

A-446-06
2007 FCA 297

A-446-06
2007 CAF 297

Umberto Mazzotta (*Applicant*)

Umberto Mazzotta (*demandeur*)

v.

c.

The Attorney General of Canada (*Respondent*)

Le procureur général du Canada (*défendeur*)

**INDEXED AS : MAZZOTTA v. CANADA (ATTORNEY GENERAL)
(F.C.A.)**

**RÉPERTORIÉ : MAZZOTTA c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)
(C.A.F.)**

Federal Court of Appeal, Linden, Létourneau and
Sexton J.J.A.—Toronto, September 12; Ottawa,
September 21, 2007.

Cour d'appel fédérale, juges Linden, Létourneau et
Sexton, J.C.A.—Toronto, 12 septembre; Ottawa,
21 septembre 2007.

Pensions — Judicial review of Pension Appeals Board's (PAB) decision allowing Minister of Social Development's appeal from Review Tribunal's decision to reconsider application for disability benefits under Canada Pension Plan Act (CPP), s. 84(2) based on new facts — Parliament clearly stating in CPP, ss. 83(1), 84(1) that review of Review Tribunal's decision made exclusively by way of appeal to PAB within time frame therein provided; decisions of PAB challenged by judicial review — Proper test re : materiality of new evidence for purposes of CPP, s. 84(2) whether proposed new facts may reasonably be expected to affect outcome of prior hearing — Review Tribunal's decision on issue of new evidence constitutes decision under CPP, s. 84(2), which is part of ultimate decision on claimant's disability — PAB rightly concluding Review Tribunal applied wrong materiality test when relying on reasonable possibility proffered evidence (medical reports in possession of applicant's lawyer) could lead it to change original decision re : applicant's disability — PAB also not erring in applying correct materiality test, in concluding medical reports could have been obtained by exercising due diligence — Previous FCA decisions which sent litigants to Federal Court of Canada to have Review Tribunal's positive or negative determination of proffered new evidence reviewed by way of judicial review no longer good law — Application dismissed.

Pensions — Contrôle judiciaire de la décision de la Commission d'appel des pensions (la CAP), qui a accueilli l'appel que le ministre du Développement social a interjeté à l'encontre de la décision du tribunal de révision de réexaminer une demande de prestations d'invalidité en vertu de l'art. 84(2) du Régime de pensions du Canada (le RPC) à la lumière de faits nouveaux — Le législateur dit explicitement aux art. 83(1) et 84(1) du RPC que la décision du tribunal de révision ne peut être contrôlée que par voie d'un appel devant la CAP dans le délai prescrit et que la décision de la CAP ne peut être contestée que par le dépôt d'une demande de contrôle judiciaire — Le critère qu'il convient d'appliquer quant au caractère substantiel de nouveaux éléments de preuve pour l'application de l'art. 84(2) du RPC est celui de savoir si l'on peut raisonnablement croire que les faits présentés comme nouveaux auraient modifié l'issue de la procédure antérieure — La décision du tribunal de révision sur la question des faits nouveaux relève de l'art. 84(2) et fait partie intégrante de la décision qui sera en fin de compte rendue sur l'invalidité du demandeur de prestations — La CAP a conclu à juste titre que le tribunal de révision avait appliqué une définition erronée du critère du caractère substantiel en se fondant sur la possibilité raisonnable que les éléments de preuve produits (rapports médicaux en la possession de l'avocat du demandeur) pouvaient l'amener à rendre une décision différente de la première quant à l'invalidité du demandeur de prestations — De même, la CAP n'a pas commis d'erreur d'application du critère du caractère substantiel correctement défini lorsqu'elle a conclu que les rapports médicaux auraient pu être obtenus si le demandeur avait fait preuve de diligence raisonnable — Les arrêts antérieurs qui adressaient les plaideurs à la Cour fédérale du Canada pour y faire contrôler, par voie de demande de contrôle judiciaire, la décision positive ou négative d'un tribunal de révision sur la question des faits nouveaux ne font plus jurisprudence — Demande rejetée.

This was an application for judicial review of the Pension Appeals Board's (PAB) decision allowing the Minister of Social Development's appeal from the Review Tribunal's decision to reconsider an application for disability benefits under subsection 84(2) of the *Canada Pension Plan* (CPP) based on new facts. The PAB held that the Review Tribunal applied the wrong materiality test when it held that there was a reasonable possibility that new facts could lead it to change its decision. It also held that the applicant did not exercise reasonable diligence to obtain the evidence at the time of the first hearing before the Review Tribunal. The new fact evidence submitted consisted of medical reports that were in the possession of the applicant's lawyer at the time of the first hearing before the Review Tribunal but which the applicant was apparently not aware of.

The scope and powers of the PAB are set out in sections 83 and 84 of the CPP. The issues were : (1) what are the powers of the PAB when seized with a reconsideration decision; and (2) what is the appropriate materiality test applicable to new evidence?

Held, the application should be dismissed.

Several previous Federal Court of Appeal decisions, including *Oliveira v. Canada (Minister of Human Resources Development)* (2004), 320 N.R. 168 (F.C.A.); *Kent v. Canada (Attorney General)* (2004), 248 D.L.R. (4th) 12 (F.C.A.); and *Canada (Minister of Human Resources Development) v. Landry* (2005), 334 N.R. 176 (F.C.A.) have determined that litigants had to turn to the Federal Court of Canada to have reviewed by way of judicial review a Review Tribunal's positive or negative determination of proffered new evidence. Parliament has made it clear in subsections 83(1) and 84(1) of the CPP that the review of a Review Tribunal's decision is exclusively by way of appeal to the PAB within the time frame therein provided. On the other hand, decisions of the PAB are challenged by way of judicial review before this Court. The words "*sauf contrôle judiciaire dont elle peut faire l'objet*" in the French text of subsection 84(1) leaves no ambiguity as to which of the PAB or the Review Tribunal is subject to judicial review. By making the reconsideration decisions of the Review Tribunal on the issue of new evidence subject to judicial review before the Federal Court, previous Federal Court of Appeal decisions run contrary to the clear and unambiguous text of both subsections 83(1) and 84(1) and the legislative intent. Furthermore, if the Review Tribunal erroneously found that the new facts submitted constituted new evidence, subsection 83(11) gives the PAB, on appeal

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire de la décision de la Commission d'appel des pensions (la CAP), qui a accueilli l'appel que le ministre du Développement social a interjeté à l'encontre de la décision du tribunal de révision de réexaminer une demande de prestations d'invalidité en vertu du paragraphe 84(2) du *Régime de pensions du Canada* (le RPC) à la lumière de faits nouveaux. La CAP a statué que le tribunal de révision a appliqué une définition erronée du caractère substantiel lorsqu'il a conclu qu'il y avait une possibilité raisonnable que les faits nouveaux l'amènent à rendre une décision différente. Elle a aussi conclu que le demandeur n'avait pas fait preuve de diligence raisonnable pour obtenir les éléments de preuve au moment de la première audience du tribunal de révision. Les nouveaux éléments de preuve produits consistaient en rapports médicaux qui se trouvaient en la possession de l'avocat du demandeur au moment de la première audience du tribunal de révision, mais dont le demandeur n'avait censément pas eu connaissance.

L'étendue des pouvoirs de la CAP est énoncée aux articles 83 et 84 du RPC. Les questions litigieuses étaient celles de savoir : 1) quels sont les pouvoirs de la CAP lorsqu'elle est saisie d'un appel contre une décision de réexamen; et 2) quel est le critère du caractère substantiel applicable aux nouveaux éléments de preuve.

Arrêt : la demande doit être rejetée.

Plusieurs arrêts antérieurs de la Cour d'appel fédérale, dont *Oliveira c. Canada (Ministre du Développement des ressources humaines)*, 2004 CAF 136; *Kent c. Canada (Procureur général)*, 2004 CAF 420; et *Canada (Ministre du Développement des ressources humaines) c. Landry*, 2005 CAF 167, ont établi que les plaideurs devaient s'adresser à la Cour fédérale du Canada pour y faire contrôler, par voie de demande de contrôle judiciaire, la décision positive ou négative d'un tribunal de révision sur la question des faits nouveaux. Le législateur dit explicitement aux paragraphes 83(1) et 84(1) du RPC que la décision du tribunal de révision ne peut être contrôlée que par voie d'un appel devant la CAP, interjeté dans le délai prescrit. La décision de la CAP, elle, peut être contestée par le dépôt d'une demande de contrôle judiciaire devant notre Cour. Le texte français du paragraphe 84(1), par les termes «*sauf contrôle judiciaire dont elle peut faire l'objet*», ne laisse aucune ambiguïté touchant le point de savoir laquelle des deux instances, la CAP ou le tribunal de révision, relève du contrôle judiciaire. En posant que les décisions de réexamen du tribunal de révision sur la question des faits nouveaux sont contestables par voie de demande de contrôle judiciaire devant la Cour fédérale, les arrêts antérieurs de la Cour d'appel fédérale vont à l'encontre du libellé clair et sans équivoque des paragraphes 83(1) et 84(1), ainsi que de l'intention du législateur. Qui plus est, si

from a Review Tribunal's decision rendered pursuant to subsection 84(2), the authority to take the proper action that the Review Tribunal might have taken and find that the evidence is not new evidence.

