

	2004 FC 431 T-582-01		2004 CF 431 T-582-01
<b>The Attorney General of Canada and Bruce Hartley</b> <i>(Applicants)</i>		<b>Le procureur général du Canada et Bruce Hartley</b> <i>(demandeurs)</i>	
v.		c.	
<b>The Information Commissioner of Canada</b> <i>(Respondent)</i>		<b>Le commissaire à l'information du Canada</b> <i>(défendeur)</i>	
and		et	
	T-606-01		T-606-01
<b>The Attorney General of Canada and Jean Pelletier</b> <i>(Applicants)</i>		<b>Le procureur général du Canada et Jean Pelletier</b> <i>(demandeurs)</i>	
v.		c.	
<b>The Information Commissioner of Canada</b> <i>(Respondent)</i>		<b>Le commissaire à l'information du Canada</b> <i>(défendeur)</i>	
and		et	
	T-1640-00		T-1640-00
<b>The Attorney General of Canada and Bruce Hartley</b> <i>(Applicants)</i>		<b>Le procureur général du Canada et Bruce Hartley</b> <i>(demandeurs)</i>	
v.		c.	
<b>The Information Commissioner of Canada</b> <i>(Respondent)</i>		<b>Le commissaire à l'information du Canada</b> <i>(défendeur)</i>	
and		et	
	T-1641-00		T-1641-00
<b>The Attorney General of Canada, Meribeth Morris, Randy Mylyk and Emechete Onuoha</b> <i>(Applicants)</i>		<b>Le procureur général du Canada, Meribeth Morris, Randy Mylyk et Emechete Onuoha</b> <i>(demandeurs)</i>	
v.		c.	
<b>The Information Commissioner of Canada and David Pugliese</b> <i>(Respondents)</i>		<b>Le commissaire à l'information du Canada et David Pugliese</b> <i>(défendeurs)</i>	
and		et	

	T-792-01		T-792-01
	<b>The Attorney General of Canada and Jean Pelletier</b> <i>(Applicants)</i>		<b>Le procureur général du Canada et Jean Pelletier</b> <i>(demandeurs)</i>
	v.		c.
	<b>The Information Commissioner of Canada</b> <i>(Respondent)</i>		<b>Le commissaire à l'information du Canada</b> <i>(défendeur)</i>
	and		et
	T-877-01		T-877-01
	<b>The Attorney General of Canada and Randy Mylyk</b> <i>(Applicants)</i>		<b>Le procureur général du Canada et Randy Mylyk</b> <i>(demandeurs)</i>
	v.		c.
	<b>The Information Commissioner of Canada</b> <i>(Respondent)</i>		<b>Le commissaire à l'information du Canada</b> <i>(défendeur)</i>
	and		et
	T-878-01		T-878-01
	<b>The Attorney General of Canada and The Honourable Art C. Eggleton</b> <i>(Applicants)</i>		<b>Le procureur général du Canada et l'honorable Art C. Eggleton</b> <i>(demandeurs)</i>
	v.		c.
	<b>The Information Commissioner of Canada</b> <i>(Respondent)</i>		<b>Le commissaire à l'information du Canada</b> <i>(défendeur)</i>
	and		et
	T-883-01		T-883-01
	<b>The Attorney General of Canada and Emechete Onuoha</b> <i>(Applicants)</i>		<b>Le procureur général du Canada et Emechete Onuoha</b> <i>(demandeurs)</i>
	v.		c.
	<b>The Information Commissioner of Canada</b> <i>(Respondent)</i>		<b>Le commissaire à l'information du Canada</b> <i>(défendeur)</i>
	and		et

T-892-01	T-892-01
<b>The Attorney General of Canada and Meribeth Morris</b> ( <i>Applicants</i> )	<b>Le procureur général du Canada et Meribeth Morris</b> ( <i>demandeurs</i> )
v.	c.
<b>The Information Commissioner of Canada</b> ( <i>Respondent</i> )	<b>Le commissaire à l'information du Canada</b> ( <i>défendeur</i> )
and	et
T-1047-01	T-1047-01
<b>The Attorney General of Canada and Sue Ronald</b> ( <i>Applicants</i> )	<b>Le procureur général du Canada et Sue Ronald</b> ( <i>demandeurs</i> )
v.	c.
<b>The Information Commissioner of Canada</b> ( <i>Respondent</i> )	<b>Le commissaire à l'information du Canada</b> ( <i>défendeur</i> )
and	et
T-1254-01	T-1254-01
<b>The Attorney General of Canada and Mel Cappe</b> ( <i>Applicants</i> )	<b>Le procureur général du Canada et Mel Cappe</b> ( <i>demandeurs</i> )
v.	c.
<b>The Information Commissioner of Canada</b> ( <i>Respondent</i> )	<b>Le commissaire à l'information du Canada</b> ( <i>défendeur</i> )
and	et
T-1909-01	T-1909-01
<b>The Attorney General of Canada, The Honourable Art C. Eggleton, George Young and Judith Mooney</b> ( <i>Applicants</i> )	<b>Le procureur général du Canada, l'honorable Art C. Eggleton, George Young et Judith Mooney</b> ( <i>demandeurs</i> )
v.	c.
<b>The Information Commissioner of Canada</b> ( <i>Respondent</i> )	<b>Le commissaire à l'information du Canada</b> ( <i>défendeur</i> )
and	et

---

	T-684-01		T-684-01
	<b>The Attorney General of Canada and Bruce Hartley</b> <i>(Applicants)</i>		<b>Le procureur général du Canada et Bruce Hartley</b> <i>(demandeurs)</i>
	v.		c.
	<b>The Information Commissioner of Canada</b> <i>(Respondent)</i>		<b>Le commissaire à l'information du Canada</b> <i>(défendeur)</i>
	and		et
	T-763-01		T-763-01
	<b>The Attorney General of Canada and Jean Pelletier</b> <i>(Applicants)</i>		<b>Le procureur général du Canada et Jean Pelletier</b> <i>(demandeurs)</i>
	v.		c.
	<b>The Information Commissioner of Canada</b> <i>(Respondent)</i>		<b>Le commissaire à l'information du Canada</b> <i>(défendeur)</i>
	and		et
	T-880-01		T-880-01
	<b>The Attorney General of Canada and Randy Mylyk</b> <i>(Applicants)</i>		<b>Le procureur général du Canada et Randy Mylyk</b> <i>(demandeurs)</i>
	v.		c.
	<b>The Information Commissioner of Canada</b> <i>(Respondent)</i>		<b>Le commissaire à l'information du Canada</b> <i>(défendeur)</i>
	and		et
	T-895-01		T-895-01
	<b>The Attorney General of Canada and Meribeth Morris</b> <i>(Applicants)</i>		<b>Le procureur général du Canada et Meribeth Morris</b> <i>(demandeurs)</i>
	v.		c.
	<b>The Information Commissioner of Canada</b> <i>(Respondent)</i>		<b>Le commissaire à l'information du Canada</b> <i>(défendeur)</i>
	and		et

---

	T-896-01		T-896-01
<b>The Attorney General of Canada and Emechete Onuoha</b> ( <i>Applicants</i> )		<b>Le procureur général du Canada et Emechete Onuoha</b> ( <i>demandeurs</i> )	
v.		c.	
<b>The Information Commissioner of Canada</b> ( <i>Respondent</i> )		<b>Le commissaire à l'information du Canada</b> ( <i>défendeur</i> )	
and		et	
	T-1049-01		T-1049-01
<b>The Attorney General of Canada and Sue Ronald</b> ( <i>Applicants</i> )		<b>Le procureur général du Canada et Sue Ronald</b> ( <i>demandeurs</i> )	
v.		c.	
<b>The Information Commissioner of Canada</b> ( <i>Respondent</i> )		<b>Le commissaire à l'information du Canada</b> ( <i>défendeur</i> )	
and		et	
	T-1255-01		T-1255-01
<b>The Attorney General of Canada and Mel Cappe</b> ( <i>Applicants</i> )		<b>Le procureur général du Canada et Mel Cappe</b> ( <i>demandeurs</i> )	
v.		c.	
<b>The Information Commissioner of Canada</b> ( <i>Respondent</i> )		<b>Le commissaire à l'information du Canada</b> ( <i>défendeur</i> )	
and		et	
	T-1448-01		T-1448-01
<b>The Attorney General of Canada and The Honourable Art C. Eggleton</b> ( <i>Applicants</i> )		<b>Le procureur général du Canada et l'honorable Art C. Eggleton</b> ( <i>demandeurs</i> )	
v.		c.	
<b>The Information Commissioner of Canada</b> ( <i>Respondent</i> )		<b>Le commissaire à l'information du Canada</b> ( <i>défendeur</i> )	
and		et	

	T-1910-01	T-1910-01
<b>The Attorney General of Canada and The Honourable Art C. Eggleton</b> ( <i>Applicants</i> )	and	<b>Le procureur général du Canada et l'honorable Art C. Eggleton</b> ( <i>demandeurs</i> )
v.		c.
<b>The Information Commissioner of Canada</b> ( <i>Respondent</i> )		<b>Le commissaire à l'information du Canada</b> ( <i>défendeur</i> )
and		et
	T-2070-01	T-2070-01
<b>The Attorney General of Canada and The Honourable Art C. Eggleton</b> ( <i>Applicants</i> )	and	<b>Le procureur général du Canada et l'honorable Art C. Eggleton</b> ( <i>demandeurs</i> )
v.		c.
<b>The Information Commissioner of Canada</b> ( <i>Respondent</i> )		<b>Le commissaire à l'information du Canada</b> ( <i>défendeur</i> )
and		et
	T-801-01	T-801-01
<b>The Attorney General of Canada and Jean Pelletier</b> ( <i>Applicants</i> )		<b>Le procureur général du Canada et Jean Pelletier</b> ( <i>demandeurs</i> )
v.		c.
<b>The Information Commissioner of Canada</b> ( <i>Respondent</i> )		<b>Le commissaire à l'information du Canada</b> ( <i>défendeur</i> )
and		et
	T-891-01	T-891-01
<b>The Attorney General of Canada and The Honourable Art C. Eggleton</b> ( <i>Applicants</i> )	and	<b>Le procureur général du Canada et l'honorable Art C. Eggleton</b> ( <i>demandeurs</i> )
v.		c.
<b>The Information Commissioner of Canada</b> ( <i>Respondent</i> )		<b>Le commissaire à l'information du Canada</b> ( <i>défendeur</i> )
and		et

T-1083-01

T-1083-01

**The Attorney General of Canada and Mel Cappe**  
(Applicants)

**Le procureur général du Canada et Mel Cappe**  
(demandeurs)

v.

c.

**The Information Commissioner of Canada**  
(Respondent)

**Le commissaire à l'information du Canada**  
(défendeur)

*INDEXED AS: CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. CANADA (INFORMATION COMMISSIONER) (F.C.)*

*RÉPERTORIÉ: CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) c. CANADA (COMMISSAIRE À L'INFORMATION) (C.F.)*

Federal Court, Dawson J. —Ottawa, September 15 to 25, 2003 and March 25, 2004.

Cour fédérale, juge Dawson—Ottawa, 15 au 25 septembre 2003 et 25 mars 2004.

*Access to Information — Exercise of Commissioner's powers during investigations — Whether records in Ministers' offices in control of government department — Commissioner's delegate could issue confidentiality orders prohibiting witnesses questioned during course of investigation from divulging information, including own evidence to others, for indefinite period but here, orders breached right of individual applicants to freedom of expression as over-broad, therefore not reasonable limit prescribed by law within meaning of Charter, s. 1 — Act, by implication, authorizing Commissioner to make copies of documents provided to him pursuant to power to subpoena documents — No special circumstances warranting adjudication of moot questions raised in applications — Commissioner's delegate correct in decision to compel production of legal memorandum and that not necessary for him to consider whether document absolutely required for investigation.*

*Accès à l'information — Exercice des pouvoirs du commissaire au cours des enquêtes — La question était de savoir si les documents qui se trouvent dans les cabinets des ministres relèvent du ministère — Le représentant du commissaire pouvait rendre des ordonnances de confidentialité interdisant aux témoins interrogés au cours d'une enquête de divulguer des renseignements, y compris leur propre témoignage, à d'autres, pour une durée indéterminée, mais en l'espèce, les ordonnances portaient atteinte à la liberté d'expression reconnue aux demandeurs individuels puisqu'elles avaient une portée trop étendue et ne constituaient donc pas une limite raisonnable prescrite par une règle de droit au sens de l'art. 1 de la Charte — La Loi, implicitement, autorise le commissaire à reproduire les pièces qui lui sont fournies conformément à son pouvoir d'exiger par subpoena la production de pièces — Aucune circonstance spéciale ne permettait de trancher les questions théoriques soulevées dans les demandes — Le représentant du commissaire a eu raison de décider qu'il pouvait ordonner la production de la note de service contenant l'avis juridique et il n'avait pas à décider si la pièce était absolument nécessaire pour son enquête.*

A number of requests were made in 1999 for disclosure of records pursuant to the *Access to Information Act*: to the Privy Council Office (PCO) seeking access to documents relating to the question of whether Conrad Black should be appointed to the British House of Lords; to the PCO seeking access to the Prime Minister's daily agenda book for 1994 through 1999; to the Department of National Defence (DND) for copies of all records since January 1, 1998 of the M5 group meetings (informal meetings between the Minister of National Defence, the Deputy Minister of National Defence, the Chief of Defence Staff and senior exempt staff in the Minister's office); to the Department of Transport (DOT) seeking a copy of the Minister of Transport's itinerary and/or meeting schedule for June 1, 1999 to November 5, 1999; to DND for copies of the minutes

Un certain nombre de demandes ont été faites en 1999 visant la communication de documents en vertu de la *Loi sur l'accès à l'information*: au Bureau du Conseil privé (BCP) en vue de la communication de pièces se rapportant à la question de savoir si Conrad Black devait être nommé à la Chambre des lords britannique; au BCP en vue de la communication de l'agenda quotidien du Premier ministre pour les années 1994 à 1999; au ministère de la Défense nationale (MDN) en vue de l'obtention de copies de tous les documents, depuis le 1<sup>er</sup> janvier 1998, relatifs aux réunions du groupe M5 (les réunions informelles entre le ministre de la Défense nationale, le sous-ministre de la Défense nationale, le chef d'état-major de la Défense et les principaux membres du personnel exonéré du cabinet du ministre); au ministère des Transports (MT) en vue

or documents produced from the M5 management meetings for 1999.

Four of the five requesters made complaints to the Commissioner in respect of the responses received to their requests, and about exemptions and exclusions applied by the PCO in response to the Black documents requests. The balance, about the fact that the requesters had not been provided with the documents requested.

The Commissioner's investigations raised issues about the jurisdiction of the Commissioner to put certain questions to individuals summoned by subpoena to give evidence before the Commissioner; the jurisdiction of the Commissioner to copy documents he has obtained pursuant to the issuance of a *subpoena duces tecum*; the scope of the Commissioner's power to review documents which are the subject of a claim for solicitor-client privilege; the jurisdiction of the Commissioner to make confidentiality orders prohibiting persons who have given evidence before the Commissioner from revealing any information disclosed during his or her testimony; and whether records under the control of the Prime Minister's Office (PMO) and the office of the Minister of National Defence are records "under the control of" respectively, the PCO or DND, within the meaning of that phrase as found in the Act.

These 25 applications for judicial review, except those arising out of the Black document requests, all were brought during the currency of the currency of the Commissioner's investigation. Group A (three applications) seeks a declaration that certain records under the control of the PMO or the office of the Minister of National Defence are not under the control of, respectively, the PCO or DND, and so are not under the control of a government institution. Group B (nine applications) seeks a declaration that the Commissioner lacks jurisdiction to make confidentiality orders. Consequential relief quashing the confidentiality orders made by the Commissioner is also sought. Group C (ten applications) seeks a declaration that the commissioner may not photocopy materials delivered to him pursuant to a *subpoena duces tecum*. Consequential relief was sought requiring the return of copies made and the prohibition of further copying. Group D (two applications) seeks a declaration that the Commissioner lacks jurisdiction to require two named parties to answer certain questions on examination under oath. Group E (1 application) seeks a declaration that the Commissioner has no jurisdiction to require the production of certain documents in respect of which a claim for solicitor-client privilege is made.

de l'obtention d'une copie de l'itinéraire ou de l'horaire des réunions du ministre des Transports pour la période allant du 1<sup>er</sup> juin au 5 novembre 1999; au MDN en vue de l'obtention de copies des pièces ou des procès-verbaux des réunions de gestion M5 pour l'année 1999.

Quatre des cinq demandeurs d'accès ont déposé des plaintes auprès du commissaire au sujet des réponses qu'ils avaient reçues à la suite de leurs demandes, et concernant les exceptions et les exclusions que le BCP avait invoquées en réponse aux demandes de documents concernant M. Black. Les autres plaintes se rapportaient au fait que les demandeurs d'accès n'avaient pas obtenu les documents demandés.

Les enquêtes menées par le commissaire ont soulevé des questions au sujet de la compétence du commissaire pour poser certaines questions aux personnes qui ont été assignées par subpoena pour déposer devant lui; de la compétence du commissaire pour reproduire les pièces qu'il a obtenues à la suite de la délivrance d'un *subpoena duces tecum*; de l'étendue du pouvoir du commissaire d'examiner les pièces qui sont assujetties au secret professionnel de l'avocat; de la compétence du commissaire pour rendre des ordonnances de confidentialité interdisant aux personnes qui ont déposé devant lui de révéler les renseignements divulgués pendant leur témoignage; il s'agissait aussi de savoir si les documents relevant du cabinet du Premier ministre et du cabinet du ministre de la Défense sont des documents «relevant» respectivement du BCP ou du MDN, au sens qu'a cette expression dans la Loi.

Ces 25 demandes de contrôle judiciaire, sauf celles qui découlent des demandes de documents concernant M. Black, ont toutes été présentées pendant que l'enquête du commissaire était encore en cours. Le groupe A (trois demandes) sollicite un jugement déclaratoire portant que certains documents relevant du CPM ou du cabinet du ministre de la Défense nationale ne relèvent pas respectivement du BCP ou du MDN, et ne relèvent donc pas d'une institution fédérale. Le groupe B (neuf demandes) sollicite un jugement déclaratoire portant que le commissaire n'a pas compétence pour rendre des ordonnances de confidentialité. On demande également l'annulation des ordonnances de confidentialité rendues par le commissaire. Le groupe C (dix demandes) sollicite un jugement déclaratoire portant que le commissaire ne peut photocopier les documents qui lui sont remis à la suite de la délivrance d'un *subpoena duces tecum*. On a en conséquence sollicité une ordonnance portant que les copies qui ont été faites devaient être renvoyées et interdisant de faire d'autres copies. Le groupe D (deux demandes) sollicite un jugement déclaratoire portant que le commissaire n'a pas compétence pour enjoindre à deux parties désignées de répondre à certaines questions dans le cadre d'un interrogatoire sous serment. Le groupe E (une demande) sollicite un jugement déclaratoire portant que le commissaire



The *Access to Information Act* must be interpreted using the “global approach” first formulated by Driedger and in a purposive and liberal manner. It has been held to strive to balance what has been characterized as a quasi-constitutional right of access with the necessity of having a government able to function efficiently and with the requisite candour.

The control of records issue (Group A applications) could be seen as a threshold question of jurisdiction. It is best initially resolved by the Commissioner after his investigation has been completed. Both the complainants and the Court would benefit from his report. The application brought in Court file T-606-01 was dismissed on the ground that it was moot, and the remaining applications in this group were dismissed on the ground that they were premature and unripe.

Confidentiality orders (Group B applications). The 10 applicants in this group were the subject of a confidentiality order issued by the Commissioner’s delegate at the commencement of the examination conducted by Commissioner’s delegate. The order required each applicant not to reveal any information disclosed during his confidential testimony; authorized each applicant to disclose to the named lawyers information disclosed during his or her confidential testimony, once the lawyers had in turn undertaken not to reveal that information; required each applicant to acknowledge that the confidentiality order would apply until such time as the applicant was released from the terms of the order by the Commissioner. Some of the applicants, at their request, were allowed to communicate information disclosed during their testimony to specific individuals.

The Commissioner relied upon the statutory requirement in subsection 35(1) of the Act to the effect that investigations conducted by the Commissioner “shall be conducted in private” in order to argue that witnesses and their counsel are obliged to maintain the confidentiality of the proceedings. Case law makes it clear that what is intended in any particular case by the phrase “in private” or “*in camera*” depends upon the context in which it is used. The Act does not expressly impose confidentiality requirements upon persons other than the Commissioner and his staff. The confidentiality regime required by the Act is a regime that will ensure that information communicated to the Commissioner remains protected to the same extent as if not disclosed to the

n’a pas compétence pour exiger la production de certains documents à l’égard desquels le secret professionnel de l’avocat est invoqué.

On doit interpréter la *Loi sur l’accès à l’information* en utilisant l’«approche globale» qui a été énoncée pour la première fois par Driedger, et d’une façon libérale en se fondant sur l’objet visé. La Loi vise à établir un équilibre entre ce qui a été qualifié de droit quasi constitutionnel à la communication et la nécessité d’avoir un gouvernement qui est en mesure de fonctionner d’une façon efficace et avec l’honnêteté requise.

La question du contrôle des documents (demandes du groupe A) pourrait être considérée comme une question préliminaire de compétence. Il est préférable que le commissaire règle initialement cette question une fois que son enquête est terminée. Tant les plaignants que la Cour bénéficieraient de son rapport. La demande présentée dans le dossier T-606-01 a été rejetée pour le motif qu’elle n’avait plus qu’un intérêt théorique et les autres demandes de ce groupe ont été rejetées pour le motif qu’elles étaient prématurées et qu’elles n’étaient pas prêtes à être présentées.

Les ordonnances de confidentialité (demandes du groupe B). Les 10 demandeurs de ce groupe étaient assujettis à une ordonnance de confidentialité rendue par le représentant du commissaire au début de l’interrogatoire dirigé par ce dernier. L’ordonnance enjoignait à chaque demandeur de ne pas révéler les renseignements divulgués au cours de son témoignage confidentiel; elle autorisait chaque demandeur à communiquer aux avocats nommés les renseignements divulgués au cours de son témoignage confidentiel, une fois que les avocats s’étaient eux-mêmes engagés à ne pas révéler les renseignements; et elle enjoignait à chaque demandeur de reconnaître que l’ordonnance de confidentialité s’appliquait jusqu’à ce que le commissaire le libère des conditions de l’ordonnance. Certains des demandeurs, à leur demande, ont été autorisés à communiquer à des personnes précises les renseignements divulgués pendant leur témoignage.

Le commissaire se fondait sur l’exigence prévue au paragraphe 35(1) de la Loi, selon laquelle les enquêtes qu’il mène «sont secrètes», afin de soutenir que les témoins et leurs avocats sont obligés d’assurer la confidentialité des procédures. La jurisprudence montre clairement que ce que l’on entend, dans un cas particulier, par les mots «secrètes» ou «à huis clos» dépend du contexte dans lequel l’expression en question est employée. La Loi n’impose pas expressément d’exigences en matière de confidentialité à des personnes autres que le commissaire et son personnel. Le régime de confidentialité exigé par la Loi est un régime qui assure que les renseignements communiqués au commissaire continuent à être protégés de la même façon que s’ils n’étaient pas

Commissioner. In the reasons of the Supreme Court of Canada in *Lavigne v. Canada (Office of the Commissioner of Official Languages)*, there was no suggestion that the statutory requirement to proceed “in private” prevented witnesses from consenting to the disclosure of their statements or otherwise imposed confidentiality obligations upon anyone other than the Commissioner of Official Languages. Any blanket regime which precludes a person from communicating for all time any information touching upon his or her testimony and appearance before the Information Commissioner would infringe that person’s right to free expression guaranteed by subsection 2(b) of the Charter in a fashion that could not be justified under section 1. Furthermore, the actions of the Commissioner’s delegate, as they reflect that officer’s interpretation of subsection 35(1) of the Act, are inconsistent with any statutory obligation upon a witness arising from that provision to forever keep confidential what transpires during an investigation.

To determine if there was jurisdiction to issue the confidentiality orders, the appropriate standard of review was correctness. Section 34 of the Act confers a broad discretion upon the Commissioner to determine the procedure to be followed in the performance of any duty or function under the Act. It allows the Commissioner to determine in appropriate circumstances that some form of confidentiality order should be invoked and imposed upon a witness before him. However, the confidentiality orders limit the freedom of expression which is guaranteed by paragraph 2(b) of the Charter. And they were not a reasonable limit prescribed by law which were reasonably necessary in a free and democratic society so as to be valid pursuant to the provisions of section 1 of the Charter. The principles enunciated by the Supreme Court of Canada in *R. v. Oakes* were applied. The Commissioner asserted that the purpose of prohibiting witnesses from revealing information disclosed during their testimony was to protect the integrity of the investigation and to preserve the confidentiality of government information. These objectives are of sufficient importance to warrant, in some circumstances, overriding the constitutionally protected freedom of expression. On the basis of logic and common sense, there is a rational connection between the imposition of a confidentiality order and the protection of both the integrity of the investigations and the confidentiality of at least some information which might otherwise not be protected. However, the Commissioner has failed to demonstrate why less restrictive confidentiality orders would not have been equally effective in preserving the integrity of the investigations and preserving the confidentiality of government information. Instead of justifying to the applicants why blanket orders were required, the Commissioner’s delegate required the applicants to justify why they should be permitted to exercise their right of free

divulgués au commissaire. Dans les motifs qu’elle a prononcés dans l’affaire *Lavigne c. Canada (Commissariat aux langues officielles)*, la Cour suprême du Canada ne donnait pas à entendre que l’exigence imposée par la loi, à savoir que les enquêtes doivent être «secrètes», empêchait les témoins de consentir à la divulgation de leurs déclarations ou imposait par ailleurs des obligations en matière de confidentialité à qui que ce soit à part le commissaire aux langues officielles. Tout régime général qui empêche une personne de communiquer pour toujours tous les renseignements se rapportant à son témoignage et à sa comparution devant le commissaire à l’information porterait atteinte à la liberté d’expression de cette personne, laquelle est garantie à l’alinéa 2b) de la Charte, et ce, d’une façon qui ne pourrait pas être justifiée en vertu de l’article premier. De plus, les actions du représentant du commissaire, telles qu’elles indiquent l’interprétation du paragraphe 35(1) de la Loi donnée par celui-ci, sont incompatibles avec une obligation imposée à un témoin par cette disposition de garder la confidentialité de ce qui se passe pendant une enquête.

Pour décider s’il existait une compétence permettant de rendre les ordonnances de confidentialité, la norme de contrôle appropriée était celle de la décision correcte. L’article 34 de la Loi confère un large pouvoir discrétionnaire au commissaire lorsqu’il s’agit d’établir la procédure à suivre dans l’exercice de ses pouvoirs et fonctions. Il permet au commissaire d’établir dans les circonstances appropriées qu’un certain type d’ordonnance de confidentialité doit être rendu et imposé au témoin qui comparait devant lui. Toutefois, les ordonnances de confidentialité limitent la liberté d’expression qui est garantie par l’alinéa 2b) de la Charte. Et elles ne constituaient pas une limite raisonnable prescrite par une règle de droit dans le cadre d’une société libre et démocratique, de façon à être conformes aux dispositions de l’article premier de la Charte. Les principes énoncés par la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *R. c. Oakes* ont été appliqués. Le commissaire a affirmé que le but visé par l’interdiction faite aux témoins de révéler les renseignements divulgués pendant leur témoignage était de protéger l’intégrité de l’enquête et de préserver la confidentialité des renseignements de l’administration. Ces objectifs sont suffisamment importants pour l’emporter, dans certaines circonstances, sur la liberté d’expression protégée par la Constitution. Si on se fonde sur la logique et sur le bon sens, il existe un lien rationnel entre, d’une part, l’imposition d’une ordonnance de confidentialité et, d’autre part, la protection de l’intégrité des enquêtes et la confidentialité de certains renseignements qui ne seraient peut-être pas par ailleurs protégés. Toutefois, le commissaire n’a pas démontré pourquoi des ordonnances de confidentialité moins restrictives n’auraient pas été aussi efficaces afin de préserver l’intégrité des enquêtes et la confidentialité des renseignements de l’administration. Au lieu d’expliquer aux demandeurs pourquoi il fallait rendre des ordonnances générales, le représentant du

expression. As well, there is no cogent evidence as to why the confidentiality orders were of unlimited duration in time such that they would continue, unless varied, after the Commissioner's investigation had concluded. The need to protect future investigations do not justify an order of unlimited duration. The evidence does not support the argument that blanket orders were required such that nothing less would achieve the expressed objectives. Since four of the five investigations are ongoing, the Court was not prepared to order that the confidentiality orders be quashed with immediate effect out of concern that such an order could jeopardize the ongoing investigations. The public interest in preserving the integrity of the Commissioner's investigations justifies making an order quashing the confidentiality orders, but on terms that the operation of such order be suspended for a period of 30 days from the date of these reasons.

The solicitor-client application (Group E). This application arises out of the investigation by the Commissioner into the complaint out of the responses by the head of the PCO to the Prime Minister's agenda requests. A *subpoena duces tecum* required the head of the PCO to attend to give evidence before the Commissioner's delegate and to bring with him certain records. The head of the PCO invoked solicitor-client privilege with respect to certain documents and declined to produce them. While the issue of the Commissioner's ability to compel the production of a certain document may be seen to be moot in the sense that the document has already been provided to the Commissioner, an order quashing such production would have some practical value in that the memorandum would be returned by the Commissioner and presumably could not be used by the Commissioner as evidence in any subsequent proceeding. Moreover, as this dispute centres around the proper interpretation of the Act as it touches upon the ability of the Commissioner to require production of documents in respect of which a claim for solicitor-client privilege is asserted, a decision as to the scope of the Commissioner's authority to compel production would have some precedential value. The Court therefore exercised its discretion to determine this question. It was assumed, without finally deciding, that the document was subject to solicitor-client privilege.

