

A-293-15
2015 FCA 268

A-293-15
2015 CAF 268

**The Canadian Copyright Licensing Agency
(Operating as Access Copyright) (Applicant)**

**The Canadian Copyright Licensing Agency, s/n
Access Copyright (demanderesse)**

v.

c.

Her Majesty the Queen in Right of the Province of Alberta, Her Majesty the Queen in Right of the Province of Manitoba, the Province of New Brunswick, Her Majesty in Right of Newfoundland and Labrador, Her Majesty the Queen in Right of the Province of Nova Scotia, the Government of Nunavut, Her Majesty the Queen in Right of the Province of Prince Edward Island, Her Majesty the Queen in Right of the Province of Saskatchewan, Government of Yukon and Her Majesty the Queen in Right of the Province of British Columbia (Respondents)

Sa Majesté la Reine du chef de la province de l'Alberta, Sa Majesté la Reine du chef de la province du Manitoba, la province du Nouveau-Brunswick, Sa Majesté du chef de Terre-Neuve-et-Labrador, Sa Majesté la Reine du chef de la province de la Nouvelle-Écosse, le gouvernement du Nunavut, Sa Majesté la Reine du chef de la province de l'Île-du-Prince-Édouard, Sa Majesté la Reine du chef de la province de la Saskatchewan, le gouvernement du Yukon et Sa Majesté la Reine du chef de la province de la Colombie-Britannique (intimés)

**INDEXED AS: CANADIAN COPYRIGHT LICENSING AGENCY
(ACCESS COPYRIGHT) v. ALBERTA**

**RÉPERTORIÉ : CANADIAN COPYRIGHT LICENSING
AGENCY (ACCESS COPYRIGHT) c. ALBERTA**

Federal Court of Appeal, Stratas J.A.—Ottawa,
November 26, 2015.

Cour d'appel fédérale, juge Stratas, J.C.A.—Ottawa,
26 novembre 2015.

Practice — Affidavits — Motion seeking removal of material included by applicant in application for judicial review of Copyright Board of Canada decision — Board responding to request under Federal Courts Rules — Applicant placing material not obtained under r. 317 into application record — That material not introduced by affidavit describing provenance thereof — How should materials before administrative decision maker be brought before reviewing court — Applicant erring in not introducing material by way of affidavit pursuant to Rules, r. 306 — Filing affidavit allowing for cross-examination thereon as parties entitled to test each other's positions on whether certain material appended to affidavits was in fact before administrative decision maker — While having good intentions, applicant contravening rule that facts must be proven by evidence, might have worked procedural unfairness — As to remedy, Rules, r. 3 requiring that Court apply rules in manner to secure just determination on merits, not to punish mistake that can be fixed — Court ordering, inter alia, removal from record of materials mistakenly included therein, allowing parties to file affidavits pursuant to Rules, r. 306, undertake cross-examinations pursuant to Rules, r. 308 — Motion granted.

Pratique — Affidavits — Requête demandant le retrait de certains documents que la demanderesse a inclus dans la demande de contrôle judiciaire à l'encontre de la décision de la Commission du droit d'auteur du Canada — La Commission a répondu à la demande en vertu de la r. 317 des Règles des Cours fédérales — La demanderesse a placé les documents qui n'avaient pas été obtenus en vertu de la règle 317 dans son dossier de demande — Ces documents n'étaient pas joints à un affidavit décrivant leur origine — Il s'agissait de savoir comment une personne présente devant la cour de révision les documents qui ont été présentés au décideur administratif — La demanderesse a commis une erreur en ne déposant pas les documents au moyen d'un affidavit en vertu de la règle 306 des Règles — Le dépôt d'un affidavit permet de procéder à un contre-interrogatoire sur celui-ci, car les parties sont en droit de vérifier les positions de l'autre partie sur la question de savoir si certains documents joints aux affidavits étaient effectivement devant le décideur administratif — Même si elle était de bonne foi, la demanderesse est allée à l'encontre de la règle selon laquelle les faits doivent être prouvés au moyen d'éléments de preuve et elle aurait pu donner lieu à une iniquité procédurale — Quant au recours, la règle 3 des Règles oblige la Cour à appliquer les Règles de façon à permettre d'apporter une solution juste, et non de punir une partie qui a fait une erreur qui peut être corrigée — La Cour a ordonné entre

This was a motion by the respondents seeking the removal of certain material included by the applicant in its application for judicial review of a decision by the Copyright Board of Canada.

In response to a request made by the applicant under rule 317 of the *Federal Courts Rules*, the Board informed the parties that it did not have in its possession any relevant material not already in the possession of the applicant. The applicant then placed material that it did not obtain under rule 317 into its application record. It was not under an affidavit describing the provenance of the material.

At issue was how materials that were before the administrative decision maker should be brought before the reviewing court.

Held, the motion should be granted.

Documents by themselves, not introduced by an affidavit authenticating them, are not admissible evidence. Under rule 306 and rule 307, applicants and respondents, respectively, can serve upon each other an affidavit that appends such material. They need only include the material necessary for their application. Cross-examinations may be conducted on the affidavits pursuant to rule 308 as the parties are entitled to test each other's positions on whether certain material appended to the affidavits was in fact before the administrative decision maker at the time it made its decision. The applicant thus erred in not introducing the material by way of an affidavit pursuant to rule 306 of the Rules. After receiving the affidavit, the respondents might have exercised their right to cross-examine pursuant to rule 308. The applicant's error was an innocent one. The applicant had good intentions and was looking for a fast, easy way to place the material before the Court. Unfortunately, the way the applicant went forward offended the Rules, ran contrary to the general rule that facts before the reviewing court must be proven by evidence, and might have worked procedural unfairness.

On the issue of remedy, rule 3 requires the Court to apply the rules to secure a just determination on the merits, not to punish a party that has made a mistake that can be fixed. To

autres le retrait du dossier des documents qui y ont été inclus par erreur, permettant aux parties de déposer des affidavits en vertu de la règle 306 des Règles et de procéder à des contre-interrogatoires en vertu de la règle 308 des Règles — Requête accordée.