The Review Tribunal applied a wrong materiality test to the proffered evidence. The proper test to be applied for the purposes of subsection 84(2) of the CPP is whether the proposed new facts may reasonably be expected to affect the outcome of the prior hearing. The purpose of the test is to strike a balance between, on the one hand, the need to have disability claims assessed fairly and the need, on the other hand, to secure, in the public interest, the finality and enforcement of previous decisions which are *res judicata*. Despite the need for some flexibility in applying the test, the proper test cannot be improperly applied nor can an improper test be applied. The Review Tribunal's decision on the issue of new evidence is a decision under subsection 84(2), which is part and parcel of the ultimate decision on a claimant's disability. Given the purpose and objective of the CPP, sending the parties to the Federal Court to have the correctness of a legal ruling made by a Review Tribunal reviewed on an application for reconsideration pursuant to subsection 84(2) does not find support in the statutory provisions enacted by Parliament. It also defeats the legislative purpose and objective of the CPP because the unnecessary diversion is costly and the claimant always stands at the losing end of this process.

The PAB rightly concluded that a wrong materiality test had been applied by the Review Tribunal when it relied on a reasonable possibility as opposed to probability that the proffered evidence could lead it to change its original decision. The PAB also did not err in applying the correct materiality test nor when it concluded that the medical reports, which the new evidence allegedly consisted of, could have been obtained by due diligence. It was open to the PAB to conclude that the applicant had failed to satisfy his onus of demonstrating that he exercised due diligence to discover the medical reports in question and that the applicant, who said that he relied upon the persons representing him, was bound by the actions of his agents. Therefore, there was no failure on the PAB's part to consider all reports for the purpose of determining whether they constituted new evidence under subsection 84(2) of the CPP.

le tribunal de révision s'est trompé en concluant que les nouveaux éléments de preuve produits constituaient des faits nouveaux, la CAP, saisie d'un appel contre une décision rendue par le tribunal de révision sous le régime du paragraphe 84(2), dispose, en vertu du paragraphe 83(11), du pouvoir de prendre la mesure appropriée que ce tribunal aurait pu prendre et de déclarer que les éléments de preuve en question ne constituent pas des faits nouveaux.

Le tribunal de révision a appliqué aux éléments de preuve produits une définition erronée du critère du caractère substantiel. Le critère pertinent à appliquer pour l'application du paragraphe 84(2) du RPC est celui de savoir si l'on peut raisonnablement croire que les faits présentés comme nouveaux auraient modifié l'issue de la procédure antérieure. Le critère a pour objet de permettre de trouver un équilibre entre la nécessité d'un examen équitable des demandes de prestations d'invalidité et celle d'assurer dans l'intérêt public le caractère définitif et l'exécution des décisions antérieures qui ont autorité de chose jugée. Bien qu'il convienne de faire preuve d'une certaine souplesse dans l'application du critère, il n'est pas permis de l'appliquer irrégulièrement ni d'en appliquer une définition inexacte. La décision que rend le tribunal de révision sur la question des faits nouveaux relève du paragraphe 84(2) et fait partie intégrante de la décision qui sera en fin de compte rendue sur l'invalidité du demandeur de prestations. Compte tenu de l'objet du RPC, l'idée qu'on devrait adresser les parties à la Cour fédérale pour faire contrôler la justesse d'une décision rendue par un tribunal de révision sur une demande de réexamen qui relève du paragraphe 84(2) ne paraît pas conforme aux dispositions légales adoptées par le législateur. En outre, elle va à l'encontre de l'objet du RPC, étant donné que ce détour inutile est onéreux et que le demandeur de prestations ne peut qu'y perdre.

La CAP a conclu à juste titre que le tribunal de révision avait appliqué une définition erronée du critère du caractère substantiel en se fondant sur la possibilité raisonnable, plutôt que sur la probabilité, que les éléments de preuve produits l'amènent à rendre une décision différente de la première. De même, la CAP n'a pas commis d'erreur d'application du critère du caractère substantiel correctement défini lorsqu'elle a conclu que les rapports médicaux, qui étaient censément les nouveaux éléments de preuve, auraient pu être obtenus si le demandeur avait fait preuve de diligence raisonnable. Il était loisible à la CAP de conclure que le demandeur ne s'était pas acquitté de la charge pesant sur lui de prouver qu'il avait fait preuve de diligence raisonnable pour découvrir les rapports médicaux en question et que le demandeur, qui avait argué du fait qu'il s'était fié à ses mandataires, était lié par leurs actes. Par conséquent, la CAP n'a pas omis de prendre en considération la totalité des rapports aux fins d'établir s'ils

The previous decisions which sent litigants to the Federal Court of Canada to have a Review Tribunal's positive or negative determination of proffered new evidence reviewed by way of judicial review are no longer good law.

constituaient des faits nouveaux sous le régime du paragraphe 84(2) du RPC.

Les arrêts antérieurs qui adressaient les plaideurs à la Cour fédérale du Canada pour y faire contrôler, par voie de demande de contrôle judiciaire, la décision positive ou négative d'un tribunal de révision sur la question des faits nouveaux ne font plus jurisprudence.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Federal Courts Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 28 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 8; 2002, c. 8, s. 35).
Canada Pension Plan, R.S.C., 1985, c. C-8, ss. 82 (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 30, s. 45; S.C. 1995, c. 33, s. 35; 2000, c. 12, ss. 60, 64(k), 83(1) (as am. by S.C. 2000, c. 12, s. 61), (11) (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 30, s. 45), 84(1) (as am. *idem*; S.C. 1990, c. 8, s. 46), (2) (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 30, s. 45).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

CONSIDERED:

Oliveira v. Canada (Minister of Human Resources Development) (2004), 320 N.R. 168; 2004 FCA 136; *Kent v. Canada (Attorney General)* (2004), 248 D.L.R. (4th) 12; 328 N.R. 161; 2004 FCA 420; *Canada (Minister of Human Resources Development) v. Landry* (2005), 334 N.R. 176; 2005 FCA 167; *Peplinski v. Canada*, [1993] 1 F.C. 222; (1992), 58 F.T.R. 247 (T.D.).

REFERRED TO:

Canada (Minister of Human Resources Development) v. Fleming (2004), 325 N.R. 305; 2004 FCA 288; *Canada (Minister of Human Resources Development) v. Richard*, 2004 FCA 378; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; (1998), 36 O.R. (3d) 418; 154 D.L.R. (4th) 193; 50 C.B.R. (3d) 163; 33 C.C.E.L. (2d) 173; 221 N.R. 241; 106 O.A.C. 1; *Mian v. Canada (Attorney General)* (2001), 204 F.T.R. 306; 2001 FCT 433; *Castro v. Minister of Employment and Immigration* (1988), 5 Imm. L.R. (2d) 87; 86 N.R. 356 (F.C.A.); *Chippewas of Nawash First Nation v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)*, 2002 FCA 22.

Application for judicial review of the Pension Appeals Board's (PAB) decision allowing the Minister

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14), 28 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 8; 2002, ch. 8, art. 35).
Régime de pensions du Canada, L.R.C. (1985), ch. C-8, art. 82 (mod. par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 30, art. 45; L.C. 1995, ch. 33, art. 35; 2000, ch. 12, art. 60, 64k), 83(1) (mod. par L.C. 2000, ch. 12, art. 61), (11) (mod. par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 30, art. 45), 84(1) (mod., *idem*; L.C. 1990, ch. 8, art. 46), (2) (mod. par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 30, art. 45).

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Oliveira c. Canada (Ministre du Développement des ressources humaines), 2004 CAF 136; *Kent c. Canada (Procureur général)*, 2004 CAF 420; *Canada (Ministre du Développement des ressources humaines) c. Landry*, 2005 CAF 167; *Peplinski c. Canada*, [1993] 1 C.F. 222 (1^{re} inst.).

DÉCISIONS CITÉES :

Canada (Ministre du Développement des ressources humaines) c. Fleming, 2004 CAF 288; *Canada (Ministre du Développement des ressources humaines) c. Richard*, 2004 CAF 378; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Mian c. Canada (Procureur général)*, 2001 CFPI 433; *Castro c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1988] A.C.F. n° 532 (C.A.) (QL); *Première nation des Chippewas de Nawash c. Canada (Ministre des Pêches et des Océans)*, 2002 CAF 22.

DEMANDE de contrôle judiciaire de la décision de la Commission d'appel des pensions (la CAP), qui a

of Social Development's appeal on the basis that there were no new facts before the Review Tribunal in a reconsideration application made in accordance with subsection 84(2) of the *Canada Pension Plan*. Application dismissed.

APPEARANCES:

Hossein Niroomand for applicant.
Allan T. Matte for respondent.

SOLICITORS OF RECORD:

Hossein Niroomand, Toronto, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] LÉTOURNEAU J.A.: Did the Pension Appeals Board (PAB) err in allowing the Minister of Social Development's (Minister) appeal on the basis that there were no new facts before the Review Tribunal? Once again, the powers and role of the PAB come under judicial scrutiny when a reconsideration decision is rendered pursuant to subsection 84(2) [as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 30, s. 45] of the *Canada Pension Plan*, R.S.C., 1985, c. C-8 (CPP), and appeal is made of that decision.

[2] This application for judicial review also seeks clarification of the materiality test applicable to new evidence.

[3] Finally, the applicant submits that the PAB erred in limiting its review of the new evidence to three documents only. This submission needs to be considered only if this Court is of the view that the PAB had the power to review the Review Tribunal's positive finding regarding the issue of new evidence.

[4] I shall address first the scope of the powers of the PAB when seized with an appeal against a

accueilli l'appel du ministre du Développement social au motif que le tribunal de révision ne disposait pas de faits nouveaux dans le cadre d'une demande de réexamen présentée conformément au paragraphe 84(2) du *Régime de pensions du Canada*. Demande rejetée.