The issue of whether the Commissioner may invade solicitor-client privilege only where it is absolutely necessary to his investigation was a question of law for which the

commissaire les a obligés à expliquer pourquoi ils devaient être autorisés à exercer leur droit à la liberté d'expression. De plus, il n'existe pas de preuve convaincante montrant pourquoi les ordonnances de confidentialité s'appliquaient pour une durée indéfinie, de sorte qu'elles continueraient à s'appliquer, à moins d'être modifiées, après la fin de l'enquête du commissaire. La nécessité de protéger des enquêtes futures ne justifie pas une ordonnance d'une durée indéfinie. La preuve n'étaye pas l'argument selon lequel il fallait rendre des ordonnances générales, puisque rien de moins ne permettrait d'atteindre les objectifs exprimés. Puisque quatre des cinq enquêtes sont en cours, la Cour n'était pas prête à ordonner que les ordonnances de confidentialité soient annulées, l'annulation devant prendre effet immédiatement, pour le motif que pareille ordonnance pourrait nuire aux enquêtes en cours. L'intérêt public, lorsqu'il s'agit de préserver l'intégrité des enquêtes du commissaire, justifie le prononcé d'une ordonnance annulant les ordonnances de confidentialité, mais à condition que l'application de cette ordonnance soit suspendue pour une période de 30 jours à compter de la date des présents motifs.

La demande relative au secret professionnel de l'avocat (groupe E). Cette demande découle de l'enquête menée par le commissaire sur la plainte portant sur les réponses données par le responsable du BCP aux demandes relatives à la communication de l'agenda du Premier ministre. Un *subpoena duces tecum* a été signifié au responsable du BCP lui enjoignant de comparaître pour déposer devant le représentant du commissaire et d'apporter certains documents. Le responsable du BCP a invoqué le secret professionnel de l'avocat au sujet de certaines pièces et a refusé de les produire. La question de la capacité du commissaire d'ordonner la production d'une certaine pièce peut être considérée comme n'ayant plus qu'un intérêt théorique, en ce sens que la pièce a déjà été fournie au commissaire, mais une ordonnance annulant pareille production aurait en pratique une certaine valeur en ce sens que la note de service serait renvoyée par le commissaire et qu'elle ne pourrait probablement pas être utilisée en preuve par celui-ci dans une procédure subséquente. En outre, étant donné que le présent litige est axé sur l'interprétation qu'il convient de donner à la Loi, pour ce qui est de la capacité du commissaire d'exiger la production de pièces à l'égard desquelles le secret professionnel de l'avocat est invoqué, une décision portant sur l'étendue du pouvoir du commissaire d'ordonner la production aurait une certaine valeur en tant que précédent. La Cour a donc exercé son pouvoir discrétionnaire en vue de trancher cette question. Elle a présumé, sans toutefois se prononcer sur ce point, que la pièce était visée par le secret professionnel de l'avocat.

La question de savoir si le commissaire peut porter atteinte au secret professionnel de l'avocat uniquement lorsque la chose est absolument nécessaire pour son enquête constituait

appropriate standard of review was correctness. That conclusion was reinforced by the fact that the decision with respect to this group involved the proper interpretation of the Act as it touched on the powers of the Commissioner during the course of an investigation. Subsection 36(2) of the Act provides to the Commissioner a *prima facie* right of access to documents that are protected by solicitor-client privilege. That provision should not be interpreted in a restrictive fashion. First, because the Act is to be interpreted in a purposive and liberal manner. Second, because to read in limiting words not found there would circumvent the intention of Parliament. Third, this interpretation is consistent with the role of the Commissioner and the whole scheme of the Act. The special position of the Commissioner is reflected in the fact that subsection 36(2) of the Act mirrors section 46 which permits the Court to examine any record “notwithstanding . . . any privilege under the law of evidence”. Support for this interpretation was found in the decision of the Federal Court of Appeal in the *Ethyl* case where the Court wrote: “the fact that [the documents] could be privileged makes no difference since the obstacle of privilege is eliminated by the clear wording of section 46”. The Commissioner’s delegate was therefore correct in his decision that he could compel the production of that document and that it was not necessary for him to consider whether the document was absolutely required for his investigation.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1, ss. 2(1), 3 “government institution”, “record”, 4(1), (3), 6, 7, 8, 9, 10, 11 (as am. by S.C. 1992, c. 21, s. 2), 13 (as am. by S.C. 2000, c. 7, s. 21), 14-26, 30(1) (as am. by S.C. 1992, c. 21, s. 4), (3), 32, 34, 35, 36 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 27, s. 187, Sch. V, item 1), 37, 38, 39(1), 41, 42, 44, 46, 61, 62, 63 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 27, s. 187, Sch. V, item 1), 64, 65 (as am. *idem*), 68 (as am. by S.C. 1990, c. 3, s. 32; 1992, c. 1, s. 143), 69, 69.1 (as enacted by S.C. 2001, c. 41, s. 87), 72, 75, 77 (as am. by S.C. 1992, c. 21, s. 5).
- Access to Information Regulations*, SOR/83-507, s. 3.
- Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5, ss. 38.13 (as enacted by S.C. 2001, c. 41, s. 43).
- Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 1, 2(b).
- Fatality Inquiries Act*, R.S.A. 1980, c. F-6.
- Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4).
- Federal Court Rules, 1998*, SOR/98-106, r. 53.
- Juvenile Delinquents Act*, R.S.C. 1970, c. J-3.

une question de droit pour laquelle la norme de contrôle applicable était celle de la décision correcte. Cette conclusion était renforcée par le fait que la décision à l’égard de ce groupe se rapportait à l’interprétation qu’il convient de donner à la Loi en ce qui concerne les pouvoirs que possède le commissaire dans le cadre de son enquête. Le paragraphe 36(2) de la Loi confère à première vue au commissaire un droit d’accès aux pièces qui sont protégées par le secret professionnel de l’avocat. Cette disposition ne doit pas être interprétée d’une façon restrictive. Premièrement, parce que la Loi doit être interprétée d’une façon libérale et fondée sur l’objet visé. Deuxièmement, parce qu’incorporer des mots restrictifs qui ne s’y trouvent pas irait à l’encontre de l’intention du législateur. Troisièmement, cette interprétation est conforme au rôle du commissaire et au régime de la Loi dans son ensemble. La position spéciale du commissaire est démontrée par le fait que le paragraphe 36(2) de la Loi est une disposition parallèle à l’article 46 selon lequel la Cour a accès à tous les documents «[n]onobstant [. . .] toute immunité reconnue par le droit de la preuve». Cette interprétation est étayée par l’arrêt rendu par la Cour d’appel fédérale dans l’affaire *Ethyl* où la Cour a dit que «[l]e fait qu’ils puissent être protégés n’a pas d’importance puisque l’obstacle qu’est la protection est éliminé par le libellé clair de l’article 46». Le représentant du commissaire a donc eu raison de décider qu’il pouvait ordonner la production de cette pièce et qu’il n’avait pas à décider si la pièce était absolument nécessaire pour son enquête.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

- Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 1, 2(b).
- Fatality Inquiries Act*, R.S.A. 1980, ch. F-6.
- Loi sur l’accès à l’information*, L.R.C. (1985), ch. A-1, art. 2(1), 3 «institution fédérale», «document», 4(1) (mod. par L.C. 1992, ch. 1, art. 144, ann. VII, art. 1), (3), 6, 7, 8, 9, 10, 11 (mod. par L.C. 1992, ch. 21, art. 2), 13 (mod. par L.C. 2000, ch. 7, art. 21), 14 à 26, 30(1) (mod. par L.C. 1992, ch. 21, art. 4), (3), 32, 34, 35, 36 (mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 27, art. 187, ann. V, n° 1), 37, 38, 39(1), 41, 42, 44 (mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 1, art. 45, ann. III, n° 1), 46, 61, 62, 63 (mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 27, art. 187, ann. V, n° 1), 64, 65 (mod., *idem*), 68 (mod. par L.C. 1990, ch. 3, art. 32), 69 (mod. par L.C. 1992, ch. 1, art. 144, ann. VII, n° 3), 69.1 (édicte par L.C. 2001, ch. 41, art. 87), 72, 75, 77 (mod. par L.C. 1992, ch. 21, art. 5).
- Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4).
- Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 38.13 (édicte par L.C. 2001, ch. 41, art. 43).

*Official Languages Act*, R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 31.  
*Privacy Act*, R.S.C., 1985, c. P-21, ss. 8, 14, 51(2),(3).  
*Public Service Employment Act*, R.S.C., 1985, c. P-33.  
*Securities Act*, R.S.B.C. 1996, c. 418.  
*Security of Information Act*, R.S.C., 1985, c. O-5, s. 1 (as  
 am. by S.C. 2001, c. 41, s. 25).

*Loi sur la protection de l'information*, L.R.C. (1985), ch.  
 O-5, art. 1 (mod. par L.C. 2001, ch. 41, art. 25).  
*Loi sur la protection des renseignements personnels*,  
 L.R.C. (1985), ch. P-21, art. 8, 14, 51(2),(3).  
*Loi sur l'emploi dans la fonction publique*, L.R.C. (1985),  
 ch. P-33.  
*Loi sur les jeunes délinquants*, S.R.C. 1970, ch. J-3.  
*Loi sur les langues officielles*, L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch.  
 31.  
*Règlement sur l'accès à l'information*, DORS/83-507,  
 art. 3.  
*Règles de la Cour fédérale (1998)*, DORS/98-106, règle 53.  
*Securities Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 418.

## CASES JUDICIALLY CONSIDERED

## APPLIED:

*Lavigne v. Canada (Office of the Commissioner of Official Languages)*, [2002] 2 S.C.R. 773; (2002), 214 D.L.R. (4th) 1; 289 N.R. 282; *C.B. v. The Queen*, [1981] 2 S.C.R. 480; (1981), 127 D.L.R. (3d) 482; [1981] 6 W.W.R. 701; 12 Man. R. (2d) 361; 62 C.C.C. (2d) 107; 23 C.R. (3d) 289; 38 N.R. 451; 25 R.F.L. (2d) 225; *The Queen v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; (1986), 26 D.L.R. (4th) 200; 24 C.C.C. (3d) 321; 50 C.R. (3d) 1; 19 C.R.R. 308; 65 N.R. 87; 14 O.A.C. 335.

## DISTINGUISHED:

*Smolensky v. British Columbia (Securities Commission)* (2003), 17 B.C.L.R. (4th) 145; 109 C.R.R. (2d) 135 (S.C.).

## CONSIDERED:

*Dagg v. Canada (Minister of Finance)*, [1997] 2 S.C.R. 403; (1997), 213 N.R. 161; *Rubin v. Canada (Clerk of the Privy Council)*, [1994] 2 F.C. 707; (1994), 113 D.L.R. (4th) 275; 25 Admin. L.R. (2d) 241; 54 C.P.R. (3d) 511; 167 N.R. 43 (C.A.); affd [1996] 1 S.C.R. 6; (1996), 1 D.L.R. (4th) 608; 36 Admin. L.R. (2d) 131; 66 C.P.R. (3d) 32; 191 N.R. 394; *Ruby v. Canada (Solicitor General)*, [1996] 3 F.C. 134; (1996), 136 D.L.R. (4th) 74; 113 F.T.R. 13 (T.D.); affd [2000] 3 F.C. 589; (2000), 187 D.L.R. (4th) 675; 42 Admin. L.R. (3d) 214; 6 C.P.R. (4th) 289; 256 N.R. 278 (C.A.); revd in part [2002] 4 S.C.R. 3; (2002), 219 D.L.R. (4th) 385; 49 Admin. L.R. (3d) 1; 22 C.P.R. (4th) 289; 7 C.R. (6th) 88; 99 C.R.R. (2d) 324; 295 N.R. 353; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; (1989), 59 D.L.R. (4th) 416; 26 C.C.E.L. 85; 89 CLLC 14,031; 40 C.R.R. 100; 93 N.R. 183; *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 S.C.R. 226; (2003), 223

## JURISPRUDENCE

## DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Lavigne c. Canada (Commissariat aux langues officielles)*, [2002] 2 R.C.S. 773; (2002), 214 D.L.R. (4th) 1; 289 N.R. 282; *C.B. c. La Reine*, [1981] 2 R.C.S. 480; (1981), 127 D.L.R. (3d) 482; [1981] 6 W.W.R. 701; 12 Man. R. (2d) 361; 62 C.C.C. (2d) 107; 23 C.R. (3d) 289; 38 N.R. 451; 25 R.F.L. (2d) 225; *La Reine c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; (1986), 26 D.L.R. (4th) 200; 24 C.C.C. (3d) 321; 50 C.R. (3d) 1; 19 C.R.R. 308; 65 N.R. 87; 14 O.A.C. 335.

## DISTINCTION FAITE D'AVEC:

*Smolensky v. British Columbia (Securities Commission)* (2003), 17 B.C.L.R. (4th) 145; 109 C.R.R. (2d) 135 (C.S.).

## DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Dagg c. Canada (Ministre des Finances)*, [1997] 2 R.C.S. 403; (1997), 213 N.R. 161; *Rubin c. Canada (Greffier du Conseil privé)*, [1994] 2 C.F. 707; (1994), 113 D.L.R. (4th) 275; 25 Admin. L.R. (2d) 241; 54 C.P.R. (3d) 511; 167 N.R. 43 (C.A.); conf. par [1996] 1 R.C.S. 6; (1996), 1 D.L.R. (4th) 608; 36 Admin. L.R. (2d) 131; 66 C.P.R. (3d) 32; 191 N.R. 394; *Ruby c. Canada (Solliciteur Général)*, [1996] 3 C.F. 134; (1996), 136 D.L.R. (4th) 74; 113 F.T.R. 13 (1<sup>re</sup> inst.); conf. par [2000] 3 C.F. 589; (2000), 187 D.L.R. (4th) 675; 42 Admin. L.R. (3d) 214; 6 C.P.R. (4th) 289; 256 N.R. 278 (C.A.); inf. en partie par [2002] 4 R.C.S. 3; (2002), 219 D.L.R. (4th) 385; 49 Admin. L.R. (3d) 1; 22 C.P.R. (4th) 289; 7 C.R. (6th) 88; 99 C.R.R. (2d) 324; 295 N.R. 353; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; (1989), 59 D.L.R. (4th) 416; 26 C.C.E.L. 85; 89 CLLC 14,031; 40 C.R.R. 100; 93 N.R. 183; *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1

D.L.R. (4th) 599; [2003] 5 W.W.R. 1; 11 B.C.L.R. (4th) 1; 48 Admin. L.R. (3d) 1; 179 B.C.A.C. 170; 302 N.R. 34; *Echo Bay Mines Ltd. v. Canada (Minister of Indian Affairs and Northern Development)*, 2003 FCA 270; [2003] F.C.J. No. 996 (C.A.) (QL); *Canada (Attorney General) v. Newfield Seed Ltd.* (1989), 63 D.L.R. (4th) 644; 80 Sask. R. 134 (C.A.); *Tolofson v. Jensen*; *Lucas (Litigation Guardian of) v. Gagnon*, [1994] 3 S.C.R. 1022; (1994), 120 D.L.R. (4th) 289; [1995] 1 W.W.R. 609; 100 B.C.L.R. (2d) 1; 51 B.C.A.C. 241; 26 C.C.L.I. (2d) 1; 22 C.C.L.T. (2d) 173; 32 C.P.C. (3d) 141; 7 M.V.R. (3d) 202; 175 N.R. 161; 77 O.A.C. 81; 84 W.A.C. 241; *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2003] 1 F.C. 219; (2002), 1 Admin. L.R. (4th) 270; 21 C.P.R. (4th) 30; 291 N.R. 236 (C.A.); *Lavallee, Rackel & Heintz v. Canada (Attorney General)*; *White, Ottenheimer & Baker v. Canada (Attorney General)*; *R. v. Fink*, [2002] 3 S.C.R. 209; (2002), 312 A.R. 201; 217 Nfld. & P.E.I.R. 183; 216 D.L.R. (4th) 257; [2002] 11 W.W.R. 191; 4 Alta. L.R. (4th) 1; 167 C.C.C. (3d) 1; 3 C.R. (6th) 209; 96 C.R.R. (2d) 189; [2002] 4 C.T.C. 143; 2002 DTC 7267; 292 N.R. 296; 164 O.A.C. 280.

## REFERRED TO:

*Chieu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 84; (2002), 208 D.L.R. (4th) 107; 37 Admin.L.R. (3d) 252; 18 Imm. L.R. (3d) 93; 280 N.R. 268; *Biolysse Pharma Corp. v. Bristol-Myers Squibb Co.*, [2003] 4 F.C. 505; (2003), 226 D.L.R. (4th) 138; 24 C.P.R. (4th) 417; 303 N.R. 63 (C.A.); *Canada Post Corp. v. Canada (Minister of Public Works)*, [1995] 2 F.C. 110; (1995), 30 Admin. L.R. (2d) 242; 60 C.P.R. (3d) 441; 179 N.R. 350 (C.A.); *Canada (Privacy Commissioner) v. Canada (Labour Relations Board)*, [1996] 3 F.C. 609; (1996), 41 Admin. L.R. (2d) 49; 110 F.T.R. 1 (T.D.); *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)* (1983), 49 A.R. 371; 5 D.L.R. (4th) 240; [1984] 1 W.W.R. 599; 28 Alta. L.R. (2d) 369; 8 C.R.R. 10 (Q.B.); affd (1984), 13 D.L.R. (4th) 479; [1985] 4 W.W.R. 575; 37 Alta. L.R. (2d) 287; 17 C.R.R. 100 (C.A.); *Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29; (1983), 144 D.L.R. (3d) 193; [1983] 2 C.N.L.R. 89; [1983] C.T.C. 20; 83 DTC 5041; 46 N.R. 41; *Angus v. Sun Alliance Insurance Co.*, [1988] 2 S.C.R. 256; (1988), 65 O.R. (2d) 638; 52 D.L.R. (4th) 193; 34 C.C.L.I. 237; 47 C.C.L.T. 39; [1988] I.L.R. 1-2370; 9 M.V.R. (2d) 245; 87 N.R. 200; 30 O.A.C. 210; *Canada (Attorney General) v. Canada (Information Commissioner)* (2001), 32 Admin. L.R. (3d) 238; 12 C.P.R. (4th) 492; 268 N.R. 328 (F.C.A.); *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; (1989), 58 D.L.R. (4th) 577; 25

R.C.S. 226; (2003), 223 D.L.R. (4th) 599; [2003] 5 W.W.R. 1; 11 B.C.L.R. (4th) 1; 48 Admin. L.R. (3d) 1; 179 B.C.A.C. 170; 302 N.R. 34; *Echo Bay Mines Ltd. c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord)*, 2003 CAF 270; [2003] A.C.F. n° 996 (C.A.) (QL); *Canada (Attorney General) v. Newfield Seed Ltd.* (1989), 63 D.L.R. (4th) 644; 80 Sask. R. 134 (C.A.); *Tolofson c. Jensen*; *Lucas (Tutrice à l'instance de) c. Gagnon*, [1994] 3 R.C.S. 1022; (1994), 120 D.L.R. (4th) 289; [1995] 1 W.W.R. 609; 100 B.C.L.R. (2d) 1; 51 B.C.A.C. 241; 26 C.C.L.I. (2d) 1; 22 C.C.L.T. (2d) 173; 32 C.P.C. (3d) 141; 7 M.V.R. (3d) 202; 175 N.R. 161; 77 O.A.C. 81; 84 W.A.C. 241; *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2003] 1 C.F. 219; (2002), 1 Admin. L.R. (4th) 270; 21 C.P.R. (4th) 30; 291 N.R. 236 (C.A.); *Lavallee, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général)*; *White, Ottenheimer & Baker c. Canada (Procureur général)*; *R. c. Fink*, [2002] 3 R.C.S. 209; (2002), 312 A.R. 201; 217 Nfld. & P.E.I.R. 183; 216 D.L.R. (4th) 257; [2002] 11 W.W.R. 191; 4 Alta. L.R. (4th) 1; 167 C.C.C. (3d) 1; 3 C.R. (6th) 209; 96 C.R.R. (2d) 189; [2002] 4 C.T.C. 143; 2002 DTC 7267; 292 N.R. 296; 164 O.A.C. 280.

## DÉCISIONS CITÉES:

*Chieu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 84; (2002), 208 D.L.R. (4th) 107; 37 Admin. L.R. (3d) 252; 18 Imm. L.R. (3d) 93; 280 N.R. 268; *Biolysse Pharma Corp. c. Bristol-Myers Squibb Co.*, [2003] 4 C.F. 505; (2003), 226 D.L.R. (4th) 138; 24 C.P.R. (4th) 417; 303 N.R. 63 (C.A.); *Société canadienne des postes c. Canada (Ministre des Travaux publics)*, [1995] 2 C.F. 110; (1995), 30 Admin. L.R. (2d) 242; 60 C.P.R. (3d) 441; 179 N.R. 350 (C.A.); *Canada (Commissaire à la protection de la vie privée) c. Canada (Conseil des relations du travail)*, [1996] 3 C.F. 609; (1996), 41 Admin. L.R. (2d) 49; 110 F.T.R. 1 (1<sup>re</sup> inst.); *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)* (1983), 49 A.R. 371; 5 D.L.R. (4th) 240; [1984] 1 W.W.R. 599; 28 Alta. L.R. (2d) 369; 8 C.R.R. 10 (B.R.); conf. par (1984), 13 D.L.R. (4th) 479; [1985] 4 W.W.R. 575; 37 Alta. L.R. (2d) 287; 17 C.R.R. 100 (C.A.); *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29; (1983), 144 D.L.R. (3d) 193; [1983] 2 C.N.L.R. 89; [1983] C.T.C. 20; 83 DTC 5041; 46 N.R. 41; *Angus c. Sun Alliance compagnie d'assurance*, [1988] 2 R.C.S. 256; (1988), 65 O.R. (2d) 638; 52 D.L.R. (4th) 193; 34 C.C.L.I. 237; 47 C.C.L.T. 39; [1988] I.L.R. 1-2370; 9 M.V.R. (2d) 245; 87 N.R. 200; 30 O.A.C. 210; *Canada (Procureur général) c. Canada (Commissaire à l'information)* (2001), 32 Admin. L.R. (3d) 238; 12 C.P.R. (4th) 492; 268 N.R. 328 (C.A.F.); *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*,

C.P.R. (3d) 417; 94 N.R. 167; *Sauvé v. Canada (Chief Electoral Officer)*, [2002] 3 S.C.R. 519; (2002), 168 C.C.C. (3d) 449; 5 C.R. (6th) 203; 98 C.R.R. (2d) 1; 294 N.R. 1; *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877; (1997), 38 O.R. (3d) 735; 159 D.L.R. (4th) 385; 226 N.R. 1; 109 O.A.C. 201; *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933; (1991), 63 C.C.C. (3d) 481; 5 C.R. (4th) 253; 3 C.R.R. (2d) 1; 125 N.R. 1; 47 O.A.C. 81; *Sierra Club of Canada v. Canada (Minister of Finance)*, [2002] 2 S.C.R. 522; (2002), 211 D.L.R. (4th) 193; 40 Admin. L.R. (3d) 1; 44 C.E.L.R. (N.S.) 161; 20 C.P.C. (5th) 1; 18 C.P.R. (4th) 1; 93 C.R.R. (2d) 219; 287 N.R. 203; *R. v. Mohan*, [1994] 2 S.C.R. 9; (1994), 114 D.L.R. (4th) 419; 89 C.C.C. (3d) 402; 29 C.R. (4th) 243; 166 N.R. 245; 71 O.A.C. 241; *Descôteaux et al. v. Mierzwinski*, [1982] 1 S.C.R. 860; (1982), 141 D.L.R. (3d) 590; 70 C.C.C. (2d) 385; 28 C.R. (3d) 289; 1 C.R.R. 318; 44 N.R. 462; *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Minister of the Environment)* (2000), 187 D.L.R. (4th) 127; 21 Admin. L.R. (3d) 1; 256 N.R. 162 (F.C.A.); *R. v. McClure*, [2001] 1 S.C.R. 445; (2001), 195 D.L.R. (4th) 513; 151 C.C.C. (3d) 321; 40 C.R. (5th) 1; 80 C.R.R. (2d) 217; 266 N.R. 275; 142 O.A.C. 201.

[1989] 1 R.C.S. 927; (1989), 58 D.L.R. (4th) 577; 25 C.P.R. (3d) 417; 94 N.R. 167; *Sauvé c. Canada (Directeur général des élections)*, [2002] 3 R.C.S. 519; (2002), 168 C.C.C. (3d) 449; 5 C.R. (6th) 203; 98 C.R.R. (2d) 1; 294 N.R. 1; *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877; (1997), 38 O.R. (3d) 735; 159 D.L.R. (4th) 385; 226 N.R. 1; 109 O.A.C. 201; *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933; (1991), 63 C.C.C. (3d) 481; 5 C.R. (4th) 253; 3 C.R.R. (2d) 1; 125 N.R. 1; 47 O.A.C. 81; *Sierra Club du Canada c. Canada (Ministre des Finances)*, [2002] 2 R.C.S. 522; (2002), 211 D.L.R. (4th) 193; 40 Admin. L.R. (3d) 1; 44 C.E.L.R. (N.S.) 161; 20 C.P.C. (5th) 1; 18 C.P.R. (4th) 1; 93 C.R.R. (2d) 219; 287 N.R. 203; *R. c. Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9; (1994), 114 D.L.R. (4th) 419; 89 C.C.C. (3d) 402; 29 C.R. (4th) 243; 166 N.R. 245; 71 O.A.C. 241; *Descôteaux et autre c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860; (1982), 141 D.L.R. (3d) 590; 70 C.C.C. (2d) 385; 28 C.R. (3d) 289; 1 C.R.R. 318; 44 N.R. 462; *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Ministre de l'Environnement)* (2000), 187 D.L.R. (4th) 127; 21 Admin. L.R. (3d) 1; 256 N.R. 162 (C.A.F.); *R. c. McClure*, [2001] 1 R.C.S. 445; (2001), 195 D.L.R. (4th) 513; 151 C.C.C. (3d) 321; 40 C.R. (5th) 1; 80 C.R.R. (2d) 217; 266 N.R. 275; 142 O.A.C. 201.

## AUTHORS CITED

Driedger, E. A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.

APPLICATIONS for judicial review of decisions by the Information Commissioner's delegate concerning procedural matters relating to the exercise of the Commissioner's powers during an investigation. Group A applications were dismissed as moot or premature and unripe. Group B applications were allowed on condition. Group C applications were dismissed. Group D applications were dismissed. Group E application was dismissed.

## APPEARANCES:

Group A

*David W. Scott, Peter K. Doody, Lawrence A. Elliot and Mandy Moore* for applicants.  
*Raynold Langlois Q.C., Daniel Brunet, Patricia Boyd and Rima Kayssi* for respondent Information Commissioner of Canada.  
*Scott Little* for respondent David Pugliese.

## DOCTRINE

Driedger, E. A. *Construction of Statutes*, 2nd ed., Toronto: Butterworths, 1983.

DEMANDES de contrôle judiciaire de décisions du représentant du commissaire à l'information concernant des questions de procédure relatives à l'exercice des pouvoirs du commissaire au cours d'une enquête. Les demandes du groupe A ont été rejetées en raison du fait qu'elles n'avaient plus qu'un intérêt théorique ou qu'elles étaient prématurées et qu'elles n'étaient pas prêtes à être présentées. Les demandes du groupe B ont été accueillies sous réserve. Les demandes du groupe C ont été rejetées. Les demandes du groupe D ont été rejetées. La demande du groupe E a été rejetée.

## ONT COMPARU:

Groupe A

*David W. Scott, Peter K. Doody, Lawrence A. Elliot et Mandy Moore* pour les demandeurs.  
*Raynold Langlois, c.r., Daniel Brunet, Patricia Boyd et Rima Kayssi* pour le commissaire à l'information du Canada, défendeur.  
*Scott Little* pour David Pugliese, défendeur.

## SOLICITORS OF RECORD:

*Borden Ladner Gervais LLP*, Ottawa, for applicants.

*Deputy Attorney General of Canada and Langlois Kronström Desjardins*, Montréal, for respondent Information Commissioner of Canada.

*Gowling Lafleur Henderson LLP*, Ottawa, for respondent David Pugliese.

## Group B

## APPEARANCES:

*Peter K. Doody, Lawrence A. Elliot and Mandy Moore* for applicants.

*Marlys A. Edwardh, Daniel Brunet and Patricia Boyd* for respondent Information Commissioner of Canada.

## SOLICITORS OF RECORD:

*Borden Ladner Gervais LLP*, Ottawa, for applicants.

*Deputy Attorney General of Canada and Ruby & Edwardh*, Toronto, for respondent Information Commissioner of Canada.

## Group C

## APPEARANCES:

*Peter K. Doody, Lawrence A. Elliot and Mandy Moore* for applicants.

*Raynold Langlois, Q.C., Daniel Brunet, Patricia Boyd and Rima Kayssi* for respondent Information Commissioner of Canada.

## SOLICITORS OF RECORD:

*Borden Ladner Gervais LLP*, Ottawa, for applicants.

*Deputy Attorney General of Canada and Langlois Kronström Desjardins*, Montréal, for respondent Information Commissioner of Canada.

## Group D

## APPEARANCES:

*Peter K. Doody, Lawrence A. Elliot and Mandy Moore* for applicants.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*Borden Ladner Gervais LLP*, Ottawa, pour les demandeurs.

*Le sous-procureur général du Canada et Langlois Kronström Desjardins*, Montréal, pour le commissaire à l'information du Canada, défendeur.

*Gowling Lafleur Henderson s.r.l.*, Ottawa, pour David Pugliese, défendeur.

