise. As a result, the allegation that the patent was invalid for lack of utility ought to have been dismissed.

Obviousness

[72] The Trial Judge's analysis of obviousness turned on the "obvious to try" analysis set out in the Supreme Court's decision in *Plavix*. It is worth remembering that the issue of obviousness was raised and rejected in *Plavix*. The Supreme Court's reasoning turned on a few key facts:

- 1- "there were five well known methods to separate this racemate into its isomers": *Plavix*, cited above, at paragraph 75.
- 2- "the relative advantage of the dextro-rotatory isomer would not have been known by the skilled person": *Plavix*, *ibid*.
- 3- "Nothing distinguishes the racemate in this case from other compounds disclosed or tested in terms of therapeutic effect or toxicity": *Plavix*, cited above, at paragraph 79.

[73] With these facts in mind, the Supreme Court articulated why the separation of the racemate was not obvious to try. It held that just because the methods of separating a racemate into its isomers are known, it does not follow that a person skilled in the art would necessarily apply them. The Supreme Court explained (*Plavix*, cited above, at paragraphs 85 and 90):

It is true that at the relevant time there was evidence that a skilled person would know that the properties of a racemate and its isomers might be different. However, a possibility of finding the invention is not enough. The invention must be self-evident from the prior art and common general knowledge in order to satisfy the "obvious to try" test. That is not the evidence in this case.

...

However, the prior patent did not differentiate between the efficacy and the toxicity of any of the compounds it covered. This suggests that what to select or omit was not then self-evident to the person skilled in the art.

résultat en cas d'utilisation de l'invention chez l'humain, puis en évaluant l'utilité du brevet à l'aune de cette promesse explicite. Interprété comme il se doit, le brevet '777 ne contient aucune promesse de ce genre. L'allégation selon laquelle le brevet était invalide pour absence d'utilité aurait donc dû être rejetée.

Évidence

[72] L'analyse du juge de première instance ayant trait à l'évidence était axée sur le critère de l'« essai allant de soi » consacré par la Cour suprême par la jurisprudence *Plavix*. Il faut rappeler que, à l'occasion de cette affaire, l'argument de l'évidence a été invoqué et rejeté. Le raisonnement de la Cour suprême reposait sur quelques faits essentiels :

- 1- « cinq méthodes bien connues permettaient d'isoler les isomères du racémate » : *Plavix*, précité, au paragraphe 75;
- 2- « la personne versée dans l'art [n']aurait [pas] connu l'avantage relatif de l'isomère dextrogyre » : *Plavix*, *ibidem*;
- 3- « Rien ne distingue le racémate visé en l'espèce des autres composés divulgués ou analysés quant à leur effet thérapeutique ou à leur toxicité » : *Plavix*, précité, au paragraphe 79.

[73] La Cour suprême a expliqué, en tenant compte de ces faits, en quoi la séparation du racémate ne constituait pas un essai allant de soi. Concluant que le fait que les méthodes de séparation soient connues ne signifiait pas nécessairement que la personne versée dans l'art les appliquerait, la Cour suprême a donné les explications suivantes (*Plavix*, précité, aux paragraphes 85 et 90) :

Il est vrai que, selon la preuve, à l'époque considérée, une personne versée dans l'art aurait su que les avantages d'un racémate pouvaient différer de ceux de ses isomères. Toutefois, la possibilité de découvrir l'invention ne suffit pas. Pour satisfaire au critère de l'« essai allant de soi », l'invention doit être évidente au regard de l'antériorité et des connaissances générales courantes, ce que la preuve n'établit pas en l'espèce.

[...]

[Le brevet antérieur] n'établissait cependant pas de distinction entre les composés quant à leur efficacité et à leur toxicité, ce qui donne à penser que ce qu'il y avait lieu de retenir ou d'omettre n'était alors pas évident pour la personne versée dans l'art.

[74] What emerges from this review of the Supreme Court's decision in *Plavix*, cited above, is that the key factor in its "obvious to try" analysis was the lack of knowledge of the properties of the enantiomers of the compounds of the '875 patent, including the racemate from which clopidogrel was obtained. Absent that knowledge, it was not obvious to try to resolve the racemate, or any other compound, so as to obtain the enantiomer having those advantageous properties.

[75] In his analysis of obviousness, the Trial Judge focused exclusively on the question of whether it was obvious to try to resolve PCR 4099: reasons, at paragraphs 663, 668, 672, 675, 679, 681, 692, 712, 724, 730 and 750. He found that the existence of PCR 4099, though not its properties, was part of the common general knowledge at the relevant time: reasons, at paragraphs 614 and 647. He found as well that the possible methods of separation were within the common general knowledge: reasons, at paragraph 665. The Trial Judge concluded there was motivation to resolve PCR 4099: reasons, at paragraph 750.

[76] All of these factors led the Trial Judge to conclude that the resolution of PCR 4099 was obvious to try. Apotex supports this conclusion by pointing to evidence which it says was before the Trial Judge and which was not before the Supreme Court in *Plavix*, cited above, notably that PCR 4099 was the "lead" drug in the '875 patent and the most potent of the compounds whose test results were reported in that patent. These distinctions are not supported by the evidence and, even if they were, they do not detract from the key fact that the properties of the enantiomers of PCR 4099 were not known.

[77] The Trial Judge found that "the '875 Patent does not, either directly or indirectly, point to PCR 4099 or to clopidogrel" (my emphasis): reasons, at paragraph 612. As noted above, the Trial Judge also noted that "PCR 4099 (not its properties) ... would form part of the common general knowledge that a person skilled in the art could find by undertaking a reasonably diligent search of patent applications": reasons, at paragraph 614. Furthermore, the properties of PCR 4099 would not

[74] Il ressort de cet examen de l'arrêt *Plavix*, précité, de la Cour suprême que l'élément essentiel de l'analyse relative à l'« essai allant de soi » est l'ignorance des propriétés associées aux énantiomères des composés du brevet '875, y compris le racémate dont le clopidogrel est issu. À défaut de les connaître, il n'allait pas de soi de tenter de résoudre le racémate, ou tout autre composé, afin d'obtenir l'énantiomère possédant ces attributs avantageux.

[75] Dans son analyse concernant l'évidence, le juge de première instance a exclusivement recherché s'il allait de soi de résoudre le PCR 4099 : motifs, aux paragraphes 663, 668, 672, 675, 679, 681, 692, 712, 724, 730 et 750. Il a conclu que l'existence de ce composé, mais non ses propriétés, faisait partie des connaissances générales courantes à l'époque pertinente : motifs, aux paragraphes 614 et 647. Il a également conclu que les méthodes possibles de séparation en faisaient partie : motifs, au paragraphe 665. Le juge a conclu qu'il existait un motif pour résoudre le PCR 4099 : motifs, au paragraphe 750.

[76] Tous ces facteurs ont convaincu le juge de première instance que la résolution du PCR 4099 constituait un essai allant de soi. Apotex défend cette conclusion en invoquant des éléments de preuve dont disposait, d'après elle, le juge de première instance, mais non la Cour suprême dans l'affaire *Plavix*, précitée, notamment le fait que le PCR 4099 était le médicament [TRADUCTION] « principal » du brevet '875 et le plus puissant des composés dont les résultats en essais étaient présentés dans le brevet. Ces distinctions ne s'appuient pas sur la preuve et, même si elles l'étaient, elles ne changent rien au fait essentiel que les propriétés des énantiomères du PCR 4099 n'étaient pas connues.

[77] Le juge de première instance a conclu que « le brevet 875 n'annonce pas, directement ou indirectement, le PCR 4099 ni le clopidogrel » (non souligné dans l'original) : motifs, au paragraphe 612. Comme nous l'avons vu plus haut, il a également souligné que « le composé PCR 4099 (et non ses propriétés) [...] ferait partie des connaissances générales courantes qu'une personne moyennement versée dans l'art pourrait trouver en faisant une recherche raisonnablement diligente dans les

have been discoverable by means of a reasonably diligent patent search: reasons, at paragraphs 645–647.

[78] As a result, the Trial Judge found himself in exactly the same position as did the Supreme Court when it decided *Plavix*, cited above. The focus of the obviousness analysis in *Plavix* was not the difficulty in separating the racemates covered by the '875 genus patent—which included PCR 4099—but the unknown properties of the resulting enantiomers (*Plavix*, cited above, at paragraph 92):

The method to obtain the invention of the '777 patent were common general knowledge. It can be assumed that there was a motive to find a non-toxic efficacious product to inhibit platelet aggregation in the blood. However, it was not self-evident from the '875 patent or common general knowledge what the properties ... would be ... and therefore that what was being tried ought to work. [My emphasis.]

[79] The reasons of the Trial Judge make it clear that, as was the case in *Plavix*, it was not possible to predict the properties of the separated enantiomers: reasons, at paragraphs 673 and 676. The lack of knowledge as to these properties is precisely what led the Supreme Court in *Plavix*, cited above, to hold that it was not self-evident that what was being tried ought to work (*Plavix*, cited above, at paragraph 92). Simply put, the person skilled in the art would not think of separating PCR 4099 and testing its enantiomers in order to obtain the benefit of its properties when the existence and nature of those properties were unknown.

[80] It follows that although the resolution of PCR 4099 was part of the common general knowledge, nothing turns on this as it is the unknown nature of the properties of the enantiomers which explains why the invention was not “obvious to try”.