ONT COMPARU :

Hossein Niroomand pour le demandeur.
Allan T. Matte pour le défendeur.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Hossein Niroomand, Toronto, pour le demandeur.
Le sous-procureur général du Canada pour le défendeur.

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

[1] LE JUGE LÉTOURNEAU, J.C.A. : La Commission d'appel des pensions (la CAP) a-t-elle commis une erreur en accueillant l'appel du ministre du Développement social (le ministre) au motif que le tribunal de révision n'avait pas été saisi de faits nouveaux? Une fois encore, les attributions de la CAP se voient soumises à l'appréciation judiciaire à l'occasion d'une décision de réexamen rendue sous le régime du paragraphe 84(2) [mod. par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 30, art. 45] du *Régime de pensions du Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-8 (le RPC), et d'un appel contre cette décision.

[2] La présente demande de contrôle judiciaire a aussi pour objet la clarification du critère du caractère substantiel applicable aux nouveaux éléments de preuve.

[3] Enfin, le demandeur soutient que la CAP a commis une erreur en limitant son examen des nouveaux éléments de preuve à trois documents. La Cour n'aura à prendre cette prétention en considération que si elle décide que la CAP était habilitée à contrôler la conclusion positive du tribunal de révision touchant la question des faits nouveaux.

[4] J'étudierai d'abord l'étendue des pouvoirs de la CAP lorsqu'elle est saisi d'un appel contre une

reconsideration decision. However, a short summary of the facts and procedure is in order for a better understanding of the issues. I also reproduce the relevant provisions of the CPP [ss. 83(1) (as am. by S.C. 2000, c. 12, s. 61), (11) (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 30, s. 45), 84(1) (as am. *idem*; S.C. 1990, c. 8, s. 46)]:

83. (1) A party or, subject to the regulations, any person on behalf thereof, or the Minister, if dissatisfied with a decision of a Review Tribunal made under section 82, other than a decision made in respect of an appeal referred to in subsection 28(1) of the *Old Age Security Act*, or under subsection 84(2), may, within ninety days after the day on which that decision was communicated to the party or Minister, or within such longer period as the Chairman or Vice-Chairman of the Pension Appeals Board may either before or after the expiration of those ninety days allow, apply in writing to the Chairman or Vice-Chairman for leave to appeal that decision to the Pension Appeals Board.

...

(11) The Pension Appeals Board may confirm or vary a decision of a Review Tribunal under section 82 or subsection 84(2) and may take any action in relation thereto that might have been taken by the Review Tribunal under section 82 or subsection 84(2), and shall thereupon notify in writing the parties to the appeal of its decision and of its reasons therefor.

...

84. (1) A Review Tribunal and the Pension Appeals Board have authority to determine any question of law or fact as to

- (a) whether any benefit is payable to a person,
- (b) the amount of any such benefit,
- (c) whether any person is eligible for a division of unadjusted pensionable earnings,
- (d) the amount of that division,
- (e) whether any person is eligible for an assignment of a contributor's retirement pension, or

décision de réexamen. Cependant, il n'est pas superflu de récapituler brièvement les faits et la procédure afin de mieux comprendre les questions en litige. Commençons par relire les dispositions applicables du RPC [art. 83(1) (mod. par L.C. 2000, ch. 12, art. 61), (11) (mod. par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 30, art. 45), 84(1) (mod., *idem*; L.C. 1990, ch. 8, art. 46)] :

83. (1) La personne qui se croit lésée par une décision du tribunal de révision rendue en application de l'article 82—autre qu'une décision portant sur l'appel prévu au paragraphe 28(1) de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse*—ou du paragraphe 84(2), ou, sous réserve des règlements, quiconque de sa part, de même que le ministre, peuvent présenter, soit dans les quatre-vingt-dix jours suivant le jour où la décision du tribunal de révision est transmise à la personne ou au ministre, soit dans tel délai plus long qu'autorise le président ou le vice-président de la Commission d'appel des pensions avant ou après l'expiration de ces quatre-vingt-dix jours, une demande écrite au président ou au vice-président de la Commission d'appel des pensions, afin d'obtenir la permission d'interjeter un appel de la décision du tribunal de révision auprès de la Commission.

[...]

(11) La Commission d'appel des pensions peut confirmer ou modifier une décision d'un tribunal de révision prise en vertu de l'article 82 ou du paragraphe 84(2) et elle peut, à cet égard, prendre toute mesure que le tribunal de révision aurait pu prendre en application de ces dispositions et en outre, elle doit aussitôt donner un avis écrit de sa décision et des motifs la justifiant à toutes les parties à cet appel.

[...]

84. (1) Un tribunal de révision et la Commission d'appel des pensions ont autorité pour décider des questions de droit ou de fait concernant :

- a) la question de savoir si une prestation est payable à une personne;
- b) le montant de cette prestation;
- c) la question de savoir si une personne est admissible à un partage des gains non ajustés ouvrant droit à pension;
- d) le montant de ce partage;
- e) la question de savoir si une personne est admissible à bénéficier de la cession de la pension de retraite d'un cotisant;

(f) the amount of that assignment,

and the decision of a Review Tribunal, except as provided in this Act, or the decision of the Pension Appeals Board, except for judicial review under the *Federal Courts Act*, as the case may be, is final and binding for all purposes of this Act.

(2) The Minister, a Review Tribunal or the Pension Appeals Board may, notwithstanding subsection (1), on new facts, rescind or amend a decision under this Act given by him, the Tribunal or the Board, as the case may be. [Emphasis added.]

FACTS AND PROCEDURE

[5] The applicant applied for disability benefits in April 1995. His application was denied by the Minister. The applicant appealed this decision to a Review Tribunal, which dismissed his appeal on 17 July 1998. The applicant sought leave to appeal this decision to the PAB, which was denied by a member designate of the PAB on 6 July 1999. The applicant filed a second application for benefits on September 6, 2002. This application was denied on the basis that the Review Tribunal had denied his earlier appeal.

[6] The applicant then requested a hearing pursuant to subsection 84(2) of the CPP to reopen the decision of the Review Tribunal. This request was granted, and the Review Tribunal held that the applicant had submitted new facts that justified reopening the original decision of the Review Tribunal. These facts, taken together with the evidence before the Review Tribunal, were found sufficient to establish that the applicant was disabled as of April 1995.

[7] The respondent sought leave to appeal this decision to the PAB. The PAB granted leave.

DECISION OF THE PENSION APPEALS BOARD

[8] The PAB proceeded on the basis that it would first determine whether the Review Tribunal erred in admitting the new fact evidence presented to it. The

f) le montant de cette cession.

La décision du tribunal de révision, sauf disposition contraire de la présente loi, ou celle de la Commission d'appel des pensions, sauf contrôle judiciaire dont elle peut faire l'objet aux termes de la *Loi sur les Cours fédérales*, est définitive et obligatoire pour l'application de la présente loi.

(2) Indépendamment du paragraphe (1), le ministre, un tribunal de révision ou la Commission d'appel des pensions peut, en se fondant sur des faits nouveaux, annuler ou modifier une décision qu'il a lui-même rendue ou qu'elle a elle-même rendue conformément à la présente loi. [Non souligné dans l'original.]

RAPPEL DES FAITS ET DE LA PROCÉDURE

[5] Le demandeur à la présente instance a formé en avril 1995 une demande de prestations d'invalidité que le ministre a rejetée. Il a contesté ce rejet devant un tribunal de révision, qui l'a débouté le 17 juillet 1998. Il a alors sollicité l'autorisation d'interjeter appel de cette décision devant la CAP, autorisation dont le membre désigné de la CAP a prononcé le refus le 6 juillet 1999. Il a ensuite présenté, le 6 septembre 2002, une deuxième demande de prestations, qu'on a aussi repoussée, au motif du rejet antérieur de son recours par le tribunal de révision.

[6] Le demandeur a alors sollicité, sous le régime du paragraphe 84(2) du RPC, une audience de réexamen de la décision du tribunal de révision. Cette demande a été accueillie, et le tribunal de révision a conclu que le demandeur avait présenté des faits nouveaux qui justifiaient le réexamen de sa première décision. Il a statué que ces faits, considérés conjointement avec la preuve dont il était saisi par ailleurs, suffisaient à établir que le demandeur était invalide depuis avril 1995.

[7] Le défendeur a demandé à la CAP l'autorisation d'interjeter appel de cette décision, autorisation que la CAP lui a accordée.

LA DÉCISION DE LA COMMISSION D'APPEL DES PENSIONS

[8] La CAP a décidé qu'il lui fallait d'abord établir si le tribunal de révision avait commis une erreur en admettant les nouveaux éléments de preuve qu'on lui

PAB held that it would consider the merits of whether the applicant was disabled if it was satisfied that the Review Tribunal correctly admitted the new fact evidence. The PAB determined that the only medical evidence it would consider in this regard was evidence dated prior to 25 March 1998, the date of the applicant's initial application.

[9] The PAB went on to consider certain medical reports which the applicant claimed qualified as new facts. It held that the Review Tribunal erred in admitting this evidence for two reasons. First, the PAB held that the Review Tribunal applied to the admissibility of the new evidence the wrong materiality test. In admitting the new fact evidence, the Review Tribunal had stated that there was a "reasonable possibility as opposed to probability that it could lead the Tribunal to change its original decision." In the PAB's view, new fact evidence must have a probable, not merely possible, influence on the original decision in order to be admitted. Second, the PAB held that the applicant did not exercise reasonable diligence to obtain the evidence at the time of the first hearing before the Review Tribunal.