## Groupe B

## ONT COMPARU:

*Peter K. Doody, Lawrence A. Elliot et Mandy Moore* pour les demandeurs.

*Marlys A. Edwardh, Daniel Brunet et Patricia Boyd* pour le commissaire à l'information du Canada, défendeur.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*Borden Ladner Gervais LLP*, Ottawa, pour les demandeurs.

*Le sous-procureur général du Canada et Ruby & Edwardh*, Toronto, pour le commissaire à l'information du Canada, défendeur.

## Groupe C

## ONT COMPARU:

*Peter K. Doody, Lawrence A. Elliot et Mandy Moore* pour les demandeurs.

*Raynold Langlois, c.r., Daniel Brunet, Patricia Boyd et Rima Kayssi* pour le commissaire à l'information du Canada, le défendeur.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*Borden Ladner Gervais LLP*, Ottawa, pour les demandeurs.

*Le sous-procureur général du Canada et Langlois Kronström Desjardins*, Montréal, pour le commissaire à l'information du Canada, défendeur.

## Groupe D

## ONT COMPARU:

*Peter K. Doody, Lawrence A. Elliot et Mandy Moore* pour les demandeurs.



*Raynold Langlois, Q.C., Daniel Brunet, Patricia Boyd and Rima Kayssi* for respondent Information Commissioner of Canada.

## SOLICITORS OF RECORD:

*Borden Ladner Gervais LLP*, Ottawa, for applicants.  
*Deputy Attorney General of Canada and Langlois Kronström Desjardins*, Montréal, for respondent Information Commissioner of Canada.

Group E

## APPEARANCES:

*Peter K. Doody, Lawrence A. Elliot and Mandy Moore* for applicants.  
*Raynold Langlois, Q.C., Daniel Brunet, Patricia Boyd and Rima Kayssi* for respondent Information Commissioner of Canada.

## SOLICITORS OF RECORD:

*Borden Ladner Gervais LLP*, Ottawa, for applicants.  
*Deputy Attorney General of Canada and Langlois Kronström Desjardins*, Montréal, for respondent Information Commissioner of Canada.

## EDITOR'S NOTE

The Editor, as authorized by subsection 58(2) of the *Federal Courts Act*, has decided that these 172-page reasons should be published in the official reports in the abridged format. These proceedings are unusual as they do not involve disputes over the results of the Commissioner's investigation but procedural matters relating to the exercise of the Commissioner's powers during an investigation. These cases are significant as the determination of the issues raised go directly to the manner in which the Commissioner may conduct future investigations. Editor's notes replace the omitted portions.

---

*The following are the reasons for order rendered in English by*

*Raynold Langlois, c.r., Daniel Brunet, Patricia Boyd et Rima Kayssi* pour le commissaire à l'information du Canada, défendeur.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*Borden Ladner Gervais LLP*, Ottawa, pour les demandeurs.  
*Le sous-procureur général du Canada et Langlois Kronström Desjardins*, Montréal, pour le commissaire à l'information du Canada, défendeur.

Groupe E

## ONT COMPARU:

*Peter K. Doody, Lawrence A. Elliot et Mandy Moore* pour les demandeurs.  
*Raynold Langlois, c.r., Daniel Brunet, Patricia Boyd et Rima Kayssi* pour le commissaire à l'information du Canada, défendeur.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*Borden Ladner Gervais LLP*, Ottawa, pour les demandeurs.  
*Le sous-procureur général du Canada et Langlois Kronström Desjardins*, Montréal, pour le commissaire à l'information du Canada, défendeur.

## NOTE DE L'ARRÊTISTE

L'arrêteste, comme l'y autorise le paragraphe 58(2) de la *Loi sur les Cours fédérales*, a décidé de publier sous forme abrégée, dans le Recueil, les 172 pages de ces motifs. Les présentes instances sont inhabituelles puisqu'elles ne donnent pas lieu à des litiges portant sur les résultats de l'enquête du commissaire mais sur des questions de procédure liées à l'exercice des pouvoirs du commissaire au cours d'une enquête. Ces affaires sont importantes puisque la résolution des questions soulevées affecte directement la façon dont le commissaire pourra procéder lors d'enquêtes ultérieures. Les notes de l'arrêteste remplacent les parties omises.

---

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

[1] DAWSON J.: These 25 applications for judicial review raise significant issues relating to the conduct of investigations by the Information Commissioner (Commissioner) pursuant to the *Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1 (Act). Specifically, various applicants put in issue: the jurisdiction of the Commissioner to put certain questions to individuals summoned by subpoena to give evidence before the Commissioner; the jurisdiction of the Commissioner to copy documents he has obtained pursuant to the issuance of a *subpoena duces tecum*; the scope of the Commissioner's power to review documents which are the subject of a claim for solicitor-client privilege; the jurisdiction of the Commissioner to make confidentiality orders prohibiting persons who have given evidence before the Commissioner from revealing any information disclosed during his or her testimony; and whether records under the control of the Prime Minister's Office and the office of the Minister of Defence are records "under the control of" respectively, the Privy Council Office or the Department of National Defence, within the meaning of that phrase as found in the Act.

[2] These reasons are lengthy. In them I:

(i) accept the submissions of the parties that the issue of the propriety of the disputed questions is moot, and accept the further submissions of the Commissioner that this is not a proper case for the Court to exercise its discretion to decide an issue which is moot;

(ii) accept the submission of the Commissioner that the Act by implication authorizes the Commissioner to make copies of documents provided to him pursuant to his power to subpoena documents;

(iii) accept the submission of the Commissioner that the Act authorized the Commissioner's delegate to require production of a specific legal memorandum, notwithstanding the claim that it was the subject of solicitor-client privilege. I further accept the Commissioner's submission that it was not necessary for his delegate to conclude that the memorandum was "absolutely required" for the investigation before requiring its production;

[1] LA JUGE DAWSON: Ces 25 demandes de contrôle judiciaire soulèvent des questions importantes au sujet de la conduite d'enquêtes menées par le commissaire à l'information (le commissaire) conformément à la *Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), ch. A-1 (la Loi). Plus précisément, divers demandeurs mettent en question la compétence du commissaire de poser certaines questions aux personnes qui ont été assignées par subpoena pour déposer devant lui; la compétence du commissaire de reproduire les pièces qu'il a obtenues à la suite de la délivrance d'un *subpoena duces tecum*; l'étendue du pouvoir du commissaire d'examiner les pièces qui sont assujetties au secret professionnel de l'avocat; la compétence du commissaire de rendre des ordonnances de confidentialité interdisant aux personnes qui ont déposé devant lui de révéler les renseignements divulgués pendant leur témoignage; et le fait que les documents relevant du cabinet du Premier ministre et du cabinet du ministre de la Défense sont des documents «relevant» respectivement du Bureau du Conseil privé ou du ministère de la Défense nationale, au sens qu'à cette expression dans la Loi.

[2] Dans les présents motifs, qui sont longs:

i) je retiens les arguments des parties selon lesquels la question du bien-fondé des questions en litige n'a plus qu'un intérêt théorique, et je retiens en outre les arguments du commissaire selon lesquels il ne s'agit pas ici d'une affaire dans laquelle la Cour doit exercer son pouvoir discrétionnaire pour statuer sur une question qui n'a plus qu'un intérêt théorique;

ii) je retiens l'argument du commissaire selon lequel la Loi l'autorise implicitement à reproduire les pièces qui lui sont fournies conformément à son pouvoir d'ordonner par subpoena la production de pièces;

iii) je retiens l'argument du commissaire selon lequel la Loi autorisait le représentant de celui-ci à exiger la production d'une note de service juridique précise, même si le secret professionnel de l'avocat était invoqué. Je retiens en outre l'argument du commissaire selon lequel son représentant n'avait pas à conclure que la note de service était «absolument nécessaire» pour les besoins de l'enquête avant d'exiger sa production;

(iv) accept the submission of the Commissioner that the Act authorized the Commissioner's delegate to impose confidentiality orders upon witnesses who appeared before him to give evidence. However, I also accept the submission of the applicants that the confidentiality orders in question breached the right of the individual applicants to freedom of expression, and that the orders were over-broad and so were not a reasonable limit prescribed by law so as to be valid pursuant to section 1 of the Charter [*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, appendix II, No. 44]]. In the result, I order that the confidentiality orders be set aside, but on the condition that the orders will remain in effect for 30 days. This period will protect the ongoing status of the Commissioner's investigation by affording the Commissioner the opportunity to consider the need for confidentiality orders and, if required, to issue orders which are not over-broad and which are justified on the evidence before the Commissioner; and

(v) accept the submission of the Commissioner and Mr. Pugliese that it is premature to adjudicate upon the request for a declaration that records under the control of the Prime Minister's Office or the office of a minister are not under the control of a government institution and are not subject to the Act. This issue should only be determined by the Court after the Commissioner has been allowed to complete his investigation and report.

---

#### Editor's note

Paragraph [3] is an index of the headings and sub-headings of the reasons for judgment, and paragraph [4] is an introductory note.

---

#### 1. BACKGROUND FACTS

[5] These proceedings have their genesis in a number of requests made in 1999 for disclosure of records pursuant to the Act.

iv) je retiens l'argument du commissaire selon lequel la Loi autorisait le représentant de celui-ci à imposer des ordonnances de confidentialité aux témoins qui comparaissaient devant lui pour déposer. Toutefois, je retiens également l'argument des demandeurs voulant que les ordonnances de confidentialité en question portaient atteinte à la liberté d'expression reconnue aux demandeurs individuels et que les ordonnances avaient une portée trop étendue et ne constituaient donc pas une limite raisonnable selon une règle de droit, de façon à être valides conformément à l'article premier de la Charte [*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R- ) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]]. Par conséquent, j'ordonne l'annulation des ordonnances de confidentialité, celles-ci devant toutefois continuer à avoir effet pour une période de 30 jours. Ce délai est destiné à protéger la continuité de l'enquête menée par le commissaire en donnant à celui-ci la possibilité d'envisager la nécessité de rendre des ordonnances de confidentialité et, au besoin, de délivrer des ordonnances dont la portée n'est pas trop étendue et qui sont justifiées eu égard à la preuve dont il dispose;

v) je retiens l'argument du commissaire et de M. Pugliese selon lequel il est prématuré de statuer sur la demande visant l'obtention d'un jugement déclaratoire portant que les documents relevant du cabinet du premier ministre ou du cabinet d'un ministre ne relèvent pas d'une institution fédérale et ne sont pas visés par la Loi. Cette question devrait uniquement être réglée par la Cour après que le commissaire aura eu la possibilité d'achever son enquête et de rédiger son rapport.

---

#### Note de l'arrêtiste

Le paragraphe [3] est un index des titres et sous-titres des motifs du jugement, et le paragraphe [4] est une note introductive.

---

#### 1. FAITS SOUS-TENDANT L'AFFAIRE

[5] La présente instance résulte d'un certain nombre de demandes qui ont été faites en 1999 en vue de la communication de documents conformément à la Loi.

## (i) The requests

[6] The relevant requests were:

1. On June 23 and June 25, 1999, requests were made to the Privy Council Office seeking access to documents relating to the question of whether Conrad Black, then a Canadian citizen, should be appointed to the British House of Lords (Black documents requests).

2. On June 28, 1999, six requests were made to the Privy Council Office seeking access to the Prime Minister's<sup>1</sup> daily agenda book for 1994 through 1999 (Prime Minister's agenda requests).

3. On September 22, 1999, a request was made to the Department of National Defence for copies of all records since January 1, 1998 of the M5 group meetings (September 22 M5 documents request). "M5" is the term used to describe informal meetings between the Minister of National Defence, the Deputy Minister of National Defence, the Chief of the Defence Staff and senior exempt staff in the Minister's office. "Exempt staff" are persons appointed by a minister or the Prime Minister to his or her staff and they hold office at the pleasure of the person who appointed them. Exempt staff are not public servants.

4. On November 5, 1999, a request was made to the Department of Transport seeking a copy of the Minister of Transport's itinerary and/or meeting schedule for the period from June 1, 1999 to November 5, 1999 (Minister of Transport's agenda request).

5. On November 12, 1999, a request was made to the Department of National Defence for copies of the minutes or documents produced from the M5 management meetings for 1999 (November 12 M5 documents request).

## i) Les demandes

[6] Les demandes pertinentes suivantes ont été faites:

1. Les 23 et 25 juin 1999, des demandes ont été faites au Bureau du Conseil privé en vue de la communication de pièces se rapportant à la question de savoir si Conrad Black, qui était alors citoyen canadien, devait être nommé à la Chambre des lords britannique (les demandes de documents concernant M. Black).

2. Le 28 juin 1999, six demandes ont été faites au Bureau du Conseil privé en vue de la communication de l'agenda quotidien du premier ministre<sup>1</sup> pour les années 1994 à 1999 (les demandes relatives à l'agenda du premier ministre).

3. Le 22 septembre 1999, une demande a été faite au ministère de la Défense nationale en vue de l'obtention de copies de tous les documents, depuis le 1<sup>er</sup> janvier 1998, relatifs aux réunions du groupe M5 (la demande relative aux documents M5 du 22 septembre). Par «M5», on entend les réunions informelles entre le ministre de la Défense nationale, le sous-ministre de la Défense nationale, le chef d'état-major de la Défense et les principaux membres du personnel exonéré du cabinet du ministre. Par «membres du personnel exonéré», on entend les personnes que le ministre ou le premier ministre nomme pour faire partie de son personnel; ces personnes exercent leurs fonctions à titre amovible, la personne qui les a nommées pouvant les destituer de leurs fonctions. Les membres du personnel exonéré ne sont pas des fonctionnaires.

4. Le 5 novembre 1999, une demande a été faite au ministère des Transports en vue de l'obtention d'une copie de l'itinéraire ou de l'horaire des réunions du ministre des Transports pour la période allant du 1<sup>er</sup> juin au 5 novembre 1999 (la demande relative à l'agenda du ministre des Transports).

5. Le 12 novembre 1999, une demande a été faite au ministère de la Défense nationale en vue de l'obtention de copies des pièces ou des procès-verbaux établis à la suite des réunions de gestion M5 pour l'année 1999 (la demande relative aux documents M5 du 12 novembre).

The Privy Council Office, the Department of National Defence and the Department of Transport are government institutions to which the Act extends.

(ii) The responses to the requests

[7] The following responses were made to each request.

1. With respect to the Black documents requests, on September 7, 1999 both requesters were provided with some documents in response to their respective requests. However, some records or portions thereof were not provided to the requesters because the Privy Council Office claimed certain exemptions and exclusions pursuant to relevant provisions of the Act.

2. In response to the Prime Minister's agenda requests, the Privy Council Office advised the requester on July 13, 1999 that in respect of five of the six requests for the Prime Minister's agendas, there were no records under the control of the Privy Council Office which were responsive to the requests. With respect to the sixth request, the requester was advised on August 11, 1999 that the Privy Council Office would neither confirm nor deny the existence of any records relating to the request but that should any such records exist, they would be exempt from disclosure pursuant to subsection 19(1) of the Act as being personal information.

3. With respect to the September 22 M5 documents request, on October 18, 1999 the Department of National Defence responded that their search failed to uncover any relevant records.

4. In response to the Minister of Transport's agenda request, the requester was advised on December 22, 1999 that no records existed in Transport Canada's files responsive to the request. It was noted that the Minister's itinerary/meeting schedules were prepared and maintained by his political staff and were not considered to be departmental records.

Le Bureau du Conseil privé, le ministère de la Défense nationale et le ministère des Transports sont des institutions fédérales auxquelles la Loi s'applique.

ii) Les réponses aux demandes

[7] Les réponses suivantes ont été données à chaque demande:

1. En ce qui concerne les demandes de documents concernant M. Black, les deux demandeurs d'accès ont obtenu, le 7 septembre 1999, certaines pièces en réponse à leurs demandes respectives. Toutefois, certains documents ou certaines parties de documents ne leur ont pas été fournis parce que le Bureau du Conseil privé invoquait certaines exceptions et certaines exclusions conformément aux dispositions pertinentes de la Loi.

2. En réponse aux demandes relatives à l'agenda du Premier ministre, le Bureau du Conseil privé a informé le demandeur d'accès, le 13 juillet 1999, qu'en ce qui concerne cinq des six demandes, il n'y avait pas de documents relevant du Bureau du Conseil privé qui répondent aux demandes. Quant à la sixième demande, le demandeur d'accès a été informé, le 11 août 1999, que le Bureau du Conseil privé ne confirmait pas ou ne niait pas l'existence de documents visés par la demande, mais que si de tels documents existaient, ils n'avaient pas à être communiqués, conformément au paragraphe 19(1) de la Loi, pour le motif qu'ils contenaient des renseignements personnels.

3. En ce qui concerne la demande relative aux documents M5 du 22 septembre, le ministère de la Défense nationale a répondu, le 18 octobre 1999, que les recherches qui avaient été effectuées n'avaient permis de découvrir aucun document pertinent.

4. En réponse à la demande relative à l'agenda du ministre des Transports, le demandeur d'accès a été informé, le 22 décembre 1999, qu'il n'existait dans les dossiers de Transports Canada aucun document qui répondent à la demande. Il a été noté que l'itinéraire et l'horaire des réunions du ministre étaient préparés et tenus par les membres du personnel politique et n'étaient pas considérés comme des documents du ministère.

5. With respect to the November 12 M5 documents request, on February 15, 2000 the Department of National Defence advised that a search failed to uncover any documents such as those requested.

(iii) The complaints

[8] Four of the five requesters made complaints to the Commissioner in respect of the responses received to their requests. No complaint was made with respect to the September 22 M5 documents request. The requesters complained about the exemptions and exclusions applied by the Privy Council Office in response to the Black documents requests. The balance of the complaints were that the requesters had not been provided with the documents requested.

[9] Subsequently, in the course of investigating the complaint arising from the November 12 M5 documents request, the Commissioner received information which satisfied him that there were reasonable grounds upon which to investigate the response to the September 22 M5 documents request. Accordingly the Commissioner proceeded with a self-initiated complaint with respect to that request.

(iv) The Commissioner's investigations

[10] On receipt of the complaints, as the Commissioner was obliged to do under the Act, he began to investigate the complaints. Pursuant to those investigations, conducted by his delegate, the Deputy Information Commissioner, the Commissioner issued *subpoenas duces tecum* to witnesses, copied records which were produced pursuant to such subpoenas, examined under oath witnesses who had been subpoenaed, and at the outset of some of those examinations made confidentiality orders, all as discussed in more detail below.

(v) The status of the Commissioner's investigations

[11] The Commissioner's investigations of the complaints about access refusals stemming from the

5. En ce qui concerne la demande relative aux documents M5 du 12 novembre, le ministère de la Défense nationale a fait savoir, le 15 février 2000, que les recherches qui avaient été effectuées n'avaient permis de découvrir aucun document tels que ceux qui étaient demandés.

iii) Les plaintes

[8] Quatre des cinq demandeurs d'accès ont déposé des plaintes auprès du commissaire au sujet des réponses qu'ils avaient reçues à la suite de leurs demandes. Aucune plainte n'a été déposée au sujet de la demande relative aux documents M5 du 22 septembre. Les demandeurs d'accès se sont plaints des exceptions et des exclusions que le Bureau du Conseil privé avait invoquées en réponse aux demandes de documents concernant M. Black. Les autres plaintes qui avaient été déposées se rapportaient au fait que les demandeurs d'accès n'avaient pas obtenu les documents demandés.

[9] Par la suite, dans le cadre d'une enquête portant sur la plainte découlant de la demande relative aux documents M5 du 12 novembre, le commissaire a obtenu des renseignements qui le convainquaient qu'il y avait des motifs raisonnables de croire qu'une enquête devait être menée au sujet de la réponse à la demande relative aux documents M5 du 22 septembre. Le commissaire a donc lui-même pris l'initiative d'une plainte à ce sujet.

iv) Les enquêtes du commissaire

[10] Sur réception des plaintes, le commissaire a commencé à enquêter comme il était tenu de le faire. Dans le cadre de ces enquêtes, menées par le représentant du commissaire, le sous-commissaire à l'information, le commissaire a délivré des *subpoenas duces tecum* aux témoins; il a reproduit les documents qui avaient été produits à la suite de la délivrance de ces subpoenas; il a interrogé sous serment les témoins qui avaient été assignés; au début de certains de ces interrogatoires, il a rendu des ordonnances de confidentialité, sur lesquelles nous reviendrons ci-dessous.

v) L'état des enquêtes du commissaire

[11] Les enquêtes menées par le commissaire sur les plaintes découlant du refus de communication des

requests for the Prime Minister's agendas, the September 22 and November 12 M5 documents, and the Minister of Transport's agendas remain ongoing.

[12] The Commissioner has completed his investigation of the complaints based on the refusal of the Privy Council Office to grant access to the Black documents. After the complaints were received, the Coordinator for Access to Information and Privacy for the Privy Council Office conducted a re-examination of the records. As a result of that re-examination, additional information was provided to the requesters/complainants. Subsequently, the Commissioner concluded in the Black documents requests investigation that the exemptions and exclusions were properly claimed and that the remaining Black documents ought not to be disclosed. The Commissioner argues that issues arising from this concluded investigation are not justiciable as being moot and unnecessary. Those arguments are addressed below.

(vi) These proceedings

[13] The proceedings in this Court are of an unusual nature. Generally, proceedings relating to the Act are brought in this Court only after the results of the Commissioner's completed investigation have been reported to both the person who made the complaint about a refusal of access and to the head of the government institution which has refused access. The present applications for judicial review, except those arising out of the Black documents requests, all are brought during the currency of the Commissioner's investigation. Those applications therefore impact upon the right of the Commissioner to conduct investigations under the Act.

## 2. ORGANIZATION OF THE 25 APPLICATIONS FOR JUDICIAL REVIEW

[14] As noted at the outset, these reasons are in respect of 25 applications for judicial review. Pursuant to an order of the case management Judge, the applications were divided into five groups with the applications contained within those groups to be heard serially. The applications contained in each group were consolidated

agendas du premier ministre, des documents M5 du 22 septembre et du 12 novembre et des agendas du ministre des Transports sont encore en cours.

[12] Le commissaire a achevé son enquête sur les plaintes fondées sur le refus du Bureau du Conseil privé de communiquer les documents concernant M. Black. Après la réception des plaintes, le coordonnateur de l'accès à l'information et de la protection des renseignements personnels, au Bureau du Conseil privé, a procédé à un réexamen des documents. Par suite de ce réexamen, des renseignements additionnels ont été fournis aux demandeurs d'accès qui avaient déposé une plainte. Subséquemment, le commissaire a conclu, à la suite de l'enquête sur les demandes de documents concernant M. Black, que les exceptions et exclusions étaient à juste titre invoquées et que les autres documents concernant M. Black ne devaient pas être communiqués. Le commissaire soutient que les questions découlant de cette enquête ne sont pas justiciables parce qu'elles n'ont plus qu'un intérêt théorique et qu'elles sont inutiles. Ces arguments sont examinés ci-dessous.

vi) La présente instance

[13] L'instance qui occupe la Cour est inhabituelle. En général, le recours prévu par la Loi est exercé auprès de la Cour uniquement après que le résultat de l'enquête du commissaire a été porté à la connaissance de la personne qui a déposé la plainte relative au refus de communication ainsi que du responsable de l'institution fédérale qui a refusé la communication. Les demandes de contrôle judiciaire ici en cause, sauf celles qui découlent des demandes de documents concernant M. Black, ont toutes été présentées pendant que l'enquête du commissaire était encore en cours. Ces demandes influent donc sur le droit du commissaire de mener les enquêtes en vertu de la Loi.

## 2. ORGANISATION DES 25 DEMANDES DE CONTRÔLE JUDICIAIRE

[14] Comme il en a été fait mention au début, ces motifs se rapportent à 25 demandes de contrôle judiciaire. Conformément à une ordonnance rendue par le juge responsable de la gestion de l'instance, les demandes ont été réparties en cinq groupes, les demandes faisant partie de ces groupes devant être

within that group.

[15] Counsel have described these groups as groups A, B, C, D and E. They will be referred to as such in these reasons. What follows is a listing of which applications fall within each group together with a brief description of the issue raised in each group.

Group A: A declaration is sought that certain records under the control of the Prime Minister's Office or the office of the Minister of National Defence are not under the control of, respectively, the Privy Council Office or the Department of National Defence, and so are not under the control of a government institution. These applications are called the "Control of Records Applications". There are three applications in this group: T-606-01, T-1640-00 and T-1641-00.

Group B: A declaration is sought that the Commissioner lacks jurisdiction to make confidentiality orders. Consequential relief quashing the confidentiality orders made by the Commissioner is also sought. These are called the "Confidentiality Order Applications". There are nine applications in this group: T-582-01, T-792-01, T-877-01, T-878-01, T-883-01, T-892-01, T-1047-01, T-1254-01 and T-1909-01.

Group C: A declaration is sought that the Commissioner may not photocopy materials delivered to him pursuant to a *subpoena duces tecum*. Consequential relief is sought requiring the return of copies made and the prohibition of further copying. These are called the "Copying of Records Applications". There are ten applications in this group: T-684-01, T-763-01, T-880-01, T-895-01, T-896-01, T-1049-01, T-1255-01, T-1448-01, T-1910-01 and T-2070-01.

Group D: A declaration is sought that the Commissioner lacks jurisdiction to require two named parties to answer certain questions on examination under oath. These are

entendues les unes à la suite des autres. Les demandes faisant partie de chaque groupe ont été réunies dans ce groupe.

[15] Les avocats ont désigné ces groupes comme étant les groupes A, B, C, D et E. C'est ainsi qu'ils seront désignés dans les présents motifs. Voici une liste des demandes qui font partie de chaque groupe ainsi qu'une brève description de la question soulevée:

Groupe A: On sollicite un jugement déclaratoire portant que certains documents relevant du cabinet du Premier ministre ou du cabinet du ministre de la Défense nationale ne relèvent pas respectivement du Bureau du Conseil privé ou du ministère de la Défense nationale, et ne relèvent donc pas d'une institution fédérale. Ces demandes sont appelées «Demandes relatives au contrôle des documents». Ce groupe est composé de trois demandes: T-606-01, T-1640-00 et T-1641-00.

Groupe B: On sollicite un jugement déclaratoire portant que le commissaire n'a pas compétence pour rendre des ordonnances de confidentialité. L'annulation des ordonnances de confidentialité rendues par le commissaire est en conséquence également sollicitée. Ces demandes sont appelées «Demandes relatives à l'ordonnance de confidentialité». Ce groupe est composé de neuf demandes: T-582-01, T-792-01, T-877-01, T-878-01, T-883-01, T-892-01, T-1047-01, T-1254-01 et T-1909-01.

Groupe C: On sollicite un jugement déclaratoire portant que le commissaire ne peut pas photocopier les documents qui lui sont remis à la suite de la délivrance d'un *subpoena duces tecum*. On demande en conséquence une ordonnance portant que les copies qui ont été faites doivent être renvoyées et interdisant de faire d'autres copies. Ces demandes sont appelées «Demandes relatives à la reproduction de documents». Ce groupe est composé de dix demandes: T-684-01, T-763-01, T-880-01, T-895-01, T-896-01, T-1049-01, T-1255-01, T-1448-01, T-1910-01 et T-2070-01.

Groupe D: On sollicite un jugement déclaratoire portant que le commissaire n'a pas compétence pour enjoindre à deux parties désignées de répondre à certaines



called the “Propriety of Questions Applications”. There are two applications in this group: T-801-01 and T-891-01.

Group E: A declaration is sought that the Commissioner has no jurisdiction to require the production of certain documents in respect of which a claim for solicitor-client privilege is made. This is called the “Solicitor-Client Application”. There is one application in this group: T-1083-01.

### 3. THE APPLICABLE PRINCIPLES OF STATUTORY INTERPRETATION

[16] Resolution of the issues before the Court turns largely upon the proper interpretation to be given to a number of provisions in the Act.

[17] The starting point for the interpretation of the Act is the following well-known and accepted statement of principle:

Today there is only one principle or approach, namely, the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament.

See: E. A. Driedger in *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at page 87 as cited in *Chieu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 84, at paragraph 27.

[18] This approach requires a court to attribute to a legislative provision the meaning that best accords with both the text and the context of the provision. While neither can be ignored, as the Federal Court of Appeal observed in *Biolyse Pharma Corp. v. Bristol-Myers Squibb Co.*, [2003] 4 F.C. 505, at paragraph 13, the clearer the ordinary meaning of the provision, the more compelling the contextual considerations must be in order to warrant a different reading.

[19] The Act is to be interpreted in a purposive and liberal manner. See: *Canada Post Corp. v. Canada*

questions dans le cadre d'un interrogatoire sous serment. Ces demandes sont appelées «Demandes relatives au bien-fondé des questions». Ce groupe est composé de deux demandes: T-801-01 et T-891-01.

Groupe E: On sollicite un jugement déclaratoire portant que le commissaire n'a pas compétence pour exiger la production de certains documents à l'égard desquels le secret professionnel de l'avocat est invoqué. Cette demande est appelée «Demande relative au secret professionnel de l'avocat». Ce groupe comprend une seule demande: T-1083-01.

### 3. PRINCIPES D'INTERPRÉTATION LÉGISLATIVE APPLICABLES

[16] Le règlement des questions dont la Cour est saisie dépend largement de l'interprétation qu'il convient de donner à un certain nombre de dispositions de la Loi.

[17] Le point de départ, aux fins de l'interprétation de la Loi, est l'énoncé de principe accepté bien connu suivant:

[TRADUCTION] Aujourd'hui, il n'y a qu'un seul principe ou solution: il faut lire les termes d'une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur.

Voir: E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2<sup>e</sup> éd. 1983), page 87, tel qu'il est cité dans l'arrêt *Chieu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 84, au paragraphe 27.