[81] Given that the Trial Judge applied the test for obviousness set out in *Plavix*, and given that he applied it to the same material facts as the Supreme Court, he ought to have come to the same conclusion. His error lay in failing to recognize that the unknown nature of the

demandes de brevet » : motifs, au paragraphe 614. Par ailleurs, les propriétés du PCR 4099 n'auraient pas été découvertes au moyen d'une recherche raisonnablement diligente parmi les brevets : motifs, aux paragraphes 645 à 647.

[78] Le juge de première instance s'est donc trouvé exactement dans la même position que la Cour suprême dans l'affaire *Plavix* précitée. Dans celle-ci, l'analyse de l'évidence ne portait pas sur la difficulté de séparer les racémates visés par le brevet de genre '875 — lesquels incluaient le PCR 4099 —, mais sur les propriétés inconnues des énantiomères résultants (*Plavix*, précité, au paragraphe 92) :

Les moyens de parvenir à l'objet du brevet 777 faisaient partie des connaissances générales courantes. On peut supposer qu'il existait un motif de chercher un produit efficace et non toxique inhibant l'agrégation des plaquettes dans le sang. Cependant, ni le brevet 875 ni les connaissances générales courantes ne rendaient éviden[tes] les propriétés [...], de sorte qu'il n'était pas évident que l'essai serait fructueux. [Non souligné dans l'original.]

[79] Les motifs du juge de première instance montrent bien qu'il n'était pas possible, comme dans l'affaire *Plavix*, de prédire les propriétés des énantiomères séparés : motifs, aux paragraphes 673 et 676. C'est précisément l'ignorance de ces propriétés qui a amené la Cour suprême à conclure dans l'affaire *Plavix* qu'il n'était pas évident que l'essai serait fructueux (*Plavix*, précité, au paragraphe 92). En somme, la personne versée dans l'art n'aurait pas pensé à séparer le PCR 4099 et à analyser ses énantiomères de manière à tirer profit de leurs propriétés quand leur existence et leur nature n'étaient pas connues.

[80] Il s'ensuit que même si la résolution du PCR 4099 faisait partie des connaissances générales courantes, cela ne prête pas à conséquence, car c'est à cause des propriétés inconnues des énantiomères que l'invention n'était pas évidente.

[81] Comme le juge de première instance a suivi le critère de l'évidence consacré par la jurisprudence *Plavix*, et qu'il l'a appliqué aux mêmes faits importants présentés devant la Cour suprême, il aurait dû parvenir à la même conclusion. Son erreur vient de ce qu'il n'a

properties of the enantiomers of PCR 4099, or of any of the other compounds of the '875 patent, was fatal to the “obvious to try” analysis. Put another way, the distance between the common general knowledge and the inventive concept of the '777 patent could not be bridged by routine experimentation since the results to be obtained were unknown. On the facts, this was confirmed by the fact that the inventors, who had more knowledge than the person of ordinary skill in the art, attempted to resolve a number of other compounds before finally trying PCR 4099: see reasons, at paragraphs 752–759.

[82] As a result, the Trial Judge erred in finding that the invention of the '777 Patent was obvious.

Conclusion on invalidity

[83] For the reasons set out above, I believe that the judgment of the Federal Court erred in finding that the '777 patent was invalid. The Court's conclusion that the patent was invalid for lack of utility was based on a flawed interpretation of the patent. The Trial Judge erred in construing the patent as containing an explicit promise that the invention of the '777 patent could be used in humans with beneficial effects.

[84] I am also of the view, for the reasons expressed above, that the Court's conclusion that the invention of the '777 patent was obvious was in error.

INFRINGEMENT

Facts and trial decision

[85] Sanofi alleged that Apotex infringed the '777 patent by importing, offering for sale, selling, making, possessing for commercial purposes, using and exporting clopidogrel tablets, all of which are acts which deprive it of the benefit of the monopoly conferred by the '777 patent and the Act. Specific instances of infringement consisted of (reasons, at paragraphs 207, 208 and 210):

pas reconnu que les propriétés inconnues des énantiomères du PCR 4099, ou des autres composés du brevet '875, faisaient échouer l'analyse de l'« essai allant de soi ». En d'autres termes, l'écart entre les connaissances générales courantes et l'idée originale du brevet '777 ne pouvait être comblé par des expériences de routine puisque les résultats à venir étaient incertains. Le fait que les inventeurs, dont les connaissances étaient supérieures à celles de la personne moyennement versée dans l'art, aient tenté de résoudre un certain nombre d'autres composés avant de s'attaquer au PCR 4099, le confirme d'ailleurs: voir les motifs, aux paragraphes 752 à 759.

[82] Le juge de première instance a donc commis une erreur lorsqu'il a conclu que l'invention du brevet '777 était évidente.

Conclusion relative à l'invalidité

[83] Par les motifs qui précèdent, j'estime que le juge de la Cour fédérale a commis une erreur lorsqu'il a conclu que le brevet '777 était invalide pour absence d'utilité, puisque cette conclusion reposait sur une interprétation erronée du brevet. Il a eu tort de déduire que le brevet '777 promettait explicitement que l'invention revendiquée pouvait avoir des effets bénéfiques en cas d'usage humain.

[84] J'estime également, par les motifs énoncés plus haut, que la conclusion de la Cour selon laquelle l'invention du brevet '777 fût évidente est erronée.

CONTREFAÇON

Faits et décision rendue en première instance

[85] Sanofi allègue qu'Apotex a enfreint le brevet '777 en ayant importé, mis en vente, vendu, fabriqué, gardé en sa possession à des fins commerciales, utilisé et exporté des comprimés de clopidogrel, et en la privant ainsi du monopole que lui conférait le brevet '777 et la Loi. Voici les exemples précis de contrefaçon (motifs, aux paragraphes 207, 208 et 210) :

- arranging for the manufacture of bulk clopidogrel in Mexico and its importation into Canada;

- the formulation of bulk clopidogrel into tablets in Canada which were then exported to the United States, and other countries such as Australia, New Zealand, Hong Kong, Malaysia, Singapore, Hungary, the Philippines, Malta, and Iran; and

- the possession for commercial purposes of large amounts of bulk clopidogrel in Canada, some of which was said to have been exported back to Mexico.

[86] The Trial Judge found that Apotex contracted with Apotex Pharmachem Inc. (Pharmachem), an Apotex subsidiary, to have the latter develop “the Apotex product and the process of manufacture”: see reasons, at paragraph 198. Pharmachem then entered into a Technology Transfer and Custom Manufacturing Agreement by which Pharmachem transferred to a Mexican company, Signa S.A. de C.V., the process and manufacturing information it had developed. Signa manufactured clopidogrel according to Pharmachem’s specification and sold it in bulk to Apotex. Signa agreed to supply only Apotex (in respect of Canada and the U.S.) while Apotex agreed to buy exclusively from Signa. To the date of trial, Apotex received approximately 80 000 kilograms of clopidogrel from Signa.

[87] Signa shipped clopidogrel to Apotex at Pearson International Airport in Toronto via Air Canada usually under a waybill issued in Montreal. All customs documentation showed Apotex as the importer. Once the bulk clopidogrel cleared customs, it was trucked to Apotex’s manufacturing plant where it was formulated into tablets for resale. Apotex then exported the tablets to various markets in accordance with agreements with Apotex subsidiaries.

[88] In this appeal, Apotex does not contest the Trial Judge’s conclusion that it infringed Claims 1, 3, 6, 7, 8, 9, 10, and 11 of the ‘777 patent: see paragraph 112 of Apotex’s memorandum of fact and law. Instead, it raises a number of issues which, if successful, would preclude Sanofi from recovering any damages for the

- mesures prises pour fabriquer le clopidogrel en vrac au Mexique et l’importer au Canada;

- mis en comprimés au Canada du clopidogrel en vrac, ensuite exporté aux États-Unis et dans d’autres pays comme l’Australie, la Nouvelle-Zélande, Hong Kong, la Malaisie, Singapour, la Hongrie, les Philippines, Malte et l’Iran;

- possession pour des besoins commerciaux de quantités importantes de clopidogrel en vrac au Canada, dont une partie aurait été réexportée vers le Mexique.

[86] Le juge de première instance a conclu qu’Apotex s’était entendue avec Apotex Pharmachem Inc. (Pharmachem), l’une de ses filiales, pour que celle-ci mette au point [TRADUCTION] « le produit Apotex et le procédé de fabrication » : voir les motifs, au paragraphe 198. Pharmachem a ensuite conclu un contrat de transfert de technologie et de fabrication sur commande par laquelle elle transférait à Signa S.A. de C.V., une entreprise mexicaine, les renseignements liés au procédé et à la fabrication mis au point par elle. Signa fabriquait le clopidogrel selon les spécifications de Pharmachem et le vendait en vrac à Apotex, qu’elle avait accepté d’approvisionner en exclusivité (à l’égard des marchés canadiens et américains). De son côté, Apotex consentait à ne se procurer le médicament que chez Signa. À la date du procès, Apotex s’était fait livrer près de 80 000 kilogrammes de clopidogrel par Signa.