[10] The new fact evidence submitted consisted of medical reports that were in the possession of the applicant's lawyer at the time of the first hearing before the Review Tribunal. In the PAB's view, to hold that the applicant had exercised reasonable diligence in these circumstances would imply that he was not bound by the actions of his agents, and would open up a possibility for future applicants of relying on the failures of their agents or representatives in order to qualify evidence as new fact evidence.

[11] On this basis, the PAB allowed the Minister's appeal.

THE POWERS OF THE PAB ON AN APPEAL
AGAINST A RECONSIDERATION DECISION

avait présentés et qu'elle examinerait sur le fond le point de savoir si le demandeur était invalide qu'une fois convaincue que le tribunal de révision avait eu raison d'admettre ces nouveaux éléments. La CAP a aussi établi que les seuls éléments de preuve médicale dont elle tiendrait compte à cet égard étaient les éléments datés d'avant le 25 mars 1998, date de la première demande de prestations du demandeur.

[9] La CAP a ensuite examiné certains rapports médicaux que le demandeur déclarait constituer des faits nouveaux. Elle a conclu que le tribunal de révision avait eu tort d'admettre ces éléments de preuve, pour deux raisons. Premièrement, il avait, selon elle, appliqué à l'admissibilité des nouveaux éléments de preuve une définition erronée du critère du caractère substantiel. Le tribunal de révision avait en effet admis les nouveaux éléments au motif qu'il avait constaté [TRADUCTION] « la possibilité raisonnable, par opposition à la probabilité, qu'ils [l'] amènent à rendre une décision différente de la première ». Or, selon la CAP, les nouveaux éléments de preuve doivent, pour être admis, laisser entrevoir la probabilité, et non la simple possibilité, qu'ils influent sur la première décision. Deuxièmement, la CAP a conclu que le demandeur n'avait pas fait preuve de diligence raisonnable pour se procurer les éléments de preuve en question au moment de la première audience du tribunal de révision.

[10] Les nouveaux éléments de preuve produits consistaient en des rapports médicaux qui se trouvaient en la possession de l'avocat du demandeur au moment de la première audience du tribunal de révision. Selon la CAP, conclure que le demandeur avait fait preuve de diligence raisonnable dans ces circonstances aurait impliqué qu'il n'était pas lié par les actes de ses mandataires et aurait ouvert la possibilité pour les demandeurs futurs d'invoquer les omissions de leurs mandataires ou représentants pour faire admettre des éléments de preuve en tant que faits nouveaux.

[11] Pour ces motifs, la CAP a fait droit à l'appel du ministre.

LES POUVOIRS DE LA CAP DANS LE CADRE
D'UN APPEL CONTRE UNE DÉCISION DE

MADE BY A REVIEW TRIBUNAL PURSUANT TO
SUBSECTION 84(2) OF THE CPP

[12] The power in issue in this application for judicial review is the PAB's power to review the Review Tribunal's determination that the evidence submitted by the applicant qualifies as new evidence and, therefore, warrants a reconsideration of the merits of the case with respect to the issue of disability.

[13] Three decisions of this Court are relevant to this first ground of judicial review: *Oliveira v. Canada (Minister of Human Resources Development)* (2004), 320 N.R. 168 (F.C.A.); *Kent v. Canada (Attorney General)* (2004), 248 D.L.R. (4th) 12 (F.C.A.); and *Canada (Minister of Human Resources Development) v. Landry* (2005), 334 N.R. 176 (F.C.A.).

[14] I should add for the sake of completeness that the *Oliveira* decision approved a decision of the Trial Division of the Federal Court in *Peplinski v. Canada*, [1993] 1 F.C. 222 (T.D.). The *Oliveira* decision was subsequently applied by our Court in *Canada (Minister of Human Resources Development) v. Fleming* (2004), 325 N.R. 305 (F.C.A.) and *Canada (Minister of Human Resources Development) v. Richard*, 2004 FCA 378.

[15] The *Oliveira*, *Kent* and *Landry* decisions address three different but closely related factual scenarios.

THE *OLIVEIRA* SCENARIO

[16] The *Oliveira* scenario refers to a situation where a negative decision is rendered by the Review Tribunal on a demand made pursuant to subsection 84(2), that is to say that the Review Tribunal finds that the evidence submitted is not new evidence.

[17] In this case, the disability claimant must go to the Federal Court to challenge that negative and adverse decision by way of judicial review. This is a costly and distressful exercise for a claimant who, often impecunious, has to represent himself. The Federal Court decision, depending on the result, can be appealed by either party to our Court. Considerable delays ensue

RÉEXAMEN RENDUE PAR UN TRIBUNAL DE
RÉVISION SOUS LE RÉGIME DU PARAGRAPHE
84(2) DU RPC

[12] Le pouvoir de la CAP que la présente demande met en discussion est celui de contrôler la décision du tribunal de révision comme quoi les éléments de preuve produits par le demandeur constituent des faits nouveaux et justifient en conséquence le réexamen sur le fond de son cas pour ce qui concerne la question de l'invalidité.

[13] Trois arrêts de notre Cour se révèlent pertinents pour l'examen de ce premier motif de contrôle judiciaire : *Oliveira c. Canada (Ministre du Développement des ressources humaines)*, 2004 CAF 136; *Kent c. Canada (Procureur général)*, 2004 CAF 420; et *Canada (Ministre du Développement des ressources humaines) c. Landry*, 2005 CAF 167.

[14] J'ajouterai pour ne rien omettre que l'arrêt *Oliveira* approuvait une décision de la Section de première instance de la Cour fédérale intitulée *Peplinski c. Canada*, [1993] 1 C.F. 222 (1^{re} inst.). Notre Cour a ultérieurement appliqué l'arrêt *Oliveira* dans *Canada (Ministre du Développement des ressources humaines) c. Fleming*, 2004 CAF 288, et dans *Canada (Ministre du Développement des ressources humaines) c. Richard*, 2004 CAF 378.

[15] Les arrêts *Oliveira*, *Kent* et *Landry* portent sur trois situations différentes, mais étroitement apparentées.

LA SITUATION DU TYPE *OLIVEIRA*

[16] La situation du type *Oliveira* est celle où le tribunal de révision rend une décision négative sous le régime du paragraphe 84(2), c'est-à-dire où il conclut que les éléments de preuve produits ne constituent pas des faits nouveaux.

[17] Dans ce cas de figure, le demandeur de prestations d'invalidité doit s'adresser à la Cour fédérale pour contester cette décision qui lui était défavorable par la voie d'une demande de contrôle judiciaire. C'est là une obligation onéreuse et pénible pour le demandeur de prestations, qui doit souvent se représenter lui-même faute de ressources. L'une ou l'autre des parties, selon

as a result of this process while the core issue of the claimant's disability is not addressed.

[18] This is hardly in harmony with the requirement that a liberal construction be applied to so-called "social legislation" and "that benefits-conferring legislation ought to be interpreted in a broad and generous manner": see *Kent v. Canada (Attorney General)*, at paragraph 35, applying *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at paragraph 27. These statements referred to the interpretation to be given to social rights. I believe, however, that a liberal construction of the procedure applicable to social rights claims is also warranted when failure to do so would defeat the claims and the objectives of the social legislation.

[19] The *Oliveira* decision was based on the rationale elaborated in the *Peplinski* decision. In that latter case, the Federal Court concluded that, since there were no new facts which would warrant a reconsideration of the original decision, no fresh decision could be said to have been rendered and, therefore, no right of appeal to the PAB existed: see *Peplinski*, at pages 226-227. The right of appeal would exist if there were a finding of new facts resulting in a fresh decision rendered under subsection 84(2) pursuant to a reconsideration of the original decision. What was in issue in *Peplinski* was a decision of the Minister. Our Court in *Oliveira* applied the same reasoning to a reconsideration decision made by a Review Tribunal.

[20] With respect, I think that this conclusion does not reflect both the factual and legal reality. When a Review Tribunal, or for that matter the Minister, dismisses a demand under subsection 84(2) to rescind an earlier decision, it both legally and factually renders a decision. There is in such a case no less a decision rendered than if it decides to allow the demand and proceeds to rescind or vary its earlier decision. The decision to dismiss the demand to rescind or vary is a decision made under

l'issue de la demande, peut faire appel de la décision de la Cour fédérale devant notre Cour. Beaucoup de temps s'écoule ainsi, tandis que la question centrale de l'invalidité du demandeur de prestations reste en suspens.

[18] Cette situation n'est guère conforme au principe voulant qu'il convienne de donner une interprétation libérale aux lois dites « sociales » et « que les lois conférant des avantages doivent être interprétées de façon libérale et généreuse »; voir *Kent c. Canada (Procureur général)*, au paragraphe 35, où l'on applique *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, au paragraphe 27. Il est vrai que ces observations concernaient l'interprétation à donner aux droits sociaux, mais il me paraît qu'une interprétation libérale de la procédure de revendication des droits sociaux se justifie aussi lorsque l'attitude opposée irait à l'encontre des objectifs de cette procédure et de la législation qui l'a instituée.

[19] L'arrêt *Oliveira* se fondait sur les principes élaborés dans la décision *Peplinski*. Par cette dernière, la Cour fédérale a conclu que, comme n'avaient pas été présentés de faits nouveaux qui eussent justifié le réexamen de la première décision du ministre, celui-ci n'avait pas rendu de nouvelle décision, de sorte qu'il n'y avait pas droit d'appel devant la CAP; voir *Peplinski*, aux pages 226 et 227. Il n'y aurait eu droit d'appel que si l'on avait constaté l'existence de faits nouveaux qui eussent donné lieu à une nouvelle décision sous le régime du paragraphe 84(2), après réexamen de la première décision. C'est une décision du ministre qui était en litige dans *Peplinski*. Notre Cour a appliqué dans l'arrêt *Oliveira* le même raisonnement à une décision de réexamen rendue par un tribunal de révision.