Il s'agissait d'une requête présentée par les intimés demandant le retrait de certains documents que la demanderesse a inclus dans sa demande de contrôle judiciaire à l'encontre d'une décision de la Commission du droit d'auteur du Canada.

En réponse à la demande formulée par la demanderesse en vertu de la règle 317 des *Règles des Cours fédérales*, la Commission a informé les parties qu'elle n'avait en sa possession aucun document pertinent que la demanderesse n'avait pas déjà en sa possession. La demanderesse a ensuite placé les documents qui n'avaient pas été obtenus en vertu de la règle 317 dans son dossier de demande. Ils n'étaient pas joints à un affidavit décrivant l'origine des documents.

Il s'agissait de savoir comment une personne présente devant la cour de révision les documents qui ont été présentés au décideur administratif.

Jugement : la requête doit être accordée.

Des documents qui ne sont pas présentés avec un affidavit qui en certifie l'authenticité ne sont pas en soi des éléments de preuve admissibles. Aux termes des règles 306 et 307, les demandeurs et les intimés peuvent signifier à l'autre partie un affidavit accompagné des documents. Elles n'ont à inclure que les documents nécessaires à la demande. La règle 308 permet d'effectuer des contre-interrogatoires relativement aux affidavits, car les parties sont en droit de vérifier les positions de l'autre partie sur la question de savoir si certains documents joints aux affidavits étaient effectivement devant le décideur administratif au moment où il a rendu sa décision. La demanderesse a par conséquent commis une erreur en ne déposant pas les documents au moyen d'un affidavit en vertu de la règle 306 des Règles. Après avoir reçu cet affidavit, les intimés auraient pu exercer leur droit de contre-interroger en vertu de la règle 308. L'erreur de la demanderesse n'était pas mal intentionnée. La demanderesse était de bonne foi et elle cherchait une façon rapide et facile de présenter les documents devant la Cour. Malheureusement, la façon dont la demanderesse a procédé a contrevenu aux Règles, elle allait à l'encontre de la règle générale selon laquelle les faits dont est saisie la cour de révision doivent être prouvés au moyen d'éléments de preuve, et elle aurait pu donner lieu à une iniquité procédurale.

Pour ce qui est de remédier à la situation, la règle 3 oblige la Cour à appliquer les Règles de façon à permettre d'apporter une solution juste, et non de punir une partie qui a fait une

that end, the Court ordered, *inter alia*, that the materials mistakenly included in the applicant's application record be removed from that record; that the applicant may serve an affidavit pursuant to rule 306 appending materials it says were before the Board and in its possession, including the materials mistakenly included in the application record; that the respondents may serve affidavits responding to the applicant's affidavit; and that cross-examinations may be undertaken in accordance with rule 308 concerning those affidavits.

erreur qui peut être corrigée. À cette fin, la Cour a ordonné, entre autres, que les documents inclus par erreur dans le dossier de demande de la demanderesse soient retirés de ce dossier; que la demanderesse signifie, conformément à la règle 306 des Règles, un affidavit accompagnant les documents qui, selon elle, ont été présentés devant la Commission et qui sont en sa possession, y compris les documents inclus par erreur dans le dossier de demande; que les intimés signifient des affidavits en réponse à l'affidavit de la demanderesse; et, conformément à la règle 308, que des contre-interrogatoires aient lieu en ce qui concerne ces affidavits.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Federal Courts Rules, SOR/98-106, rr. 3, 306, 307, 308, 309, 310, 317, 318.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Règles des Cours fédérales, DORS/98-106, règles 3, 306, 307, 308, 309, 310, 317, 318.

CASES CITED

CONSIDERED:

R. v. Northumberland Compensation Appeal Tribunal, ex p. Shaw, [1951] EWCA Civ. 1 (BAILII), [1952] 1 K.B. 338; *Hartwig v. Commission of Inquiry into matters relating to the death of Neil Stonechild*, 2007 SKCA 74 (CanLII), 284 D.L.R. (4th) 268.

REFERRED TO:

Dunsmuir v. New Brunswick, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Access Information Agency Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2007 FCA 224, 66 Admin. L.R. (4th) 83; *Canada (Attorney General) v. Slansky*, 2013 FCA 199, [2015] 1 F.C.R. 81; *Canada (Attorney General) v. Lacey*, 2008 FCA 242; *Canada (Attorney General) v. Canadian North Inc.*, 2007 FCA 42; *Bernard v. Canada (Revenue Agency)*, 2015 FCA 263.

MOTION by the respondents seeking the removal of certain material included by the applicant in its application for judicial review of a Copyright Board of Canada decision (*Access Copyright (Provincial and Territorial Governments) 2005-2014*, online: <<http://www.cb-cda.gc.ca/decisions/2015/DEC-2015-03-22.pdf>>). Motion granted.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS EXAMINÉES :

R. v. Northumberland Compensation Appeal Tribunal, ex p. Shaw, [1951] EWCA Civ. 1 (BAILII), [1952] 1 K.B. 338; *Hartwig v. Commission of Inquiry into matters relating to the death of Neil Stonechild*, 2007 SKCA 74 (CanLII), 284 D.L.R. (4th) 268.

DÉCISIONS CITÉES :

Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Access Information Agency Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2007 CAF 224; *Canada (Procureur général) c. Slansky*, 2013 CAF 199, [2015] 1 R.C.F. 81; *Canada (Procureur général) c. Lacey*, 2008 CAF 242; *Canada (Procureur général) c. Canadian North Inc.*, 2007 CAF 42; *Bernard c. Canada (Agence du revenu)*, 2015 CAF 263.

REQUÊTE présentée par les intimés demandant le retrait de certains documents que la demanderesse a inclus dans sa demande de contrôle judiciaire à l'encontre d'une décision de la Commission du droit d'auteur du Canada (*Access Copyright (Gouvernements provinciaux et territoriaux – 2005-2014)*, en ligne : <<http://www.cb-cda.gc.ca/decisions/2015/DEC-2015-03-22.pdf>>). Requête accordée.