[18] Cette approche exige que le tribunal judiciaire attribue à une disposition législative le sens qui correspond le mieux tant au texte de la disposition qu'à son contexte. Ni l'un ni l'autre ne peuvent être passés sous silence, mais comme la Cour d'appel fédérale l'a fait remarquer dans l'arrêt *Biolyse Pharma Corp. c. Bristol-Myers Squibb Co.*, [2003] 4 C.F. 505, au paragraphe 13, plus le sens ordinaire de la disposition est clair, plus les considérations d'ordre contextuel doivent être convaincantes pour justifier une interprétation différente.

[19] La Loi doit être interprétée d'une façon libérale en se fondant sur l'objet visé. Voir: *Société canadienne*

(*Minister of Public Works*), [1995] 2 F.C. 110 (C.A.), at paragraph 33 and *Canada (Privacy Commission) v. Canada (Labour Relations Board)*, [1996] 3 F.C. 609 (T.D.), at paragraph 47.

[20] The Act has been held to strive to balance what has been characterized as a quasi-constitutional right of access with the necessity of having a government able to function efficiently and with the requisite candor. The quasi-constitutional status of legislation is a factor to be considered in interpreting the legislation in that it recognizes the special purpose of the legislation. That status does not, however, operate to alter the traditional approach to the interpretation of legislation. See: *Lavigne v. Canada (Office of the Commissioner of Official Languages)*, [2002] 2 S.C.R. 773, at paragraph 25.

[21] Given the need to view the relevant provisions of the Act in the context of the Act as a whole, I now turn to review generally the regime prescribed by the Act.

#### 4. THE LEGISLATIVE CONTEXT

##### (i) The purpose of the Act

[22] In *Dagg v. Canada (Minister of Finance)*, [1997] 2 S.C.R. 403, at paragraph 61, Mr. Justice La Forest writing in dissent, but not dissenting on this point, wrote that the “overarching purpose of access to information legislation . . . is to facilitate democracy”. The legislation does this by insuring that citizens are properly informed so as to be able to participate meaningfully in the democratic process and by insuring that politicians and bureaucrats remain accountable to citizens.

[23] In subsection 2(1) of the Act, Parliament expressly articulated the purpose of the legislation. The Act is stated to “extend the laws of Canada to provide a right of access to information in records under the control of a government institution in accordance with the principles that government information should be available to the public, that necessary exceptions to the right of access should be limited and specific and that decisions on the disclosure of government information should be reviewed independently of government.”

*des postes c. Canada (Ministre des Travaux publics)*, [1995] 2 C.F. 110 (C.A.), au paragraphe 33, et *Canada (Commissaire à la protection de la vie privée) c. Canada (Conseil des relations du travail)*, [1996] 3 C.F. 609 (1<sup>re</sup> inst.), au paragraphe 47.

[20] Il a été statué que la Loi vise à établir l'équilibre entre ce qui a été qualifié de droit quasi constitutionnel à la communication et la nécessité d'avoir un gouvernement qui est en mesure de fonctionner d'une façon efficace et avec l'honnêteté requise. Le statut quasi constitutionnel de la législation est un facteur dont il faut tenir compte en interprétant la législation, en ce sens que l'objet spécial de cette législation est reconnu. Ce statut n'a toutefois pas pour effet de modifier l'approche traditionnelle en matière d'interprétation des lois. Voir: *Lavigne c. Canada (Commissariat aux langues officielles)*, [2002] 2 R.C.S. 773, au paragraphe 25.

[21] Étant donné qu'il faut examiner les dispositions pertinentes dans le contexte de la Loi dans son ensemble, j'examinerai maintenant d'une façon générale le régime prescrit par celle-ci.

#### 4. LE CONTEXTE LÉGISLATIF

##### i) L'objet de la Loi

[22] Dans l'arrêt *Dagg c. Canada (Ministre des Finances)*, [1997] 2 R.C.S. 403, au paragraphe 61, le juge La Forest, qui était dissident, mais non sur ce point, a dit que «[l]a loi en matière d'accès à l'information a [. . .] pour objet général de favoriser la démocratie». Elle aide à garantir que les citoyens possèdent l'information nécessaire pour participer utilement au processus démocratique et que les politiciens et les bureaucrates demeurent comptables envers l'ensemble de la population.

[23] Au paragraphe 2(1) de la Loi, le législateur a expressément énoncé son objet. La Loi vise à «élargir l'accès aux documents de l'administration fédérale en consacrant le principe du droit du public à leur communication, les exceptions indispensables à ce droit étant précises et limitées et les décisions quant à la communication étant susceptibles de recours indépendants du pouvoir exécutif».

## (ii) The right of access and requests for access

[24] Subsection 4(1) of the Act provides that every person who is a Canadian citizen or a permanent resident (as defined) “has a right to and shall, on request, be given access to any record under the control of a government institution”. The word “record” is broadly defined in section 3 of the Act. The term “government institution” is there defined as “any department or ministry of state of the Government of Canada listed in Schedule I or any body or office listed in Schedule I.” Requests for access are to be made in writing to the government institution that has control of the record in question (section 6). The general rule (subject to specific exceptions found in sections 8, 9, and 11 [as am. by S.C. 1992, c. 21, s. 2] of the Act) is that within 30 days of receipt of the request, the head of the government institution to which the request is made shall give written notice to the requester as to whether access to all or part of the record will be given and, where access is to be given, give access to the record or a part thereof (section 7).

[25] Where the head of a government institution refuses to grant access to all or part of a requested record, he or she is required by section 10 of the Act to state in the notice given under section 7 either that the record does not exist or to provide the specific provision of the Act on which the refusal is based or on which a refusal could be reasonably expected to be based if the record existed. This latter provision reflects that the head of a government institution may, but is not required to, indicate whether a record exists. The notice provided to the access requester must also advise of the requester’s right to make a complaint to the Commissioner about a refusal of access. Failure to provide a record requested within the time limits set out in the Act is deemed to be a refusal of access (subsection 10(3)).

## (iii) The exemptions from access

[26] Sections 13 [s. 13 (as am. by S.C. 2000, c. 7, s. 21)] to 26 of the Act contain provisions that either prohibit the disclosure of certain types of records or

## ii) Le droit d'accès et les demandes de communication

[24] Le paragraphe 4(1) de la Loi prévoit qu’«ont droit à l’accès aux documents relevant d’une institution fédérale et peuvent se les faire communiquer sur demande» les citoyens canadiens et les résidents permanents (telles que ces expressions sont définies). Le mot «documents» est défini d’une façon générale à l’article 3 de la Loi. L’expression «institution fédérale» y est définie comme étant «[t]out ministère ou département d’État relevant du gouvernement du Canada, ou tout organisme, figurant à l’annexe I». Les demandes de communication se font par écrit auprès de l’institution fédérale dont relève le document en question (article 6). La règle générale (sous réserve des exceptions précises prévues aux articles 8, 9 et 11 [mod. par L.C. 1992, ch. 21, art. 2] de la Loi) est que le responsable de l’institution fédérale à qui est faite une demande est tenu, dans les 30 jours suivant sa réception, d’aviser par écrit la personne qui a fait la demande de ce qu’il sera donné ou non communication totale ou partielle du document et, le cas échéant, de donner communication totale ou partielle du document (article 7).

[25] En cas de refus de communication totale ou partielle d’un document demandé, le responsable d’une institution fédérale est tenu, en vertu de l’article 10 de la Loi, de mentionner dans l’avis prévu à l’article 7 soit le fait que le document n’existe pas, soit la disposition précise de la Loi sur laquelle se fonde le refus ou la disposition sur laquelle il pourrait vraisemblablement se fonder si le document existait. Cette dernière disposition montre que le responsable d’une institution fédérale peut indiquer si un document existe, mais qu’il n’est pas tenu de le faire. L’avis donné au demandeur d’accès doit également informer celui-ci de son droit de déposer une plainte auprès du commissaire par suite du refus de communication. Le défaut de communication d’un document dans les délais prévus par la Loi vaut décision de refus de communication (paragraphe 10(3)).

## iii) Les exceptions en matière d'accès

[26] Les articles 13 [art. 13 (mod. par L.C. 2000, ch. 7, art. 21)] à 26 de la Loi renferment des dispositions qui interdisent la communication de certains types de

grant a discretion to the head of a government institution as to whether a record is disclosed. Illustrative of the prohibitions on disclosure are paragraph 13(1)(a) of the Act which prohibits disclosure of a record containing information obtained in confidence from a foreign state unless that state consents to the disclosure of the record or itself makes the information public, and section 19 of the Act which prohibits disclosure of a record that contains personal information (as defined in the *Privacy Act*, R.S.C., 1985, c. P-21) unless the information is publicly available, or the disclosure is authorized by the individual to which it relates or is otherwise permitted by section 8 of the *Privacy Act*. Examples of circumstances where discretion is granted regarding the disclosure of a record are found at section 14, which applies to a record containing information which if disclosed could reasonably be expected to be injurious to the federal government's conduct of federal-provincial affairs, and paragraph 21(1)(b) of the Act which applies to a record that contains an account of consultations or deliberations involving a Minister of the Crown, or the staff of a Minister of the Crown, or government officers or employees.

(iv) The complaint and investigative process

[27] The Commissioner is obliged to receive and investigate complaints made to him (subsection 30(1) [as am. by S.C. 1992, c. 21, s. 4]). Those complaints may be made in a number of specified circumstances. For example, a complaint may be made where a person has been refused access to all or part of a requested record, and a complaint may be made in respect of any other matter relating to requesting or obtaining access to records under the Act. The Commissioner may also initiate a complaint at his own behest where he is satisfied that there are "reasonable grounds to investigate a matter relating to requesting or obtaining access to records under this Act" (subsection 30(3)). These powers transcend the simple obligation and right to investigate a specific refusal to give access to a specific requested record.

documents ou qui confèrent un pouvoir discrétionnaire au responsable d'une institution fédérale lorsqu'il s'agit de savoir si un document sera communiqué. Parmi les interdictions en matière de communication, il y a l'alinéa 13(1)a) de la Loi, qui interdit la communication d'un document contenant des renseignements obtenus à titre confidentiel d'un État étranger à moins que cet État ne consente à la communication ou ne rende les renseignements publics, et l'article 19 de la Loi, qui interdit la communication d'un document contenant des renseignements personnels (au sens de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. (1985), ch. P-21), à moins que le public n'y ait accès, que l'individu qu'ils concernent n'y consente ou que la communication ne soit pas ailleurs permise par l'article 8 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. Des exemples de cas dans lesquels un pouvoir discrétionnaire est conféré à l'égard de la communication d'un document se trouvent à l'article 14, qui s'applique à un document contenant des renseignements dont la divulgation risquerait vraisemblablement de porter préjudice à la conduite par le gouvernement fédéral des affaires fédérales- provinciales, et à l'alinéa 21(1)b) de la Loi, qui s'applique à un document contenant des comptes rendus de consultations ou délibérations où sont concernés un ministre ou son personnel, ou des cadres ou employés du gouvernement.

iv) La procédure relative à la plainte et à l'enquête

[27] Le commissaire reçoit les plaintes et fait enquête sur les plaintes (paragraphe 30(1) [mod. par L.C. 1992, ch. 21, art. 4]). Ces plaintes peuvent être déposées dans un certain nombre de cas précis. Une plainte peut notamment être déposée par une personne qui s'est vu refuser la communication totale ou partielle d'un document qu'elle a demandé, ou à l'égard de toute autre question relative à la demande ou à l'obtention de documents en vertu de la Loi. Le commissaire peut également lui-même prendre l'initiative d'une plainte s'il a «des motifs raisonnables de croire qu'une enquête devrait être menée sur une question relative à la demande ou à l'obtention de documents en vertu de la présente loi» (paragraphe 30(3)). Ces pouvoirs l'emportent sur l'obligation et le droit d'enquêter sur un refus précis de communication d'un document demandé.

[28] Before commencing an investigation of a complaint, the Commissioner must notify the head of the concerned government institution of his intent to investigate and also inform the head of the substance of the complaint (section 32). The Commissioner is also obliged to afford to a complainant and to the head of the relevant government institution a reasonable opportunity to make representations (subsection 35(2)).

[29] Section 34 of the Act provides that, subject to the Act, the Commissioner “may determine the procedure to be followed in the performance of any duty or function of the Commissioner under this Act”. Specific powers in relation to the conduct of investigations are reposed in the Commissioner by section 36 of the Act. Examples of these powers are that the Commissioner may summon and enforce the appearance of persons before him, and compel them to give oral or written evidence on oath and to produce such documents as the Commissioner deems requisite to the full investigation and consideration of the complaint, in the same manner and to the same extent as a superior court of record (paragraph 36(1)(a)). The Commissioner may receive and accept such evidence or other information as the Commissioner sees fit, whether the evidence or information is, or would be, admissible in a court of law (paragraph 36(1)(c)). The Commissioner may enter into premises occupied by any government institution and may examine or obtain copies of or extracts from relevant books or records found in such premises (paragraphs 36(1)(d) and (f)).

[30] Notwithstanding any other Act of Parliament or any privilege under the law of evidence, the Commissioner may during his investigation examine any record to which the Act applies that is under the control of the government institution and “no such record may be withheld from the Commissioner on any grounds” (subsection 36(2)). Subsection 36(5) provides that any document or thing produced pursuant to this section shall be returned by the Commissioner within 10 days of a request being made for such return, but nothing in the subsection precludes the Commissioner from again requiring production of the document. The Commissioner is obliged to conduct his investigation in private (subsection 35(1)). Except in the case of prosecutions and court proceedings under the Act, evidence given by a person in proceedings under the Act,

[28] Le commissaire, avant de procéder aux enquêtes, avise le responsable de l’institution fédérale concernée de son intention d’enquêter et lui fait connaître l’objet de la plainte (article 32). Le commissaire est également tenu de donner au plaignant et au responsable de l’institution fédérale concernée une possibilité de présenter ses observations (paragraphe 35(2)).

[29] L’article 34 de la Loi prévoit que, sous réserve des autres dispositions de la Loi, le commissaire «peut établir la procédure à suivre dans l’exercice de ses pouvoirs et fonctions». Des pouvoirs précis, relativement à la conduite d’enquêtes, sont conférés au commissaire à l’article 36 de la Loi. Le commissaire peut notamment assigner et contraindre des témoins à comparître devant lui, à déposer verbalement ou par écrit sous la foi du serment et à produire les pièces qu’il juge indispensables pour instruire et examiner à fond les plaintes dont il est saisi, de la même façon et dans la même mesure qu’une cour supérieure d’archives (alinéa 36(1)a)). Il peut recevoir des éléments de preuve ou des renseignements qu’il estime indiqués, indépendamment de leur admissibilité devant les tribunaux (alinéa 36(1)c)). Il peut pénétrer dans les locaux occupés par une institution fédérale, et examiner ou se faire remettre des copies ou des extraits des livres ou autres documents trouvés dans les locaux (alinéas 36(1)d) et f)).

[30] Nonobstant toute autre loi fédérale et toute immunité reconnue par le droit de la preuve, le commissaire a, pour les enquêtes qu’il mène, accès à tous les documents qui relèvent d’une institution fédérale et auxquels la Loi s’applique; «aucun de ces documents ne peut, pour quelque motif que ce soit, lui être refusé» (paragraphe 36(2)). Le paragraphe 36(5) prévoit que les pièces produites en vertu de cette disposition sont renvoyées par le commissaire dans les 10 jours suivant la requête présentée à cette fin, mais que rien n’empêche le commissaire d’en réclamer une nouvelle production. Le commissaire doit mener une enquête secrète (paragraphe 35(1)). Sauf dans le cas de poursuites et de procédures judiciaires engagées en vertu de la Loi, les dépositions faites au cours de procédures prévues par la Loi ou le fait de l’existence de ces procédures ne sont

and evidence of the existence of such proceedings are inadmissible against a person in a court or in any other proceedings (subsection 36(3) [as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 27, s. 187, Sch. V, item 1]).

[31] After the Commissioner completes his investigation, if he finds that the complaint is well-founded he is required to provide a report to the head of the government institution that has control of the record. The report shall contain the findings of the investigation and any recommendations that the Commissioner considers appropriate. The Commissioner may also request that he be given notice, within a specified period of time, of any actions taken or proposed to be taken in order to implement the Commissioner's recommendations. Alternatively, the Commissioner may request that he be advised of the reasons why no such action has been taken or is proposed. The Commissioner shall also make a report to the complainant. Where the government institution fails to respond to the Commissioner within the time specified, or any action to be taken described by the government institution is inadequate in the view of the Commissioner, the Commissioner shall so advise the complainant and the Commissioner "may include in the report [to the complainant] such comments on the matter as he thinks fit". The Commissioner shall also inform the complainant of his or her right to apply to this Court for a review of the matter investigated (section 37).

[32] The Commissioner can not order that any record be released. His powers are limited to making recommendations to the relevant government institution.

#### (v) Reports to Parliament

[33] The Commissioner is required to report annually to Parliament on the activities of his office (section 38). Additionally, he may at any time make a special report to Parliament "referring to and commenting on any matter within the scope of his powers, duties and functions" where, in his view, the matter is of such urgency or importance that such report should not be delayed (subsection 39(1)).

[34] This obligation is mirrored in section 72 of the Act which requires the head of each government

pas admissibles contre le déposant devant les tribunaux ni dans aucune autre procédure (paragraphe 36(3) [mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 27, art. 187, ann. V, n° 1]).

[31] Une fois l'enquête terminée, le commissaire, s'il conclut au bien-fondé de la plainte, adresse un rapport au responsable de l'institution fédérale de qui relève le document. Le rapport renferme les conclusions de l'enquête ainsi que les recommandations que le commissaire juge indiquées. Le commissaire peut également demander qu'on lui donne avis, dans un délai déterminé, des mesures prises ou envisagées pour la mise en œuvre de ses recommandations. Par ailleurs, il peut demander à être informé des motifs invoqués pour ne pas y donner suite. Le commissaire rend en outre compte au plaignant. Il mentionne également dans son compte rendu au plaignant le fait que l'institution fédérale ne lui a pas répondu dans le délai imparti, ou que les mesures indiquées par l'institution fédérale sont, selon lui, insuffisantes. «Il peut en outre y inclure tous commentaires qu'il estime utiles.» Le commissaire informe également le plaignant de l'existence d'un droit de recours en révision devant la Cour (article 37).

[32] Le commissaire ne peut pas ordonner la communication d'un document. Il est uniquement autorisé à faire des recommandations à l'institution fédérale concernée.

#### v) Rapports au Parlement

[33] Le commissaire est tenu de présenter chaque année au Parlement le rapport des activités du commissariat (article 38). De plus, il peut, à toute époque de l'année, présenter au Parlement un rapport spécial «sur toute question relevant de ses pouvoirs et fonctions» et dont l'urgence ou l'importance sont telles, selon lui, qu'il serait contre-indiqué d'en différer le compte rendu (paragraphe 39(1)).

[34] Une obligation parallèle est énoncée à l'article 72 de la Loi: à la fin de chaque exercice, chacun des

institution to report annually to Parliament with respect to the administration of the Act within the institution each year.

[35] Section 75 of the Act requires that the administration of the Act be reviewed on a permanent basis by such committee of the House of Commons, the Senate, or of both Houses of Parliament as may be designated by Parliament for that purpose.

(vi) Review by the Federal Court

[36] Section 41 of the Act allows a person who has been refused access and who has made a complaint to the Commissioner in respect of the refusal, to apply to this Court for a review of the matter. Such application is to be made within 45 days of the Commissioner's report to the complainant and is a further independent review of a decision of government as to whether government information should be disclosed.

[37] The Commissioner may, with the consent of the complainant, initiate such application. The Commissioner may also appear before the Court on behalf of any person who has brought such application and, with the Court's leave, may appear as a party to any review (section 42).

[38] On such application, the Court is given the same access to records as the Commissioner is given on his investigation (section 46).

(vii) The confidentiality provisions

[39] The Commissioner and persons acting on his behalf who receive or obtain information relating to an investigation shall, with respect to that information, satisfy the security requirements and take any oath of secrecy required of persons who normally have access to that information (section 61). The Commissioner and those acting on his behalf are prohibited from disclosing any information that comes to their knowledge in the performance of their duties (section 62) and must take every reasonable precaution to avoid the disclosure of

responsables d'une institution fédérale présente au Parlement le rapport d'application de la Loi en ce qui concerne son institution.

[35] L'article 75 de la Loi prévoit que le Parlement désigne un comité, soit de la Chambre des communes, soit du Sénat, soit mixte, chargé spécialement de l'examen permanent de l'application de la Loi.

vi) Révision par la Cour fédérale

[36] L'article 41 de la Loi permet à la personne qui s'est vu refuser communication et qui a déposé une plainte à ce sujet devant le commissaire d'exercer un recours en révision de la décision de refus devant la Cour. Pareille demande doit être faite dans les 45 jours qui suivent la date à laquelle le commissaire a fait rapport au plaignant et constitue un autre examen indépendant d'une décision de l'administration se rapportant à la question de savoir si les renseignements de l'administration doivent être communiqués.

[37] Le commissaire a qualité pour exercer lui-même le recours avec le consentement de la personne qui a demandé le document. Il peut également comparaître devant la Cour au nom de la personne qui a exercé un recours et comparaître, avec l'autorisation de la Cour, comme partie à une instance (article 42).

[38] Dans le cadre de pareil recours, la Cour a accès aux documents, de la même façon que le commissaire dans le cadre de son enquête (article 46).

vii) Les dispositions relatives à la confidentialité

[39] Le commissaire et les personnes agissant en son nom qui reçoivent ou recueillent des renseignements dans le cadre des enquêtes sont tenus, quant à ces renseignements, de satisfaire aux normes en matière de sécurité et de prêter les serments imposés à leurs usagers habituels (article 61). Le commissaire et les personnes agissant en son nom sont tenus au secret en ce qui concerne les renseignements dont ils prennent connaissance dans l'exercice de leurs fonctions (article 62) et ils ne peuvent divulguer et prennent toutes les

and shall not disclose information which the head of a government institution would be authorized to refuse to disclose, or any information as to whether a record exists where the head of a government institution has not indicated whether it exists (section 64). The Commissioner and those acting on his behalf are not competent or compellable in respect of a matter coming to their knowledge as a result of performing duties or functions under the Act, except in cases of prosecutions for offences under the Act or for perjury, and except with respect to review proceedings in this Court under the Act and appeals therefrom (section 65 [as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 27, s. 187, Sch. V, item 1]). Disclosure is, of course, permitted for the purpose of carrying out investigations under the Act and in order to establish grounds for findings and recommendations contained in any report under the Act (section 63 [as am. *idem*]).

(viii) Material not subject to the Act

[40] The Act does not apply to certain specific and limited materials. Section 68 [as am. by S.C. 1990, c. 3, s. 32; 1992, c. 1, s. 143] provides that the Act does not apply to certain described material which is in the public domain. The Act also does not apply to confidences of the Queen's Privy Council for Canada (as defined) except where such confidences have been in existence for more than 20 years or where they are contained in certain specifically described discussion papers (section 69). Finally, the Act does not apply to information which is the subject of a certificate issued under section 38.13 [as enacted by S.C. 2001, c. 41, s. 43] of the *Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5 (section 69.1 [as enacted by S.C. 2001, c. 41, s. 87]). Section 38.13 of the *Canada Evidence Act* relates to protecting information obtained in confidence from or in relation to a foreign entity and to protecting national defence or national security.

(ix) The Regulations to the Act

[41] Regulations have been enacted pursuant section 77 of the Act. Section 3 of the *Access to Information Regulations*, SOR/83-507 provides that for the purpose

précautions pour éviter que ne soient divulgués des renseignements qui justifient un refus de communication ou des renseignements faisant état de l'existence d'un document lorsque le responsable d'une institution fédérale n'a pas indiqué s'il existait ou non (article 64). En ce qui concerne les questions venues à leur connaissance dans l'exercice des pouvoirs et fonctions qui leur sont conférés en vertu de la Loi, le commissaire et les personnes qui agissent en son nom n'ont qualité pour témoigner ou ne peuvent y être contraints que dans les procédures intentées pour infraction à la Loi ou pour parjure, ou lors d'un recours en révision prévu par la Loi devant la Cour ou lors de l'appel de la décision rendue par celle-ci (article 65 [mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.) ch. 27, art. 187, ann. V, n<sup>o</sup> 1]). Bien sûr, la communication est permise afin de mener une enquête prévue par la Loi et afin de motiver les conclusions et recommandations contenues dans les rapports et comptes rendus prévus par la Loi (article 63 [mod., *idem*]).

viii) Documents non visés par la Loi

[40] La Loi ne s'applique pas à certains documents. L'article 68 [mod. par L.C. 1990, ch. 3, art. 32] prévoit que la Loi ne s'applique pas à certains documents décrits qui relèvent du domaine public. La Loi ne s'applique pas non plus aux documents confidentiels du Conseil privé de la Reine pour le Canada (tels qu'ils sont définis), sauf aux documents confidentiels dont l'existence remonte à plus de 20 ans ou à certains documents de travail expressément décrits (article 69 [mod. par L.C. 1992, ch. 1, art. 144, ann.VII, n<sup>o</sup> 3]). Enfin, la Loi ne s'applique pas aux renseignements qui font l'objet d'un certificat délivré en vertu de l'article 38.13 [édicte par L.C. 2001, ch. 41, art. 43] de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5 (article 69.1 [édicte par L.C. 2001, ch. 41, art. 87]). L'article 38.13 de la *Loi sur la preuve au Canada* se rapporte à la protection des renseignements obtenus à titre confidentiel d'une entité étrangère ou qui concernent une telle entité et à la protection de la défense ou de la sécurité nationales.

ix) Le Règlement d'application de la Loi

[41] Le Règlement a été pris conformément à l'article 77 de la Loi. L'article 3 du *Règlement sur l'accès à l'information*, DORS/83-507, prévoit qu'aux fins du



of subsection 4(3) of the Act (which applies to access to records produced from machine readable records) a record that does not exist, but which can be produced from a machine readable record may not be produced where its production would unreasonably interfere with the operations of the institution. This reflects the proper concern that the Act not interfere with the operation of government.

(x) Summary

[42] In sum, the Act enshrines a right of access to government information and exceptions to that general right are to be limited and specific. The Act should be interpreted to provide a meaningful right of access. Fundamental to the structure of the Act is that government itself is not to decide whether information is exempt from disclosure. There is an independent review mechanism and the Commissioner's investigation is the first step in that process. The Commissioner is, however, never the decision maker. At first instance, he or she provides advice to the head of the government department who makes the initial decision about disclosure. Ultimately, in the event of dispute, it is a matter for this Court to determine.

---

Editor's note (replaces paragraphs 43 to 120):

Paragraphs 43 to 120 deal with the control of records applications. In Court file T-1640-00, the applicants sought a declaration that the records which were copies of the Prime Minister's agenda books for fiscal or calendar years 1994 to June 25, 1999 and were under the control of the Office of the Prime Minister (PMO) were not records under the control of the Privy Council Office (PCO) within the meaning of that phrase in subsection 2(1) of the *Access to Information Act*. In Court file T-1641-00, the applicants sought a declaration that personal notes made by the applicants in their notebooks, being notes of some things said during the M5 management meetings for 1999, were not records under the control of the Department of National

paragraphe 4(3) de la Loi (qui s'applique à la communication d'un document issu d'un document informatisé), la préparation d'un document qui n'existe pas comme tel mais qui peut être produit à partir d'un document informatisé n'est pas obligatoire lorsque cette préparation entraverait de façon sérieuse le fonctionnement de l'institution concernée. Cela indique une préoccupation appropriée: la Loi ne doit pas nuire au fonctionnement du gouvernement.

x) Résumé

[42] En somme, la Loi enchâsse un droit d'accès aux renseignements de l'administration fédérale, les exceptions à ce droit général étant précises et limitées. La Loi doit être interprétée de façon à conférer un droit d'accès réel. Un aspect fondamental de la structure de la Loi est que l'administration fédérale elle-même ne doit pas déterminer si un renseignement est protégé contre la communication. Un mécanisme d'examen indépendant est prévu; l'enquête menée par le commissaire constitue la première étape de ce processus. Toutefois, le commissaire n'est jamais le décideur. À première vue, le commissaire donne des conseils au responsable du ministère qui prend la décision initiale relative à la communication. En fin de compte, en cas de désaccord, il s'agit d'une question qu'il incombe à la Cour de trancher.

---

Note de l'arrêtiste (remplace les paragraphes 43 à 120):

Les paragraphes 43 à 120 traitent du contrôle des demandes de documents. Dans le dossier T-1640-00, les demandeurs cherchaient à obtenir un jugement déclaratoire portant que les documents qui étaient des copies de l'agenda du Premier ministre pour les exercices ou pour les années civiles 1994 jusqu'au 25 juin 1999, et qui relevaient du cabinet du Premier ministre (CPM) n'étaient pas des documents relevant du Bureau du Conseil privé (BCP) au sens du paragraphe 2(1) de la *Loi sur l'accès à l'information*. Dans le dossier T-1641-00, les demandeurs cherchaient à obtenir un jugement déclaratoire portant que les notes personnelles qu'ils avaient consignées dans leurs cahiers de notes au sujet de choses qui avaient été dites au cours des

Defence, within the meaning of that phrase in subsection 2(1) of the Act. In Court file T-606-01, the applicants sought a declaration that the subject documents relating to the Black documents requests were under the control of the PMO and were not records under the control of the PCO within the meaning of that phrase in subsection 2(1) of the Act.

The applicants argued that the PMO and the office of a minister of the Crown are separate and distinct from the PCO or the department for which that minister is responsible. The Commissioner's position was that the Court should exercise its discretion and dismiss the applications as being premature, unnecessary and improper. The Commissioner argued that the question of control was a question initially to be determined by the Commissioner following completion of his investigation. Since the investigations in Court files T-1640-00 and T-1641-00 were ongoing, in order to not to impair his role as a neutral fact-finder, the Commissioner has taken no position on the control issue.