[20] À mon humble avis, cette conclusion n'est pas conforme à la réalité des faits ni à celle du droit. Lorsqu'un tribunal de révision—ou d'ailleurs le ministre—rejette sous le régime du paragraphe 84(2) une demande d'annulation d'une décision antérieure, il rend une décision, aussi bien en droit que dans les faits. Une décision est bel et bien rendue dans ce cas, tout autant que s'il décide d'accueillir la demande et, ensuite, annule ou modifie sa décision antérieure. La décision de

subsection 84(2). Subsection 83(1) clearly gives in this case a right of appeal to the PAB when it states that a party, dissatisfied with a decision of a Review Tribunal made under subsection 84(2), may apply for leave to appeal that decision to the PAB. It does not matter whether the Review Tribunal accepts the demand for reconsideration and proceeds to rescind its earlier decision on the basis that there is new material evidence, or refuses the demand for reconsideration because there is no new evidence or there is new evidence which is not material and maintains its earlier decision. In both cases, a decision is rendered under subsection 84(2) and, I believe, is appealable.

THE *KENT* SCENARIO

[21] The *Kent* scenario refers to the opposite situation: the Review Tribunal makes a positive finding, i.e. that there is new evidence and, on that basis, reviews the applicant's claim of disability.

[22] Our Court in *Kent* acknowledged the controversy about the correct procedure for challenging a decision of a Review Tribunal as to whether there are new facts: see *Kent*, at paragraph 28. It then proceeded to apply to the facts of the case the same reasoning as in *Oliveira* and *Peplinski*. Positive findings, just like negative findings, on the issue of new evidence could not be reviewed by the PAB. Challenges to positive findings would have to be brought by the Minister to the Federal Court by way of judicial review.

[23] Again, the issue of a claimant's disability is put on hold while the process is diverted to the Federal Court and ultimately our Court. Again, the impecunious citizen has to defend himself in a judicial context.

rejeter la demande d'annulation ou de modification est une décision rendue sous le régime du paragraphe 84(2). Le paragraphe 83(1) confère sans ambiguïté dans ce cas un droit d'appel devant la CAP; il dispose en effet que la personne qui se croit lésée par une décision du tribunal de révision rendue en application du paragraphe 84(2) peut présenter une demande afin d'obtenir la permission d'interjeter un appel de la décision du tribunal de révision (*that decision*) auprès de la CAP. Peu importe que le tribunal de révision accueille la demande de réexamen et annule sa décision antérieure au motif qu'il est saisi de nouveaux éléments de preuve substantiels, ou au contraire rejette cette demande au motif de l'absence de faits nouveaux ou du caractère non substantiel des nouveaux éléments produits et maintienne sa décision antérieure. Dans les deux cas, une décision est rendue en application du paragraphe 84(2), et cette décision est, à mon sens, susceptible d'appel.

LA SITUATION DU TYPE *KENT*

[21] La situation examinée dans *Kent* illustre le cas opposé : le tribunal de révision rend une décision positive, c'est-à-dire conclut à la communication de faits nouveaux et, sur ce fondement, réexamine la demande de prestations.

[22] Notre Cour a constaté dans *Kent* l'existence d'un débat sur la procédure à suivre pour contester une décision du tribunal de révision portant sur la présence ou l'absence de faits nouveaux; voir *Kent*, au paragraphe 28. Elle a ensuite appliqué aux faits de l'espèce le même raisonnement que celui d'*Oliveira* et de *Peplinski*. Selon elle, la CAP ne pouvait contrôler les conclusions positives, pas plus que les conclusions négatives, sur la question des faits nouveaux. Le ministre devait contester les conclusions positives devant la Cour fédérale par la voie d'une demande de contrôle judiciaire.

[23] Là encore, la question de l'invalidité du demandeur de prestations reste en suspens tandis que la procédure est déviée vers la Cour fédérale, puis, le cas échéant, vers notre Cour. Une fois encore, le citoyen aux ressources limitées doit se défendre dans un contexte judiciaire.

THE *LANDRY* SCENARIO

[24] As if the matter was not sufficiently complicated, the *Landry* case involved a mixed scenario: the Review Tribunal found that some alleged facts constituted new evidence, but others did not.

[25] As a result of the *Oliveira* and the *Kent* decisions, the Minister would seek judicial review in the Federal Court of the positive finding while the disability claimant would also apply for judicial review of the negative finding in the Federal Court. A motion would then have to be made to merge the two applications into a single file and hearing.

[26] Even if the Minister decided not to challenge the positive finding, the claimant would still have to go to the Federal Court to seek a reversal of the negative finding. In *Landry*, this Court described in these terms, at paragraph 9 of the reasons for judgment, the peculiarity, not to say the absurdity, of the legal situation:

Moreover, with respect to the facts that were presented to the Tribunal but were rejected by it, in purely practical terms, the Board must be able to review the Tribunal's refusal to consider those facts to be new facts. If this were otherwise, it would mean that to challenge that refusal, the aggrieved party would have to apply to the Federal Court to have that aspect of the decision reviewed, when an appeal is properly pending before the Board in respect of the facts that were accepted as new facts. The result, in operational terms and in terms of time and judicial economy, would be a pointless and potentially prejudicial splitting of the proceedings. For example, the appeal to the Board would have to be stayed while waiting for the Federal Court to rule on the case submitted to that Court regarding the existence of new facts, because the Federal Court's decision could have an impact on the Board's decision.

[27] Furthermore, the PAB is also given by subsection 84(2) the power to review its previous decisions on the basis of new evidence submitted by a claimant. It therefore possesses and develops an expertise in the assessment of new medical evidence submitted in support of a disability claim. Why should the PAB then

LA SITUATION DU TYPE *LANDRY*

[24] Comme si les choses n'étaient pas déjà suffisamment compliquées, l'affaire *Landry* vient illustrer le cas mixte où le tribunal de révision conclut que certains éléments de preuve constituent des faits nouveaux, et d'autres non.

[25] Si l'on suivait ici les arrêts *Oliveira* et *Kent*, le ministre devrait demander à la Cour fédérale le contrôle judiciaire de la conclusion positive, tandis que le demandeur de prestations d'invalidité devrait former lui aussi une demande de contrôle judiciaire devant la même Cour, mais visant la conclusion négative. Il faudrait ensuite que soit présentée une requête tendant à faire réunir les deux demandes en un seul dossier afin qu'elles soient instruites conjointement.

[26] Même si le ministre décidait de ne pas contester la conclusion positive, le demandeur de prestations n'en devrait pas moins s'adresser à la Cour fédérale pour solliciter l'infirmité de la conclusion négative. Notre Cour a décrit dans les termes suivants, au paragraphe 9 de l'exposé des motifs de l'arrêt *Landry*, la bizarrerie, pour ne pas dire l'absurdité, de cette situation juridique :

En outre, en ce qui concerne les faits qui furent présentés au Tribunal mais rejetés par celui-ci, sur le plan purement pratique, la Commission doit pouvoir réviser le refus par le Tribunal de considérer comme nouveaux ces faits. Autrement, cela signifie qu'à l'égard de ce refus, la partie lésée devrait s'adresser à la Cour fédérale pour faire réviser cet aspect de la décision alors qu'un appel de cette décision est valablement formé devant la Commission en rapport avec les faits qui furent acceptés comme nouveaux. Il en résulterait, au plan opérationnel ainsi qu'au niveau des délais et de l'économie judiciaire, une division inutile et préjudiciable du litige. Par exemple, l'appel à la Commission devrait être suspendu en attendant que la Cour fédérale se prononce sur les allégations de faits nouveaux dont elle est saisie, la décision de la Cour fédérale pouvant avoir un impact sur celle de la Commission.

[27] En outre, le paragraphe 84(2) confère aussi à la CAP le pouvoir de réexaminer ses propres décisions sur la base de faits nouveaux communiqués par le demandeur de prestations. Par conséquent, la CAP possède et développe ainsi une expertise dans l'appréciation des nouveaux éléments de preuve

be deprived of the power to review on appeal a decision of a Review Tribunal pertaining to new evidence when it can determine the issue of new evidence when reconsidering its own previous decisions? As we shall see, I cannot find a valid reason both legally and practically for denying this power to the PAB. This brings me to a reconsideration of the *Oliveira* and *Kent* decisions.

A RECONSIDERATION OF THE *OLIVEIRA* AND *KENT* DECISIONS

The legislative intent in subsections 83(1) and 84(1)

[28] I shall begin with a reference to subsection 84(1) which makes the decision of a Review Tribunal final and binding for all purposes of this Act, except as provided in this Act. By contrast, the PAB's decisions are also final and binding for all purposes of this Act, except, however, for judicial review under the *Federal Courts Act* [R.S.C., 1985, c. F-7, s. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14)].

[29] Parliament has made it clear in subsections 83(1) and 84(1) of the CPP that the review of a decision of a Review Tribunal is exclusively by way of appeal to the PAB within the time frame therein provided. On the other hand, decisions of the PAB are challenged by way of judicial review before this Court. The French text of subsection 84(1), by using the words "*sauf contrôle judiciaire dont elle peut faire l'objet*" [underlining added], leaves no ambiguity as to which of the PAB or the Review Tribunal is subject to judicial review.