WRITTEN REPRESENTATIONS

Jessica Zagar for applicant.
Wanda Noel, J. Aidan O'Neill and Ariel A. Thomas for respondents except Her Majesty the Queen in Right of the Province of British Columbia.

OBSERVATIONS ÉCRITES

Jessica Zagar pour la demanderesse.
Wanda Noel, J. Aidan O'Neill et Ariel A. Thomas pour les intimés sauf Sa Majesté la Reine du chef de la province de la Colombie-Britannique.

Bruce M. Green for respondent Her Majesty the Queen in Right of the Province of British Columbia.

Bruce M. Green pour l'intimée Sa Majesté la Reine du chef de la province de la Colombie-Britannique.

SOLICITORS OF RECORD

The Canadian Copyright Licensing Agency, operating as Access Copyright, Toronto, for applicant.

Wanda Noel and Fasken Martineau DuMoulin LLP, Ottawa, for respondents except Her Majesty the Queen in Right of the Province of British Columbia.

Oyen Wiggs Green & Mutala LLP, Vancouver, for respondent Her Majesty the Queen in Right of the Province of British Columbia.

The following are the reasons for order rendered in English by

STRATAS J.A.:

A. Introduction and the basic facts giving rise to this motion

[1] Access Copyright has brought an application for judicial review in this Court. It seeks to quash the decision dated May 22, 2015 of the Copyright Board [*Access Copyright (Provincial and Territorial Governments) 2005-2014*]. The respondents have now brought a motion seeking the removal of certain material Access Copyright has included in its application record.

[2] At the outset, some brief description of the material in issue is necessary.

[3] In its notice of application, Access Copyright included a request under rule 317 [of the *Federal Courts Rules*, SOR/98-106 (Rules)] that the Board supply it with “material relevant to [the] application that is in the possession of [the Board] ... and not in [Access Copyright’s] possession”. In response to the rule 317 request, the Board informed the parties that it did not have in its possession any relevant material not already in the possession of the applicant.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

The Canadian Copyright Licensing Agency, exerçant ses activités sous le nom d’« Access Copyright », Toronto, pour la demanderesse.

Wanda Noel et Fasken Martineau DuMoulin, S.E.N.C.R.L., s.r.l., Ottawa, pour les intimés (sauf Sa Majesté la Reine du chef de la province de la Colombie-Britannique).

Oyen Wiggs Green & Mutala LLP, Vancouver, pour l'intimée Sa Majesté la Reine du chef de la province de la Colombie-Britannique.

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

LE JUGE STRATAS, J.C.A. :

A. Introduction et faits essentiels donnant lieu à la requête

[1] Access Copyright a présenté une demande de contrôle judiciaire devant la Cour. La société cherche à faire casser la décision de la Commission du droit d’auteur du 22 mai 2015 [*Access Copyright (Gouvernements provinciaux et territoriaux) 2005-2014*]. Les intimés ont maintenant présenté une requête demandant le retrait de certains documents qu’Access Copyright a inclus dans le dossier de demande.

[2] Pour commencer, il est nécessaire de faire une brève description des documents en litige.

[3] Dans son avis de demande, Access Copyright a inclus une demande en vertu de la règle 317 des *Règles des Cours fédérales* [DORS/98-106 (les Règles)] afin que la Commission lui fournisse « des documents [et] des éléments matériels pertinents quant à la demande qu’[Access Copyright] n’a pas mais qui sont en la possession [de la Commission] ». En réponse à la demande formulée en vertu de la règle 317, la Commission a informé les parties qu’elle n’avait en sa possession aucun document pertinent que la demanderesse n’avait pas déjà en sa possession.

[4] The motion before this Court concerns how Access Copyright dealt with the material that was before the Board and in its possession, i.e., the material that it did not obtain under rule 317. Access Copyright simply placed that material into its application record. It was not under an affidavit describing the provenance of the material.

[5] The respondents move to strike this material from the applicant's record. They say that the documents should have been supplied under affidavit. For the reasons below, I agree with the respondents.

[6] The failure to place the documents under affidavit sounds like a technical deficiency of no moment. As I shall explain, it is not—in some instances, that failure can cause procedural unfairness, and it offends a basic principle concerning the admissibility of evidence.

B. Analysis

(1) The applicable principles

[7] At the root of this motion is a question: on a judicial review, how does one bring the materials that were before the administrative decision maker before the reviewing court?

[8] The frequency with which this question comes before the Federal Courts shows that many do not know the answer. There is little case law on point, perhaps because we regard the relevant rules as being clear. Indeed, the rules are clear but they are intricate and interrelated and, in some cases, stand against a common law backdrop. Now is the time to provide some more general guidance.

[9] As is the case with every procedural question in the Federal Courts system, the starting point must be the *Federal Courts Rules*.

[4] La requête dont la Cour est saisie concerne la façon dont Access Copyright a traité les documents qui avaient été présentés devant la Commission et qui étaient en sa possession, c'est-à-dire les documents qui n'ont pas été obtenus en vertu de la règle 317. Access Copyright a simplement placé les documents dans son dossier de demande. Ils n'étaient pas joints à un affidavit décrivant l'origine des documents.

[5] Les intimés demandent la radiation de ces documents du dossier de la demanderesse. Ils affirment que les documents auraient dû être joints à un affidavit. Pour les motifs qui suivent, je suis d'accord avec les intimés.

[6] L'omission de joindre les documents à un affidavit semble être une lacune technique sans importance. Comme je l'expliquerai, ce n'est pas le cas : dans certaines circonstances, cette lacune peut entraîner une iniquité procédurale, et elle porte atteinte à un principe fondamental concernant l'admissibilité de la preuve.

B. Analyse

1) Les principes applicables

[7] La question suivante est à la base de la requête : dans un contrôle judiciaire, comment une personne présente-t-elle devant la cour de révision les documents qui ont été présentés au décideur administratif?

[8] La fréquence à laquelle cette question est soumise aux Cours fédérales démontre que beaucoup de gens ne connaissent pas la réponse. Il y a peu de jurisprudence à ce sujet, peut-être parce que nous considérons que les règles pertinentes sont claires. En effet, les règles sont claires, mais elles sont complexes et liées entre elles. Dans certains cas, elles s'interprètent en tenant compte de la common law. Il est maintenant temps de donner des lignes directrices générales.