Given McKeown J.'s order authorizing the Commissioner to be named respondent in Court files T-1640-00 and T-1641-00, it was not appropriate for the Commissioner to now assert that he was not a proper respondent in these two applications. The application in Court file T-606-01 was moot. Since the control issue remains a live issue in the two other cases, there was no need for the Court to exercise its discretion to allow the control issue raised in Court file T-606-01 to proceed. The Commissioner was a proper respondent therein.

The main issue was whether the Court should exercise its discretion to grant the requested declarations. Courts will generally exercise discretion not to grant declaratory relief where an adequate alternative remedy exists, where the claim is not ripe for determination, or where the declaration is sought to settle a dispute which is contingent upon a future event which may not occur. First, it was determined that the question of control of records was not a pure question of law, but rather a question of mixed fact and law. To determine whether

réunions de gestion M5 tenues en 1999 n'étaient pas des documents relevant du ministère de la Défense nationale au sens du paragraphe 2(1) de la Loi. Dans le dossier T-606-01, les demandeurs cherchaient à obtenir un jugement déclaratoire portant que les documents se rapportant aux demandes concernant M. Black relevaient du CPM et n'étaient pas des documents relevant du BCP au sens du paragraphe 2(1) de la Loi.

Les demandeurs ont soutenu que le CPM et le cabinet d'un ministre sont séparés et distincts du BCP ou du ministère dont le ministre est responsable. La position du commissaire était que la Cour devait exercer son pouvoir discrétionnaire et rejeter les demandes pour le motif qu'elles étaient prématurées, inutiles et inappropriées. Le commissaire a soutenu que c'est lui qui devait initialement trancher la question du contrôle une fois les enquêtes terminées. Puisque les enquêtes dans les dossiers T-1640-00 et T-1641-00 étaient en cours, dans le but de ne pas compromettre son rôle à titre de juge des faits neutre, le commissaire n'a pas pris position pour ce qui est de la question du contrôle.

Vu l'ordonnance du juge McKeown autorisant le commissaire à être désigné à titre de défendeur dans les dossiers T-1640-00 et T-1641-00, celui-ci ne pouvait maintenant affirmer qu'il ne convenait pas qu'il soit désigné à titre de défendeur dans ces deux demandes. La demande dans le dossier T-606-01 n'avait plus qu'un intérêt théorique. Puisque la question du contrôle se posait encore dans les deux autres dossiers, il n'était pas nécessaire que la Cour exerce son pouvoir discrétionnaire de procéder à l'examen de la question du contrôle soulevée dans le dossier T-606-01. Il convenait de désigner le commissaire à titre de défendeur dans ce dossier.

La principale question en litige était de savoir si la Cour devait exercer son pouvoir discrétionnaire d'accorder les jugements déclaratoires demandés. Les tribunaux exercent en général leur pouvoir discrétionnaire de refuser d'accorder un jugement déclaratoire lorsqu'il existe une autre mesure de redressement adéquate, lorsque la demande n'est pas prête à être réglée ou lorsque le jugement déclaratoire demandé vise à régler un litige dont la naissance dépend d'un événement futur qui peut ne pas avoir lieu. Premièrement, il a été décidé que la

the Court ought to exercise its discretion to refuse the requested declarations because they are premature, unnecessary and improper, certain factors had to be considered. (1) The statutory scheme. The investigation the Commissioner is required to conduct is the cornerstone of the access to information scheme. The Court is meant to exercise its independent review only after the Commissioner has completed his investigation and after the head of the affected government institution and the complainant have had the benefit of the Commissioner's investigation. (2) The adequacy of the statutory scheme. Recourse to the statutory scheme would provide an adequate remedy to the applicants because in the event that the Commissioner, after the conclusion of his investigation, does recommend disclosure of any of the records at issue, any refusal of access may be reviewed in this Court. Allowing the Commissioner's investigation to continue will provide an adequate remedy to the applicants. No prejudice will arise as a result of the delay caused by dismissing these applications. (3) Control as a question of jurisdiction for the Commissioner. The scheme of the Act is sufficiently comprehensive so that the Commissioner has the authority to initially determine whether records are within the control of a government institution. The correctness of such a determination is then reviewable by this Court in a proceeding pursuant to sections 41, 42 or 44 of the Act. Generally, it is preferable to allow a tribunal to determine initially whether the matters fall within its jurisdiction. (4) The state of the evidentiary record. Any need to resolve factual issues or any uncertainty about the completeness of the required record will weigh strongly against granting declaratory relief. It may well be the case that a decision as to whether a record is in the control of a government institution must be made on a record by record basis having regard to a number of factors, including the content of the record. The applicants did not put the records in question in evidence on a confidential basis, and their absence was a matter of concern. Given that the question of control is not a pure question of law, but a question of mixed fact and law, the whole of the evidence taken together is such that it would be unsafe to make the declarations requested on the evidentiary basis before the Court. (5) The existence of prejudice to the applicants if the declarations are not granted at this time. Considering any of the possible scenarios, the applicants would not suffer prejudice if the

question du contrôle des documents n'était pas une pure question de droit, mais plutôt une question mixte de fait et de droit. Pour trancher la question de savoir si la Cour devait exercer son pouvoir discrétionnaire de refuser d'accorder les jugements déclaratoires demandés parce qu'ils étaient prématurés, inutiles et inappropriés, il fallait tenir compte de certains facteurs. 1) Le régime législatif. L'enquête que le commissaire est tenu de mener est la pierre angulaire du régime d'accès à l'information. La Cour ne doit effectuer son examen indépendant qu'une fois l'enquête du commissaire terminée et après que le responsable de l'institution fédérale concernée et le plaignant ont bénéficié de ladite enquête. 2) Le caractère adéquat du régime législatif. Le recours au régime législatif assure une mesure de redressement adéquate aux demandeurs parce que, si le commissaire, après la fin de son enquête, recommande la communication des documents en cause, le refus de communication peut être examiné par la Cour. Si on laisse l'enquête du commissaire se poursuivre, une mesure de redressement adéquate sera assurée aux demandeurs. Aucun préjudice ne sera subi par suite du délai qu'occasionnera le rejet des présentes demandes. 3) Le contrôle en tant que question relevant de la compétence du commissaire. Le régime de la Loi est suffisamment exhaustif pour que le commissaire soit autorisé à décider initialement si les documents relèvent d'une institution fédérale. Le bien-fondé de cette décision peut ensuite faire l'objet d'un examen devant la Cour dans une procédure engagée conformément aux articles 41, 42 ou 44 de la Loi. En général, il est préférable de laisser un tribunal décider initialement si une question relève de sa compétence. 4) L'état du dossier relatif à la preuve. Toute nécessité de régler les questions factuelles ou toute incertitude relative à la question de savoir si le dossier requis est complet militera fortement contre l'octroi d'un jugement déclaratoire. Il se peut bien qu'une décision portant sur la question de savoir si un document relève d'une institution fédérale doive être prise sur une base individuelle compte tenu d'un certain nombre de facteurs, y compris le contenu du document. Les demandeurs n'ont pas produit en preuve les documents en question sur une base confidentielle et l'absence de tels documents était préoccupante. Puisque la question du contrôle n'est pas une pure question de droit, mais plutôt une question mixte de fait et de droit, la preuve considérée dans son ensemble est telle qu'il serait peu prudent de rendre les

applications were dismissed as being premature. Judicial review would remain available should the requesters or the Commissioner challenge the lawfulness of any refusal of access. Moreover, the Federal Court of Appeal has already determined, in the interlocutory appeal herein (*Canada (Attorney General) v. Canada (Information Commissioner)*), that no irreparable harm would arise if the Commissioner pursued his investigation by enforcing a *subpoena duces tecum*. The applications are therefore premature and unripe and should be dismissed on that ground.

---

(iv) Conclusion re Group A

[121] The foregoing analysis leads me to conclude that:

(i) Parliament and the Court have recognized the importance of the Commissioner's investigation and independent review where access rights are in dispute. While the Court has jurisdiction to grant the relief requested, the Court should be cautious because to do so will deprive the applicants, the complainants and the Court of the benefit of the Commissioner's investigation and report;

(ii) Following the statutory scheme will afford an adequate remedy to the applicants;

(iii) The issue of control can be seen as a threshold question of jurisdiction. The Court has generally held that such questions are best initially resolved by the affected tribunal, in this case the Commissioner;

(iv) A real issue has been raised as to the completeness of the evidentiary basis before the Court. Should the Commissioner's investigation be concluded and the matter then come before this Court pursuant to an

jugements déclaratoires demandés en se fondant sur la preuve dont dispose la Cour. 5) Le préjudice causé aux demandeurs en cas de refus d'accorder les jugements déclaratoires maintenant. Compte tenu des scénarios possibles, les demandeurs ne subiraient pas de préjudice si les demandes étaient rejetées pour le motif qu'elles sont prématurées. Le contrôle judiciaire pourrait encore être exercé si les demandeurs d'accès ou le commissaire contestaient le bien-fondé du refus de communication. En outre, la Cour d'appel fédérale a déjà décidé, dans le cadre de l'appel interlocutoire interjeté en l'espèce (*Canada (Procureur général) c. Canada (Commissaire à l'information)*), qu'il n'y aurait pas de préjudice irréparable si le commissaire poursuivait son enquête en exécutant un *subpoena duces tecum*. Les demandes sont donc prématurées, elles ne sont pas prêtes à être présentées et elles doivent être rejetées pour ce motif.

---

iv) Conclusion relative au groupe A

[121] L'analyse qui précède m'amène aux conclusions suivantes:

i) Le Parlement et la Cour ont reconnu que l'enquête du commissaire et un examen indépendant sont importants lorsque les droits d'accès sont en cause. La Cour a compétence pour accorder la réparation demandée, mais elle devrait faire preuve de prudence parce que, ce faisant, elle privera les demandeurs et les plaignants et elle se privera elle-même de l'avantage qu'offrent l'enquête et le rapport du commissaire;

ii) L'application du régime prévu par la loi permettra d'accorder une mesure de redressement adéquate aux demandeurs;

iii) La question du contrôle peut être considérée comme une question préliminaire de compétence. La Cour a généralement statué qu'il est préférable que le tribunal concerné, soit le commissaire dans ce cas-ci, règle initialement pareilles questions;

iv) Un problème réel s'est posé, à savoir si la preuve dont dispose la Cour est complète. S'il était mis fin à l'enquête du commissaire et si la présente Cour était ensuite saisie de l'affaire à la suite d'une demande

application brought pursuant to section 41 or 42 of the Act, the Court would benefit from the Commissioner's ability to disclose information to establish the grounds for the findings and recommendations contained in his report as permitted by subparagraph 63(1)(a)(ii) of the Act; and

(v) The evidence does not support the conclusion that the applicants will suffer any prejudice if the applications are dismissed as being premature.

[122] Therefore, in the exercise of the Court's discretion, I conclude that these applications are premature and unripe and should be dismissed on that ground.

[123] Because the declarations are refused on the ground that they are premature, it follows that the Commissioner's investigations will in all likelihood continue. The Court in that circumstance should refrain from any comment upon the merits of the control issue.

[124] Accordingly, an order will issue confirming that the Commissioner is a proper respondent in Court files T-1640-00, T-1641-00 and T-601-01. The order will dismiss the application brought in Court file T-606-01 on the ground that it is moot, and dismiss the remaining applications in this group on the ground that they are premature and unripe.

## 6. GROUP B: THE "CONFIDENTIALITY ORDER" APPLICATIONS

### (i) Additional relevant facts

[125] In the course of investigating the five complaints (the four complaints made to the Commissioner and the self-initiated complaint with respect to the September 22 M5 request) the Commissioner's delegate caused *subpoenas duces tecum* to be issued to individuals who are applicants in these proceedings. In chronological order the following *subpoenas duces tecum* were issued:

présentée conformément à l'article 41 ou à l'article 42 de la Loi, la Cour bénéficierait de la capacité du commissaire de divulguer les renseignements nécessaires pour motiver les conclusions et recommandations contenues dans le rapport de celui-ci comme le permet le sous-alinéa 63(1)a)(ii) de la Loi; et

v) La preuve ne permet pas de conclure que les demandeurs subiront un préjudice si les demandes sont rejetées pour le motif qu'elles sont prématurées.

[122] Par conséquent, dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire que possède la Cour, je conclus que ces demandes sont prématurées, qu'elles ne sont pas prêtes à être présentées et qu'elles devraient être rejetées pour ce motif.

[123] Étant donné que les jugements déclaratoires sont refusés pour le motif qu'ils sont prématurés, il s'ensuit que les enquêtes du commissaire se poursuivront probablement. Dans ces conditions, la Cour devrait s'abstenir de faire des remarques au sujet du bien-fondé de la question du contrôle.

[124] Par conséquent, une ordonnance sera rendue en vue de confirmer qu'il convient de désigner le commissaire à titre de défendeur dans les dossiers T-1640-00, T-1641-00 et T-601-01. En vertu de l'ordonnance, la demande présentée dans le dossier T-606-01 sera rejetée pour le motif qu'elle n'a plus qu'un intérêt théorique et les autres demandes de ce groupe seront rejetées pour le motif qu'elles sont prématurées et qu'elles ne sont pas prêtes à être présentées.

## 6. GROUPE B: DEMANDES RELATIVES À UNE «ORDONNANCE DE CONFIDENTIALITÉ»

### i) Autres faits pertinents

[125] En enquêtant sur les cinq plaintes (les quatre plaintes déposées auprès du commissaire et la plainte dont le commissaire a pris l'initiative à l'égard de la demande M5 du 22 septembre), le représentant du commissaire a fait en sorte que des *subpoenas duces tecum* soient délivrés aux personnes qui sont les demandeurs dans la présente instance. En ordre

chronologique, voici les *subpoenas duces tecum* qui ont été délivrés:

(a) On August 11, 2000 directed to Mr. Bruce Hartley, the executive assistant to the Prime Minister, with respect to the Prime Minister's agenda requests;

a) Un subpoena en date du 11 août 2000 adressé à M. Bruce Hartley, adjoint-exécutif du premier ministre, à l'égard des demandes relatives à l'agenda du premier ministre;

(b) On August 11, 2000 directed to Mr. Emechete Onuoha, then the executive assistant to the Minister of National Defence; Ms. Meribeth Morris, then the director of operations to the Minister of National Defence; and Mr. Randy Mylyk, then the director of communications to the Minister of National Defence, all with respect to the November 12 M5 documents request;

b) Des subpoenas en date du 11 août 2000 respectivement adressés à M. Emechete Onuoha, qui était alors adjoint-exécutif du ministre de la Défense nationale, à M<sup>me</sup> Meribeth Morris, qui était alors directrice des opérations auprès du ministre de la Défense nationale; et à M. Randy Mylyk, qui était alors directeur des communications auprès du ministre de la Défense nationale, ces subpoenas se rapportant tous à la demande relative aux documents M5 du 12 novembre;

(c) On March 8, 2001 directed to Mr. Jean Pelletier, then the chief of staff to the Prime Minister, with respect to the Black documents requests;

c) Un subpoena en date du 8 mars 2001 adressé à M. Jean Pelletier, qui était alors chef du cabinet du premier ministre, à l'égard des demandes de documents concernant M. Black;

(d) On April 6, 2001 directed to the Honourable Art Eggleton, then the Minister of National Defence, with respect to the November 12 M5 documents request;

d) Un subpoena en date du 6 avril 2001 adressé à l'honorable Art Eggleton, qui était alors ministre de la Défense nationale, au sujet de la demande de documents M5 du 12 novembre;

(e) On April 23, 2001 directed to Ms. Sue Ronald, then the executive assistant to the Minister of Transport, with respect to the Minister of Transport agenda request;

e) Un subpoena en date du 23 avril 2001 adressé à M<sup>me</sup> Sue Ronald, qui était alors adjointe-exécutive du ministre des Transports, au sujet de la demande relative à l'agenda du ministre des Transports;

(f) On May 17, 2001 directed to Mr. Mel Cappe, then the clerk of the Queen's Privy Council for Canada and secretary to the Cabinet, with respect to the Prime Minister's agenda requests;

f) Un subpoena en date du 17 mai 2001 adressé à M. Mel Cappe, qui était alors greffier du Conseil privé de la Reine pour le Canada et secrétaire du cabinet, au sujet des demandes relatives à l'agenda du Premier ministre;

(g) On August 9, 2001 a second subpoena to Mr. Eggleton with respect to both the September 22 and November 12 M5 documents requests.

g) Un deuxième subpoena, en date du 9 août 2001, adressé à M. Eggleton au sujet des demandes de documents M5 du 22 septembre et du 12 novembre.

[126] All of the applicants are represented by the same lawyers: Messrs. David Scott, Peter Doody, Lawrence Elliot and Guy Pratte, of the law firm Borden Ladner Gervais LLP. These counsel represented each individual applicant before the Commissioner's delegate when each

[126] Tous les demandeurs sont représentés par les mêmes avocats: M<sup>es</sup> David Scott, Peter Doody, Lawrence Elliot et Guy Pratte, du cabinet Borden Ladner Gervais LLP. Ces avocats représentaient les demandeurs individuels devant le représentant du commissaire

gave evidence as a result of the service of the *subpoenas duces tecum*. At the same time Borden Ladner Gervais LLP represented, and continues to represent, the Government of Canada, the Attorney General and the Prime Minister.

[127] Each of the ten applicants was the subject of a confidentiality order issued by the Commissioner's delegate at the commencement of the examination conducted by the Commissioner's delegate. As to the terms of those orders, each confidentiality order:

(a) required each applicant not to reveal "any information disclosed during my confidential testimony in this matter including the evidence given by me";

(b) authorized each applicant to disclose to Messrs. Scott, Doody, Elliott and (later) Pratte information disclosed during his or her confidential testimony, once each of those lawyers had executed an undertaking not to reveal to any person information disclosed during that particular applicant's confidential testimony; and

(c) required each applicant to acknowledge that the confidentiality order would apply until such time as the applicant was released from the terms of the order by the Commissioner.

[128] Some of the applicants requested that they be allowed to communicate information disclosed during their testimony to specific individuals.

[129] Mr. Pelletier asked to be allowed to communicate information disclosed during his testimony to the Prime Minister. Mr. Pelletier's counsel advised the Commissioner's delegate that if Mr. Pelletier was allowed to communicate this information to the Prime Minister, the Prime Minister would be prepared to execute an undertaking of confidentiality on the basis that the Prime Minister would be permitted to communicate the confidential information to members of his Cabinet. The confidentiality order issued to Mr. Pelletier provided that Mr. Pelletier could disclose the confidential information to the Prime Minister, but only if the Prime Minister entered into an undertaking by which the Prime Minister agreed not to disclose the

lorsque ces derniers ont témoigné à la suite de la signification des *subpoenas duces tecum*. En même temps, le cabinet Borden Ladner Gervais LLP représentait et continue à représenter le gouvernement du Canada, le procureur général et le Premier ministre.

[127] Chacun des dix demandeurs était assujéti à une ordonnance de confidentialité rendue par le représentant du commissaire au début de l'interrogatoire. En ce qui concerne les conditions y afférentes, chaque ordonnance de confidentialité:

a) enjoignait à chaque demandeur de ne pas révéler «les renseignements divulgués au cours du témoignage confidentiel présenté dans l'affaire, y compris la preuve soumise»;

b) autorisait chaque demandeur à communiquer à M<sup>es</sup> Scott, Doody, Elliot et (par la suite) Pratte les renseignements divulgués au cours de ce témoignage; et

c) enjoignait à chaque demandeur de reconnaître que l'ordonnance de confidentialité s'appliquait jusqu'à ce que le commissaire le libère des conditions de l'ordonnance.

[128] Certains des demandeurs ont demandé à être autorisés à communiquer à des personnes précises les renseignements divulgués pendant leur témoignage.

[129] M. Pelletier a demandé à être autorisé à communiquer au premier ministre les renseignements divulgués pendant son témoignage. L'avocat de M. Pelletier a informé le représentant du commissaire que, si son client était autorisé à communiquer ces renseignements, le Premier ministre serait prêt à signer un engagement visant à assurer la confidentialité, à condition de pouvoir communiquer les renseignements confidentiels aux membres de son cabinet. L'ordonnance de confidentialité rendue à l'égard de M. Pelletier prévoyait que celui-ci pouvait divulguer les renseignements confidentiels au Premier ministre, mais uniquement si le Premier ministre s'engageait à ne pas divulguer ces renseignements à qui que ce soit, y

information to anyone, including his Cabinet. The Prime Minister was not prepared to execute that undertaking.

[130] Counsel for Mr. Cappe requested that the confidentiality order issued to Mr. Cappe be amended in order to allow Mr. Cappe to communicate information to the Prime Minister. That request was denied by the Commissioner's delegate.

[131] The confidentiality order issued to the Honourable Art Eggleton allowed him to disclose the confidential information to the Prime Minister, on condition that the Prime Minister undertake not to reveal that information to any other person. The Prime Minister did not execute that undertaking.

[132] Counsel for Mr. Cappe requested that the confidentiality order issued to him be amended to allow information disclosed during Mr. Cappe's testimony to be shared with a further lawyer from the Borden Ladner Gervais LLP law firm who was assisting with the case. That request was denied by the Commissioner's delegate.

[133] Counsel for the Honourable Art Eggleton, Mr. Onuoha, Ms. Morris and Mr. Mylyk requested that those four witnesses, who had all testified, be permitted to communicate with each other and with the Attorney General of Canada. That request was denied by the Commissioner's delegate.

[134] A further request was made as set out at page 32 of the transcript of the confidential proceedings before the Commissioner's delegate filed in Court file T-582-01, and that request was denied.

[135] As for the effect of the confidentiality orders, counsel for the Commissioner in oral argument characterized the orders as precluding a report by a witness of what transpired in an *in camera* process. The wording used (which precluded revealing "all information disclosed during the confidential testimony of [the witness] including the evidence of [the witness]") would, in my view, prohibit disclosure of the questions asked, the answers given, the nature and content of any

compris aux membres de son cabinet. Or, le Premier ministre n'était pas prêt à signer un tel engagement.

[130] L'avocat de M. Cappe a demandé que l'ordonnance de confidentialité à laquelle son client était assujéti soit modifiée afin de permettre à celui-ci de communiquer les renseignements au Premier ministre. Le représentant du commissaire a refusé la demande.

[131] L'ordonnance de confidentialité adressée à l'honorable Art Eggleton permettait à celui-ci de divulguer les renseignements confidentiels au Premier ministre, à condition que ce dernier s'engage à ne pas révéler ces renseignements à qui que ce soit. Le Premier ministre n'a pas signé un tel engagement.

[132] L'avocat de M. Cappe a demandé que l'ordonnance de confidentialité le touchant soit modifiée en vue de permettre que les renseignements divulgués pendant le témoignage de son client soient partagés avec un autre avocat du cabinet Borden Ladner Gervais LLP qui le secondait dans l'affaire. Le représentant du commissaire a refusé cette demande.

[133] L'avocat de l'honorable Art Eggleton, de M. Onuoha, de M<sup>me</sup> Morris et de M. Mylyk a demandé que ces quatre témoins, qui avaient tous témoigné, soient autorisés à communiquer l'un avec l'autre et avec le procureur général du Canada. Le représentant du commissaire a refusé cette demande.

[134] Une autre demande a été faite, comme il en est fait état à la page 32 de la transcription des procédures confidentielles qui ont eu lieu devant le représentant du commissaire, laquelle a été versée au dossier T-582-01; cette demande a été refusée.

[135] Quant à l'effet des ordonnances de confidentialité, l'avocat du commissaire, au cours de l'argumentation orale, a dit que les ordonnances empêchaient un témoin de rendre compte de ce qui s'était passé lors d'une audience tenue à huis clos. Le libellé employé (qui interdisait de révéler «tous les renseignements divulgués au cours du témoignage confidentiel [du témoin], y compris la preuve [du témoin]») interdirait à mon avis la divulgation des



documents shown to the witness, any could well prohibit disclosure of objections made to questions asked and any rulings given in response to objections. A relevant statement as to the intended scope of confidentiality order was made by the Commissioner's delegate at page 243 of the confidential examination of Mr. Cappe conducted on June 21, 2001.

[136] Mr. Cappe swore in an affidavit filed on the public record in these proceedings that:

29. At the time I appeared before the Information Commissioner's delegate in response to the subpoena, the Government was considering whether to introduce before Parliament amendments to the *Access to Information Act*. Until the Confidentiality Order was made, the Prime Minister and I had frequently discussed issues arising under the *Access to Information Act*, relating to both the policy in respect of the statute and its administration. These discussions which sometimes included Mr. Jean Pelletier, then the Prime Minister's Chief of Staff, were frank and candid.

30. I would have liked to be able to tell the Prime Minister about the manner and substance of the proceedings before Mr. Leadbeater. They were relevant to the policy issue of whether amendments ought to be made to the *Act*. After the Confidentiality Order was issued, and Mr. Pelletier was subject to a similar Confidentiality Order in respect of his own evidence, we had to be more cautious in our discussions.

[137] On cross-examination upon his affidavit Mr. Cappe testified that the confidentiality order precluded him from discussing the body language of his inquisitor and his tone of voice. Mr. Cappe said that to start talking about any element, including describing the seating arrangements, the distance between himself and the investigator, the placement of counsel and whether his counsel was allowed to speak, would be to start disclosing information which had been disclosed during his testimony. Mr. Cappe was of the view that the order inhibited his ability to discuss or make reference to his experience and limited his ability to raise issues that came up in the course of his testimony. To enter into a

questions posées, des réponses données, de la nature et du contenu des pièces montrées au témoin, et pourrait bien interdire la divulgation des objections soulevées à l'égard des questions posées et des décisions rendues en réponse aux objections. Un énoncé pertinent du champ d'application envisagé de l'ordonnance de confidentialité a été fait par le représentant du commissaire à la page 243 de l'interrogatoire confidentiel de M. Cappe qui a eu lieu le 21 juin 2001.

[136] M. Cappe a déclaré ce qui suit dans un affidavit déposé dans le dossier public dans la présente instance:

[TRADUCTION]

29. Au moment où j'ai comparu devant le représentant du commissaire à l'information à la suite de la signification du subpoena, le gouvernement se demandait s'il devait présenter au Parlement des modifications à la *Loi sur l'accès à l'information*. Tant que l'ordonnance de confidentialité n'a pas été rendue, le Premier ministre et moi-même avons fréquemment discuté des questions qui se posaient en vertu de la *Loi sur l'accès à l'information*, tant pour ce qui est de la politique relative à la loi que pour l'application de la loi. Ces discussions, auxquelles assistait parfois M. Jean Pelletier, qui était alors chef du cabinet du premier ministre, étaient franches et honnêtes.

30. J'aurais aimé pouvoir informer le Premier ministre des modalités et de la substance des procédures qui avaient lieu devant M. Leadbeater. Cela était pertinent, en ce qui concerne la question politique de savoir si des modifications devaient être apportées à la *Loi*. Après que l'ordonnance de confidentialité eut été rendue et que M. Pelletier eut été assujéti à une ordonnance de confidentialité similaire à l'égard de son propre témoignage, il a fallu que nous nous montrions plus prudents dans nos discussions.

[137] Lorsqu'il a été contre-interrogé au sujet de son affidavit, M. Cappe a témoigné que l'ordonnance de confidentialité l'empêchait de discuter du langage corporel de la personne qui l'interrogeait et de son ton de voix. M. Cappe a dit que le fait de commencer à parler de quoi que ce soit, qu'il s'agisse de décrire la disposition des sièges, la distance le séparant de l'enquêteur, l'endroit où se tenaient les avocats et la question de savoir si son avocat était autorisé à prendre la parole, serait commencer à divulguer des renseignements qui avaient été divulgués pendant son témoignage. M. Cappe était d'avis que l'ordonnance l'empêchait de discuter ou de faire mention de

discussion of some issues of administration of the Act would result, in Mr. Cappe's view, in engaging in a conversation about matters he was not aware of before his testimony to the Commissioner's delegate.

[138] The reasons provided by the Commissioner's delegate for issuing the confidentiality orders were as follows:

(a) The Commissioner has a statutory obligation to insure the privacy of his investigations.

(b) The Commissioner is obliged to protect the integrity of his investigations by encouraging the candour of witnesses. In order to encourage candour the Commissioner must provide an environment which assures privacy so as to prevent the possible tainting of evidence, whether that tainting is conscious or unconscious.

(c) The Commissioner's ongoing investigations would be compromised if witnesses were permitted to communicate questions asked and answers given during the course of the Commissioner's private investigation to other persons, including persons who were potential witnesses in the same investigations.

(d) The Commissioner must be mindful of the potential implications of witnesses' reporting relationships. The integrity of the Commissioner's investigations are potentially compromised where witnesses are represented by counsel who simultaneously represent the witnesses' superiors and ultimate employer. Crown employees may feel embarrassed, reluctant, inhibited or intimidated when a representative of their employer is present to hear their evidence. Employees may fear recrimination and reprisal, particularly where their counsel also represents the Crown.

[139] When issuing the confidentiality orders the Commissioner's delegate also ordered that the applicant's counsel undertake not to reveal information

l'expérience à laquelle il avait fait face et limitait sa capacité de traiter des questions qui s'étaient posées pendant son témoignage. M. Cappe était d'avis que, s'il se lançait dans une discussion de certaines questions relatives à l'application de la Loi, il s'engageait dans une conversation au sujet de questions dont il n'était pas au courant avant de témoigner devant le représentant du commissaire.