[87] Signa expédiait, par Air Canada, le clopidogrel à Apotex à l’Aéroport international Pearson de Toronto, normalement avec un bordereau d’expédition aérienne délivré à Montréal. Apotex était désignée comme l’entreprise importatrice sur tous les documents de douane. Une fois le clopidogrel en vrac dédouané, il était transporté par camion à l’usine de fabrication d’Apotex, où il était mis en comprimés pour être revendu. Apotex exportait ensuite ces comprimés vers différents marchés selon les accords passés avec ses filiales.

[88] Apotex n’attaque pas en l’espèce la conclusion du juge de première instance selon laquelle elle a contrefait les revendications 1, 3, 6, 7, 8, 9, 10 et 11 du brevet ‘777 : voir le paragraphe 112 du mémoire des faits et du droit d’Apotex. Elle soulève plutôt un certain nombre de points qui, s’ils étaient retenus, excluraient

infringement. Those issues include the appropriate limitation period, the possession of clopidogrel for experimental and regulatory use, and settlement and estoppel based on an agreement settling litigation between the parties in the U.S.

[89] Sanofi did not challenge Apotex's right to claim the exemption for experimental and regulatory use but questioned its application in this case. The Trial Judge found that Apotex failed to provide the Court with evidence as to the ultimate destination of the material said to have been developed for regulatory purposes. The Trial Judge was clearly of the view that the experimental and regulatory use exception in subsection 55.2(1) of the Act did not apply if the regulatory samples were sold subsequent to their use for regulatory purposes. Since Apotex could not produce records showing the destruction of the disputed lots of clopidogrel, the Trial Judge concluded that it had not demonstrated that the experimental and regulatory use exemption applied to those lots.

[90] Apotex's argument with respect to limitation periods flows from section 39 of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7:

Prescription and limitation on proceedings

39. (1) Except as expressly provided by any other Act, the laws relating to prescription and the limitation of actions in force in a province between subject and subject apply to any proceedings in the Federal Court of Appeal or the Federal Court in respect of any cause of action arising in that province.

Prescription and limitation on proceedings in the Court, not in province

(2) A proceeding in the Federal Court of Appeal or the Federal Court in respect of a cause of action arising otherwise than in a province shall be taken within six years after the cause of action arose.

[91] The Trial Judge examined the question of where Sanofi's cause of action arose in order to determine whether subsection (1) or (2) of section 39 applied to the facts of this case. Relying on *Apotex Inc. v. Pfizer Canada Inc.*, 2004 FC 190, 31 C.P.R. (4th) 143 (*Apotex v. Pfizer*) and the cases cited in the latter, he found that

l'octroi à Sanofi des dommages-intérêts pour contrefaçon. Ces points concernent le délai de prescription applicable, la possession du clopidogrel à des fins expérimentales et réglementaires, et la question du règlement et de la préclusion sur la foi d'ententes de règlement de litige conclues entre les parties aux États-Unis.

[89] Sanofi ne conteste pas le droit d'Apotex d'invoquer l'exemption relative à l'usage expérimental et réglementaire, mais remet en question son application en l'espèce. Le juge de première instance a estimé qu'Apotex n'avait pas produit à la Cour des éléments de preuve portant sur la destination finale du médicament qui aurait été fabriqué à des fins réglementaires. Il était manifestement d'avis que l'exception prévue au paragraphe 55.2(1) de la Loi ne s'appliquait pas si les échantillons étaient vendus après avoir servi à des fins réglementaires. Comme Apotex n'a pas été en mesure de prouver par des documents que les lots contestés de clopidogrel avaient été détruits, le juge de première instance a conclu qu'elle n'avait pas réussi à démontrer que ceux-ci étaient visés par l'exception concernant l'usage expérimental et réglementaire.

[90] La thèse d'Apotex ayant trait aux délais de prescription est fondée sur l'article 39 de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7 :

39. (1) Sauf disposition contraire d'une autre loi, les règles de droit en matière de prescription qui, dans une province, régissent les rapports entre particuliers s'appliquent à toute instance devant la Cour d'appel fédérale ou la Cour fédérale dont le fait générateur est survenu dans cette province.

(2) Le délai de prescription est de six ans à compter du fait générateur lorsque celui-ci n'est pas survenu dans une province.

Prescription — Fait survenu dans une province

Prescription — Fait non survenu dans la province

[91] Le juge de première instance a recherché où le fait générateur avait pris naissance pour Sanofi, de manière à déterminer si le paragraphe (1) ou (2) de l'article 39 s'appliquait aux faits de l'espèce. S'appuyant sur la décision *Apotex Inc. c. Pfizer Canada Inc.*, 2004 CF 190 (*Apotex c. Pfizer*), et sur la jurisprudence

“both the damages suffered as well as the act that caused the damage” must have occurred in the same province in order for subsection 39(1) to apply: see reasons, at paragraph 250.

[92] The Trial Judge found that the importation from Mexico and subsequent exportation to other countries was a sufficient basis for concluding that the cause of action (infringement) was not limited to a single province. In addition the Trial Judge relied on a number of other factors, such as the fact that Apotex conducts business in many provinces, accepts orders for its product from foreign entities and that it retained an Indian manufacturer to assist in the sale of its clopidogrel in India, to conclude that the damages suffered as a result of Apotex’s infringement were not limited to a single province. As a result, he found that subsection 39(2) of the *Federal Courts Act* applied, so that the applicable limitation period was six years. In the result, no part of Sanofi’s claim was statute barred.

[93] Apotex also argued before the Trial Judge that Sanofi was precluded from seeking damages for infringement by reason of a settlement agreement reached between Sanofi and Apotex in the context of a U.S. patent infringement action brought by Sanofi with respect to its U.S. patent (the '265 patent) for clopidogrel. Two settlement agreements were entered into because the settlement required regulatory approval. For the purposes of this appeal, the relevant provisions are those which would come into effect if the settlement agreement was not approved by the U.S. authorities.

[94] The Trial Judge summarized the situation as follows (reasons, at paragraph 267):

However, during the negotiations, Sanofi/BMS advised Apotex that they were under consent decrees with the Federal Trade Commission (FTC) and the Attorneys General of some of the states in the U.S. that prevented them from entering into patent settlements without prior approval. As a result of this, Apotex demanded and Sanofi/BMS agreed to concessions to Apotex if the settlement was submitted to the regulators but was not approved by them. The concessions were, first, that, in the event of regulatory denial, Apotex would have a period of time within which to sell off its inventory (*i.e.* without

citée dans cette affaire, il a estimé que « “[l]es dommages subis et le fait à l’origine du dommage” » devaient nécessairement s’être produits dans la même province pour que le paragraphe 39(1) s’applique: voir les motifs, au paragraphe 250.

[92] Le juge de première instance a conclu que le fait d’avoir importé du Mexique et exporté ensuite le médicament vers d’autres pays suffisait pour établir que le fait générateur (la contrefaçon) ne se limitait pas à une seule province. Il s’est également appuyé sur certains autres facteurs (comme le fait qu’Apotex exerce des activités commerciales dans de nombreuses provinces, qu’elle accepte que des entités étrangères commandent ses produits, et qu’elle ait retenu les services d’un fabricant indien pour l’aider à vendre son clopidogrel en Inde), pour conclure que les dommages subis du fait de la contrefaçon d’Apotex ne se limitaient pas à une seule province. Il a donc conclu que le paragraphe 39(2) de la *Loi sur les Cours fédérales* s’appliquait, et que le délai de prescription applicable était de six ans. La réclamation de Sanofi n’était donc prescrite à aucun égard.

[93] Apotex a également fait valoir devant le juge de première instance que Sanofi ne pouvait pas réclamer des dommages-intérêts pour contrefaçon parce qu’elles avaient conclu une transaction dans le cadre de la poursuite intentée par Sanofi pour contrefaçon liée à son brevet américain (le brevet '265) sur le clopidogrel. Deux transactions ont été conclues, car cet arrangement nécessitait une approbation réglementaire. Aux fins du présent appel, les dispositions pertinentes sont celles qui prendraient effet si l’entente de règlement n’était pas approuvée par les autorités américaines.

[94] Voici comment le juge de première instance a résumé la situation (motifs, au paragraphe 267) :

Cependant, durant les négociations, Sanofi-BMS a informé Apotex qu’elle était sous le coup de jugements d’expédient avec la Commission fédérale du commerce (la FTC) et les procureurs généraux de certains États des États-Unis, jugements qui empêchaient Sanofi-BMS de conclure des accords de règlement en matière de brevet sans approbation préalable. Apotex a donc exigé des concessions, et Sanofi-BMS les lui a consenties, dans le cas où l’accord de règlement serait soumis aux instances réglementaires, mais ne serait pas approuvé par elles. Les concessions étaient, d’abord, que, en cas de refus des

facing the prospect of a motion for an interlocutory injunction) and, second, that, in the event that the action proceeded to trial with Apotex having launched at risk, Apotex would be guaranteed a profit in respect of its sales by way of an agreement to a fixed level of damages that would be less than Apotex' profits. (My emphasis.)