[30] By making the reconsideration decisions of the Review Tribunal on the issue of new evidence subject to judicial review before the Federal Court, the decisions in *Peplinski*, *Oliveira* and *Kent* run contrary to the clear and unambiguous text of both subsections 83(1) and 84(1) and the legislative intent.

médicale présentés à l'appui d'une demande de prestations d'invalidité. Pourquoi devrait-on alors refuser à la CAP le pouvoir de contrôler en appel la décision d'un tribunal de révision sur la question des faits nouveaux, alors qu'elle est habilitée à décider cette question lorsqu'elle réexamine ses propres décisions? Comme il apparaîtra plus loin, je ne vois aucune raison valable, ni en droit ni du point de vue pratique, de ne pas reconnaître ce pouvoir à la CAP. Je me trouve ainsi amené à réexaminer les arrêts *Oliveira* et *Kent*.

RÉEXAMEN DES ARRÊTS *OLIVEIRA* ET *KENT*

L'intention du législateur dans les paragraphes 83(1) et 84(1)

[28] Le paragraphe 84(1), rappellerai-je d'abord, dispose que la décision du tribunal de révision, sauf disposition contraire du RPC, est définitive et obligatoire pour l'application de celui-ci. Quant à la décision de la CAP, elle est aussi définitive et obligatoire pour l'application du RPC, mais sous réserve du contrôle judiciaire dont elle peut faire l'objet aux termes de la *Loi sur les Cours fédérales* [L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14)].

[29] Le législateur dit explicitement aux paragraphes 83(1) et 84(1) du RPC que la décision du tribunal de révision ne peut être contrôlée que par la voie d'un appel devant la CAP, interjeté dans le délai prescrit. La décision de la CAP, elle, peut être contestée par le dépôt d'une demande de contrôle judiciaire devant notre Cour. Le texte français du paragraphe 84(1), par les termes « *sauf contrôle judiciaire dont elle peut faire l'objet* » [soulignement ajouté], ne laisse aucune ambiguïté touchant le point de savoir laquelle des deux instances, la CAP ou le tribunal de révision, relève du contrôle judiciaire.

[30] En posant que les décisions de réexamen du tribunal de révision sur la question des faits nouveaux sont contestables par voie de demande de contrôle judiciaire devant la Cour fédérale, la décision *Peplinski*, ainsi que les arrêts *Oliveira* et *Kent*, vont à l'encontre du libellé clair et sans équivoque des paragraphes 83(1) et 84(1), ainsi que de l'intention du législateur.

The legislative intent in subsection 83(11)

[31] Furthermore, none of the *Peplinski*, *Oliveira*, *Fleming*, *Richard* and *Kent* decisions considered or referred to the powers conferred upon the PAB by subsection 83(11) when sitting on appeal of a Review Tribunal's decision made under section 82 [as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 30, s. 45; S.C. 1995, c. 33, s. 35; 2000, c. 12, ss. 60, 64(k)] or subsection 84(2). The PAB "may take any action in relation thereto that might have been taken by the Review Tribunal under section 82 or subsection 84(2)." If the Review Tribunal erroneously found that the new facts submitted constituted new evidence, the PAB is, on an appeal from a Review Tribunal's decision rendered pursuant to subsection 84(2), given the authority by subsection 83(11) to take the proper action that the Review Tribunal might have taken and find that the evidence is not new evidence.

[32] In my respectful view, the PAB possesses under subsection 83(11), on appeal of a reconsideration decision rendered by a Review Tribunal pursuant to subsection 84(2), the power to review the Tribunal's decision relating to the issue of new evidence, whether the Tribunal's decision in this regard is a positive or a negative one.

[33] I should add that our Court, in *Kent*, understood the rationale for the *Peplinski*, *Oliveira*, *Fleming* and *Richard* decisions to be that "the jurisdiction of the Pension Appeals Board is limited to appeals of decisions of the Review Tribunal on the merits, either in the first instance or upon a subsection 84(2) reconsideration": see *Kent*, at paragraph 28. The *Peplinski* decision from which the *Oliveira*, *Fleming* and *Richard* decisions originated was based, as previously mentioned, on the misunderstanding that there was no fresh decision when the finding on reconsideration was that the proffered evidence was not new. There was no mention in the *Peplinski* case that the jurisdiction of the PAB was limited to appeals of decisions of the Review Tribunal on the merits. Had subsection 83(11) been brought to the attention of our Court in *Kent* and considered by it in conjunction with subsections 83(1) and 84(1), I am

L'intention du législateur dans le paragraphe 83(11)

[31] En outre, ni la décision *Peplinski*, ni les arrêts *Oliveira*, *Fleming*, *Richard* ou *Kent*, n'examinent ou ne mentionnent les pouvoirs que le paragraphe 83(11) confère à la CAP siégeant en appel d'une décision rendue par le tribunal de révision sous le régime de l'article 82 [mod. par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 30, art. 45; L.C. 1995, ch. 33, art. 35; 2000, ch. 12, art. 60, 64(k)] ou du paragraphe 84(2). La CAP « peut, à cet égard, prendre toute mesure que le tribunal de révision aurait pu prendre en application de ces dispositions ». Si le tribunal de révision s'est trompé en concluant que les nouveaux éléments de preuve produits constituaient des faits nouveaux, la CAP, saisie d'un appel contre une décision rendue par le tribunal de révision sous le régime du paragraphe 84(2), dispose en vertu du paragraphe 83(11) du pouvoir de prendre la mesure appropriée que ce tribunal aurait pu prendre et de déclarer que les éléments de preuve en question ne constituent pas des faits nouveaux

[32] À mon humble avis, le paragraphe 83(11) confère à la CAP, saisie d'un appel contre une décision de réexamen rendue par un tribunal de révision sous le régime du paragraphe 84(2), le pouvoir de contrôler la conclusion du tribunal touchant la question des faits nouveaux, que cette conclusion soit positive ou négative.

[33] Je dois ajouter que notre Cour, dans *Kent*, a interprété le principe sous-tendant *Peplinski*, *Oliveira*, *Fleming* et *Richard* comme étant que « la compétence de la Commission d'appel des pensions se limite aux appels interjetés contre les décisions au fond rendues par le tribunal de révision, soit en première instance soit après réexamen selon le paragraphe 84(2) »; voir *Kent*, au paragraphe 28. Or la décision *Peplinski*, dont sont issus les arrêts *Oliveira*, *Fleming* et *Richard*, se fondait, comme je le disais plus haut, sur le malentendu voulant qu'il n'y ait pas nouvelle décision dans le cas où il est statué au réexamen que les éléments de preuve produits ne constituent pas des faits nouveaux. Il n'est pas fait mention dans *Peplinski* du fait que la compétence de la CAP se limiterait aux appels de décisions sur le fond du tribunal de révision. Je suis convaincu que si l'on avait porté le paragraphe 83(11) à l'attention de notre Cour

satisfied that its decision would not have been the same.

[34] It should be recalled that subsection 84(1) expressly gives the PAB the authority to determine any question of law or fact as to whether any benefit is payable to a person. The materiality test applicable to alleged new evidence and the admissibility of that evidence are questions of law and mixed fact and law that must be determined in assessing “whether any benefit is payable to a person.” These questions properly belong to the PAB on appeal.

The necessity for the PAB to possess the power to review decisions of Review Tribunals on issues of new evidence

[35] The present case is a good example of the necessity for the PAB to have the power to review issues relating to new evidence. In this instance, the Review Tribunal applied a wrong materiality test to the proffered evidence.

[36] Relying on the decision of the Federal Court in *Mian v. Canada (Attorney General)* (2001), 204 F.T.R. 306 (F.C.T.D.), which cited a 1988 decision of this Court in immigration matters (*Castro v. Minister of Employment and Immigration* (1988), 5 Imm. L.R. (2d) 87 (F.C.A.)) concerning the Immigration Appeal Board’s refusal to reopen an appeal, it lowered the threshold of the materiality test to one of “a reasonable possibility as opposed to probability that [the proffered evidence] could lead the Board to change its original decision” [at paragraph 28 of *Mian*].

[37] In *Kent*, at paragraph 34, our Court concluded that the materiality test is met if the proposed new facts may reasonably be expected to affect the outcome. It wrote:

dans l’affaire *Kent* et que si elle l’y avait examiné conjointement avec les paragraphes 83(1) et 84(1), sa décision n’aurait pas été la même.

[34] Il convient de rappeler que le paragraphe 84(1) confère expressément à la CAP le pouvoir de décider des questions de droit ou de fait concernant la question de savoir si une prestation est payable à une personne. Le critère du caractère substantiel applicable aux éléments de preuve présentés comme des faits nouveaux, ainsi que l’admissibilité de ces éléments, sont des questions de droit et des questions mixtes de fait et de droit qu’il est nécessaire de trancher pour établir « si une prestation est payable à une personne ». Ces questions sont bien du ressort de la CAP sur appel.

La nécessité pour la CAP de posséder le pouvoir de contrôler les décisions des tribunaux de révision sur la question des faits nouveaux

[35] La présente affaire est un bon exemple de la nécessité pour la CAP de posséder le pouvoir de contrôler les décisions sur la question des faits nouveaux. En l’occurrence, le tribunal de révision a appliqué aux éléments de preuve produits une définition erronée du critère du caractère substantiel.

[36] Se fondant sur la décision de la Cour fédérale *Mian c. Canada (Procureur général)*, 2001 CFPI 433, où l’on citait un arrêt rendu par notre Cour en 1988 (*Castro c. Ministre de l’Emploi et de l’Immigration*, [1988] A.C.F. n° 532 (C.A.) (QL)) sur le refus opposé par la Commission d’appel de l’immigration à une demande de réexamen d’appel, le tribunal de révision a relâché le critère du caractère substantiel en le définissant comme la « possibilité raisonnable, et non d’une probabilité [que les éléments de preuve produits] justifierait la Commission de modifier sa décision initiale » [*Mian*, au paragraphe 28].