[138] Les motifs que le représentant du commissaire a énoncés à l'appui des ordonnances de confidentialité sont les suivants:

a) Le commissaire a une obligation imposée par la loi d'assurer le caractère secret de ses enquêtes;

b) Le commissaire est tenu de protéger l'intégrité de ses enquêtes en encourageant les témoins à être francs. Afin d'encourager la franchise, le commissaire doit fournir un environnement qui assure le secret, de façon à empêcher que la preuve soit entachée d'un vice, consciemment ou non;

c) Les enquêtes continues du commissaire seraient compromises si les témoins étaient autorisés à communiquer à d'autres personnes, et notamment aux personnes qui pourraient être appelées à déposer dans les mêmes enquêtes, les questions posées et les réponses données au cours de l'enquête secrète menée par le commissaire,

d) Le commissaire doit songer aux effets possibles des rapports hiérarchiques des témoins. L'intégrité des enquêtes du commissaire pourrait être compromise si les témoins étaient représentés par des avocats qui représentent en même temps leurs supérieurs et leur employeur. Les employés de la Couronne peuvent se sentir embarrassés, réticents, intimidés ou assujettis à une entrave lorsqu'un représentant de leur employeur est présent pour entendre leur déposition. Ils peuvent craindre les critiques et les représailles, en particulier si leur avocat représente également la Couronne.

[139] En rendant les ordonnances de confidentialité, le représentant du commissaire a également ordonné à l'avocat du demandeur de s'engager à ne pas révéler à

disclosed during the individual applicant's testimony with other individuals who counsel also represented.

[140] In the investigation with respect to the Black documents requests, which is the only concluded investigation, the applicant Mr. Pelletier has not expressly requested of the Commissioner that he be relieved of his undertaking or that the confidentiality order be vacated. Mr. Pelletier has, however, challenged the validity of the order in one of the applications which is part of Group B.

(ii) The issues to be determined

[141] Counsel agree that the following issues are raised in the Group B applications:

(i) Does the Commissioner's delegate have jurisdiction under the Act to issue the confidentiality orders?

(ii) If so, do the confidentiality orders breach the right to freedom of expression guaranteed to each individual applicant by paragraph 2(b) of the Charter?

(iii) If so, were the confidentiality orders a reasonable limit prescribed by law which were reasonably necessary in a free and democratic society so as to be valid pursuant to the provisions of section 1 of the Charter?

The Commissioner consents to being named respondent in these applications and the order will so provide.

(iii) Analysis

[142] The Commissioner argues that the confidentiality orders were "a limited procedural tool" used in order to "bring home to a witness" the obligations imposed upon the witness under section 35 of the Act. I therefore begin the analysis by considering whether there is, in any event, an obligation on witnesses before the Commissioner or his delegate to maintain the confidentiality of the proceeding.

d'autres personnes qu'il représente également les renseignements divulgués pendant le témoignage de son client.

[140] Lors de l'enquête relative aux demandes de documents concernant M. Black, soit la seule enquête qui est terminée, M. Pelletier n'a pas expressément demandé au commissaire d'être libéré de son engagement ou d'annuler l'ordonnance de confidentialité. Toutefois, il a contesté la validité de l'ordonnance dans l'une des demandes faisant partie du groupe B.

ii) Les questions à trancher

[141] Les avocats conviennent que les questions ci-après énoncées sont soulevées dans les demandes du groupe B:

i) Le représentant du commissaire a-t-il compétence en vertu de la Loi pour rendre les ordonnances de confidentialité?

ii) Dans l'affirmative, les ordonnances de confidentialité portent-elles atteinte à la liberté d'expression garantie à chaque demandeur individuel à l'alinéa 2b) de la Charte?

iii) Dans l'affirmative, les ordonnances de confidentialité constituaient-elles, selon une règle de droit, une limite raisonnable nécessaire dans le cadre d'une société libre et démocratique, de façon à être valides conformément aux dispositions de l'article premier de la Charte?

Le commissaire consent à être désigné à titre de défendeur dans ces demandes et une ordonnance sera rendue en ce sens.

iii) Analyse

[142] Le commissaire soutient que les ordonnances de confidentialité constituaient «un outil procédural restreint» utilisé afin de «bien faire comprendre au témoin» les obligations que lui imposait l'article 35 de la Loi. Je commencerai donc l'analyse en me demandant si, de toute façon, les témoins ont envers le commissaire ou son représentant l'obligation d'assurer la confidentialité de la procédure.

(a) The nature and extent of any statutory obligation of confidentiality upon a witness before the Commissioner

[143] The Commissioner relies upon the statutory requirement in subsection 35(1) of the Act to the effect that every investigation conducted by the Commissioner “shall be conducted in private” (in French, “*sont secrètes*”) in order to argue that witnesses and their counsel are obliged to maintain the confidentiality of the proceedings. The Commissioner argues that this interpretation of “in private” furthers two important statutory objectives. First, this interpretation is said to operate to ensure the confidentiality of government information. This objective is best achieved, it is said, by interpreting the phrase “in private” to require both the exclusion of the public and the imposition of a duty to hold forever confidential information obtained by a witness or his or her counsel during an investigation. Second, this interpretation is said to enhance the truth-finding function of the Commissioner’s investigations. This is so, it is submitted, because this confidentiality obligation will operate to ensure that a witness’ testimony is not tainted by knowledge of the evidence given by another witness. The confidentiality obligation is also said to promote candour by ensuring that a witness can testify without fear of reprisal. The Commissioner notes that in *Rubin v. Canada (Clerk of the Privy Council)*, [1994] 2 F.C. 707 (C.A.); affd [1996] 1 S.C.R. 6 the Federal Court of Appeal recognized the importance of confidentiality to the investigative process under the Act by holding that representations made with respect to an access request must be kept confidential on a permanent basis.

[144] Reliance is also placed by the Commissioner upon the decision of my colleague Madam Justice Simpson in *Ruby v. Canada (Solicitor General)*, [1996] 3 F.C. 134 (T.D.); affirmed [2000] 3 F.C. 589 (C.A.); reversed in part [2002] 4 S.C.R. 3. At paragraph 43 of her reasons Madam Justice Simpson noted that in the context before her “an *in camera* proceeding is one in which those present are forever precluded from discussing the proceedings with anyone who is not in the courtroom”.

a) La nature et l’étendue de l’obligation de confidentialité prévue par la loi lorsqu’un témoin dépose devant le commissaire

[143] Le commissaire se fonde sur l’exigence prévue au paragraphe 35(1) de la Loi, selon laquelle les enquêtes qu’il mène «sont secrètes», afin de soutenir que les témoins et leurs avocats sont obligés d’assurer la confidentialité des procédures. Il affirme que pareille interprétation de ce terme (secrètes) assure deux objectifs importants visés par la loi. En premier lieu, cette interprétation viserait censément à assurer la confidentialité des renseignements de l’administration. Il est affirmé que cet objectif est mieux atteint si l’on interprète le mot «secrètes» comme exigeant à la fois l’exclusion du public et l’imposition d’une obligation d’assurer pour toujours la confidentialité des renseignements obtenus par un témoin ou par son avocat au cours d’une enquête. En second lieu, il est affirmé que cette interprétation favorise la recherche de la vérité à laquelle visent les enquêtes du commissaire. Il est soutenu qu’il en est ainsi parce que cette obligation de confidentialité garantit que le témoignage d’une personne n’est pas vicié du fait que celle-ci connaît la preuve présentée par un autre témoin. On affirme également que l’obligation de confidentialité encourage la franchise en assurant qu’une personne puisse témoigner sans craindre des représailles. Le commissaire fait remarquer que dans l’arrêt *Rubin c. Canada (Greffier du Conseil privé)*, [1994] 2 C.F. 707 (C.A.); confirmé [1996] 1 R.C.S. 6, la Cour d’appel fédérale a reconnu l’importance de la confidentialité du processus d’enquête prévu par la Loi en statuant que les observations qui sont présentées au sujet d’une demande de communication doivent être tenues confidentielles en permanence.

[144] Le commissaire se fonde également sur la décision rendue par ma collègue la juge Simpson dans la décision *Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, [1996] 3 C.F. 134 (1<sup>re</sup> inst.); confirmée [2000] 3 C.F. 589 (C.A.); infirmée en partie [2002] 4 R.C.S. 3. Au paragraphe 43 de ses motifs, la juge Simpson a noté que, dans le contexte de l’affaire dont elle était saisie, «les participants à la procédure à huis clos ne doivent jamais en discuter avec quiconque n’y assistait pas».

[145] Counsel advise that this is the first occasion on which the Court has been required to consider what, if any, obligations are imposed upon a witness before the Commissioner in view of the requirement that the Commissioner's investigation be "conducted in private". To construe what is intended by that phrase it is necessary to consider the grammatical and ordinary sense of the words used and the scheme and object of the Act, all as described by the Supreme Court in *Chieu, supra*.

[146] As to the sense of the words used, in a different context the requirement under the *Fatality Inquiries Act*, R.S.A. 1980, c. F-6 that proceedings related to certain medical evidence "shall be in private" has been held to require that the evidence be received "*in camera*". See: *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)* (1983), 49 A.R. 371 (Q.B.); affirmed (1984), 13 D.L.R. (4th) 479 (Alta. C.A.); leave to appeal refused. The motions Judge there held that the phrases "in private" and "*in camera*" were to the same effect.

[147] As to the extent of any obligation of secrecy imposed on a participant in an *in camera* hearing, in *C.B. v. The Queen*, [1981] 2 S.C.R. 480 the Supreme Court of Canada was required to consider what Parliament intended when it enacted in the *Juvenile Delinquents Act*, R.S.C. 1970, c. J-3 the requirement that "the trial of children shall take place without publicity". The Supreme Court concluded on a contextual reading of the legislation that the expression "without publicity" meant "*in camera*". The Court went on to note, at pages 492-493 of its reasons, that notwithstanding the *in camera* nature of the proceeding, members of the media were free to solicit information from witnesses and investigators and that "any and all other sources of information concerning the events and circumstances surrounding the delinquency may be considered and reported by [the media], providing that the names or an indication of the identity of the child or its parents are not published". It follows that in that context, the Supreme Court was of the view that there was no obligation on a witness or participant in an *in camera* proceeding to keep private their testimony or what transpired at the hearing.

[145] L'avocat fait savoir que c'était la première fois que la Cour a été obligée de se demander quelles obligations sont, le cas échéant, imposées à la personne qui témoigne devant le commissaire compte tenu de l'exigence voulant que les enquêtes du commissaire soient «secrètes». Pour savoir ce que l'on entend par ce mot, il faut tenir compte de son sens grammatical ordinaire ainsi que du régime et de l'objet de la Loi, comme l'a dit la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Chieu*, précité.

[146] Quant au sens des mots employés, il a été statué, dans un contexte différent, que l'exigence imposée par la *Fatality Inquiries Act*, R.S.A. 1980, ch. F-6, à savoir que les procédures se rapportant à certains éléments de preuve médicale [TRADUCTION] «sont secrètes» exige que la preuve soit reçue [TRADUCTION] «à huis clos». Voir: *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)* (1983), 49 A.R. 371 (B.R.); confirmé (1984), 13 D.L.R. (4th) 479 (C.A. Alb.); autorisation de pourvoi refusée. Le juge des requêtes a statué, dans cette affaire-là, que les expressions [TRADUCTION] «secrètes» et [TRADUCTION] «à huis clos» avaient le même sens.

[147] Quant à l'étendue de l'obligation relative au secret imposée à la personne qui participe à une audience à huis clos, la Cour suprême du Canada, dans l'arrêt *C.B. c. La Reine*, [1981] 2 R.C.S. 480, a eu à se demander ce que le législateur voulait dire, lorsqu'il avait énoncé, dans la *Loi sur les jeunes délinquants*, S.R.C. 1970, ch. J-3, l'exigence voulant que «le procès des enfants [ait] lieu sans publicité». La Cour suprême a conclu que, selon une interprétation contextuelle de la législation, l'expression «sans publicité» voulait dire «*in camera*». À la page 493, la Cour a ajouté que, même si l'audience avait lieu à huis clos, les membres des médias avaient la faculté de demander des renseignements aux témoins et aux enquêteurs et qu'«ils peuvent prendre connaissance et rendre compte de toutes les autres sources de renseignements qui se rapportent aux événements et circonstances du délit, à condition de ne pas publier les noms, ni aucun détail qui révélerait l'identité de l'enfant ou de ses parents». Il s'ensuit que, dans ce contexte, la Cour suprême était d'avis qu'un témoin ou un participant, dans une audience à huis clos, n'était pas obligé de garder le secret au sujet de son témoignage ou de ce qui s'était passé à l'audience.

[148] These cases make clear that what is intended in any particular case by the phrase “in private” or “in camera” depends upon the context in which the phrase is used.

[149] In this regard, what I take from the scheme and object of the Act is that the Commissioner is to have access to records under the control of a government institution. In exchange for a relatively unrestricted right of access, strict confidentiality requirements are imposed upon the Commissioner. Thus, the Commissioner may not disclose what he learns, except in limited circumstances, and the Commissioner is not a competent or compellable witness with respect to what he learns in the performance of his duties (except with respect to matters such as prosecutions for offences under the Act or perjury in respect to statements made under the Act). The Act does not expressly impose confidentiality requirements upon persons other than the Commissioner and his staff, presumably because those in government with access to confidential information are subject to an already existing government regime for the keeping of its confidences (for example, the oath of office required under the *Public Service Employment Act*, R.S.C., 1985, c. P-33, fiduciary or contractual obligations and legislation such as the *Security of Information Act*, R.S.C., 1985, c. O-5).

[150] Put another way, the confidentiality regime required by the Act is a regime that will ensure that information communicated to the Commissioner remains protected to the same extent as if not disclosed to the Commissioner. It is consistent with that scheme that the confidentiality requirements are requirements imposed only upon the Commissioner.

[151] I believe that Parliament manifested this intention in section 62 of the Act where it wrote “[S]ubject to this Act, the Information Commissioner and every person acting on behalf or under the direction of the Commissioner shall not disclose any information that comes to their knowledge in the performance of their duties and functions under this Act” (underlining added). The confidentiality obligation is only directed to the Commissioner and his delegates. Parliament could have expressly enacted a confidentiality provision which

[148] Ces décisions montrent clairement que ce que l’on entend, dans un cas particulier, par les mots «secrètes» ou «à huis clos» dépend du contexte dans lequel l’expression en question est employée.

[149] Sur ce point, je déduis du régime et de l’objet de la Loi que le commissaire doit avoir accès aux documents relevant d’une institution fédérale. En échange d’un droit d’accès relativement peu restreint, on impose au commissaire une stricte confidentialité. Le commissaire ne peut donc pas révéler une question portée à sa connaissance, sauf dans certaines circonstances restreintes, et il n’a pas qualité pour témoigner ou ne peut pas y être contraint à l’égard de ce qu’il apprend dans l’exercice de ses fonctions (sauf dans les procédures intentées pour infraction à la Loi ou pour parjure se rapportant à une déclaration faite en vertu de la Loi). La Loi n’impose pas expressément d’exigences en matière de confidentialité à des personnes autres que le commissaire et son personnel, probablement parce que les personnes au sein de l’administration qui ont accès à des renseignements confidentiels sont assujetties à un régime existant en ce qui concerne des renseignements confidentiels (comme le serment professionnel exigé en vertu de la *Loi sur l’emploi dans la fonction publique*, L.R.C. (1985), ch. P-33, les obligations fiduciaires ou contractuelles et des lois telles que la *Loi sur la protection de l’information*, L.R.C. (1985), ch. O-5).

[150] Autrement dit, le régime de confidentialité exigé par la Loi est un régime qui assure que les renseignements communiqués au commissaire continuent à être protégés de la même façon que s’ils n’étaient pas divulgués au commissaire. Conformément à ce régime, les exigences en matière de confidentialité sont uniquement imposées au commissaire.

[151] Je crois que le législateur a manifesté cette intention à l’article 62 de la Loi: «Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, le commissaire à l’information et les personnes agissant en son nom ou sous son autorité sont tenus au secret en ce qui concerne les renseignements dont ils prennent connaissance dans l’exercice des pouvoirs et fonctions que leur confère la présente loi» (non souligné dans l’original). L’obligation de confidentialité vise uniquement le commissaire et ses représentants. Le législateur aurait expressément pu

applied to witnesses, but did not.

[152] I find some support for this interpretation in the decision of the Supreme Court of Canada in *Lavigne v. Canada (Office of the Commissioner of Official Languages)*, *supra*. In that case, the Commissioner of Official Languages conducted an investigation into a complaint made by Mr. Lavigne that his rights under the *Official Languages Act* [R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 31] had been violated. In the course of his investigation the Commissioner of Official Languages interviewed a number of witnesses. Mr. Lavigne then sought release of those witnesses' statements through an application he made under the *Privacy Act*. Where the person interviewed consented to the release of his or her statement, that statement was released to Mr. Lavigne. However, in the absence of such consent the Commissioner of Official Languages refused to release statements to Mr. Lavigne. I find the case to be of some assistance because the statutory provisions governing the Commissioner of Official Languages are substantially identical to those governing the Commissioner. Particularly, the legislation requires that every investigation "shall be conducted in private" and the legislation contains the same confidentiality provisions as are found in sections 62, 63 and 65 of the Act. In the reasons of the Supreme Court of Canada there is no suggestion that the statutory requirement to proceed "in private" prevented witnesses from consenting to the disclosure of their statements or otherwise imposed confidentiality obligations upon anyone other than the Commissioner of Official Languages. It was the absence of such a confidentiality requirement that allowed the persons interviewed to consent to the release of their interview statement.

[153] Two further considerations, in my view, favour this conclusion.

[154] The first consideration is that as noted above and evidenced by cases such as *C.B.*, *supra* and *Ruby*,

édicter une disposition applicable aux témoins en matière de confidentialité, mais il ne l'a pas fait.

[152] Cette interprétation est dans une certaine mesure étayée par la décision rendue par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Lavigne c. Canada (Commissariat aux langues officielles)*, précitée. Dans cette affaire, le commissaire aux langues officielles avait mené une enquête sur une plainte déposée par M. Lavigne, qui affirmait que les droits qui lui étaient reconnus par la *Loi sur les langues officielles* [L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 31] avaient été violés. Dans le cadre de son enquête, le commissaire aux langues officielles avait interrogé un certain nombre de témoins. M. Lavigne avait ensuite demandé la divulgation des déclarations de ces témoins en présentant une demande en vertu de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. Si la personne interrogée consentait à la divulgation de sa déclaration, cette déclaration était divulguée à M. Lavigne. Toutefois, en l'absence de pareil consentement, le commissaire aux langues officielles avait refusé de divulguer les déclarations à M. Lavigne. Je conclus que cet arrêt est dans une certaine mesure utile parce que les dispositions législatives régissant le commissaire aux langues officielles sont fondamentalement identiques à celles qui régissent le commissaire ici en cause. En particulier, la loi prévoit que les enquêtes «sont secrètes» et elle renferme, à l'égard de la confidentialité, les mêmes dispositions que celles qui figurent aux articles 62, 63 et 65 de la Loi. Dans les motifs qu'elle a prononcés, la Cour suprême du Canada ne donne pas à entendre que l'exigence imposée par la loi, à savoir que les enquêtes doivent être «secrètes», empêchait les témoins de consentir à la divulgation de leurs déclarations ou imposait par ailleurs des obligations en matière de confidentialité à qui que ce soit à part le commissaire aux langues officielles. C'était l'absence de pareille exigence en matière de confidentialité qui permettait aux personnes interrogées de consentir à la divulgation des déclarations qu'elles avaient faites lorsqu'elles avaient été interrogées.

[153] À mon avis, deux autres considérations militent en faveur de cette conclusion.

[154] En premier lieu, comme il en a ci-dessus été fait mention et comme le montrent des décisions telles que

*supra*, the requirement to proceed “in private” or “in camera” may place varying obligations upon witnesses. For reasons which are set out below in the context of the analysis of the Charter issue, I conclude that any blanket regime which precludes a person from communicating for all time any information touching upon their testimony and appearance before the Commissioner would infringe that person’s right to free expression guaranteed by paragraph 2(b) of the Charter in a fashion that could not be justified under section 1. In *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038, at page 1078, Mr. Justice Lamer, as he then was, explained that legislation that is open to more than one interpretation should not be interpreted so as to make it inconsistent with the Charter.<sup>2</sup> Interpreting the provision that proceedings be “in private” not to prohibit participants on a blanket basis forever from discussing their evidence and participation avoids interpreting the provision in a fashion which is inconsistent with the Charter.

[155] The second consideration that favours interpreting the confidentiality requirements of the Act to bind the Commissioner is the Commissioner’s delegate’s treatment of the confidentiality obligations of the witnesses before him. In this regard, the Commissioner and his delegate have significant familiarity and expertise with the Act and with its application to the conduct of investigations. Therefore, I consider that their actions as they reflect their interpretation of the Act, while not determinative, are entitled to some weight and can assist in interpreting the Act where there is doubt about the meaning of a particular provision. See: *Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29, at page 37.

[156] I find the following evidence of the Commissioner’s delegate’s treatment of any confidentiality obligation to be relevant.

[157] First, the confidentiality orders here at issue expressly provide that they can be terminated by order of the Commissioner. Indeed, the Commissioner’s delegate consistently took the position that he has jurisdiction to

*C.B. et Ruby*, précitées, l’exigence voulant que les enquêtes soient «secrètes» ou qu’elles soient tenues «à huis clos» peut imposer des obligations diverses aux témoins. Pour les raisons qui sont ci-dessous énoncées dans le contexte de l’analyse de la question liée à la Charte, je conclus que tout régime général qui empêche une personne de communiquer pour toujours tous les renseignements se rapportant à son témoignage et à sa comparution devant le commissaire porterait atteinte à la liberté d’expression de cette personne, laquelle est garantie à l’alinéa 2b) de la Charte, et ce, d’une façon qui ne pourrait pas être justifiée en vertu de l’article premier. Dans l’arrêt *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, à la page 1078, le juge Lamer (tel était alors son titre) a expliqué qu’une disposition législative susceptible de plus d’une interprétation ne doit pas être interprétée de façon à être incompatible avec la Charte<sup>2</sup>. Interpréter la disposition selon laquelle les procédures doivent être «secrètes» comme n’interdisant pas pour toujours aux participants d’une façon générale de discuter de leur preuve et de leur participation évite d’interpréter la disposition d’une façon qui est incompatible avec la Charte.

[155] La deuxième considération qui milite en faveur de l’interprétation des exigences de la Loi en matière de confidentialité comme liant le commissaire se rapporte à la façon dont le représentant du commissaire traite les obligations de confidentialité des témoins qui se présentent devant lui. Sur ce point, le commissaire et son représentant connaissent bien la Loi et son application à la conduite d’enquêtes et ont beaucoup d’expertise à cet égard. Je considère donc que leurs actions, telles qu’elles indiquent leur façon d’interpréter la Loi, tout en n’étant pas déterminantes, ont une certaine valeur et peuvent aider à interpréter la Loi en cas de doute sur le sens d’une disposition particulière. Voir: *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29, à la page 37.

[156] J’estime que la preuve ci-après énoncée relative à la façon dont le représentant du commissaire traite toute obligation de confidentialité est pertinente.

[157] Premièrement, les ordonnances de confidentialité ici en cause prévoient expressément qu’il peut y être mis fin sur ordre du commissaire. De fait, le représentant du commissaire a toujours pris la position



modify or to release a witness in part from the obligation of confidentiality. For example, on April 23, 2001 the Commissioner's delegate wrote:

Taking into account the unique relationship of loyalty and trust which must exist between a Prime Minister and his senior political adviser, I consider it appropriate to exercise my discretion in favour of permitting the witness to communicate information deriving from the confidential proceeding to the Prime Minister. However, no evidence was presented to support the request that the Prime Minister be given the authority to communicate confidential information to any or all members of his Cabinet. Given the nature of the proceeding and the requirements of s. 35, I consider that granting the request would not be consistent with my obligation to protect the confidentiality and the integrity of this investigation.

A second example is that on June 19, 2001, the Commissioner's delegate denied Mr. Cappe's request that he be permitted to communicate confidential information to the Prime Minister. The Commissioner's delegate noted that the Prime Minister was a potential witness and no "specific need" had been shown for the Prime Minister to be privy to the confidential information.

[158] Second, other confidentiality orders issued to other witnesses in the course of the investigations here at issue did not contain similar confidentiality provisions. On August 4, 2000, the Deputy Minister of Transport was examined in the investigation of the complaint arising out of the Minister of Transport's agenda request. Counsel for the Deputy Minister, Senior General Counsel in the Department of Justice, swore in an affidavit filed in one of the pending applications that no order was made requiring the Deputy Minister to keep confidential any information revealed during her testimony. Prior to the Deputy Minister giving her evidence, the Commissioner's delegate issued an order requiring her counsel to keep confidential anything revealed during the Deputy Minister's testimony. Counsel was required to undertake that he would not use information or permit it to be revealed or used for any purpose "except on the explicit instructions" of the Deputy Minister (the latter phrase being added in

selon laquelle il a compétence pour modifier l'obligation de confidentialité ou pour libérer en partie un témoin de cette obligation. Ainsi, le 23 avril 2001, le représentant du commissaire a rédigé ce qui suit:

[TRADUCTION] Compte tenu de la relation de loyauté et de confiance unique en son genre qui doit exister entre un premier ministre et son conseiller politique principal, j'estime qu'il convient d'exercer mon pouvoir discrétionnaire afin de permettre au témoin de communiquer au premier ministre les renseignements révélés dans le cadre de la procédure confidentielle. Toutefois, aucune preuve n'a été présentée à l'appui de la demande qui a été faite pour que le premier ministre soit autorisé à communiquer des renseignements confidentiels aux membres de son cabinet. Étant donné la nature de la procédure et les exigences de l'article 35, je considère que l'octroi de la demande ne serait pas compatible avec l'obligation qui m'incombe de protéger la confidentialité et l'intégrité de cette enquête.

Un deuxième exemple est que, le 19 juin 2001, le représentant du commissaire a refusé la demande de M. Cappe, qui voulait être autorisé à communiquer des renseignements confidentiels au Premier ministre. Le représentant du commissaire a fait remarquer qu'il était possible que le Premier ministre soit assigné pour témoigner et qu'il n'avait pas été démontré qu'il existait «une nécessité précise» que le Premier ministre soit au courant des renseignements confidentiels.

[158] Deuxièmement, les autres ordonnances de confidentialité dont les autres témoins ont fait l'objet dans le cadre des enquêtes ici en cause ne contenaient pas de dispositions similaires au sujet de la confidentialité. Le 4 août 2000, la sous-ministre des Transports a été interrogée dans le cadre de l'enquête sur la plainte découlant de la demande de communication de l'agenda du ministre des Transports. L'avocat de la sous-ministre, l'avocat général principal du ministère de la Justice, a déclaré dans un affidavit qui a été déposé dans l'une des demandes pendantes qu'aucune ordonnance n'avait été rendue en vue d'obliger la sous-ministre à assurer la confidentialité des renseignements révélés lorsqu'elle avait témoigné. Avant que la sous-ministre présente son témoignage, le représentant du commissaire avait rendu une ordonnance enjoignant à son avocat d'assurer la confidentialité de tout ce qui était révélé pendant le témoignage de la sous-ministre. L'avocat a été obligé de s'engager à ne

handwriting to the order and being initialled by the Commissioner's delegate).

[159] On October 17, 2000, the same counsel appeared before the Commissioner's delegate as counsel for an Assistant Deputy Minister in the Privy Council Office who was being examined in the investigation into the complaint arising from the Prime Minister's agenda requests. Again it appears that no order was made with respect to the Assistant Deputy Minister, but her counsel was ordered to not use or reveal any information revealed on the Assistant Deputy Minister's examination "except on the explicit instruction of, and for the purpose of protecting the interests of" the Assistant Deputy Minister.

[160] Finally, on September 19, 2002 (a date after the orders here in issue were made) an Associate Assistant Deputy Minister at the Department of Public Works was examined in the course of the investigations arising out of one of the M5 documents requests. No confidentiality order was issued to the Associate Assistant Deputy Minister, but his counsel, Mr. Doody, was ordered to undertake not to use or reveal anything revealed during the testimony of the Associate Assistant Deputy Minister "except on the instruction of" the Associate Assistant Deputy Minister.

[161] I find the actions of the Commissioner's delegate, as they reflect that officer's interpretation of subsection 35(1) of the Act, to be inconsistent with any statutory obligation upon a witness arising from that provision to forever keep confidential what transpires during an investigation. It is inconsistent with such a statutory requirement for the Commissioner or his delegate to purport to vary a statutory obligation, or to acknowledge in an undertaking that a witness has the ability to instruct his or her counsel to reveal or make use of such information.

[162] Before leaving this point, I have carefully considered Madam Justice Simpson's characterization of

pas utiliser les renseignements ou à ne pas permettre que ces renseignements soient révélés ou utilisés à quelque fin que ce soit [TRADUCTION] «sauf conformément à des instructions explicites» de la sous-ministre (ces mots ont été ajoutés à la main à l'ordonnance et ont été paraphés par le représentant du commissaire).

[159] Le 17 octobre 2000, le même avocat a comparu devant le représentant du commissaire à titre d'avocat d'une sous-ministre adjointe au Bureau du Conseil privé qui était interrogée dans le cadre de l'enquête portant sur la plainte découlant des demandes relatives à l'agenda du premier ministre. Encore une fois, il semble qu'aucune ordonnance n'ait été rendue à l'égard de la sous-ministre adjointe, mais il a été ordonné à son avocat de ne pas utiliser ou révéler les renseignements divulgués lors de l'interrogatoire de la sous-ministre adjointe [TRADUCTION] «sauf conformément à des instructions explicites [de la sous-ministre adjointe] et afin de protéger les intérêts» de la sous-ministre adjointe.

[160] Enfin, le 19 septembre 2002 (soit après que les ordonnances ici en cause aient été rendues), un sous-ministre adjoint associé au ministère des Travaux publics a été interrogé dans le cadre des enquêtes découlant de l'une des demandes de documents M5. Aucune ordonnance de confidentialité n'a été rendue à l'égard du sous-ministre adjoint associé, mais il a été ordonné à son avocat, M<sup>e</sup> Doody, de s'engager de ne pas utiliser ou révéler quoi que ce soit qui avait été divulgué pendant le témoignage de son client «sauf conformément aux instructions» de celui-ci.