[9] Comme pour chaque question de procédure qui se présente dans le système des Cours fédérales, il faut s'en remettre en premier lieu aux *Règles des Cours fédérales*.

[10] We begin with rule 317, the rule that Access Copyright invoked in its notice of application. Rule 317 permits a party to obtain certain material from the administrative decision maker. The administrative decision maker responds in accordance with rule 318 [of the Rules].

[11] Rule 317 stands against a common law backdrop. Over six decades ago, the writ of *certiorari*—the writ used to quash decisions of an administrative decision maker—was available in the case of an error on the face of the record. That sort of error was quite limited and in no way bears relation to the concept of unreasonableness as we know it today. As a result, the material before the administrative decision maker that could be placed before the reviewing court was extremely limited: *R. v. Northumberland Compensation Appeal Tribunal, ex p. Shaw*, [1951] EWCA Civ. 1 (BAILII), [1952] 1 K.B. 338, at pages 351 and 352.

[12] *Northumberland* stood for the proposition that the particular evidence before the administrative decision maker was not to be produced to the reviewing court. But since *Northumberland*, the availability of *certiorari* has dramatically expanded and with that expansion has come the need for more materials to be placed before the reviewing court. Today, *certiorari* is available for substantive unreasonableness of the sort contemplated in *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190. Review of that nature may require the reviewing court to have before it large portions of the material or even all of the material the administrative decision maker considered in making its decision.

[13] Rule 317 reflects the reality today that the permissible grounds for judicial review are broader than they once were. It entitles the requesting party to receive everything that was before the decision maker at the time it made its decision and that the applicant does not have in its possession: *Access Information Agency Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2007 FCA 224, 66 Admin. L.R. (4th) 83, at paragraph 7. This allows parties “to effectively pursue their rights to challenge

[10] Voyons d’abord la règle 317, celui qu’Access Copyright a invoqué dans son avis de demande. La règle 317 permet à une partie d’obtenir certains documents du décideur administratif. Celui-ci répond à la demande conformément à la règle 318 des Règles.

[11] La règle 317 s’interprète en tenant compte de la common law. Il y a plus de 60 ans, le bref de *certiorari*, qui servait à casser les décisions d’un décideur administratif, pouvait être utilisé dans le cas d’une erreur apparaissant à la lecture du dossier. Ce type d’erreur était assez limité et n’avait rien à voir avec la notion du caractère déraisonnable telle que nous la connaissons aujourd’hui. Par conséquent, les documents dont était saisi le décideur administratif et qui pouvaient être présentés à la cour de révision étaient extrêmement limités : *R. v. Northumberland Compensation Appeal Tribunal, ex p. Shaw*, [1951] EWCA Civ. 1 (BAILII), [1952] 1 K.B. 338, aux pages 351 et 352.

[12] La décision *Northumberland* établissait le principe voulant que la preuve présentée au décideur administratif ne devait pas être produite devant la cour de révision. Cependant, depuis la décision *Northumberland*, les possibilités de recours au *certiorari* se sont radicalement élargies, ce qui a eu pour effet d’accroître la quantité de documents qu’il faut présenter à la cour de révision. De nos jours, le *certiorari* peut être utilisé en cas de décision déraisonnable quant au fond, comme la situation envisagée dans la décision *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190. Un contrôle judiciaire de cette nature peut exiger que la cour de révision soit saisie de grandes parties des documents dont le décideur administratif a tenu compte pour rendre sa décision, ou même de la totalité de ces documents.

[13] La règle 317 reflète la réalité d’aujourd’hui, c’est-à-dire que les motifs admissibles de contrôle judiciaire sont plus vastes qu’ils l’ont déjà été. Il donne au demandeur le droit de recevoir tout ce dont était saisi le décideur au moment où celui-ci a rendu sa décision et que le demandeur n’a pas en sa possession : *Access Information Agency Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2007 CAF 224, au paragraphe 7. Cela permet aux parties de [TRADUCTION] « se prévaloir efficacement de leur

administrative decisions from a reasonableness perspective” and “have the reviewing court [that is engaged in reasonableness review] consider the evidence presented to the tribunal in question”: *Hartwig v. Commission of Inquiry into matters relating to the death of Neil Stonechild*, 2007 SKCA 74 (CanLII), 284 D.L.R. (4th) 268, at paragraph 24 (commenting on a rule similar to rule 317).

[14] This excerpt from *Hartwig* recognizes the relationship between the record before the reviewing court and the reviewing court’s ability to review what the administrative decision maker has done. If the reviewing court does not have evidence of what the administrative decision maker has relied upon, the reviewing court may not be able to detect reviewable error. In other words, an inadequate evidentiary record before the reviewing court can immunize the administrative decision maker from review on certain grounds. See *Canada (Attorney General) v. Slansky*, 2013 FCA 199, [2015] 1 F.C.R. 81, at paragraph 276 (dissenting reasons, but not opposed on this point).

[15] Rule 317 can fulfil another purpose that is less lofty but still important. Parties before the administrative decision maker will often have in their possession all of the material the administrative decision maker considered in making its decision. But not always. And sometimes parties may be unsure whether they do. Sometimes they wish to confirm exactly what the administrative decision maker actually considered in making its decision. Rule 317 of the *Federal Courts Rules* provides a means by which parties can achieve those ends.

[16] The administrative decision maker responds to a rule 317 request by following rule 318. Under that rule, it delivers to the requester the material that was before the decision maker (and that the applicant does not have in its possession) at the time the decision at issue was made. Under rule 318, the administrative decision maker can also object to disclosure, for example on the basis of public interest privilege or legal professional privilege:

droit de contester des décisions administratives du point de vue du caractère raisonnable » et de [TRANSCRIPTION] « faire en sorte que la cour de révision [qui est appelée à statuer sur le caractère raisonnable] examine la preuve présentée au tribunal en question » : *Hartwig v. Commission of Inquiry into matters relating to the death of Neil Stonechild*, 2007 SKCA 74 (CanLII), 284 D.L.R. (4th) 268, au paragraphe 24 (où des commentaires sont formulés relativement à une règle semblable à la règle 317).