[37] Notre Cour a conclu, au paragraphe 34 de *Kent*, que le critère du caractère substantiel est rempli si l’on peut raisonnablement croire que les faits présentés comme nouveaux auraient conduit à une décision autre :

Whether a fact was discoverable with due diligence is a question of fact. The question of materiality is a question of mixed fact and law, in the sense that it requires a provisional assessment of the importance of the proposed new facts to the merits of the claim for the disability pension. The decision of the Pension Appeals Board in *Suvajac v. Minister of Human Resources Development* (Appeal CP 20069, June 17, 2002) adopts the test from *Dormuth v. Untereiner*, [1964] S.C.R. 122, that new evidence must be practically conclusive. That test is not as stringent as it may appear. New evidence has been held to be practically conclusive if it could reasonably be expected to affect the result of the prior hearing: BC Tel v. Seabird Island Indian Band (C.A.), [2003] 1 F.C. 475. Thus, for the purposes of subsection 84(2) of the Canada Pension Plan, the materiality test is met if the proposed new facts may reasonably be expected to affect the outcome. [Emphasis added.]

This is the proper test to be applied.

[38] On the basis of an erroneous test, the Review Tribunal admitted the proffered evidence as new evidence and rescinded its previous decision. This is a significant error that needs to be corrected. The materiality test is not a mere formality that can be ignored, overlooked or bypassed. The test is there to strike a balance between, on the one hand, the need to have disability claims assessed fairly and the need, on the other hand, to secure, in the public interest, the finality and enforcement of previous decisions which are *res judicata*.

[39] While I agree with this Court's statement in *Kent*, at paragraph 35, that some flexibility is advisable in applying the test so as to balance the above-mentioned interests, the proper test cannot be improperly applied nor can an improper test be applied. The Review Tribunal's decision on the issue of new evidence is a decision under subsection 84(2) which is part and parcel of the ultimate decision on a claimant's disability. The situation is not unlike that which prevails on an appeal against a verdict or judgment. The appeal court will address any contention that evidence has been improperly admitted and that that evidence had a

La question de savoir si un fait pouvait être découvert moyennant une diligence raisonnable est une question de fait. La question du caractère substantiel est une question mixte de droit et de fait, en ce sens qu'elle requiert une évaluation provisoire de l'importance des présumés faits nouveaux pour le fond de la demande de pension d'invalidité. La décision rendue par la Commission d'appel des pensions dans l'affaire *Suvajac c. Ministre du Développement des ressources humaines* (appel CP 20069, 17 juin 2002) adopte le critère exposé dans l'arrêt *Dormuth c. Untereiner*, [1964] R.C.S. 122. Selon ce critère, les preuves nouvelles doivent être pour ainsi dire déterminantes. Ce critère n'est pas aussi rigoureux qu'il peut le paraître. Les preuves nouvelles sont considérées comme des preuves pour ainsi dire déterminantes si l'on peut raisonnablement croire qu'elles auraient modifié l'issue de la procédure antérieure : BC Tel c. Bande indienne de Seabird Island (C.A.), [2003] 1 C.F. 475. Ainsi, pour l'application du paragraphe 84(2) du Régime de pensions du Canada, les faits nouveaux qui sont avancés sont substantiels si l'on peut raisonnablement croire qu'ils auraient conduit à une décision autre. [Non souligné dans l'original.]

C'est là le critère qu'il convient d'appliquer.

[38] En se fondant sur une définition erronée du critère applicable, le tribunal de révision a admis les éléments de preuve produits en tant que faits nouveaux et a annulé sa décision antérieure. C'est là une erreur importante qui doit être corrigée. L'application du critère du caractère substantiel n'est pas une simple formalité qu'on pourrait négliger ou contourner. Ce critère a pour objet de permettre de trouver un équilibre entre la nécessité d'un examen équitable des demandes de prestations d'invalidité et celle d'assurer dans l'intérêt public le caractère définitif et l'exécution des décisions antérieures qui ont autorité de chose jugée.

[39] Si je souscris à l'idée exposée par notre Cour au paragraphe 35 de *Kent*, selon laquelle il convient de faire preuve d'une certaine souplesse dans l'application du critère de manière à trouver le juste milieu entre les intérêts susdits, il n'est cependant pas permis de l'appliquer irrégulièrement ni d'en appliquer une définition inexacte. La décision que rend le tribunal de révision sur la question des faits nouveaux relève du paragraphe 84(2) et fait partie intégrante de la décision qui sera en fin de compte rendue sur l'invalidité du demandeur de prestations. Cette situation ressemble assez au cas d'un appel interjeté contre un verdict ou un

material impact on the verdict or judgment on appeal. In my respectful view, the PAB is in a similar position.

jugement. La cour d'appel examine dans ce contexte toutes prétentions voulant que des éléments de preuve aient été irrégulièrement admis et que ces éléments aient influé dans une mesure notable sur le verdict ou le jugement frappé d'appel. À mon humble avis, la CAP se trouve dans une position analogue.

The purpose and objective of the CPP

[40] The full title of the Act is *An Act to establish a comprehensive program of old age pensions and supplementary benefits in Canada payable to and in respect of contributors*. To that end, the CPP contains adjudicative and review mechanisms and a process designed to provide an easy, flexible and affordable access to these mechanisms. An ultimate but limited access to the Federal Court of Appeal by way of judicial review ensures that the process will remain, to the benefits of the parties to a claim, within the boundaries of legality. In other words, the Federal Court of Appeal acts as a watchdog of the lawfulness of the process.

L'objet du RPC

[40] L'intitulé complet du RPC est *Loi instituant au Canada un régime général de pensions de vieillesse et de prestations supplémentaires payables aux cotisants et à leur égard*. Pour remplir l'objet ainsi formulé, le RPC prévoit des mécanismes juridictionnels et de révision, ainsi qu'une procédure visant à donner accès à ces mécanismes, qui se veut facile, souple et peu onéreuse. La possibilité restreinte de recourir en dernier ressort à la Cour d'appel fédérale par voie de demande de contrôle judiciaire garantit que cette procédure restera, pour le bien des parties, dans les limites de la légalité. Autrement dit, la Cour d'appel fédérale joue le rôle de gardienne de la légalité de la procédure.

[41] It is interesting to note that Parliament has limited the control of the PAB's decision to one of legality, excluding a review of the merits of their decisions. It is also interesting to note that this judicial control function was conferred to the Federal Court of Appeal: see section 28 [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 8; 2002, c. 8, s. 35] of the *Federal Courts Act*.

[41] Il est intéressant de noter que le législateur a limité le contrôle des décisions de la CAP à la question de leur légalité, excluant leur révision sur le fond. Il est également intéressant d'observer que c'est à la Cour d'appel fédérale qu'a été conférée cette fonction de contrôle judiciaire; voir l'article 28 [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 8; 2002, ch. 8, art. 35] de la *Loi sur les Cours fédérales*.

[42] As previously mentioned, subsection 84(1) ensured that all questions of fact and law pertaining to the question of whether a benefit is payable to a person would be determined by the Review Tribunal and, on appeal, by the PAB. I do not think that Parliament envisaged a split of the process between the Federal Court, the Federal Court of Appeal and the adjudicative mechanisms which it put in place and which it invested with broad powers to determine the merits of claims along with all the factual and legal questions that inevitably accompany these claims.

[42] Comme je le disais plus haut, le paragraphe 84(1) visait à faire en sorte que toutes les questions de droit ou de fait concernant le point de savoir si une prestation est payable à une personne soient décidées par un tribunal de révision et, sur appel, par la CAP. Je ne pense pas que le législateur ait prévu une division de la procédure entre la Cour fédérale, la Cour d'appel fédérale et les mécanismes juridictionnels qu'il a mis en place et qu'il a investis de pouvoirs étendus les autorisant à rendre des décisions sur le fond des demandes de prestation, ainsi qu'à trancher toutes les questions de droit ou de fait que ces demandes soulèvent inévitablement.

[43] In a nutshell, sending the parties to the Federal Court to have the correctness of a legal ruling made by

[43] Bref, l'idée qu'on devrait adresser les parties à la Cour fédérale pour faire contrôler la justesse d'une

a Review Tribunal reviewed on an application for reconsideration pursuant to subsection 84(2) does not find support in the statutory provisions enacted by Parliament. Moreover, it defeats the legislative purpose and objective of the CPP because the unnecessary diversion is costly and the claimant, whether he is the applicant or the defendant in the Federal Court proceedings, always stands at the losing end of this process: he bears his own costs of the proceedings, and possibly those of the winning party if he loses, and, in the meantime, the adjudication on the merits of his disability claim is long delayed. The diversion puts an unnecessary and unwarranted constraint on the fairness and efficiency of the adjudicative process put in place by Parliament.

WHETHER THE PAB APPLIED THE CORRECT MATERIALITY TEST TO THE PROFFERED NEW EVIDENCE

[44] In my summary of the PAB's decision, I have mentioned that the PAB concluded that the Review Tribunal applied the wrong materiality test when it relied on a reasonable possibility as opposed to probability that the proffered evidence could lead it to change its original decision. While the word "reasonable" is a welcome qualifier of the word "possibility," it is not sufficient, however, to lift the test out of the realm of possibility. The PAB, in my view, rightly concluded that a wrong test had been applied.