[161] Je conclus que les actions du représentant du commissaire, telles qu'elles indiquent l'interprétation du paragraphe 35(1) de la Loi donnée par celui-ci, sont incompatibles avec une obligation imposée à un témoin par cette disposition de garder la confidentialité de ce qui se passe pendant une enquête. Le fait que le commissaire ou son représentant tentent de modifier une obligation prévue par la loi, ou de reconnaître dans un engagement qu'un témoin peut donner à son avocat des instructions l'autorisant à révéler ou à utiliser ces renseignements, est incompatible avec cette exigence de la loi.

[162] Avant de passer à autre chose, je dirai que j'ai minutieusement tenu compte de la façon dont la juge

the nature of the *in camera* proceeding at issue in *Ruby*, *supra*. There, subsections 51(2) and (3) of the *Privacy Act* required that where disclosure of personal information was refused on the ground that material had been received in confidence from a foreign government or the like, or on the ground that international affairs or national security would be harmed, any resulting Court application should be heard *in camera* and that the head of the government institution could request that representations be made *ex parte*. That is an entirely different context and legislative scheme than is now before the Court, and I read Madam Justice Simpson's comments to be expressly limited to the specific legislative context before her.

[163] Having concluded that the confidentiality orders do purport to impose obligations other than those inherent in section 35 of the Act, so that they do more than “bring home to a witness” the witness' obligations, I turn to consider whether the Commissioner's delegate has jurisdiction under the Act to issue the orders.

(b) Was there jurisdiction to issue the confidentiality orders?

#### The Standard of Review

[164] Counsel did not make submissions as to the appropriate standard of review to be applied to the question of whether the Commissioner has the authority to issue a confidentiality order. However, in *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 S.C.R. 226, at paragraph 21, the Supreme Court re-affirmed that in every case where a statute delegates power to an administrative decision-maker, the reviewing judge must begin by determining the standard of review by applying the pragmatic and functional approach.

[165] Turning to the application of the four factors which underpin the pragmatic and functional approach, the first factor is the presence or absence of a privative

Simpson a décrit la nature de la procédure à huis clos en cause dans l'affaire *Ruby*, précitée. Dans cette affaire-là, les paragraphes 51(2) et (3) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* exigeaient que, lorsque la communication de renseignements personnels était refusée pour le motif qu'ils avaient été reçus à titre confidentiel d'un gouvernement étranger ou d'une entité similaire, ou pour le motif que cela porterait préjudice aux affaires internationales ou à la sécurité nationale, les recours exercés devant la Cour en résultant fassent l'objet d'une audition à huis clos et que le responsable de l'institution fédérale ait le droit de présenter des arguments en l'absence d'une autre partie. Il s'agit d'un contexte et d'un régime législatif entièrement différents de ceux qui existent dans ce cas-ci, et j'interprète les remarques de la juge Simpson comme étant expressément limitées au contexte législatif précis qui existait dans l'affaire dont elle était saisie.

[163] Puisque j'ai conclu que les ordonnances de confidentialité visent à imposer des obligations autres que celles qui sous-tendent l'article 35 de la Loi, de sorte qu'elles font plus que de «bien faire comprendre à un témoin» quelles sont ses obligations, j'examinerai maintenant la question de savoir si le représentant du commissaire a compétence en vertu de la Loi pour rendre les ordonnances en question.

(b) Existait-il une compétence permettant de rendre les ordonnances de confidentialité?

#### La norme de contrôle

[164] L'avocat n'a pas présenté d'observations au sujet de la norme de contrôle à appliquer à la question de savoir si le commissaire est autorisé à rendre une ordonnance de confidentialité. Toutefois, dans l'arrêt *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 R.C.S. 226, au paragraphe 21, la Cour suprême a de nouveau confirmé que chaque fois que la loi délègue un pouvoir à une instance administrative décisionnelle, le juge de révision doit tout d'abord commencer par déterminer la norme de contrôle applicable selon l'analyse pragmatique et fonctionnelle.

[165] Quant à l'application des quatre facteurs qui sous-tendent l'analyse pragmatique et fonctionnelle, le premier se rapporte à la présence ou à l'absence d'une

clause or statutory right of appeal. The Act contains neither. While silence is a neutral factor not touching on the degree of deference to be afforded to the decision-maker, (see: *Dr. Q, supra*, at paragraph 27), in *Echo Bay Mines Ltd. v. Canada (Minister of Indian Affairs and Northern Development)*, 2003 FCA 270; [2003] F.C.J. No. 996 (QL), at paragraph 17 the Federal Court of Appeal concluded that where review of a decision is available pursuant to section 18 of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4)] an intermediate level of review is suggested.

[166] The second factor is the expertise of the decision-maker relative to that of the Court on the issue in question. Greater deference is required where the decision-maker is more expert than the Court and the question under consideration falls within the scope of the greater expertise.

[167] Here the question of the Commissioner's authority to issue an order is a question of statutory interpretation. It is therefore a question of law, and there is nothing before the Court to suggest that the Court is not as well suited to answer the question as the Commissioner. This factor points to the need for more exacting review.

[168] The next factor is the purpose of the statute and the provision in question. The Court is required to consider the general purpose of the statutory scheme within which the decision at issue was taken. If the question before the decision-maker is one of law or engages a particular aspect of the legislation, the specific legislative purpose of that aspect must be considered.

[169] The purpose of the Act is to provide a meaningful right of access with decisions about access to be reviewed independently of government. While this purpose suggests deference, the discrete issue of investigating an access complaint is not a question of policy, but invokes the right of the Commissioner to issue a confidentiality order. The Commissioner's interest in the issue points to review on the correctness standard.

clause privative ou d'un droit d'appel prévu par la loi. Or, la Loi ne renferme pas de clause privative ni de droit d'appel. Le silence est neutre et n'influe pas sur le degré de retenue dont il faut faire preuve envers le décideur (voir: *Dr Q*, précité, au paragraphe 27), mais dans l'arrêt *Echo Bay Mines Ltd. c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, 2003 CAF 270; [2003] A.C.F. n° 996 (QL), au paragraphe 17, la Cour d'appel fédérale a conclu que lorsqu'une décision peut être examinée conformément à l'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), ch. F-7 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4)], un degré moyen de contrôle devrait être exercé.

[166] Le deuxième facteur est l'expertise du décideur par rapport à celle de la Cour sur le point en question. Il faut faire preuve d'une plus grande retenue lorsque le décideur a plus d'expertise que la Cour et que la question qui se pose fait partie du champ de son expertise.

[167] Dans ce cas-ci, la question du pouvoir du commissaire de rendre une ordonnance est une question d'interprétation législative. Il s'agit donc d'une question de droit, et il n'y a rien devant la Cour qui donne à entendre que la Cour n'est pas aussi bien placée que le commissaire pour répondre à la question. Ce facteur indique qu'il faut procéder à un examen plus rigoureux.

[168] Le facteur suivant se rapporte à l'objet de la loi et de la disposition en question. La Cour doit tenir compte de l'objet général du régime statutaire dans lequel la décision s'inscrit. Si la question dont le décideur est saisi est une question de droit ou se rapporte à un aspect particulier de la législation, il faut tenir compte de l'objet précis de cet aspect de la loi.

[169] La Loi vise à accorder un droit d'accès réel, les décisions rendues au sujet de la communication devant être examinées d'une façon indépendante de l'administration. Cet objet donne à entendre qu'il faut faire preuve de retenue, mais la question distincte de l'enquête relative à une plainte en matière d'accès n'est pas une question de politique; cette question se rapporte plutôt au droit du commissaire de rendre une ordonnance de confidentialité. L'intérêt du commissaire à cet égard

[170] The final factor is the nature of the problem. An issue of pure law and statutory interpretation, as the present issue is, favours a more searching result. Further, determination of the question will have precedential value and general application. This too points to review on the correctness standard.

[171] Balancing these factors, I conclude that the appropriate standard of review is correctness.

#### The Issue of Jurisdiction

[172] Section 34 of the Act confers a broad discretion upon the Commissioner to determine the procedure to be followed in the performance of any duty or function under the Act. The Commissioner argues that the confidentiality orders made in the investigations at issue in these proceedings are similar in nature to a number of procedural orders (for example, orders excluding witnesses from trials or administrative hearings and related non-communication orders). The Commissioner argues that the confidentiality orders are therefore a proper exercise of discretion pursuant to section 34 of the Act.

[173] In response, the applicants argue that the confidentiality orders are not procedural because they are intended to, and do, prohibit the individual applicants from exercising their right to communicate information. Reliance is placed upon *Angus v. Sun Alliance Insurance Co.*, [1988] 2 S.C.R. 256 and *Canada (Attorney General) v. Newfield Seed Ltd.* (1989), 63 D.L.R. (4th) 644 (Sask. C.A.) for the purpose of determining when a provision is substantive, and not procedural. The applicants also argue that in *Tolofson v. Jensen; Lucas (Litigation Guardian of) v. Gagnon*, [1994] 3 S.C.R. 1022 the Supreme Court directed that where there is doubt as to whether a matter is procedural or substantive, such doubt is to be resolved by concluding that the provision is substantive.

indique que l'examen doit être effectué selon la norme de la décision correcte.

[170] Le dernier facteur se rapporte à la nature du problème. Une pure question de droit et d'interprétation législative, comme c'est ici le cas, milite en faveur d'un résultat plus rigoureux. En outre, la détermination de la question aura valeur de précédent et aura une application générale. Cela indique également que l'examen doit être fondé sur la norme de la décision correcte.

[171] Si je soupèse ces facteurs, je conclus que la norme de contrôle à appliquer est celle de la décision correcte.

#### La question de la compétence

[172] L'article 34 de la Loi confère un large pouvoir discrétionnaire au commissaire lorsqu'il s'agit d'établir la procédure à suivre dans l'exercice de ses pouvoirs et fonctions. Le commissaire soutient que les ordonnances de confidentialité qui ont été rendues dans les enquêtes ici en cause sont d'une nature semblable à un certain nombre d'ordonnances procédurales (par exemple, les ordonnances excluant les témoins de procès ou d'audiences administratives et les ordonnances de non-communication connexes). Le commissaire soutient que les ordonnances de confidentialité constituent donc un exercice approprié du pouvoir discrétionnaire prévu à l'article 34 de la Loi.

[173] En réponse, les demandeurs soutiennent que les ordonnances de confidentialité ne sont pas de nature procédurale parce qu'elles visent à interdire et interdisent aux demandeurs individuels d'exercer leur droit de communiquer les renseignements. On invoque les arrêts *Angus c. Sun Alliance compagnie d'assurance*, [1988] 2 R.C.S. 256 et *Canada (Attorney General) v. Newfield Seed Ltd.* (1989), 63 D.L.R. (4th) 644 (C.A. Sask.) lorsqu'il s'agit de déterminer les circonstances dans lesquelles une disposition touche le fond plutôt que d'être de nature procédurale. Les demandeurs affirment également que dans l'arrêt *Tolofson c. Jensen; Lucas (Tutrice à l'instance de) c. Gagnon*, [1994] 3 R.C.S. 1022, la Cour suprême a statué que, s'il y a un doute lorsqu'il s'agit de savoir si une question se rapporte à la procédure ou au fond, il faut dissiper ce doute en concluant qu'une disposition de fond est en cause.

[174] I begin the analysis by considering the wording used by Parliament in section 34 of the Act. Section 34 is as follows:

**34.** Subject to this Act, the Information Commissioner may determine the procedure to be followed in the performance of any duty or function of the Commissioner under this Act.

[175] The grammatical and ordinary sense of the words used suggests that when investigating a complaint, including when receiving such evidence and information as the Commissioner sees fit, the Commissioner has a broad discretion to determine how that is to be done. While such discretion is to be exercised subject to the Act, counsel did not argue that any express provision precludes the Commissioner from issuing a confidentiality order as part of the procedure of receiving evidence and information from a witness.

[176] Turning to a contextual analysis of the discretion conferred by section 34, I note first that there are very few procedural requirements imposed upon the Commissioner by the Act. The procedural requirements imposed upon him are limited to the obligations to:

- (i) give notice of the Commissioner's intent to carry out an investigation and advise as to the substance of a complaint (section 32);
- (ii) conduct investigations in private (subsection 35(1));
- (iii) provide the affected parties with the reasonable opportunity to make representations (subsection 35(2)); and
- (iv) make a report at the conclusion of an investigation (section 37).

[177] The Commissioner is therefore relatively unfettered by procedural requirements. The Act also reflects Parliament's intention that the Commissioner's independent review of decisions about disclosure is to be made following a thorough investigation. For that purpose, the Commissioner is empowered to compel

[174] Je commencerai l'analyse en examinant le libellé employé par le législateur à l'article 34 de la Loi, qui est ainsi libellé:

**34.** Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, le commissaire à l'information peut établir la procédure à suivre dans l'exercice de ses pouvoirs et fonctions.

[175] Le sens grammatical ordinaire des mots employés donne à entendre que lorsqu'il enquête sur une plainte, et notamment lorsqu'il reçoit les éléments de preuve et les renseignements qu'il estime indiqués, le commissaire possède un large pouvoir discrétionnaire pour déterminer les modalités y afférentes. Ce pouvoir discrétionnaire doit être exercé sous réserve de la Loi, mais les avocats n'ont pas soutenu qu'une disposition expresse empêche le commissaire de rendre une ordonnance de confidentialité dans le cadre de la procédure de réception de la preuve et des renseignements fournis par un témoin.

[176] En ce qui concerne l'analyse contextuelle du pouvoir discrétionnaire conféré à l'article 34, je note d'abord que la Loi impose fort peu d'exigences procédurales au commissaire. Les exigences procédurales qui sont imposées sont limitées aux obligations suivantes:

- i) donner avis de son intention d'enquêter et faire connaître l'objet de la plainte (article 32);
- ii) mener des enquêtes secrètes (paragraphe 35(1));
- iii) donner aux personnes concernées la possibilité de présenter leurs observations (paragraphe 35(2)); et
- iv) faire rapport à la fin d'une enquête (article 37).

[177] Le commissaire est donc assujéti à un nombre relativement peu élevé d'exigences procédurales. La Loi indique également l'intention du législateur, à savoir que le commissaire examine d'une façon indépendante les décisions relatives à la communication dans le cadre d'une enquête approfondie. À cette fin, le commissaire

persons to give evidence on oath and to produce such documents and things as the Commissioner “deems requisite to the full investigation and consideration of the complaint”. The Commissioner may receive and accept such evidence and information as the Commissioner sees fit “whether or not the evidence or information is or would be admissible in a court of law”. The Commissioner may enter into premises occupied by any government institution and “carry out therein such inquiries within the authority of the Information Commissioner under this Act as the Commissioner sees fit”. Notwithstanding the confidentiality obligations imposed upon him, the Commissioner may disclose information that in his opinion is necessary to “carry out an investigation under this Act”, so long as he does not disclose specific information with respect to which an exemption can be claimed in the Act. See: *Canada (Attorney General) v. Canada (Information Commissioner)* (2001), 32 Admin. L.R. (3d) 238 (F.C.A.).

[178] The object of the Act is to provide a liberal and broad right of access, and the Act is to be given a liberal and purposive construction.

[179] Having regard to the broad meaning of the words used in section 34 of the Act, the context within that section functions, the object of the Act and the need to give the legislation a liberal and purposive construction, I conclude that section 34 of the Act confers a discretion upon the Commissioner to determine in appropriate circumstances that some form of confidentiality order should be invoked and imposed upon a witness before him. Pursuant to paragraph 36(1)(a) of the Act the Commissioner is empowered to enforce the appearance of persons before him and to compel them to give oral evidence and to produce documents. The imposition of a confidentiality order is a procedure the Commissioner may follow when exercising his power to compel a person to give evidence.

[180] An example where resort to such procedure would be appropriate would be where the Commissioner had, pursuant to subparagraph 63(1)(a)(i) of the Act, in order to carry out the Commissioner’s investigation found it necessary to disclose sensitive information to a

est autorisé à contraindre des témoins à déposer sous la foi du serment et à produire les pièces qu’il «juge indispensables pour instruire et examiner à fond les plaintes dont il est saisi». Il peut recevoir des éléments de preuve et des renseignements qu’il estime indiqués «indépendamment de leur admissibilité devant les tribunaux». Il peut pénétrer dans les locaux occupés par une institution fédérale et «y mener, dans le cadre de la compétence que lui confère la [L]oi, les enquêtes qu’il estime nécessaires». Malgré les obligations qui lui sont imposées en matière de confidentialité, le commissaire peut divulguer les renseignements qui, à son avis, sont nécessaires pour «mener une enquête prévue par la [L]oi», dans la mesure où il ne divulgue pas de renseignements précis à l’égard desquels une exception peut être invoquée en vertu de la Loi. Voir: *Canada (Procureur général) c. Canada (Commissaire à l’information)* (2001), 32 Admin. L.R. (3d) 238 (C.A.F.).

[178] L’objet de la Loi est d’accorder un droit d’accès général libéral, et la Loi doit être interprétée d’une façon libérale et fondée sur l’objet visé.

[179] En ce qui concerne le sens général du libellé de l’article 34 de la Loi, le contexte dans lequel cette disposition s’inscrit, l’objet de la Loi et la nécessité de donner à la législation une interprétation libérale fondée sur l’objet visé, je conclus que l’article 34 de la Loi confère au commissaire le pouvoir discrétionnaire voulu pour établir dans les circonstances appropriées qu’un certain type d’ordonnance de confidentialité doit être rendu et imposé au témoin qui comparaît devant lui. Conformément à l’alinéa 36(1)a) de la Loi, le commissaire est autorisé à contraindre un témoin à comparaître devant lui pour déposer verbalement et pour produire des pièces. L’imposition d’une ordonnance de confidentialité est une procédure que le commissaire peut suivre lorsqu’il exerce son pouvoir en vue de contraindre un témoin à déposer.

[180] Il convient d’avoir recours à une telle procédure par exemple lorsque, conformément au sous-alinéa 63(1)a)(i) de la Loi, le commissaire juge nécessaire, pour mener son enquête, de divulguer à un témoin des renseignements délicats dont ce dernier ne serait par

witness that the witness would not otherwise know. Section 34 should, in my view, be read as enabling the Commissioner to protect the confidentiality of that information by the imposition of a confidentiality order. I am mindful that the Commissioner may not disclose information in respect of which an exemption can be claimed. Nonetheless, there may well be sensitive information that the Commissioner may be entitled to disclose which should be protected by a confidentiality order in order to ensure that the investigation is conducted in private. Examples of such sensitive information include information which might reveal the status or plan of the Commissioner's investigation, or the testimony of other witnesses before the Commissioner not covered by section 64 which testimony should be disclosed in order to further the investigation or to promote fairness.

[181] To construe section 34 otherwise would, in my view, read in limiting words not found in the Act. Had Parliament intended to limit the discretion conferred by section 34 it could have done so expressly and would not have expressed itself by conferring an almost unlimited discretion applicable to "any duty or function of the Commissioner" under the Act.

[182] With respect to the *Sun Alliance* and *Newfield* cases relied upon by the applicants, in my view the question of the Commissioner's jurisdiction to issue a confidentiality order is to be determined by a textual and contextual analysis of the Act. Little assistance is provided by *Sun Alliance* and *Newfield* where what was considered was whether a provision was substantive or procedural for the purpose of determining the retrospective application of legislation or whether a regulation was *ultra vires*. To the extent that *Newfield* suggests that the distinction between substance and procedure is functional, I conclude that nothing in the confidentiality orders touches upon the right of access or the application of any exemption under the Act. Rather, the confidentiality orders are a procedural tool used to ensure a proper and fair investigation of the right of access.

[183] The comment by Mr. Justice La Forest for the Supreme Court in *Tolofson* relied upon by the applicants

ailleurs pas au courant. À mon avis, l'article 34 doit être interprété comme permettant au commissaire de protéger la confidentialité de ces renseignements en imposant une ordonnance de confidentialité. Je tiens bien compte du fait que le commissaire ne peut pas divulguer des renseignements à l'égard desquels une exception peut être invoquée. Néanmoins, il peut bien y avoir des renseignements délicats que le commissaire peut à bon droit divulguer et qui devraient être protégés par une ordonnance de confidentialité afin d'assurer le caractère secret de l'enquête. Ainsi, de tels renseignements délicats comprennent les renseignements qui pourraient révéler l'état de l'enquête du commissaire ou le plan y afférent, ou une déposition présentée par d'autres témoins devant le commissaire qui n'est pas visée par l'article 64, cette déposition devant être divulguée afin de faciliter l'enquête ou d'encourager l'équité.

[181] À mon avis, une autre interprétation de l'article 34 aurait pour effet d'incorporer des restrictions qui ne figurent pas dans la Loi. Si le législateur avait voulu limiter le pouvoir discrétionnaire conféré à l'article 34, il aurait pu le faire expressément et il n'aurait pas donné au commissaire une discrétion presque absolue à l'égard de ses «pouvoirs et fonctions».

[182] En ce qui concerne les décisions *Sun Alliance* et *Newfield* invoquées par les demandeurs, la question de savoir si le commissaire a la compétence voulue pour rendre une ordonnance de confidentialité doit à mon avis être tranchée au moyen d'une analyse textuelle et contextuelle de la Loi. Les décisions *Sun Alliance* et *Newfield* sont peu utiles puisqu'il s'agissait de savoir si une disposition était une disposition de fond ou une disposition procédurale aux fins de la détermination de l'application rétrospective de la législation ou si un règlement était *ultra vires*. Dans la mesure où la décision *Newfield* donne à entendre que la distinction entre le fond et la procédure est de nature fonctionnelle, je conclus qu'il n'y a rien dans les ordonnances de confidentialité qui influe sur le droit d'accès ou l'application d'une exception prévue par la Loi. Les ordonnances de confidentialité constituent plutôt un outil procédural destiné à assurer la tenue d'une enquête appropriée et équitable à l'égard du droit d'accès.

[183] La remarque que le juge La Forest a faite au nom de la Cour suprême dans l'arrêt *Tolofson* et sur



was made in the context of private international law. After observing that in that context substantive rights are governed by foreign law while procedural matters are governed by the law of the forum, the Court quoted with approval [at page 1068] the statement that the problem resolved into the question of “[h]ow far can the court of the forum go in applying the rules taken from the foreign system of law without unduly hindering or inconveniencing itself”. Seen in this context, the statement that where there is doubt as to whether a provision is substantive or procedural, that doubt should be resolved by finding the provision to be substantive provides little assistance in the present case.

[184] Having found that the Commissioner does have jurisdiction to issue confidentiality orders pursuant to section 34 of the Act, it is not necessary for me to consider whether confidentiality orders may also be issued pursuant to the Commissioner’s powers under paragraph 36(1)(a) of the Act. It is necessary, however, to consider if the orders breach the right to freedom of expression guaranteed by the Charter.

(c) Do the confidentiality orders breach the right of freedom of expression guaranteed by paragraph 2(b) of the Charter?

[185] The parties agree that a body which exercises statutory powers, including broad discretionary powers, may not make orders which violate Charter rights. See, for example, *Slaight, supra*.

[186] Paragraph 2(b) of the Charter provides that everyone enjoys the fundamental freedom of expression. The Supreme Court has held with respect to the analysis of freedom of expression that:

(i) The first step is to discover whether the activity which the applicant or plaintiff wishes to pursue properly falls within “freedom of expression”.

(ii) Activity is expressive, and protected, if it attempts to convey meaning. If an activity conveys or attempts to

laquelle se fondent les demandeurs a été faite dans le contexte du droit international privé. Après avoir fait remarquer que, dans ce contexte, les droits, quant au fond, sont régis par le droit étranger, mais que les questions relevant de la procédure sont régies par la loi du tribunal saisi, la Cour a cité en l’approuvant [à la page 1068] le commentaire selon lequel le problème se ramenait à savoir «jusqu’où le tribunal saisi peut-il aller dans l’application de règles tirées du système de droit étranger, sans entraver ou gêner indûment son propre fonctionnement». Considérée dans ce contexte, la remarque selon laquelle, lorsqu’il y a un doute au sujet de la question de savoir si une disposition touche le fond ou la procédure, il faut dissiper ce doute en concluant qu’il s’agit d’une disposition de fond est peu utile en l’espèce.

[184] Puisque j’ai conclu que le commissaire a de fait compétence pour rendre une ordonnance de confidentialité en vertu de l’article 34 de la Loi, je n’ai pas à me demander si une ordonnance de confidentialité peut également être rendue conformément aux pouvoirs conférés au commissaire en vertu de l’alinéa 36(1)a) de la Loi. Toutefois, il faut décider si l’ordonnance porte atteinte à la liberté d’expression garantie par la Charte.

c) Les ordonnances de confidentialité portent-elles atteinte à la liberté d’expression garantie à l’alinéa 2b) de la Charte?

[185] Les parties conviennent qu’un organisme qui exerce des pouvoirs conférés par la loi, et notamment de larges pouvoirs discrétionnaires, ne peuvent pas rendre d’ordonnances qui portent atteinte aux droits reconnus par la Charte. Voir, par exemple, *Slaight, précité*.

[186] L’alinéa 2b) de la Charte prévoit que chacun a droit à la liberté fondamentale d’expression. La Cour suprême a statué ce qui suit au sujet de l’analyse de la liberté d’expression:

i) La première étape consiste à décider si l’activité du demandeur est à juste titre protégée par la «liberté d’expression»;

ii) L’activité est expressive, et elle est protégée, si elle tente de transmettre une signification. Si une activité

convey a meaning it has expressive content and *prima facie*, falls within the scope of the Charter guarantee (unless meaning is conveyed through a violent form of expression).

(iii) The second step of the inquiry is to determine whether the purpose or effect of the government action in question is to restrict freedom of expression.

See: *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, particularly at pages 967-979.

[187] In the present case, the evidence of the applicants is that they wanted to communicate to others what transpired in the inquiry chambers of the Commissioner. I am satisfied that such activity conveys or attempts to convey meaning so as to be expressive, and therefore to *prima facie* fall within the sphere of conduct protected by paragraph 2(b) of the Charter.

[188] I am also satisfied on the evidence that the purpose of the confidentiality orders was to control the applicants' attempts to convey a meaning by directly restricting or prohibiting the particular content of expression.

[189] It follows that the confidentiality orders limit the freedom of expression which is guaranteed by paragraph 2(b) of the Charter. The next inquiry therefore becomes whether the orders are justified under section 1 of the Charter.

[190] Before moving to this issue, counsel for the Commissioner referred me to *Smolensky v. British Columbia (Securities Commission)* (2003), 17 B.C.L.R. (4th) 145 (B.C.S.C.). In this case a non-disclosure provision contained in the British Columbia *Securities Act*, R.S.B.C. 1996, c. 418 was found not to violate paragraph 2(b) of the Charter. Counsel for the Commissioner did not, in her words, "press" the authority upon me. *Smolensky* arose in a different legislative context and I am satisfied that the

transmet ou tente de transmettre une signification, elle a un contenu expressif et elle relève à première vue du champ de la garantie fournie par la Charte (à moins que la signification ne soit transmise au moyen d'une forme d'expression violente);

iii) La deuxième étape de l'analyse consiste à décider si l'objet ou l'effet de l'action gouvernementale est de restreindre la liberté d'expression.

Voir: *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, en particulier aux pages 967 à 979.

[187] En l'espèce, la preuve des demandeurs est qu'ils voulaient communiquer à d'autres personnes ce qui s'était passé à l'enquête menée par le commissaire. Je suis convaincue que pareille activité transmet ou tente de transmettre une signification, de sorte qu'elle est expressive, et qu'elle fait donc à première vue partie de la sphère des activités protégées à l'alinéa 2b) de la Charte.

[188] Je suis également convaincue, eu égard à la preuve, que les ordonnances de confidentialité visaient à contrôler les tentatives que les demandeurs faisaient pour transmettre une signification en restreignant ou en interdisant directement le contenu particulier de l'expression.

[189] Il s'ensuit que les ordonnances de confidentialité limitent la liberté d'expression qui est garantie à l'alinéa 2b) de la Charte. Il s'agit donc ensuite de savoir si ces ordonnances sont justifiées en vertu de l'article premier de la Charte.

[190] Avant de passer à cette question, l'avocate du commissaire m'a référée à la décision *Smolensky v. British Columbia (Securities Commission)*, (2003), 17 B.C.L.R. (4th) 145 (C.S.C.-B.). Dans cette décision, il a été statué qu'une disposition relative à la non-communication figurant dans la *Securities Act* de la Colombie-Britannique, R.S.B.C. 1996, ch. 418, ne violait pas l'alinéa 2b) de la Charte. L'avocate du commissaire n'a pas, comme elle l'a dit, «insisté» devant moi sur cette décision. L'affaire *Smolensky* s'inscrivait

confidentiality orders at issue in this proceeding do limit expression protected by the Charter.

(d) Were the confidentiality orders a reasonable limit prescribed by law which were reasonably necessary in a free and democratic society so as to be valid pursuant to the provisions of section 1 of the Charter?

Applicable principles of law

[191] The principles to be applied when a state actor attempts to justify a limit on a right or freedom under section 1 of the Charter were enunciated by the Supreme Court of Canada in *The Queen v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103. There are two central criteria to be met:

1. The objective of the impugned measure must be of sufficient importance to warrant overriding a constitutionally protected right or freedom. To be characterized as sufficiently important, the objective must relate to concerns which are pressing and substantial in a free and democratic society.