[95] The first settlement agreement was not approved by the U.S. authorities, so Apotex and Sanofi renegotiated their agreement in an attempt to obtain that approval. At the same time, the clauses which came into effect if the settlement was not approved were also amended so as to reduce the amount of the Liability Exposure Provision (the fixed level of damages referred to above) from 70 percent of net sales to 50 percent of net sales. The second agreement, dated May 26, 2006, did not obtain regulatory approval either. As a result, the U.S. litigation proceeded. The validity of the '265 patent was upheld and Apotex was found to have infringed it. However, in keeping with the Liability Exposure Provision, Apotex's liability for damages was limited to 50 percent of U.S. sales, or US \$442 209 362.

[96] Before the Trial Judge, Apotex argued that the Liability Exposure Provision which limited Apotex's liability for damages (and therefore Sanofi's right of recovery) prevented Sanofi from claiming damages for any U.S. sales since it had already agreed to limit its recovery in the May 26, 2006 agreement. While the Trial Judge does not expressly say so, one assumes from Apotex's argument that all of the clopidogrel sold in the U.S. by Apotex originated in Canada.

[97] The Trial Judge reviewed the May 26, 2006 agreement and found that it was limited to the U.S. litigation with respect to the '265 patent. The words "'777 Patent' or 'Canada'" did not appear in the agreement which was expressly limited to "litigation ... involving the U.S. Patent No. 4, 847, 265.02CV-2255 and 05CV-3965": see reasons, at paragraph 280. As a

instances réglementaires, Apotex disposerait d'un délai pour vendre son inventaire (c'est-à-dire sans être exposée à la perspective d'une requête en injonction interlocutoire) et, ensuite, que, dans le cas où l'action suivrait son cours après qu'Apotex aurait fait un lancement à risque, Apotex aurait la garantie d'un profit résultant de ces ventes en consentant à un niveau fixe de dommages-intérêts qui serait inférieur à ses bénéfices. [Non souligné dans l'original.]

[95] La première entente de règlement n'ayant pas été approuvée par les autorités américaines, Apotex et Sanofi ont donc dû renégocier cet accord pour le faire entériner. Au même moment, les clauses qui devaient entrer en vigueur si l'entente n'était pas approuvée ont également été modifiées afin de réduire le montant prévu dans la disposition concernant l'étendue de la responsabilité (le niveau fixe de dommages-intérêts mentionné plus haut) de 70 p. 100 à 50 p. 100 des ventes nettes. La deuxième entente, datée du 26 mai 2006, n'a pas reçu non plus l'approbation réglementaire. Le contentieux a donc suivi son cours aux États-Unis. La validité du brevet '265 a été confirmée et il a été conclu qu'Apotex avait contrefait le brevet. Cependant, conformément à la disposition concernant l'étendue de la responsabilité, l'obligation d'Apotex à l'égard des dommages-intérêts se limitait à 50 p. 100 des ventes nettes américaines, soit 442 209 362 \$US.

[96] Apotex a soutenu devant le juge de première instance que, vu la disposition concernant l'étendue de la responsabilité, qui limitait l'obligation d'Apotex à l'égard des dommages-intérêts (et donc le droit de Sanofi à obtenir réparation), Sanofi ne pouvait prétendre aux dommages-intérêts à l'égard de ventes américaines puisqu'elle avait déjà accepté de limiter ses réclamations dans le cadre de l'entente conclue le 26 mai 2006. Bien que le juge de première instance ne le précise pas explicitement, on peut supposer à partir des arguments d'Apotex que tout le clopidogrel vendu aux États-Unis provenait du Canada.

[97] Après avoir examiné l'entente du 26 mai 2006, le juge de première instance a conclu qu'elle ne concernait que le contentieux aux États-Unis se rapportant au brevet '265. Les mots « brevet 777 » ou « Canada » ne figuraient pas dans l'entente, laquelle se limitait expressément au « litiges entre elles découlant du brevet américain n° 4,847,265. 02CV-2255 et 05CV-3965 » :

result, the Trial Judge concluded that the May 26, 2006 agreement did not limit Sanofi's ability to recover damages for infringement of the '777 patent.

[98] Apotex then argued that Sanofi was estopped from pursuing a second claim for compensation in respect of the very same manufacture and sale of clopidogrel imported from Mexico and exported to the U.S. Apotex claimed that it had acted in reliance of the May 26 agreement and therefore, Sanofi was estopped from claiming damages in respect of U.S. sales. The Trial Judge found [at paragraph 290] that the estoppel argument did not apply because the U.S. litigation and the May 26, 2006 agreement "simply did not deal with the infringement or validity of the '777 Patent." As a result, the issue in that litigation was not the issue in this litigation so that there was no basis for estoppel.

[99] Apotex also argued that Sanofi's claim for damages arising from U.S. sales was an abuse of process. The Trial Judge dismissed this argument out of hand.

[100] As a result, the Trial Judge found that the '777 patent had been infringed and that there was no restriction on Sanofi's right to seek damages.

ANALYSIS WITH RESPECT TO THE ISSUE OF INFRINGEMENT

[101] As noted, Apotex did not seek to set aside the Trial Judge's finding that the '777 patent had been infringed. Its entire argument on appeal was that the limitation defence, the May 26, 2006 settlement agreement and the exemption in favour of experimental and regulatory use limited Sanofi's right of recovery.

[102] In my view, the Trial Judge came to the correct conclusion though in the case of the limitation defence, perhaps for the wrong reasons.

voir les motifs, au paragraphe 280. Le juge de première instance en a donc conclu que l'entente du 26 mai 2006 n'empêchait pas Sanofi d'obtenir des dommages-intérêts pour la violation du brevet '777.

[98] Apotex a ensuite soutenu que Sanofi ne pouvait présenter une deuxième demande d'indemnisation à l'égard des mêmes actes de fabrication et de vente de clopidogrel importé du Mexique et exporté aux États-Unis. Apotex prétendait avoir agi conformément à l'entente du 26 mai, et que Sanofi ne pouvait réclamer des dommages-intérêts à l'égard des ventes aux États-Unis. Le juge de première instance a conclu [au paragraphe 290] que cet argument ne jouait pas puisque le contentieux aux États-Unis et l'entente du 26 mai 2006 « ne traitaient pas de la contrefaçon ou de la validité du brevet 777 ». La question soulevée dans cette procédure n'était donc pas la même qu'en l'espèce, de sorte que la préclusion n'était pas justifiée.

[99] Apotex a également fait valoir que la réclamation en dommages-intérêts de Sanofi à l'égard des ventes aux États-Unis constituait un abus de procédures, argument que le juge de première instance a rejeté d'emblée.

[100] Le juge de première instance a donc conclu que le brevet '777 avait été contrefait et que le droit de Sanofi de réclamer des dommages-intérêts ne devait pas être restreint.

ANALYSE RELATIVE À LA CONTREFAÇON

[101] Comme nous l'avons observé, Apotex ne demande pas à faire annuler la conclusion du juge de première instance selon laquelle le brevet '777 a été contrefait. Toute sa thèse en appel reposait sur le fait que la défense relative à la prescription, l'entente de règlement du 26 mai 2006 et l'exception liée à l'usage expérimental et réglementaire limitaient le droit de Sanofi à des dédommagements.

[102] À mon avis, la conclusion du juge de première instance était bonne, quoique fondée sur des motifs erronés pour ce qui est de l'argument de la prescription.

[103] Apotex claims that the Trial Judge erred in failing to give it the benefit of the experimental and regulatory use exemption found at subsection 55.2(1) of the Act. It will be recalled that the Trial Judge denied Apotex the benefit of this exemption on the ground that Apotex had not shown that the clopidogrel used for regulatory purposes was destroyed once its regulatory use was completed. It is true that Apotex was entitled to the benefit of subsection 55.2(1) for clopidogrel so long as it was used for the purposes permitted by that provision. But clopidogrel is a valuable and highly profitable product. To the extent that Apotex was unable to account for the clopidogrel used for regulatory purposes after it was no longer required for those purposes, it was a reasonable inference that the product had been sold, a use which fell outside the protection of subsection 55.2(1). I can see no basis for interfering with the Trial Judge's conclusion on this issue.

[104] Before turning to the limitation issue, I note that this issue is unlikely to recur very often in the form in which it arises here, given that the Act now provides a six-year limitation for all applications filed and patents issued after October 1, 1989: see subsection 55.1.

[105] That said, in order for subsection 39(1) of the *Federal Courts Act* to apply, all the elements of the cause of action must have occurred in the same province: see *Canada v. Maritime Group (Canada) Inc.*, [1995] 3 F.C. 124 (C.A.) (*Maritime Group*), at paragraph 9.

[106] In *Apotex v. Pfizer*, cited above, the Federal Court held that the place where damage occurred is to be taken into account in determining whether a cause of action arose in a particular province. It is implicit in this proposition that damages are an element of the cause of action of patent infringement. In my view, this is incorrect. The cases referred to in *Apotex v. Pfizer*, are either cases where the damages are an element of the cause of action (tort, in the case of *Maritime Group*, cited above, at paragraph 7) or where *Maritime Group* has been misapplied (*Kirkbi AG v. Ritvik Holdings Inc.*, 2002 FCT 585, 20 C.P.R. (4th) 224, at paragraph 161).