[45] I have already mentioned in these reasons the materiality test formulated by this Court in the *Kent* decision. At paragraph 34 of that decision, our Court ruled that, for the purposes of subsection 84(2) of the CPP, the materiality test is met if the proposed new facts may reasonably be expected to affect the outcome: see also *Chippewas of Nawash First Nation v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)*, 2002 FCA 22.

décision rendue par un tribunal de révision sur une demande de réexamen qui relève du paragraphe 84(2) ne paraît pas conforme aux dispositions législatives adoptées par le Parlement. En outre, elle va à l'encontre de l'objet du RPC, étant donné que ce détour inutile est onéreux et que le demandeur de prestations, qu'il soit demandeur ou défendeur devant la Cour fédérale, ne peut qu'y perdre : il doit assumer ses propres dépens et risque de supporter aussi ceux de la partie adverse s'il succombe, tandis que l'examen sur le fond de sa demande de prestations d'invalidité se trouve considérablement retardé. Ce détour par la Cour fédérale limite inutilement et sans justification l'équité et l'efficacité du processus juridictionnel mis en place par le législateur.

LE POINT DE SAVOIR SI LA CAP A APPLIQUÉ LA DÉFINITION CORRECTE DU CRITÈRE DU CARACTÈRE SUBSTANTIEL AUX ÉLÉMENTS DE PREUVE PRÉSENTÉS COMME DES FAITS NOUVEAUX

[44] Comme je le disais dans mon résumé de la décision de la CAP, cette dernière a conclu que le tribunal de révision avait appliqué une définition erronée du critère du caractère substantiel en se fondant sur la possibilité raisonnable, plutôt que sur la probabilité, que les éléments de preuve produits l'amènent à rendre une décision différente de la première. Si l'épithète « raisonnable » apporte une nuance heureuse au terme « possibilité », elle ne suffit pourtant pas à faire passer la définition du critère au-delà du domaine de la possibilité. La CAP a eu raison, à mon sens, de conclure que le tribunal de révision avait appliqué une définition erronée du critère.

[45] J'ai rappelé plus haut la définition du critère du caractère substantiel formulée par notre Cour dans l'arrêt *Kent*. Au paragraphe 34 de cet arrêt, notre Cour a statué que, pour l'application du paragraphe 84(2) du RPC, le critère du caractère substantiel est rempli si l'on peut raisonnablement croire que les faits présentés comme nouveaux auraient conduit à une décision autre; voir aussi *Première nation des Chippewas de Nawash c. Canada (Ministre des Pêches et des Océans)*, 2002 CAF 22.

WHETHER THE PAB ERRED IN APPLYING THE
CORRECT MATERIALITY TEST

[46] The alleged new evidence consisted of medical reports. Both the Review Tribunal on reconsideration and the PAB found that all this allegedly new evidence existed prior to the hearing of the Review Tribunal on March 25, 1998. Contrary to the Review Tribunal, the PAB found that these reports could have been obtained by reasonable diligence: they were in the possession of the applicant's lawyer who represented him pursuant to a motor vehicle accident in which he was involved on March 31, 1997.

[47] The PAB deplored that no explanation was given by affidavit evidence as to why the applicant, according to what he said, was not aware of the reports in his own lawyer's office.

[48] It was open to the PAB on the facts before it to conclude that the applicant had failed to satisfy his onus of demonstrating that he exercised due diligence to discover the medical reports in question.

[49] It was also open to the Board to conclude that the applicant, who said that he relied upon the persons representing him, was bound by the actions of his agents.

[50] Counsel for the applicant submits that the PAB failed to consider all the reports and limited its review to only three. In so doing, he said, the Board erred. I think that counsel's submission cannot succeed.

[51] There were two aspects to the Review Tribunal's decision. First, the Tribunal concluded that all medical reports were in possession of the applicant's counsel. However, it did not conclude that the applicant would have been aware of them. Therefore, the Tribunal considered them to be all new evidence.

LE POINT DE SAVOIR SI LA CAP A COMMIS UNE
ERREUR D'APPLICATION DU CRITÈRE DU
CARACTÈRE SUBSTANTIEL CORRECTEMENT
DÉFINI

[46] Les éléments de preuve présentés comme des faits nouveaux consistaient en des rapports médicaux. Le tribunal de révision (dans le cadre du réexamen) aussi bien que la CAP ont conclu que ces éléments existaient avant l'audience du tribunal de révision en date du 25 mars 1998. Cependant, contrairement au tribunal de révision, la CAP a aussi conclu que le demandeur aurait pu obtenir ces rapports en faisant preuve de diligence raisonnable : ils se trouvaient en la possession de l'avocat qu'il avait engagé relativement à un accident de la route survenu le 31 mars 1997.

[47] La CAP a exprimé le regret que le demandeur n'ait pas expliqué, par voie d'affidavit, pourquoi il n'avait pas eu connaissance, selon ses dires, de rapports qui se trouvaient au bureau de son propre avocat.

[48] Il était loisible à la CAP de conclure, sur le fondement des faits dont elle était saisie, que le demandeur ne s'était pas acquitté de la charge pesant sur lui de prouver qu'il avait fait preuve de diligence raisonnable pour découvrir les rapports médicaux en question.

[49] Il était également permis à la CAP de conclure que le demandeur, qui avait argué du fait qu'il s'était fié à ses mandataires, était lié par leurs actes.

[50] L'avocat du demandeur fait valoir que la CAP n'a pas pris en considération la totalité des rapports en question et a limité son examen à trois d'entre eux. La CAP, soutient-il, a ainsi commis une erreur. Ce moyen du demandeur ne peut à mon sens être accueilli.

[51] La décision du tribunal de révision comportait deux aspects. Premièrement, il a conclu que tous les rapports médicaux se trouvaient en la possession de l'avocat du demandeur. Cependant, il n'a pas conclu que le demandeur était censé en avoir eu connaissance. Par conséquent, il a considéré tous ces rapports comme constituant des faits nouveaux.

[52] Second, the Tribunal looked at all the reports and singled out three of them to which it applied an erroneous materiality test.

[53] The PAB reviewed the materiality test applied by the Tribunal to these three reports to point out the error made by the Tribunal. In addition, it ruled that all the medical reports which were in the hands of applicant's counsel were not new evidence because the applicant failed to demonstrate that he exercised due diligence to discover them. Therefore, there was no failure on the part of the PAB to consider all reports for the purpose of determining whether they constituted new evidence under subsection 84(2) of the CPP.

CONCLUSION

[54] In order to dissipate the uncertainty that has prevailed with respect to demands for reconsideration under subsection 84(2) of the CPP made on the basis of new evidence, I believe that I should summarize my findings. They are as follows:

(a) the decisions in *Peplinski*, *Oliveira*, *Fleming*, *Richard* and *Kent* which sent litigants to the Federal Court of Canada to have reviewed by way of judicial review a Review Tribunal's positive or negative determination of proffered new evidence are no longer good law;

(b) these positive or negative determinations are appealable to the PAB pursuant to the procedure set out in subsection 83(1) of the CPP;

(c) the PAB possesses the power under subsections 83(1), 83(11) and 84(1) to review the correctness of these determinations; and

(d) the materiality test for the purpose of subsection 84(2) of the CPP is met if the proposed new facts may reasonably be expected to affect the outcome.

[52] Deuxièmement, le tribunal de révision a examiné tous les rapports et en a retenu trois, auxquels il a appliqué une définition erronée du critère du caractère substantiel.

[53] La CAP a examiné la définition du caractère substantiel appliquée par le tribunal de révision à ces trois rapports pour relever l'erreur commise par ce dernier. En outre, elle a statué que tous les rapports médicaux qui se trouvaient en la possession de l'avocat du demandeur échappaient à la définition des faits nouveaux, au motif que le demandeur n'avait pas établi qu'il avait fait preuve de diligence raisonnable pour les découvrir. Par conséquent, la CAP n'a pas omis de prendre en considération la totalité des rapports aux fins d'établir s'ils constituaient des faits nouveaux sous le régime du paragraphe 84(2) du RPC.

CONCLUSION

[54] Il me paraît utile de récapituler mes conclusions afin de dissiper l'incertitude dont font l'objet les demandes de réexamen sur la base de faits nouveaux relevant du paragraphe 84(2) du RPC. Ces conclusions sont les suivantes :

a) la décision *Peplinski* et les arrêts *Oliveira*, *Fleming*, *Richard* et *Kent*, qui adressaient les plaideurs à la Cour fédérale du Canada pour y faire contrôler, par voie de demande de contrôle judiciaire, la décision positive ou négative d'un tribunal de révision sur la question des faits nouveaux, ne font plus jurisprudence;

b) cette décision positive ou négative est susceptible d'appel devant la CAP, selon la procédure prévue au paragraphe 83(1) du RPC;

c) les paragraphes 83(1), 83(11) et 84(1) du RPC confèrent à la CAP le pouvoir de contrôler la justesse de cette décision positive ou négative;

d) le critère du caractère substantiel, pour l'application du paragraphe 84(2) du RPC, se trouve rempli si l'on peut raisonnablement croire que les faits présentés comme nouveaux auraient conduit à une décision autre.

[55] For these reasons, I would dismiss the application for judicial review without costs.

LINDEN J.A.: I agree.

SEXTON J.A.: I agree.

[55] Pour ces motifs, je rejetterais la demande de contrôle judiciaire, sans adjuger de dépens.

LE JUGE LINDEN, J.C.A. : Je suis d'accord.

LE JUGE SEXTON, J.C.A. : Je suis d'accord.