[14] Cet extrait de la décision *Hartwig* reconnaît le lien qui existe entre le dossier dont est saisie la cour de révision et la capacité qu’a la cour de révision d’examiner ce qu’a fait le décideur administratif. Si la cour de révision n’a aucune preuve de ce sur quoi le décideur administratif s’est fondé, elle pourrait ne pas être en mesure de détecter une erreur susceptible de révision. Autrement dit, si le dossier de la preuve présenté à la cour de révision est insuffisant, cela pourrait mettre le décideur administratif à l’abri du contrôle judiciaire à l’égard de certains des motifs possibles. Voir *Canada (Procureur général) c. Slansky*, 2013 CAF 199, [2015] 1 R.C.F. 81, au paragraphe 276 (dans des motifs rendus par un juge dissident, mais qui ne font pas l’objet de désaccord sur ce point).

[15] La règle 317 peut avoir une autre utilité qui est moins essentielle, mais qui demeure importante. Les parties qui étaient présentes devant le décideur administratif ont souvent en leur possession tous les documents que le décideur administratif a examinés pour rendre sa décision. Cependant, ce n’est pas toujours le cas. De plus, il arrive que les parties n’aient pas la certitude d’avoir tout en leur possession. Parfois, elles désirent confirmer exactement ce dont le décideur a effectivement tenu compte pour rendre sa décision. La règle 317 des Règles leur en donne le moyen.

[16] Pour répondre à une demande formulée en vertu de la règle 317, le décideur administratif suit la règle 318. Aux termes de cette règle, il remet au demandeur les documents qu’il avait au moment où la décision en litige a été rendue (et que le demandeur n’a pas en sa possession). La règle 318 autorise également le décideur administratif à contester la communication des documents, par exemple en invoquant un privilège d’intérêt

see *Slansky*, above, at paragraphs 277–283 on the issue of how to litigate a rule 318 objection involving confidential material.

[17] Materials produced by the administrative decision maker in response to a rule 317 request can simply be placed in the applicant’s record or the respondent’s record: see paragraph 309(2)(e.1) and paragraph 310(2)(c.1) [of the Rules]. When that is done, the material is in the evidentiary record before the reviewing court and may be used by the parties and the Court. No affidavit is necessary.

[18] For completeness, I should note two other things. First, the portions of any transcript of oral evidence before a tribunal may also be filed in the applicant’s or respondent’s record without an affidavit: see paragraph 309(2)(f) and paragraph 310(2)(d) [of the Rules]. Second, rule 318 provides that in addition to delivering the material to the party that made the request under rule 317, the administrative decision maker must also “transmit” a certified copy of the material to the reviewing court. Note that the Rule uses the word “transmit”, not “file”. The material is not formally before the reviewing court in the sense of being a part of the reviewing court’s evidentiary record: *Canada (Attorney General) v. Lacey*, 2008 FCA 242. Instead, the Registry is given the material in order to authenticate that materials contained in an application record under paragraph 309(2)(e.1) or paragraph 310(2)(c.1) are indeed those supplied by the administrative decision maker: *Canada (Attorney General) v. Canadian North Inc.*, 2007 FCA 42, at paragraph 11.

[19] I turn now to material that the party has in its possession and that was before the administrative decision maker at the time it made the decision in issue. This material is potentially relevant to the judicial review, but is not produced by a decision maker in response to a rule 317 request. Rules 309 and 310 do not permit this material to be filed into the applicant’s record or the respondent’s record. Thus, the parties must take

public ou le secret professionnel de l’avocat : voir la décision *Slansky*, précitée, aux paragraphes 277 à 283, au sujet de la façon de traiter une objection formulée conformément à la règle 318 dans le cas de documents confidentiels.

[17] Les documents transmis par le décideur administratif en réponse à une demande faite en vertu de la règle 317 peuvent être simplement versés dans le dossier du demandeur ou de l’intimé : voir les alinéas 309(2)e.1) et 310(2)c.1) des Règles. Lorsque cela est fait, les documents se trouvent alors dans le dossier de la preuve dont est saisie la cour de révision et ils peuvent être utilisés par les parties et par la Cour. Aucun affidavit n’est nécessaire.

[18] Par souci d’exhaustivité, je dois signaler deux autres choses. Premièrement, des extraits de toute transcription des témoignages oraux recueillis par un tribunal peuvent également être versés dans le dossier du demandeur ou de l’intimé sans affidavit : voir les alinéas 309(2)f) et 310(2)d) des Règles. Deuxièmement, la règle 318 prévoit qu’en plus de transmettre les documents à la partie qui a présenté la demande en vertu de la règle 317, le décideur administratif doit également « transmet[tre] » une copie certifiée conforme des documents à la cour de révision. Il faut souligner que les Règles utilisent le verbe « transmet[tre] », et non « déposer ». Les documents ne sont pas présentés officiellement devant la cour de révision comme faisant partie du dossier de la preuve : *Canada (Procureur général) c. Lacey*, 2008 CAF 242. Le greffe reçoit plutôt les documents afin de vérifier que les documents contenus dans un dossier de demande au titre des alinéas 309(2)e.1) ou 310(2)c.1) sont bel et bien ceux qu’a fournis le décideur administratif : *Canada (Procureur général) c. Canadian North Inc.*, 2007 CAF 42, au paragraphe 11.

[19] Je vais maintenant aborder la question des documents qu’une partie a en sa possession et dont le décideur administratif était saisi au moment où il a rendu sa décision. Ces documents peuvent être pertinents aux fins du contrôle judiciaire, mais ils ne sont pas transmis par un décideur en réponse à une demande faite en vertu de la règle 317. Les règles 309 et 310 ne permettent pas de verser ces documents dans le dossier du demandeur

affirmative steps to place that material before the reviewing court.