[103] Apotex soutient que le juge de première instance a commis une erreur en ne l'autorisant pas à se prévaloir de l'exception liée à l'usage expérimental et réglementaire aux termes du paragraphe 55.2(1) de la Loi. Rappelons que le juge de première instance s'y opposait parce qu'elle n'avait pas démontré que le clopidogrel avait été détruit après avoir été employé à des fins réglementaires. Il vrai qu'Apotex pouvait se prévaloir du paragraphe 55.2(1) à l'égard du clopidogrel pour autant que le médicament fût utilisé aux fins autorisées par cette disposition. Le clopidogrel est toutefois un produit précieux et extrêmement lucratif. Dans la mesure où Apotex n'a pas su expliquer ce qu'il était advenu du clopidogrel après avoir été utilisé à des fins réglementaires, il était raisonnable d'inférer que le produit avait été mis en vente, usage qui échappait à la protection du paragraphe 55.2(1). Je ne vois aucune raison de revenir sur la conclusion du juge de première instance à cet égard.

[104] Avant d'aborder la question de la prescription, je relève qu'il est improbable qu'elle se pose très souvent sous la même forme qu'en l'espèce, puisque la Loi prévoit désormais un délai de prescription de six ans pour toutes les demandes déposées et les brevets délivrés après le 1^{er} octobre 1989 : voir l'article 55.1.

[105] Cela dit, pour que le paragraphe 39(1) de la *Loi sur les Cours fédérales* joue, tous les éléments du fait générateur doivent être survenus dans la même province : voir *Canada c. Maritime Group (Canada) Inc.*, [1995] 3 C.F. 124 (C.A.) (*Maritime Group*), au paragraphe 9.

[106] Dans l'affaire *Apotex c. Pfizer*, précitée, la Cour fédérale a conclu que le lieu où le dommage est subi doit entrer en compte au moment de rechercher si le fait générateur a pris naissance dans une province particulière. Il est donc implicitement enseigné que les dommages sont un élément du fait générateur dans les cas de contrefaçon de brevet, ce qui me paraît faux. Les décisions citées dans *Apotex c. Pfizer* sont soit des affaires où les dommages en étaient bien un élément (un délit, dans le cas de *Maritime Group*, précitée, au paragraphe 7), soit des cas où la jurisprudence *Maritime Group* a été mal appliquée (*Kirkbi AG c. Ritvik Holdings Inc.*, 2002 CFPI 585, au paragraphe 161).

[107] In *Precision Metalsmiths Inc. v. Cercast Inc., et al.*, [1967] 1 Ex. C.R. 214, President Jackett had to consider the elements of the cause of action of patent infringement. He held [at page 220] that:

In an action for infringement of a patent under the Patent Act, there must therefore be in the Statement of Claim allegations

(a) of facts from which it follows as a matter of law that the plaintiff has, by virtue of the *Patent Act*, the exclusive right to do certain specified things, and

(b) that the defendant has done one or more of the specified things that the plaintiff has the exclusive right to do.

[108] This flows from section 42 of the Act (section 46 in the Old Act) which grants the patent holder “the exclusive right, privilege and liberty of making, constructing, using and vending to others to be used the invention”: see *Beloit Canada Ltd. v. Valmet-Dominion Inc.*, [1997] 3 F.C. 497 (C.A.), at paragraph 30. Damages, accounting, or an injunction are the remedies which may be obtained from the Court once infringement has been proved but it is not necessary to prove that the patent holder has suffered a loss of some kind in order to succeed in an action for patent infringement. As a result, to the extent that the Trial Judge based his conclusion on the place where the cause of action arose or the place where damages occurred, he erred.

[109] That said, the Trial Judge found that the acts of infringement consisted of the importation and exportation of clopidogrel from Mexico into Canada and then to the United States. Apotex argues that since the ports of entry and departure were located in Ontario, the cause of action arose in Ontario.

[110] In my view, the essential aspect of importation and exportation is the movement of goods into or out of Canada. Since a patent confers monopoly rights across Canada, the movement of goods across provincial boundaries is not an infringement of the patent. The port at which goods enter or leave the country is not determinative of the place where the cause of action arose since it is the movement of goods into or out of Canada which is the act of infringement.

[107] Dans la décision *Metalsmiths Inc. v. Cercast Inc.*, [1967] 1 R.C.É. 214, le président Jackett a dû tenir compte des éléments du fait générateur en contrefaçon de brevet. Voici ce qu’il a conclu [à la page 220] :

[TRADUCTION] Dans une action en contrefaçon de brevet intentée en vertu de la *Loi sur les brevets*, la déclaration doit donc comporter les allégations suivantes :

a) des allégations de fait dont il s’ensuit en droit que le demandeur a, en vertu de la *Loi sur les brevets*, le droit exclusif de faire certaines choses précises; et

b) des allégations portant que le défendeur a fait au moins l’une des choses spécifiques à l’égard desquelles le demandeur jouit d’un droit exclusif.

[108] Cela découle de l’article 42 de la Loi (article 46 de l’ancienne Loi) qui accorde au titulaire du brevet « le droit, la faculté et le privilège exclusif de fabriquer, construire, exploiter et vendre à d’autres » : *Beloit Canada Ltée c. Valmet-Dominion Inc.*, [1997] 3 C.F. 497 (C.A.), au paragraphe 30. Les dommages, recouvrements ou injonctions sont les mesures que la Cour peut accorder une fois que la contrefaçon a été établie, mais le titulaire du brevet n’a pas à prouver qu’il a subi la moindre perte pour avoir gain de cause dans une action en contrefaçon de brevet. Par conséquent, dans la mesure où le juge a appuyé sa conclusion sur le lieu où le fait générateur est survenu ou sur celui où les dommages ont été subis, le juge de première instance a commis une erreur.

[109] Cela dit, le juge de première instance a conclu que les actes de contrefaçon consistaient à avoir importé du clopidogrel du Mexique au Canada puis à l’avoir exporté aux États-Unis. Apotex soutient que, comme les points d’entrée et de sortie se trouvent en Ontario, la cause d’action est survenue dans cette province.

[110] À mon avis, l’aspect essentiel de l’importation et de l’exportation est la circulation de marchandises à l’intérieur et à l’extérieur du Canada. Comme le brevet confère des droits de monopole dans tout le Canada, le transport de marchandises franchissant les frontières provinciales ne constitue pas une contrefaçon du brevet. Le point à partir duquel les marchandises quittent le pays ou y pénètrent ne détermine pas le lieu où le fait générateur a pris naissance, puisque c’est le transport

[111] To that extent, this case is akin to *Markevich v. Canada*, 2003 SCC 9, [2003] 1 S.C.R. 94. The issue in that case was the place where a tax debt arose. The argument was made that the debt arose in the province of the debtor. The Supreme Court held, at paragraph 39 of its decision:

Tax debts created under the *ITA* arise pursuant to federal legislation and create rights and duties between the federal Crown and residents of Canada or those who have earned income within Canada. The debt may arise from income earned in a combination of provinces or in a foreign jurisdiction. The debt is owed to the federal Crown, which is not located in any particular province and does not assume a provincial locale in its assessment of taxes. Consequently, on a plain reading of s. 32, the cause of action in this case arose “otherwise than in a province”. [My emphasis.]

[112] In the same way, Canada is indivisible for the purposes of importation and exportation of infringing goods. Goods are imported or exported when they enter or leave Canada, regardless of the port of entry or departure. To that extent, the infringing acts of importing and exporting clopidogrel took place other than in a province so that subsection 39(2) of the *Federal Courts Act* applies. As a result, none of Sanofi’s claim is statute barred.

[113] The final issue is the effect of the settlement reached in the U.S. Apotex argues, as it did before the Trial Judge, that this agreement was intended to settle all claims which the parties had or could have against each other in relation to clopidogrel. The Trial Judge found that given the explicit references to settlement of the litigation involving the '265 patent, Apotex’s position was not credible. Had it been intended to settle all possible claims involving clopidogrel, it would have been easy enough for these sophisticated parties, advised as they were by top quality lawyers, to say so in their settlement agreement. They failed to do so. I can see no basis on which this finding ought to be disturbed.

des marchandises à l’intérieur ou à l’extérieur du Canada qui constitue la contrefaçon.

[111] Dans cette mesure, le cas d’espèce se rapproche des faits de l’affaire *Markevich c. Canada*, 2003 CSC 9, [2003] 1 R.C.S. 94, où la controverse concernait le lieu où la dette fiscale avait pris naissance. On avançait que la dette était née dans la province du débiteur. La Cour suprême a conclu comme suit au paragraphe 39 de l’arrêt :

Les dettes fiscales contractées en vertu de la *LIR* découlent d’une loi fédérale et créent des droits et des obligations entre l’État fédéral et les résidents du Canada ou les personnes qui ont gagné un revenu au Canada. La dette peut découler d’un revenu gagné dans plusieurs provinces ou dans un autre pays. Il s’agit d’une dette envers le gouvernement fédéral, qui n’est situé dans aucune province et qui ne prend pas de province particulière comme point de repère pour l’établissement de ses cotisations. En conséquence, selon le sens clair de l’art. 32, le fait générateur en l’espèce est survenu « ailleurs que dans une province ». [Non souligné dans l’original.]

[112] De même, le Canada est indivisible sous l’angle de l’importation et de l’exportation de marchandises contrefaites. Elles sont exportées ou importées lorsqu’elles quittent le Canada ou y entrent, peu importe le point d’entrée ou de sortie. C’est dans cette mesure que les actes de contrefaçon consistant à importer et exporter du clopidogrel ont eu lieu ailleurs que dans une province, ce qui appelle l’application du paragraphe 39(2) de la *Loi sur les Cours fédérales*. Aucune des demandes de Sanofi n’est donc prescrite.

[113] La dernière question concerne l’effet de l’entente conclue aux États-Unis. Apotex soutient, comme elle l’a fait devant le juge de première instance, qu’elle devait régler toutes les réclamations, actuelles ou éventuelles, qu’une partie pouvait tenter contre l’autre relativement au clopidogrel. Le juge de première instance a estimé, compte tenu des références explicites au règlement du litige portant sur le brevet '265, que la thèse d’Apotex n’était pas crédible. Si elles avaient voulu régler toutes les réclamations éventuelles entourant le clopidogrel, ces parties averties et conseillées par les meilleurs avocats n’auraient eu aucun mal à le préciser dans leur entente de règlement. Or, elles ne l’ont pas fait. Je ne vois aucune raison de revenir sur cette conclusion.

[114] Apotex's arguments based on the May 2006 agreement seek to shelter it from Sanofi's claim for damages or profits arising from its infringement of the '777 patent. Apotex argues that since the subject matter of the May 2006 agreement and the Liability Exposure Provision was Apotex's risk from the sale of the clopidogrel which it imported into the U.S. from Canada, those contractual provisions should be read as extending to the risk Apotex ran in exporting the same clopidogrel from Canada. In essence, Apotex says that Sanofi is trying to recover the same loss twice.

[115] I would agree that the equitable rule against double recovery would prevent Sanofi from recovering the same loss twice. To the extent that the sale of clopidogrel in the U.S. in breach of the '265 patent is the same loss as that incurred by Sanofi from Apotex's exportation of clopidogrel to the U.S. for sale there, Sanofi could only recover that loss once. I point out, however, that it has not been established to this point that the infringement of the '265 and '777 patents by the exportation of clopidogrel to the U.S. are, in fact or in law, the same loss. Since the matter must be returned to the Trial Judge on the question of remedies, I will say no more about that question.

[116] However, even if the loss from the infringement of the '265 and '777 patents are the same loss, it does not follow that the Liability Exposure Provision would prevent Sanofi from recovering the remaining 50 percent of that loss as a result of the infringement of the '777 patent. I do not come to this conclusion as a result of a construction of the May 2006 agreement and the Liability Exposure Provision in the context of the factual matrix in which those provisions were negotiated, though I do not disagree with the Trial Judge's construction of those documents. I come to that conclusion on the basis that even if the Liability Exposure Provision would otherwise have the effect proposed by Apotex, Apotex lost the benefit of that provision when it chose to attack Sanofi's Canadian patent.

[117] It is inconceivable that Apotex could retain immunity from the consequences of its infringement of

[114] En faisant valoir des arguments fondés sur l'entente de mai 2006, Apotex cherche à se soustraire aux réclamations de Sanofi en dommages-intérêts ou pour perte de profits découlant de sa contrefaçon du brevet '777. Selon Apotex, comme l'objet de l'entente de mai 2006 et de la disposition sur l'étendue de la responsabilité portait sur le risque auquel elle s'exposait en vendant le clopidogrel importé des États-Unis au Canada, ces clauses contractuelles doivent être interprétées de manière à inclure le risque lié à l'exportation du même produit à l'extérieur du Canada. Apotex soutient, en substance, que Sanofi tente de se faire dédommager deux fois de la même perte.

[115] Je conviens que, vu la règle en *equity* contre le double recouvrement, Sanofi ne saurait être dédommée deux fois de la même perte. Dans la mesure où la vente du clopidogrel aux États-Unis en violation du brevet '265 correspond à la perte qu'a subie Sanofi lorsqu'Apotex a exporté le médicament aux États-Unis aux fins de vente, elle ne peut être dédommée qu'une seule fois de cette perte. Je ferais toutefois remarquer qu'il n'a pas encore été établi que la contrefaçon des brevets '265 et '777 du fait de l'exportation de clopidogrel aux États-Unis représente, en fait et en droit, la même perte. Comme l'affaire doit être renvoyée au juge de première instance pour qu'il réexamine la question des mesures, je n'en dirai pas plus sur le sujet.

[116] Cependant, même si les pertes relatives à la contrefaçon des brevets '265 et '777 étaient les mêmes, il ne s'ensuit pas que la clause concernant l'étendue de la responsabilité empêche Sanofi de récupérer l'autre moitié de cette perte découlant de la contrefaçon du brevet '777. Ma conclusion ne découle pas d'une interprétation de l'entente de mai 2006 et de ladite clause dans le contexte factuel où ces dispositions ont été négociées, quoique je ne rejette pas celle que le juge de première instance a donnée de ces documents. J'arrive à cette conclusion, car même si la disposition sur l'étendue de la responsabilité avait par ailleurs l'effet proposé par Apotex, celle-ci a perdu la possibilité de s'en prévaloir en décidant d'attaquer le brevet canadien de Sanofi.

[117] Il est inconcevable qu'Apotex puisse échapper aux conséquences de la contrefaçon du brevet '777 tout

the '777 patent while at the same time seeking a declaration of invalidity of that patent. If terms are to be implied into the Liability Exposure Provision to give it business efficacy, surely one of the implied terms would be that the parties would accept the decision of the U.S. court as binding on them for the purposes of their dealings in Canada. Apotex would retain 50 percent of its net U.S. sales even though it infringed the '265 patent but in return Apotex would respect Sanofi's Canadian monopoly. In commencing an action seeking a declaration of invalidity of the '777 patent, Apotex breached the implied term and lost the benefit which it would otherwise have enjoyed under the Liability Exposure Provision.

[118] As a result, I would reject Apotex's argument based on the May 2006 agreement and the Liability Exposure Provision. Since Apotex's arguments with respect to estoppel and *res judicata* are simply aspects of the argument against double recovery, I need not say anything more about them.

[119] As a result, I find that none of Apotex's alternate grounds for challenging the Trial Judge's conclusions have merit.

CONCLUSION

[120] For the reasons set out above, I would set aside the judgment of the Federal Court and, rendering the judgment which it should have rendered, I would allow Sanofi-Aventis' action for infringement of the Canadian Patent No. 1366777 and declare that Apotex has infringed claims 1, 3, 6, 7, 8, 9, 10, and 11 of that patent. I would dismiss Apotex's action seeking a declaration that Canadian Patent No. 1366777 is invalid. I would return the matter to the Federal Court to deal with the issue of remedies and award Sanofi its costs, to be assessed, both in this court and in the Federal Court.

[121] As the Trial Judge made no findings of infringement against Apotex Pharmachem Inc. and Signa S.A. de C.V., I would dismiss Sanofi's claims against them. Since these entities were represented by counsel

en cherchant à le faire déclarer invalide. S'il fallait interpréter la disposition concernant l'étendue de la responsabilité de manière à lui donner un effet commercial, on devrait certainement déduire que les parties s'estimaient liées par la décision du tribunal américain même en ce qui concerne leurs relations commerciales au Canada. Apotex conservait 50 p. 100 de ses ventes nettes effectuées aux États-Unis, quoiqu'elle ait enfreint le brevet '265, à condition de respecter le monopole canadien de Sanofi. Lorsqu'elle a intenté une procédure en jugement déclaratoire portant que le brevet '777 était invalide, Apotex a violé cette condition implicite et perdu l'avantage dont elle aurait pu se prévaloir au titre de la clause portant sur l'étendue de la responsabilité.

[118] En conséquence, je rejeterais la thèse d'Apotex fondée sur l'entente de mai 2006 et la disposition concernant l'étendue de la responsabilité. Comme ses thèses concernant la préclusion et la chose jugée se rapportent simplement à la question du double recouvrement, il n'est pas nécessaire que je m'étende davantage là-dessus.

[119] Je conclus donc qu'aucun des motifs subsidiaires avancés par Apotex pour contester les conclusions du juge de première instance n'est fondé.

CONCLUSION

[120] Par les motifs qui précèdent, j'infirmes le jugement de la Cour fédérale et, rendant le jugement qui aurait dû être rendu, j'accueillerais l'action de Sanofi-Aventis en contrefaçon du brevet canadien n° 1366777 et déclarerais qu'Apotex a contrefait les revendications 1, 3, 6, 7, 8, 9, 10 et 11 du brevet. Je rejeterais l'action d'Apotex visant à obtenir un jugement déclarant invalide le brevet canadien n° 1366777. Je renverrais l'affaire à la Cour fédérale pour qu'elle examine la question de la réparation et adjudgerais à Sanofi ses dépens devant la Cour et la Cour fédérale, dont le montant reste à déterminer.

[121] Comme le juge de première instance n'a tiré aucune conclusion quant à la contrefaçon à l'endroit d'Apotex Pharmachem Inc. et de Signa S.A. de C.V., je rejeterais les demandes présentées par Sanofi à leur

representing Apotex Inc. and since their representation did not add to Apotex Inc.'s cost of defence, I would make no order as to costs in their favour.

NOËL J.A.: I AGREE.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[122] GAUTHIER J.A. (concurring): I agree that this appeal should be allowed for the reasons given by my colleague, Pelletier J.A.

[123] Although it is not necessary to dispose of this appeal, I wish to add further brief comments on some issues raised in this case in respect of utility and obviousness.