[20] Here, we must look at rules 306 to 310. But before doing so, we must appreciate that those rules sit alongside a fundamental general principle: facts must be proven by admissible evidence. There are exceptions to this, such as the availability of judicial notice, the presence of legislative provisions speaking to the issue, and an agreed statement of facts (including an agreement that certain documents shall be admissible). Putting those exceptions aside, documents by themselves, not introduced by an affidavit authenticating them, are not admissible evidence. Documents simply stuffed into an application record are not admissible.

[21] Under rule 306 and rule 307, applicants and respondents, respectively, can serve upon each other an affidavit that appends the material. Parenthetically, for completeness, I note that material that was *not* before the administrative decision maker can *potentially* be placed before the reviewing court by way of affidavit. However, there are restrictions and admissibility requirements unique to judicial review proceedings that must be obeyed: see, e.g., *Bernard v. Canada (Revenue Agency)*, 2015 FCA 263, and cases referred to therein.

[22] Under rules 306 and 307, parties need not include all of the material that was before the administrative decision maker. To save costs and to simplify the record, they need only include the material necessary for their application. So under rule 306, an applicant may serve an affidavit appending only some of the material. In response, a respondent might regard other parts of the material as being necessary. That respondent may use rule 307 to serve an affidavit appending additional material. See generally *Canadian North*, above, at paragraphs 3–5.

[23] Cross-examinations may be conducted on the affidavits: rule 308. Why might cross-examinations be

ou de l'intimé. Par conséquent, les parties doivent poser concrètement le geste de présenter ces éléments devant la cour de révision.

[20] Il convient d'examiner ici les règles 306 à 310. Cependant, il faut avant tout comprendre que ces règles vont de pair avec un principe général fondamental : les faits doivent être prouvés au moyen d'éléments de preuve admissibles. Il existe des exceptions à cette règle, comme la connaissance d'office, les dispositions légales traitant de la question ou un exposé conjoint des faits (y compris une entente selon laquelle certains documents sont admissibles). Sauf pour ces exceptions, des documents qui ne sont pas présentés avec un affidavit qui en certifie l'authenticité ne sont pas en soi des éléments de preuve admissibles. Les documents simplement versés dans un dossier de demande ne sont pas admissibles.

[21] Aux termes des règles 306 et 307, les demandeurs et les intimés peuvent signifier à l'autre partie un affidavit accompagné des documents. Soit dit en passant, par souci d'exhaustivité, je signale que des documents qui n'ont pas été présentés devant le décideur administratif peuvent être présentés à la cour de révision au moyen d'un affidavit. Cependant, il y a des restrictions et des exigences en matière d'admissibilité qu'il faut respecter et qui sont propres aux procédures de contrôle judiciaire : voir, par exemple, la décision *Bernard c. Canada (Agence du revenu)*, 2015 CAF 263, et les décisions qui y sont mentionnées.

[22] En vertu des règles 306 et 307, les parties ne sont pas tenues d'inclure tous les documents dont était saisi le décideur administratif. Pour réduire les frais et simplifier le dossier, elles n'ont à inclure que les documents nécessaires à la demande. Ainsi donc, un demandeur peut signifier, conformément à la règle 306, un affidavit accompagné seulement de quelques-uns des documents. Pour sa part, l'intimé peut estimer que d'autres documents sont nécessaires. Il peut alors invoquer la règle 307 pour signifier un affidavit ajoutant des documents supplémentaires. Voir de façon générale la décision *Canadian North*, précitée, aux paragraphes 3 à 5.

[23] La règle 308 permet d'effectuer des contre-interrogatoires relativement aux affidavits. Pourquoi des

necessary? Sometimes there is uncertainty about whether certain material appended to the affidavits was in fact before the administrative decision maker at the time it made its decision. The parties are entitled to test each other's positions on that. Down the road, a reviewing court might have to determine the content of the evidentiary record before proceeding further, and in some cases it may be assisted by the cross-examinations.

[24] Any affidavits under rules 306 and 307 are placed in the applicant's record or the respondent's record: see paragraph 309(2)(d) and paragraph 310(2)(b). Cross-examination transcripts are also to be included: see paragraph 309(2)(e) and paragraph 310(2)(c).

(2) Applying the principles to this case

[25] In this case, Access Copyright simply included in its application record material it had in its possession that it says was before the Board at the time it made its decision. It did not introduce the material by way of an affidavit.

[26] The foregoing analysis shows that this was an error. Access Copyright should have served an affidavit explaining that the material was before the Board when it made its decision, appending the relevant material to that affidavit. After receiving that affidavit, the respondents might have exercised their right to cross-examine. As explained in paragraph 23, above, the right to cross-examine can be important in some circumstances. In this case, I cannot tell whether or not the respondents would have exercised their right to cross-examine. The fact they might have underscores the need for Access Copyright to have served an affidavit. Finally, following any cross-examinations, Access Copyright should have included the affidavit (with exhibits) and any cross-examination transcripts in its application record: see paragraph 309(2)(d) and paragraph 309(2)(e).

[27] I am satisfied that Access Copyright's error was an innocent one. The candid and professional affidavit of senior counsel shows that Access Copyright had good intentions and was looking for a fast, easy way to place

contre-interrogatoires? Il peut parfois y avoir un doute sur la question de savoir si certains documents joints aux affidavits étaient effectivement devant le décideur administratif au moment où il a rendu sa décision. Les parties sont en droit de vérifier les positions de l'autre partie à cet égard. Plus tard, la cour de révision pourrait avoir à déterminer le contenu du dossier de la preuve avant de continuer et, dans certains cas, elle pourrait se fonder sur les contre-interrogatoires.

[24] Tout affidavit signifié en vertu des règles 306 et 307 est versé dans le dossier de l'appelant ou de l'intimé : voir les alinéas 309(2)(d) et 310(2)(b). Les transcriptions des contre-interrogatoires doivent également être incluses : voir les alinéas 309(2)(e) et 310(2)(c).

2) L'application des principes à l'espèce

[25] En l'espèce, Access Copyright a simplement inclus, dans son dossier de demande, des documents qu'elle avait en sa possession et qui, selon elle, étaient devant la Commission au moment où celle-ci a rendu sa décision. Les documents n'ont pas été déposés au moyen d'un affidavit.