[124] First, as noted by Pelletier J.A., not every patent contains a promise of a specific result within the meaning of *Consolboard*, cited above. However, one may wonder why an inventor would include comments relating to a practical purpose to which an invention may be applied when such statements are not necessary under Canadian law.

[125] Although such statements may be made in a disclosure, for example, to support a specific result included in the claims or an advantage that is necessary to support the invention described in the claim, there are other cases where the reasons for including them have little to do with an intent to promise a result within the meaning of *Consolboard*. For example, when Canadian applications are filed on the basis of European applications (priority date), it is useful to know that under European Union patent law, an invention must be capable of industrial application, which is a wide concept. Because of this, European applications will often contain some statements in that respect. In this context, and considering that no such requirement exists in our law, one must be careful not to treat each reference to a practical purpose as a promise of a specific result within the meaning of *Consolboard*.

encontre. Comme ces entités étaient représentées par les avocats d'Apotex Inc. et qu'elles n'ont pas encouru de coûts supplémentaires pour leur défense, je n'adjugerai aucuns dépens en leur faveur.

LE JUGE NOËL, J.C.A. : Je suis d'accord.

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

[122] LA JUGE GAUTHIER, J.C.A. (motifs concordants) : Je conviens que le présent appel doit être accueilli par les motifs fournis par mon collègue, le juge Pelletier.

[123] Bien que cela ne soit pas nécessaire pour trancher le présent appel, j'aimerais ajouter quelques brèves observations sur certaines questions soulevées en l'espèce pour ce qui est de l'utilité et de l'évidence.

[124] Premièrement, comme l'a signalé le juge Pelletier, tous les brevets ne promettent pas un résultat spécifique au sens de la jurisprudence *Consolboard*, précitée. Cependant, on peut se demander pourquoi un inventeur ferait des observations concernant une éventuelle application pratique de l'invention alors que le droit canadien ne l'exige pas.

[125] Bien que de telles déclarations puissent figurer dans la divulgation, par exemple pour étayer un résultat spécifique mentionné dans les revendications ou un avantage que doit posséder l'invention décrite dans la demande, dans d'autres cas, les raisons de le faire ont peu à voir avec l'intention de promettre un résultat au sens de la jurisprudence *Consolboard*. Par exemple, lorsque des demandes canadiennes sont déposées sur la base de l'existence de demandes européennes (date de priorité), il est bon de savoir que le droit des brevets dans l'Union européenne requiert que les inventions aient une application industrielle, ce qui est un concept très large. C'est pour cette raison que les demandes européennes comportent souvent une déclaration à cet effet. Dans ce contexte, et comme aucune exigence semblable n'existe dans notre droit, il convient de ne pas voir dans chaque renvoi à une application pratique une

[126] Moreover, in my view, statements of or references to a specific result in a claim, which are part of the specification as expressly noted in *Consolboard* (such as one dealing with a new use/new utility (see *AZT*, cited above)) and statements in respect of a claimed new process to make an old product to obtain a specific result (see, for example, *Re Alsop's Patent* (1907), 24 R.P.C. 733) ought to be distinguished from expressly qualified statements as to what practical applications can be expected to flow from the demonstrated properties and advantages of a new product (such as the new compound in this case).

[127] Thus, even if I were to assume that the Trial Judge was correct to construe the last part of the long sentence on page 21 of the '777 patent as referring to human use “the medicine of the invention *can* be usefully administered in the treatment and prevention of platelet disorders due to extracorporeal blood circuits or the consequence of complications in artheroma” (emphasis added), I could not construe this statement as a promise of a specific result within the meaning of *Consolboard*.

[128] I understand the Trial Judge to have found that a person skilled in the art would know at the relevant time that one cannot reasonably predict any useful use of clopidogrel in humans from the properties and advantages demonstrated in the patent (see, for example, paragraphs 572, 573 and 580 of the reasons). Thus, the person skilled in the art would recognize that the mechanism and the properties specifically identified in the first part of the statement found on page 21 of the '777 patent (“[o]n account of its interesting inhibitory properties towards platelet aggregation and its interference in the mechanism of formation of arterial and venous thromboses”) are insufficient to make the leap to the conclusion that a practical application in humans will indeed be achieved.

promesse de résultats spécifiques au sens de la jurisprudence *Consolboard*.

[126] De plus, à mon avis, les déclarations ou les mentions concernant un résultat spécifique contenues dans une demande (comme celle portant sur un nouvel emploi/nouvelle utilité (voir l'arrêt *AZT*, précité)), qui font partie du mémoire descriptif comme l'a expressément souligné la Cour suprême par l'arrêt *Consolboard*, de même que celles qui concernent un nouveau procédé revendiqué permettant d'obtenir un résultat spécifique à partir d'un produit existant (voir, par exemple, *Re Alsop's Patent* (1907), 24 R.P.C. 733), doivent être distinguées des déclarations, comportant expressément des réserves, faites au sujet des applications pratiques susceptibles d'être obtenues grâce aux propriétés et avantages démontrés d'un nouveau produit (comme le nouveau composé en l'espèce).

[127] Ainsi, même en supposant que le juge de première instance a eu raison de conclure que la dernière partie de la longue phrase de la page 21 du brevet '777 se rapportait à un usage humain [TRADUCTION] « le médicament de l'invention peut être utile lorsqu'il est administré pour le traitement et la prévention des troubles plaquettaires associés aux circuits sanguins extracorporels ou des conséquences des complications de l'athérome » (non souligné dans l'original), je ne peux interpréter cette déclaration de manière à ce qu'elle constitue une promesse d'un résultat spécifique au sens de la jurisprudence *Consolboard*.

[128] D'après ce que je comprends, le juge de première instance a conclu que la personne versée dans l'art saurait, à la date pertinente, que l'on ne peut raisonnablement prédire tout usage utile du clopidogrel chez l'humain à partir des propriétés et des avantages démontrés dans le brevet (voir, par exemple, les paragraphes 572, 573 et 580 des motifs). La personne versée dans l'art reconnaîtrait ainsi que le mécanisme et les propriétés spécifiquement indiquées dans la première partie de l'énoncé figurant en page 21 du brevet '777 ([TRADUCTION] « [c]omme il a d'intéressantes propriétés inhibitrices de l'agrégation plaquettaire et altère le mécanisme de formation des thrombus artériels et veineux ») ne permettent pas de conclure que l'invention aura effectivement une application pratique chez l'humain.

[129] In this context, it is difficult, if not impossible, in my view, to construe the statement at the end of the sentence at page 21 of the '777 patent as a promise (i.e. effectively, a guarantee) that any specific result will be achieved in humans. The word “can” must mean that, as a pro-drug, clopidogrel has the prerequisite inhibitory properties before ingestion (i.e. the power) to allow a practical application to occur in humans; it is “potentially capable of” such application (see *Canadian Oxford Dictionary*, 2nd ed., *sub verbo* “can”).

[130] As patent disclosures are addressed to persons skilled in the art, a patentee should be able to assume that the specific limits of his or her statement will be properly understood. This, in my view, is perfectly in line with the approach to construction mandated in *Consolboard* and referred to at paragraph 54 of Pelletier J.A.’s reasons.

[131] The Supreme Court of Canada’s comments in *Consolboard* with respect to a promise of a specific result were made in a case raising issues of demonstrated utility. I believe that one must be particularly prudent when one seeks to extend *Consolboard*’s principles to statements clearly based on expectations. In fact, in my view, even if one were to adopt the Trial Judge’s construction, the promise has been met as clopidogrel is indeed useful in humans.

[132] If this is not so, then this case demonstrates the seriousness of some of the criticisms set out in Professor Norman Siebrasse’s article “Must the Factual Basis for Sound Prediction Be Disclosed in the Patent?” (2012), 28 *C.I.P.R.* 39. In that article, Professor Siebrasse argues that Binnie J.’s brief statement at paragraph 70 of *AZT* is not a proper basis for the heightened level of disclosure applied in recent case law, especially in cases where no use or specific result is referred to in claims where the inventor defines the invention for which he is seeking a monopoly, or where a specific advantage/utility is required to support the right to claim a particular invention (selection).

[129] Dans ce contexte, il me semble difficile, voire impossible, d’interpréter l’énoncé de la fin de la phrase en page 21 du brevet '777 comme la promesse (c.-à-d. effective, garantie) de l’obtention d’un résultat spécifique chez l’humain. Le terme « peut » doit signifier que le clopidogrel possède, comme pro-médicament, les propriétés inhibitrices requises avant l’ingestion (c.-à-d. la puissance) pour avoir une application pratique chez l’humain; il [TRADUCTION] « peut potentiellement » avoir cette application (voir *Canadian Oxford Dictionary*, 2^e éd., *sub verbo* « can »).

[130] Comme les divulgations de brevet s’adressent aux personnes versées dans l’art, les brevetés doivent pouvoir supposer que les limites spécifiques de leur énoncé seront correctement interprétées. Ceci me paraît tout à fait conforme à l’approche en matière d’interprétation imposée par la jurisprudence *Consolboard* qu’évoquent les motifs du juge Pelletier au paragraphe 54.

[131] Les observations de la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *Consolboard* quant à la promesse d’un résultat spécifique ont été formulées dans une affaire soulevant des questions d’utilité démontrée. Je pense qu’il faut être particulièrement prudent avant d’appliquer l’enseignement de l’arrêt *Consolboard* à des énoncés reposant clairement sur des attentes. En fait, même en adoptant l’interprétation du juge de première instance, la promesse me paraît avoir été remplie puisque le clopidogrel est bel et bien utile chez l’humain.

[132] Si tel n’est pas le cas, la présente affaire démontre que certaines des critiques contenues dans l’article du professeur Norman Siebrasse intitulé « Must the Factual Basis for Sound Prediction Be Disclosed in the Patent? » [Le fondement factuel de la prédiction valable doit-il être divulgué dans le brevet?] (2012), 28 *C.I.P.R.* 39, doivent être prises au sérieux. Le professeur Siebrasse faisait valoir que l’observation succincte du juge Binnie au paragraphe 70 de l’arrêt *AZT* ne justifie pas le degré accru de divulgation exigé par la jurisprudence récente, en particulier dans les demandes qui ne mentionnent aucun usage ou résultat spécifique lorsque l’inventeur définit l’invention à l’égard de laquelle il réclame un monopole, ou qu’un avantage/une utilité spécifique doit être établi pour justifier le droit de revendiquer une invention particulière (sélection).

[133] It is clear that the Trial Judge was satisfied that the patent application was not filed on the basis of mere speculation. The patentee had a solid track record based on an extensive research program and a reasonably sound line of reasoning. It is not challenged here that the invention is indeed useful and extensively used. Thus, neither the description of the invention (per section 34 of the Act) nor the policy reasons discussed in the *AZT* decision at paragraph 69 are at issue.

[134] In contradistinction with the situation in *AZT*, where the invention claimed was the new use/utility and thus the *quid pro quo* for the grant of the monopoly was a full disclosure in respect of such utility, the public here received all the information necessary to make and use clopidogrel, the invention claimed in the '777 patent. The Trial Judge found, and this is no longer challenged, that the advantages necessary to make the selection inventive and thus justify the grant of a monopoly on clopidogrel were fully and properly described and demonstrated in the patent.

[135] In such a case, the level of disclosure required by law should be lower. If again I were to assume that the Trial Judge's construction was correct, the clear indication in the statement at page 21 of the '777 patent that use in humans was predicted as opposed to demonstrated should be sufficient at law to meet the test for sound prediction. Indeed, this is enough to enable the public to know that such practical application was not demonstrated at the time the patent application was filed. Therefore, the public would have the ability to challenge the monopoly based on whether it was granted on mere speculation, and determine whether the inventor in fact had the required factual basis and sound line of reasoning to support this statement at the relevant time.

[136] Turning now to obviousness, I add to the reasons given by my colleague, Pelletier J.A. that, in my view, the analysis of the Trial Judge is incomplete because it only focused on the resolution of PCR 4099.

[137] The Trial Judge believed that the evidence before him with respect to the separation of the enantiomers was significantly different from the evidence

[133] Il est évident que le juge de première instance a conclu que la demande de brevet n'a pas été déposée sur la foi de simples hypothèses. Le breveté avait de solides antécédents fondés sur un programme de recherche de grande envergure et son raisonnement était plutôt sensé. Nul ne conteste en l'occurrence que l'invention est bel et bien utile et abondamment employée. Ainsi, ni la description de l'invention (suivant l'article 34 de la Loi) ni les raisons de politiques énoncées dans l'arrêt *AZT*, au paragraphe 69, ne sont en cause.

[134] Contrairement à l'affaire *AZT*, où l'invention revendiquée concernait un nouvel usage/une nouvelle utilité, et où le monopole était accordé en échange d'une divulgation complète de cette utilité, le public a bénéficié en l'espèce de tous les renseignements nécessaires à la fabrication et à l'emploi du clopidogrel, l'invention revendiquée dans le brevet '777. Le juge de première instance a conclu, et ceci n'est plus controversé, que les avantages qu'il était nécessaire de prouver pour rendre la sélection inventive et donc justifier l'octroi d'un monopole sur le clopidogrel, étaient parfaitement décrits et démontrés dans le brevet.

[135] Dans un tel cas, le niveau de divulgation requis par la loi devrait être inférieur. En supposant encore une fois que l'interprétation du juge de première instance était exacte, le fait que l'énoncé à la page 21 du brevet '777 indique clairement que l'utilisation chez l'humain était prédite plutôt que démontrée devrait suffire, en droit, à remplir le critère de la prédiction valable. Cela suffit en effet pour informer le public que cette application pratique n'a pas été démontrée au moment du dépôt de la demande de brevet. Le public pouvait donc contester le monopole en cherchant à établir s'il reposait sur de simples hypothèses, et si l'inventeur avait étayé cet énoncé par un fondement factuel et un raisonnement sensé à la date pertinente.

[136] Quant à l'évidence, j'ajouterai aux motifs de mon collègue, le juge Pelletier, que l'analyse du juge de première instance me semble incomplète parce qu'elle ne se concentre que sur la résolution du PCR 4099.

[137] Le juge de première instance a estimé que les éléments de preuve dont il disposait au sujet de la séparation des énantiomères étaient très différentes de ceux

before the Supreme Court of Canada in *Plavix* because: (i) he found that a line had been drawn in the sand at the time the application was filed, and that as part of the process of developing a racemic drug a sponsor would be motivated to separate the enantiomers to get information to pre-empt expected new regulatory requirements (see reasons, at paragraphs 748–749); and (ii) in his view, the separation itself did not involve substantial difficulties and was routine. However, Rothstein J. made it clear in *Plavix* that whether the separation or resolution of the enantiomers was routine or involved arduous work would assume small significance in this case when one considers the whole course of conduct that led to the decision to separate (see *Plavix*, at paragraph 89).

[138] It appears to me that the Trial Judge did not really weigh the extent, nature, and amount of efforts required to arrive at a decision to actually develop PCR 4099, as opposed to any other racemic compound covered by the '875 patent to the point that separation will become relevant. As mentioned by Pelletier J.A., above, at paragraph 73, Rothstein J. found in *Plavix* that the '875 patent did not differentiate between the efficacy and toxicity of any of the compounds it covered. The Trial Judge essentially agreed and held that the '875 patent did not point either directly or indirectly to PCR 4099, even if PCR 4099 itself was known as one of the 21 compounds used in the examples of the '875 patent.

[139] The Trial Judge did not find that the person skilled in the art would obviously start a development project based on the '875 patent compound with PCR 4099 as opposed to any other compound, including the 21 compounds expressly used in the examples. In fact, Sanofi's actual course of action militates against such a conclusion.

[140] Thus, for the reasons given by my colleague, Pelletier J.A., and considering the additional comments above, I agree that the conclusion in respect of obviousness cannot stand.

qui avait été présentés à la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Plavix*, car : i) d'après lui, une limite avait été tracée au moment du dépôt de la demande, et les commanditaires de médicaments racémiques auraient été motivés, dans le cadre du processus de mise au point, à séparer les énantiomères pour en tirer des données et déjouer de nouvelles exigences réglementaires (voir les motifs, aux paragraphes 748 et 749); ii) à son avis, la séparation en elle-même ne soulevait pas de difficultés importantes et relevait de la routine. Cependant, le juge Rothstein a bien indiqué dans l'arrêt *Plavix* que la question de savoir si la séparation ou la résolution des énantiomères était un exercice de routine ou un travail difficile n'aurait que peu de poids en l'occurrence si l'on considère tout l'arrière-plan de la décision de séparer ces énantiomères (voir l'arrêt *Plavix*, au paragraphe 89).

[138] Il me semble que le juge de première instance n'a pas réellement évalué l'étendue et la nature des efforts requis pour parvenir à la décision de mettre effectivement au point le PCR 4099, par opposition à tout autre composé racémique visé par le brevet '875, avant de rendre cette séparation pertinente. Comme le juge Pelletier l'a observé au paragraphe 73, le juge Rothstein a estimé dans l'affaire *Plavix* que le brevet '875 n'opérait pas de distinction entre l'efficacité et la toxicité des composés qui y étaient revendiqués. Le juge de première instance, pour l'essentiel, a reconnu cela et a conclu que le brevet '875 ne désignait ni directement ni indirectement le PCR 4099, même s'il figurait parmi les 21 composés cités dans les exemples du brevet '875.

[139] Le juge de première instance n'a pas conclu qu'il était évident que la personne versée dans l'art se lancerait dans un projet de fabrication fondé sur le PCR 4099 du brevet '875 à l'exclusion de tout autre composé, y compris les 21 autres expressément cités dans les exemples. À vrai dire, la ligne d'action réellement adoptée par Sanofi est incompatible avec cette conclusion.

[140] Par conséquent, par les motifs de mon collègue, le juge Pelletier, et compte tenu des observations additionnelles ci-dessus, je conviens que la conclusion relative à l'évidence ne peut être maintenue.

If undelivered, return to:
Federal Courts Reports
Office of the Commissioner for Federal Judicial Affairs Canada
99 Metcalfe Street, 8th floor
Ottawa, Ontario, Canada K1A 1E3

En cas de non-livraison, retourner à :
Recueil des décisions des Cours fédérales
Commissariat à la magistrature fédérale Canada
99, rue Metcalfe, 8e étage
Ottawa (Ontario), Canada K1A 1E3