[26] D'après l'analyse qui précède, il s'agissait là d'une erreur. Access Copyright aurait dû signifier un affidavit expliquant que la Commission était saisie des documents au moment où elle a rendu sa décision, et joindre les documents pertinents à cet affidavit. Après avoir reçu cet affidavit, les intimés auraient pu exercer leur droit de contre-interroger. Comme je l'ai expliqué au paragraphe 23, le droit de contre-interroger peut être important dans certaines circonstances. En l'espèce, je ne peux pas dire si les intimés auraient exercé ou non leur droit de contre-interroger. Parce qu'ils auraient pu exercer ce droit, le fait qu'Access Copyright aurait dû signifier un affidavit prend de l'importance. Finalement, à la suite de tout contre-interrogatoire, Access Copyright aurait dû inclure l'affidavit (avec les pièces) et la transcription des contre-interrogatoires dans le dossier de demande : voir les alinéas 309(2)(d) et 309(2)(e).

[27] Je suis convaincu que l'erreur d'Access Copyright n'était pas mal intentionnée. L'affidavit franc et professionnel de l'avocat principal démontre qu'Access Copyright était de bonne foi et qu'elle cherchait une

the material before the Court. Unfortunately, the way Access Copyright went forward offended the Rules, ran contrary to the general rule that facts before the reviewing court must be proven by evidence, and might have worked procedural unfairness.

[28] The *Federal Courts Rules* can accommodate good intentions that give rise to creative and practical solutions that simplify things. At the outset of this matter, Access Copyright and the respondents could have discussed the evidentiary record needed by the Court and could have agreed on a list of material to be placed in that record. Then, by informal letter before at or the same time as the filing of the application record, Access Copyright could have requested, on consent, an order allowing for the agreement and the material covered by it to be placed into the application record without an affidavit: see paragraph 20, above, regarding agreed statements of fact.

[29] Given that Access Copyright mistakenly included materials in its application record, what should now happen?

[30] The respondents say that they have suffered “irredeemable prejudice” from this “egregious” irregularity. They say that they have served an affidavit responding to Access Copyright’s affidavit without realizing that Access Copyright intended to include many more documents into the application record. As will be seen below, this minor irregularity can be easily fixed.

[31] On the issue of remedy, the respondents’ primary position is basically “too bad, so sad”: Access Copyright should be barred from including in the application record an affidavit appending the materials, regardless of how relevant the materials might be to the Court’s determination of the judicial review.

[32] This is remedial overreach. Rule 3 [of the Rules] requires us to apply the rules to secure a just determination on the merits, not to punish a party that has

façon rapide et facile de présenter les documents devant la Cour. Malheureusement, la façon dont Access Copyright a procédé a contrevenu aux Règles, elle allait à l’encontre de la règle générale selon laquelle les faits dont est saisie la cour de révision doivent être prouvés au moyen d’éléments de preuve, et elle aurait pu donner lieu à une iniquité procédurale.

[28] Les *Règles des Cours fédérales* peuvent faire place à de bonnes intentions qui donnent naissance à des solutions ingénieuses et pratiques qui simplifient les choses. Au début de l’affaire, Access Copyright et les intimés auraient pu discuter du dossier de la preuve dont avait besoin la Cour et ils auraient pu s’entendre sur une liste de documents à verser au dossier. Ensuite, au moyen d’une simple lettre avant le dépôt du dossier de demande, ou au moment du dépôt, Access Copyright aurait pu demander sur consentement une ordonnance permettant que l’entente et les documents visés par celle-ci soient versés sans affidavit dans le dossier de demande : voir le paragraphe 20 des présents motifs en ce qui concerne les exposés conjoints des faits.

[29] Étant donné qu’Access Copyright a inclus des documents par erreur dans son dossier de demande, que faire maintenant?

[30] Les intimés déclarent avoir subi un [TRADUCTION] « préjudice irréparable » en raison de cette irrégularité [TRADUCTION] « flagrante ». Ils affirment avoir signifié un affidavit en réponse à l’affidavit d’Access Copyright sans se rendre compte qu’Access Copyright avait l’intention d’inclure bien d’autres documents dans le dossier de demande. Comme on le verra par la suite, il est possible de corriger facilement cette irrégularité mineure.

[31] Pour ce qui est de remédier à la situation, la position principale des intimés est essentiellement « tant pis, trop tard » : il devrait être interdit à Access Copyright d’inclure un affidavit accompagné de ces documents dans le dossier de demande, peu importe la pertinence que les documents en question pourraient avoir relativement au contrôle judiciaire que doit exercer la Cour.

[32] Cet argument est exagéré. La règle 3 des Règles nous oblige à appliquer les Règles de façon à permettre d’apporter une solution juste, et non de punir une partie

made a mistake—here, a relatively benign one—that can be fixed.

qui a fait une erreur — relativement inoffensive en l'espèce — qui peut être corrigée.

[33] To that end, this Court will order the following:

[33] À cette fin, la Cour ordonne ce qui suit :

- (a) Within 10 days of the Court's order, the materials mistakenly included in Access Copyright's application record (to be detailed in this Court's order) should be removed from that record and Access Copyright's memorandum of fact and law, drafted on the basis of the improper record, should be removed from the record or the Court file, as the case may be;
- (b) Within 20 days of this Court's order, in accordance with rule 306, Access Copyright may serve an affidavit appending materials it says were before the Board and in its possession, including the materials mistakenly included in Access Copyright's application record;
- (c) In accordance with rule 307, the respondents may serve affidavits responding to the affidavit served under (b);
- (d) In accordance with rule 308, cross-examinations may take place concerning the affidavits served under (b) and (c);
- (e) The time limits for (c) and (d) are those set out in rules 307 and 308;
- (f) Within the time specified under rule 309, Access Copyright shall prepare a supplementary application record containing the materials specified under rule 309 that do not appear in its corrected application record; also at that time, Access Copyright shall file its memorandum of fact and law;
- (g) The respondents (comprised of two separately-represented groups) shall file their records and memoranda of fact and law in accordance with rule 310; for clarity, those records should include all of the respondent's affidavits, whether filed in response to Access Copyright's new affidavit or

- a) dans les 10 jours suivant l'ordonnance de la Cour, les documents inclus par erreur dans le dossier de demande d'Access Copyright (qui seront précisés dans l'ordonnance de la Cour) doivent être retirés de ce dossier, et le mémoire des faits et du droit d'Access Copyright, rédigé en fonction du dossier incorrect, doit être retiré du dossier de demande ou du dossier de la Cour, selon le cas;
- b) dans les 20 jours suivant l'ordonnance de la Cour, conformément à la règle 306, Access Copyright peut signifier un affidavit accompagnant les documents qui, selon elle, ont été présentés devant la Commission et qui sont en sa possession, y compris les documents inclus par erreur dans le dossier de demande d'Access Copyright;
- c) conformément à la règle 307, les intimés peuvent signifier des affidavits en réponse à l'affidavit signifié aux termes du point b);
- d) conformément à la règle 308, des contre-interrogatoires peuvent avoir lieu en ce qui concerne les affidavits signifiés aux termes des points b) et c);
- e) les échéances pour les points c) et d) sont celles que fixent les règles 307 et 308;
- f) dans les délais prévus par la règle 309, Access Copyright doit préparer un dossier de demande supplémentaire comprenant les documents précisés à la règle 309 qui ne figurent pas dans la version corrigée du dossier de demande; au même moment, Access Copyright doit également déposer son mémoire des faits et du droit;
- g) les intimés (composés de deux groupes représentés séparément) doivent verser leurs dossiers et leurs mémoires des faits et du droit conformément à la règle 310; plus précisément, ces dossiers doivent comprendre tous les affidavits des intimés, peu importe s'ils ont été déposés en réponse au nouvel

filed in response to Access Copyright’s original application record;

- (h) Time thereafter shall run in accordance with the *Federal Courts Rules*.

[34] This motion was about a minor, fixable mistake. As long as humans are involved in litigating cases, no matter how much they try to prevent mistakes, mistakes like this will sometimes happen, even by excellent counsel. Happily, most procedural mistakes, like the one in this case, do not seriously implicate clients’ rights. Mistakes of this sort should be nothing more than a minor inconvenience during the drive to the ultimate destination—a judicial determination on the merits that to all is proper and fair.

[35] But here, the parties pulled over to the side of the road and stopped to fight, forgetting the destination. After Access Copyright made its mistake, the respondents wrote, pointing out the mistake. Despite the clarity of the relevant rules, Access Copyright dug in its heels, maintaining its position rather than reassessing it. In reaction to that, the respondents brought their motion. But they too showed inflexibility, forcefully asserting their position that Access Copyright should be prevented in the judicial review from using any of the material it improperly included in its application record, whether or not it was needed by the Court. In counter-reaction to that, Access Copyright brought a counter-motion—one that in the end is unnecessary for this Court to determine—proposing a lesser, more practical remedy. In that counter-motion, it laudably advanced submissions showing an awareness of its mistake. But that changed nothing: everyone has remained stuck on the side of the road.

[36] All have acted in good faith, representing their clients’ interests vigorously, advocating their positions with characteristic excellence. But here initial intransigence begat a motion with remedial overreach, and remedial overreach begat a counter-motion. Forgotten was the destination: this Court, as a practical problem

affidavit d’Access Copyright ou en réponse à la version originale du dossier de demande d’Access Copyright;

- h) les délais ultérieurs sont ceux que prescrivent les *Règles des Cours fédérales*.

[34] Cette requête concernait une erreur mineure qui pouvait être corrigée. Tant et aussi longtemps que des êtres humains prendront part à des litiges, peu importe les efforts qui seront déployés, des erreurs comme celle commise en l’espèce se produiront parfois, même de la part d’excellents avocats. Heureusement, la plupart des erreurs de procédure, comme celle en l’espèce, n’ont pas de répercussions graves sur les droits des clients. Les erreurs de ce genre ne devraient être rien de plus qu’un inconvénient mineur au cours du trajet qui nous mène à la destination ultime : une décision sur le litige qui est juste et équitable pour tous.

[35] Cependant, en l’espèce, les parties se sont arrêtées en cours de route pour se quereller, et elles ont oublié la destination. Après qu’Access Copyright eut commis son erreur, les intimés ont écrit pour signaler l’erreur. Malgré la clarté des règles pertinentes, Access Copyright est restée sur sa position au lieu de la réévaluer. À cela, les intimés ont réagi en présentant leur requête. Mais ils se sont eux aussi montrés inflexibles en affirmant avec fermeté que selon eux, il devait être interdit à Access Copyright d’utiliser, aux fins du contrôle judiciaire, tout document qu’elle avait inclus de manière incorrecte dans son dossier de demande, peu importe si la Cour en avait besoin ou non. Access Copyright a réagi à son tour en présentant une requête incidente, pour laquelle la Cour n’a pas à rendre une décision, où elle proposait une solution moins sévère et plus pratique. Dans cette requête incidente, Access Copyright a présenté des observations louables qui démontreraient qu’elle reconnaissait son erreur. Cependant, cela n’a rien changé : ni l’une ni l’autre partie n’a repris la route.

[36] Toutes les parties ont agi de bonne foi; elles ont représenté les intérêts de leurs clients avec vigueur et elles ont défendu leur position avec leur excellence habituelle. Cependant, en l’espèce, l’intransigence du début a débouché sur une requête visant un redressement excessif, ce qui a suscité à son tour une requête incidente. On

solver, simply wants to determine the judicial review properly and fairly on the merits, using a proper and fair evidentiary record. The focus should have been on a fix, not a fight.

[37] An order shall issue in accordance with these reasons. There shall be no order for costs.

a perdu de vue la destination : la Cour, soucieuse d'apporter une solution pratique au problème, veut simplement effectuer son contrôle judiciaire correctement et équitablement, en se fondant sur un dossier de la preuve bien fondé et juste. L'accent aurait dû être mis sur la solution, et non sur le conflit.

[37] Une ordonnance sera rendue conformément aux présents motifs. Il ne sera pas adjugé de dépens.