2. Assuming that a sufficiently important objective is established, the means chosen to achieve the objective must pass a proportionality test. To do so the means must:

a. Be rationally connected to the objective. This requires that the means chosen promote the asserted objective. The means must not be arbitrary, unfair or based on irrational consideration.

b. Impair the right or freedom in question as little as possible. This requires that the measure goes no further than reasonably necessary in order to achieve the objective.

c. Be such that the effects of the measure upon the limitation of rights and freedoms are proportional to the objective. This requires that the overall

dans un contexte législatif différent et je suis convaincue que les ordonnances de confidentialité qui sont ici en cause limitent de fait la liberté d'expression protégée par la Charte.

d) Les ordonnances de confidentialité constituaient-elles une limite raisonnable prescrite par une règle de droit dans le cadre d'une société libre et démocratique, de façon à être conformes aux dispositions de l'article premier de la Charte?

Principes de droit applicables

[191] Les principes à appliquer lorsqu'un acteur de l'État tente de justifier une restriction apportée à un droit ou à une liberté garantis en vertu de l'article premier de la Charte ont été énoncés par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *La Reine c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103. Il faut satisfaire à deux critères fondamentaux:

1. L'objectif de la mesure contestée doit être suffisamment important pour justifier sa primauté sur une liberté ou un droit protégé par la Constitution. Pour qu'on puisse le qualifier de suffisamment important, l'objectif doit se rapporter à des préoccupations urgentes et réelles dans une société libre et démocratique;

2. À supposer qu'un objectif suffisamment important soit établi, les moyens choisis pour atteindre l'objectif doivent satisfaire à un critère de proportionnalité:

a. Ils doivent avoir un lien rationnel avec l'objectif. Ils doivent être conçus pour atteindre l'objectif en question. Il ne doit pas s'agir de moyens arbitraires, inéquitables ou fondés sur une considération irrationnelle;

b. Ils doivent porter le moins possible atteinte au droit ou à la liberté en question. Il faut que la mesure soit limitée à ce qui est strictement nécessaire afin d'atteindre l'objectif;

c. Ils doivent être tels que les effets de la mesure sur la restriction des droits et libertés sont proportionnés à l'objectif. Les effets bénéfiques

benefits of the measure must outweigh the measure's negative impact.

See also: *Sauvé v. Canada (Chief Electoral Officer)*, [2002] 3 S.C.R. 519.

[192] Relevant considerations when conducting the analysis articulated in *Oakes, supra* are that:

1. The onus of proving that a limit on a right or freedom protected by the Charter is reasonable and demonstrably justified is upon the party seeking to uphold the limitation. See: *Oakes*, at page 137.

2. The standard of proof is the civil standard. Where evidence is required in order to prove the constituent elements of the section 1 analysis, the test for the existence of a balance of probabilities must be applied rigorously. A "very high degree of probability will be . . . 'commensurate with the occasion'". See: *Oakes*, at page 138.

3. The analysis must be undertaken with close attention to the contextual factors. This is so because the objective of the impugned measure can only be established by canvassing the nature of the problem it addresses, and the proportionality of the means used can only be evaluated in the context of the entire factual setting. See: *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877.

4. The context will also impact upon the nature of the proof required to justify the measure. While some matters are capable of empirical proof, others (for example matters involving philosophical or social considerations) can not. In those later cases "it is sufficient to satisfy the reasonable person looking at all of the evidence and relevant considerations, that the state is justified in infringing the right at stake to the degree it has". Common sense and inferential reasoning may be applied to supplement the evidence. See: *Sauvé, supra*, at paragraph 18.

généraux qu'offre la mesure doivent l'emporter sur ses effets négatifs.

Voir également: *Sauvé c. Canada (Directeur général des élections)*, [2002] 3 R.C.S. 519.

[192] En ce qui concerne l'analyse énoncée dans l'arrêt *Oakes*, précité, les considérations pertinentes sont les suivantes:

1. La charge de prouver qu'une restriction apportée à un droit ou à une liberté protégés par la Charte est raisonnable et que sa justification peut se démontrer incombe à la partie qui demande le maintien de cette restriction. Voir: *Oakes*, à la page 137;

2. La norme de preuve est la norme civile. Lorsqu'une preuve est nécessaire afin d'établir les éléments constitutifs de l'analyse relative à l'article premier, il faut appliquer rigoureusement le critère de la prépondérance des probabilités. Un «degré très élevé de probabilité sera [. . .] "proportionné aux circonstances"». Voir: *Oakes*, à la page 138;

3. L'analyse doit être réalisée en accordant une grande attention aux facteurs contextuels, et ce, parce que l'objectif de la mesure contestée peut uniquement être établi au moyen de l'examen de la nature du problème que cette mesure vise à résoudre, et que la proportionnalité des moyens employés peut uniquement être appréciée dans le contexte de l'ensemble des faits. Voir: *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877;

4. Le contexte influera également sur la nature de la preuve nécessaire pour justifier la mesure. Certaines questions se prêtent à une preuve empirique, mais d'autres (par exemple les questions comportant des considérations philosophiques ou sociales) ne s'y prêtent pas. Dans ce cas, «il suffit de convaincre la personne raisonnable prenant en compte tous les éléments de preuve et toutes les considérations pertinentes que l'État est justifié de porter une telle atteinte au droit en question». La preuve peut être complétée par le bon sens et le raisonnement par déduction. Voir: *Sauvé*, précité, paragraphe 18;

5. With respect to the minimal impairment test, where a legislative provision is challenged, the Supreme Court of Canada has held that Parliament must not choose the absolutely least intrusive means to attain its objectives, but rather must come within a range of means which impair guaranteed rights as little as reasonably possible. However, where a “common law, judge-made rule” is challenged, the Supreme Court has held that there is no room for judicial deference. See: *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933, at page 983. In the context of considering the propriety of a confidentiality order imposed by a judge (i.e. an order which must be made with due regard to Charter principles) the Supreme Court has held that such orders are to be restricted as much as reasonably possible, while still preserving the interest to be protected by the order. See: *Sierra Club of Canada v. Canada (Minister of Finance)*, [2002] 2 S.C.R. 522.

#### Contextual Considerations

[193] Turning to the application of these principles to the evidence before the Court, I begin by considering what I believe to be relevant contextual considerations.

[194] First, the investigation is conducted in furtherance of the quasi-constitutional right of access that has as its purpose the facilitation of democracy.

[195] Second, the investigation conducted by the Commissioner is an investigation that is to be independent of government.

[196] Third, the investigation is to be conducted in private.

[197] Fourth, persons in government must be able to function candidly with one another. I accept generally the evidence of Messrs. Pelletier and Hartley that there are “no secrets” between the Prime Minister and his close advisors and “no secrets” between the Prime Minister’s executive assistant and the Prime Minister’s advisors. I accept the evidence of Mr. Cappe that the Clerk of the Privy Council has no secrets from the Prime Minister in respect of matters of government policy and

5. En ce qui concerne le critère de l’atteinte minimale, lorsqu’une disposition législative est contestée, la Cour suprême du Canada a statué que le législateur ne doit pas nécessairement choisir le moyen le moins envahissant pour atteindre ses objectifs, mais qu’il doit plutôt choisir dans un éventail de moyens qui portent le moins possible atteinte aux droits garantis. Cependant, lorsqu’une «règle de common law, formulée par les tribunaux» est contestée, la Cour suprême a statué que la retenue judiciaire n’entre pas en jeu. Voir: *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933, à la page 983. Lorsque l’on se demande si une ordonnance de confidentialité imposée par un juge est fondée (par exemple une ordonnance qui doit être rendue compte tenu des principes garantis par la Charte), la Cour suprême a statué qu’il faut restreindre pareilles ordonnances autant qu’il est raisonnablement possible de le faire tout en préservant l’intérêt que l’ordonnance vise à protéger. Voir: *Sierra Club du Canada c. Canada (Ministre des Finances)*, [2002] 2 R.C.S. 522.

#### Considérations d’ordre contextuel

[193] En ce qui concerne l’application de ces principes à la preuve dont dispose la Cour, je commencerai par examiner les considérations contextuelles qui sont selon moi pertinentes.

[194] Premièrement, l’enquête est menée de façon à renforcer le droit quasi constitutionnel d’accès dont l’objet est de faciliter la démocratie.

[195] Deuxièmement, l’enquête menée par le commissaire doit être indépendante du gouvernement.

[196] Troisièmement, l’enquête doit être secrète.

[197] Quatrièmement, les personnes travaillant au sein du gouvernement doivent être en mesure de faire preuve de franchise les unes envers les autres. Je retiens d’une façon générale la preuve présentée par MM. Pelletier et Hartley, à savoir qu’«il n’y a pas de secrets» entre le Premier ministre et ses proches conseillers et qu’«il n’y a pas de secrets» entre l’adjoint exécutif du Premier ministre et les conseillers du premier ministre. Je retiens la preuve de M. Cappe, à savoir que le greffier du

operations. I accept the evidence of Mr. Eggleton that there can be no secrets between a minister of the Crown and the Prime Minister in respect of government policy or affairs of state and that the Prime Minister can not be prohibited from bringing to the attention of his Cabinet or his Attorney General issues which the Prime Minister feels to be relevant. Finally, I generally accept that there are no secrets between a minister and his close advisors with respect to matters that relate directly to the minister and his or her office.

[198] I accept this evidence because only Mr. Cappe was cross-examined on his evidence, and Mr. Cappe's testimony was not challenged on this point. Further, the Commissioner's delegate in his letter of April 23, 2001 acknowledged the unique relationship of loyalty and trust which must exist between a prime minister and his senior political adviser.

[199] The evidence therefore reflects the need for relationships based upon loyalty and confidence, and the need for candid communication within the executive level of government on issues of public policy.

[200] The fifth contextual factor is that there have been instances where members of a government department have taken steps to frustrate the right of access under the Act. In this regard during Mr. Cappe's cross-examination he testified as follows:

175. Q. And I'm going to suggest to you, sir, that one of the difficult issues confronting the public service is to live with both an oath of loyalty promising not to tell anybody anything on the basis of information obtained in the service of the government and, at the same time, committing itself to notions of transparency and openness and the spirit of the Access Act, and that creates a tension in government?

A. I totally agree.

Conseil privé n'a pas de secrets envers le Premier ministre à l'égard des questions de politique et de fonctionnement du gouvernement. Je retiens la preuve de M. Eggleton selon laquelle il ne peut pas y avoir de secrets entre un ministre et le Premier ministre au sujet des politiques gouvernementales ou des affaires de l'État et que l'on ne peut pas empêcher le Premier ministre de porter à l'attention de son cabinet ou du procureur général les questions qu'il juge pertinentes. Enfin, je reconnais d'une façon générale qu'il n'y a pas de secrets entre un ministre et ses proches conseillers à l'égard des questions qui concernent directement le ministre et son cabinet.

[198] Je retiens cette preuve parce que seul M. Cappe a été contre-interrogé au sujet de la preuve qu'il avait présentée et que son témoignage n'a pas été contesté sur ce point. En outre, dans sa lettre du 23 avril 2001, le représentant du commissaire a reconnu la relation de loyauté et de confiance unique en son genre qui doit exister entre un Premier ministre et son conseiller politique principal.

[199] La preuve indique donc que les relations doivent être fondées sur la loyauté et sur la confiance ainsi que sur la nécessité d'une communication franche au niveau exécutif du gouvernement en ce qui concerne les questions d'ordre public.

[200] Le cinquième facteur contextuel se rapporte au fait que, dans certains cas, les membres d'un ministère ont pris des mesures en vue de faire obstacle au droit d'accès prévu par la Loi. Sur ce point, M. Cappe a déclaré ce qui suit lorsqu'il a été contre-interrogé:

[TRANSLATION]

175. Q. Et je vais vous dire, Monsieur, que l'un des problèmes auxquels font face les membres de la fonction publique, c'est le fait d'avoir prêté un serment de loyauté et d'avoir promis de ne rien divulguer à qui que ce soit, en ce qui concerne les renseignements obtenus dans l'exercice de leurs fonctions au sein de l'administration tout en s'engageant à assurer la transparence, à se montrer ouverts et à respecter l'esprit de la Loi sur l'accès, et que cela crée de la tension au sein de l'administration, n'est-ce pas?

R. Je suis absolument d'accord.

176. Q. And that this is one of the areas where Mr. Tait foresaw need for important values and ethics dialogue, and perhaps later steps wherever it took them? Is that fair also?

A. Insofar as you've taken it that distance, but I think—you know, go back to the title of this [Tait] report, "A Strong Foundation". The strong foundation are the democratic principles, and when he talks about the categorization of values, he starts with democratic values, and when he breaks them down into democratic and public service values, the democratic values are the ones that are the most important, he says. You've identified the tension, and I think that's absolutely correct, but the fundamental foundation of our system is—and here on page 21 it says, "Canada's form of democracy is responsible parliamentary government", and you go through that principle of responsible government and you go through the democratic values that public servants have to respect, and when you challenge public servants' understanding of their accountability—public servants are not accountable to the public; public servants are accountable to their ministers and ministers are accountable in the House. It's very, very important that we reiterate that. So that, yes, there was this tension—I totally agree with the way you characterize it—and the tension was partly between those democratic values and those needs for openness and confidentiality to protect the openness.

[201] Mr. Cappe also testified that:

112. Q. You can assume for the purposes of this discussion that the destruction of the records of the Canadian Blood Committee were found to be related to Access requests and the destruction of certain records at the Department of National Defence were found to be related to certain Access requests as well as requests from the commission of inquiry. Are you saying that when you undertook your role as clerk you were unaware that there had been major problems with Access from—

A. No, I was not unaware.

113. Q. So you were aware.

A. I was aware.

114. Q. And those problems of Access related to, in general—I'm not trying to trick you here, Mr. Cappe—related in general to circumstances where members of a department

176. Q. Et c'est l'un des domaines dans lesquels M. Tait envisageait la nécessité d'avoir un dialogue sur l'éthique et sur les valeurs importantes, et peut-être de prendre ensuite des mesures, peu importe les conséquences? Cela est-il également exact?

R. Dans la mesure où vous allez jusque-là, mais je crois [. . .] pour en revenir au titre de ce rapport [le rapport Tait]: «A Strong Foundation». En parlant d'assises solides, il entend les principes démocratiques et lorsqu'il parle de ranger les valeurs en catégories, il commence par les valeurs démocratiques, et lorsqu'il les répartit en valeurs démocratiques et en valeurs de la fonction publique, les valeurs démocratiques sont, selon lui, les plus importantes. Vous avez parlé de la tension, et je crois que cela est tout à fait exact, mais les assises fondamentales de notre système sont [. . .] et ici, à la page 21, voici ce qu'il dit: «Au Canada, le système démocratique est fondé sur un gouvernement parlementaire responsable» et vous parlez de ce principe du gouvernement responsable, et des valeurs démocratiques que les fonctionnaires doivent respecter, et lorsque vous contestez la façon dont les fonctionnaires interprètent leur obligation de rendre compte [. . .] Les fonctionnaires n'ont pas à rendre compte au public; ils rendent compte à leurs ministres et les ministres rendent compte à la Chambre. Il est très, très important d'insister sur ce point. Par conséquent, il y avait en effet cette tension— [. . .] Je souscris entièrement à votre description [. . .] et la tension existait en partie à cause de ces valeurs démocratiques et de la nécessité de se montrer ouvert tout en assurant la confidentialité.

[201] M. Cappe a également déclaré ce qui suit:

[TRADUCTION]

112. Q. Pour les besoins de la discussion, vous pouvez supposer qu'il a été conclu que la destruction des documents du comité canadien du sang était liée aux demandes d'accès et que la destruction de certains documents, au ministère de la Défense nationale, était liée à certaines demandes d'accès comme les demandes de la commission d'enquête. Dites-vous que lorsque vous avez assumé vos fonctions de greffier, vous ne saviez pas que l'accès avait posé des problèmes majeurs?

R. Je ne l'ignorais pas.

113. Q. Vous le saviez donc.

R. Je le savais.

114. Q. Et ces problèmes d'accès se rapportaient en général [. . .] Je n'essaie pas de vous duper, Monsieur [. . .] ils étaient en général liés aux cas dans lesquels des membres d'un

had taken steps to frustrate a requester's right of access; fair enough?

A. Yes. Yeah.

115. Q. And that they had done so, for whatever reasons of displaced loyalty, in such a manner that it raised serious concerns throughout government. Is that also fair?

A. Sure. This happened prior to the amendment which created a criminal provision for the destruction of documents in the act, and personally I didn't think that was a very good idea to bring such an amendment, but in light of what had happened I could see that that was going to be something which proceeded, and I don't find it offensive because—actually you used very good terminology, I think, when you talked about misplaced loyalties. The loyalty and the duty of the officer is to the truth and speaking truth to power. Honesty and truthfulness are fundamental values of public service. If I was against that provision, it was more because I didn't think it was necessary, except we had these two counter examples, unfortunately.

[202] The sixth contextual consideration is that the issue underlying the investigations other than the investigation into the Black documents request was whether records held exclusively within minister's officers are records under the control of a government institution for the purposes of the Act. As evidenced by a letter dated September 13, 2000 sent to Deputy Heads by the Deputy Clerk and counsel of the Privy Council Office, this was viewed as an important issue of principle for the government. This litigation evidences the fact that the government has taken a strong position on the issue, as it was entitled to do. Mr. Cappe acknowledged on his cross-examination that he discussed the role of outside counsel with the Prime Minister and with the Attorney General, that eminent counsel was selected, and that Mr. Cappe's wish was to ensure that "the ensemble of the government actors here were being as well represented and that there was coherence in the presentation of the government's case".

[203] While I draw no negative or sinister inference from this evidence, the positions held by the government

ministère avaient pris des mesures pour faire obstacle au droit d'accès d'un demandeur, n'est-ce pas?

R. Oui, c'est bien ça.

115. Q. Et ils l'avaient fait, pour des raisons quelconques de loyauté déplacée, de façon que cela avait suscité des préoccupations sérieuses au sein de l'administration. Est-ce exact?

R. Bien sûr. Cela s'est passé avant que l'on effectue, dans la Loi, la modification qui faisait de la destruction de documents une infraction criminelle, et personnellement, je ne croyais pas que c'était une très bonne idée d'effectuer cette modification, mais compte tenu de ce qui était arrivé, je me rendais compte que c'était une chose qui allait être adoptée, et je ne trouve pas cela offensant parce que [ . . . ] en fait, vous vous êtes fort bien exprimé selon moi lorsque vous avez parlé de loyauté déplacée. La loyauté et le sens du devoir de l'employé exigent qu'il dise la vérité et qu'il fasse preuve de franchise envers les personnes ayant autorité. L'honnêteté et la franchise sont des valeurs fondamentales au sein de la fonction publique. Si je m'élevais contre cette disposition, c'était surtout parce que je ne croyais pas qu'elle soit nécessaire, mais malheureusement ces deux cas s'étaient présentés.

[202] La sixième considération contextuelle se rapporte à la question sous-tendant les enquêtes, à part l'enquête sur la demande de documents concernant M. Black, à savoir si les documents qui étaient exclusivement conservés dans le cabinet du ministre sont des documents relevant d'une institution fédérale pour l'application de la Loi. Comme le montre la lettre en date du 13 septembre 2000 envoyée aux administrateurs généraux par le sous-greffier du Bureau du Conseil privé et conseiller juridique, la chose était considérée comme une question de principe importante pour le gouvernement. Le litige montre que le gouvernement a pris une position ferme sur ce point, comme il pouvait à bon droit le faire. Lorsqu'il a été contre-interrogé, M. Cappe a reconnu qu'il avait discuté du rôle d'avocats extérieurs avec le Premier ministre et avec le procureur général, que des avocats éminents avaient été retenus et qu'il voulait s'assurer que [TRADUCTION] «l'ensemble des acteurs de l'État étaient également représentés et que la preuve présentée par le gouvernement était cohérente».

[203] Je ne fais aucune inférence défavorable ou néfaste à partir de cette preuve, mais les positions prises



actors, the importance of the issue raised and the strength of the views held by both the Commissioner and the government actors form part of the relevant context in which the confidentiality orders are to be examined.

[204] Finally, the fact that almost all of the government actors were represented by the same lawyers is a further contextual factor. This is so because counsel who represent multiple entities in the same matter are generally required to share information amongst their clients. To the extent some witnesses were represented by counsel with the Department of Justice, Crown servants are generally required to waive solicitor-client privilege in favour of the Crown.

Does the infringement achieve a constitutionally valid purpose or objective?

[205] Having set out relevant contextual considerations, I move to the first step of the *Oakes* analysis.

[206] The Commissioner asserts that two broad objectives are met by prohibiting witnesses from revealing information disclosed during their testimony. The first objective or purpose of the confidentiality orders is to protect the integrity of the investigations. The second is to preserve the confidentiality of government information.

[207] Protecting the integrity of the investigations can be said to promote seeking and attaining the truth. This has been held to be an inherently good activity and to be a value which underlies the protection of free expression. See: *Irwin Toy, supra*, at page 976. Conducting a thorough and independent review in order to maximize the proper disclosure of government information to access requesters facilitates democracy.

[208] Ensuring that confidential information is not improperly disclosed promotes Parliament's intent that certain information should be protected and promotes the candid and effective functioning of government.

par les acteurs de l'État, l'importance de la question soulevée et la fermeté des opinions exprimées par le commissaire et les acteurs de l'État, font partie du contexte pertinent dans lequel il convient d'examiner les ordonnances de confidentialité.

[204] Enfin, le fait que presque tous les acteurs de l'État étaient représentés par les mêmes avocats constitue un autre facteur contextuel, et ce, parce que les avocats qui représentent de nombreuses entités dans une affaire sont généralement obligés de partager des renseignements entre leurs clients. Dans la mesure où certains témoins sont représentés par des avocats du ministère de la Justice, les préposés de la Couronne sont généralement tenus de renoncer, en faveur de la Couronne, au secret professionnel de l'avocat.

La violation vise-t-elle un but ou un objectif valide sur le plan constitutionnel?

[205] J'ai énoncé les considérations contextuelles pertinentes; je passerai maintenant à la première étape de l'analyse préconisée dans l'arrêt *Oakes*.

[206] Le commissaire affirme que l'on satisfait à deux objectifs généraux en interdisant aux témoins de révéler les renseignements divulgués pendant leur témoignage. Le premier objectif ou but des ordonnances de confidentialité est de protéger l'intégrité des enquêtes. Le deuxième est de garder confidentiels les renseignements de l'administration.

[207] Il est possible de soutenir qu'en protégeant l'intégrité des enquêtes, on encourage la recherche et l'obtention de la vérité. Il a été statué qu'il s'agissait d'une activité qui était bonne en soi et que c'était une valeur sous-tendant la protection de la libre expression. Voir: *Irwin Toy*, précité, à la page 976. Procéder à un examen approfondi indépendant afin de maximiser la divulgation appropriée de renseignements de l'administration aux personnes qui en font la demande, c'est faciliter la démocratie.

[208] En veillant à ce que les renseignements confidentiels ne soient pas divulgués d'une façon inappropriée, on renforce l'intention du législateur, qui voulait que certains renseignements soient protégés, et

[209] Therefore, the objectives sought to be achieved relate to pressing and substantial concerns in a free and democratic society. I conclude that the objectives are of sufficient importance as to warrant, in some circumstances, overriding the constitutionally protected freedom of expression.

#### The Rational Connection

[210] The next step in the inquiry is consideration of whether the means chosen are reasonably and demonstrably justified. This analysis of the proportionality of the measure begins with consideration of the rationality of the measure at issue. The question to be asked is will prohibiting witnesses from revealing information protect the integrity of the investigations and preserve the confidentiality of government information?

[211] The reasons of the Commissioner's delegate shed light on how the orders are viewed to function in order to protect the integrity of the investigations. First, if witnesses could communicate questions asked and answers given on their examination before the Commissioner's delegate, the delegate is less likely to obtain a witness' own independent recollection of events. Second, the orders ensure that a witness may speak freely without fear of employment repercussions. Third, the automatic imposition of a confidentiality order is said to prevent any stigma attaching to a witness who is bound by such an order. The Commissioner says that there would exist a possibility of suspicion attaching to a witness who requested a confidentiality order.

[212] With respect to the object of protecting the confidentiality of government information, the confidentiality orders are said to reflect the Commissioner's obligation to take every reasonable precaution to avoid the disclosure of exempt information. The orders also allow some portion of one witness' evidence to be put to another witness for the

l'on encourage le fonctionnement honnête et efficace de l'administration.

[209] Par conséquent, les objectifs visés se rapportent à des préoccupations urgentes réelles dans une société libre et démocratique. Je conclus que ces objectifs sont suffisamment importants pour l'emporter, dans certaines circonstances, sur la liberté d'expression protégée par la Constitution.

#### Le lien rationnel

[210] L'étape suivante de l'enquête consiste à déterminer si les moyens choisis sont raisonnablement justifiés d'une façon qui puisse se démontrer. Cette analyse de la proportionnalité de la mesure commence par un examen de sa rationalité. Il faut se demander si le fait d'interdire aux témoins de révéler des renseignements protège l'intégrité des enquêtes et préserve la confidentialité des renseignements de l'administration.

[211] Les motifs fournis par le représentant du commissaire jettent la lumière sur la façon dont on considère que les ordonnances fonctionnent en vue de protéger l'intégrité des enquêtes. Premièrement, si les témoins pouvaient communiquer les questions posées et les réponses données lorsqu'ils ont été interrogés par le représentant du commissaire, il serait plus difficile pour celui-ci d'obtenir d'un témoin son propre compte rendu indépendant des événements. Deuxièmement, les ordonnances visent à assurer qu'un témoin puisse parler en toute liberté sans craindre de répercussions sur le plan professionnel. Troisièmement, il est soutenu que l'imposition automatique d'une ordonnance de confidentialité empêche le témoin qui est lié par une telle ordonnance d'être stigmatisé. Le commissaire affirme que si le témoin demandait une ordonnance de confidentialité, la chose pourrait bien éveiller des soupçons.

[212] En ce qui concerne la protection de la confidentialité des renseignements de l'administration, il est affirmé que les ordonnances de confidentialité montrent que le commissaire est tenu de prendre toutes les précautions raisonnables pour éviter la divulgation de renseignements visés par une exception. Les ordonnances permettent également la divulgation d'une

purpose of advancing the investigation.

[213] I am satisfied on the basis of logic and common sense that there is a rational connection between the imposition of a confidentiality order and the protection of both the integrity of the investigations and the confidentiality of at least some information which might otherwise not be protected. These are the purposes of orders issued by courts which govern the confidentiality of certain information and the exclusion of witnesses.

#### Minimal Impairment

[214] The next stage of the *Oakes, supra*, analysis requires the Court to consider whether the confidentiality orders, while rationally connected to the objectives, impair the witnesses' freedom of expression as little as possible.

[215] It is to be noted at the outset that the Supreme Court has observed that it is more difficult to justify a complete ban on a form of expression than a partial ban. See *Thomson, supra*, at paragraph 120. The Supreme Court has, as previously noted, also observed in *Sierra, supra*, that confidentiality orders are to be restricted as much as is reasonably possible. For the reasons that follow, I have concluded that the Commissioner has failed to demonstrate why less restrictive confidentiality orders would not have been equally effective in preserving the integrity of the investigations and preserving the confidentiality of government information. On the basis of that conclusion, it follows that the orders fail on the issue of minimal impairment and that they should be set aside on the terms set out below.

[216] In support of his argument that the orders were demonstrably justifiable, the Commissioner filed the affidavit of Colonel (retired) Michel Drapeau. Colonel Drapeau, based upon his experience and knowledge of the culture of the Canadian Forces and Public Service in general, and the culture prevailing at National Defence Headquarters in particular, and based upon his familiarity with the federal access to information regime,

partie de la preuve d'un témoin à un autre témoin aux fins de l'avancement de l'enquête.

[213] Je suis convaincue, en me fondant sur la logique et sur le bon sens, qu'il existe un lien rationnel entre d'une part l'imposition d'une ordonnance de confidentialité et d'autre part la protection de l'intégrité des enquêtes et la confidentialité de certains renseignements qui ne seraient peut-être pas par ailleurs protégés. Tels sont les buts des ordonnances régissant la confidentialité de certains renseignements et l'exclusion des témoins qui sont rendues par les tribunaux judiciaires.

#### Atteinte minimale

[214] L'étape suivante de l'analyse préconisée dans l'arrêt *Oakes*, précité, exige que la Cour décide si les ordonnances de confidentialité, tout en étant rationnellement liées aux objectifs, portent le moins possible atteinte à la liberté d'expression des témoins.

[215] Il importe au départ de noter que la Cour suprême a fait remarquer qu'il est plus difficile de justifier l'interdiction totale d'une forme d'expression que l'interdiction partielle. Voir *Thomson*, précité, au paragraphe 120. Comme il en a déjà fait mention, la Cour suprême a également fait remarquer, dans l'arrêt *Sierra*, précité, qu'il faut restreindre le plus possible les ordonnances de confidentialité. Pour les motifs ci-après énoncés, j'ai conclu que le commissaire n'a pas démontré pourquoi des ordonnances de confidentialité moins restrictives n'auraient pas été aussi efficaces afin de préserver l'intégrité des enquêtes et la confidentialité des renseignements de l'administration. Compte tenu de cette conclusion, il s'ensuit que les ordonnances ne satisfont pas au critère de l'atteinte minimale et qu'elles devraient être annulées selon les conditions énoncées ci-dessous.

[216] À l'appui de l'argument voulant que les ordonnances soient justifiables d'une façon qui puisse se démontrer, le commissaire a déposé l'affidavit du colonel (à la retraite) Michel Drapeau. Le colonel Drapeau, compte tenu de son expérience et de sa connaissance de la culture des Forces canadiennes et de la fonction publique en général, ainsi que de la culture existant au Quartier général de la Défense nationale en

opined that:

1. The integrity of the Commissioner's investigative function demands that a public official, as witness, be protected from direct or indirect pressures.

2. There is a legitimate concern that public officials may feel pressure from their employers, supervisors, or co-workers, if they provide information to the Commissioner which may not conform to the "official version of events or otherwise displeases co-workers".

3. In the absence of confidentiality restrictions there would be irresistible pressure on witnesses summoned to appear before the Commissioner to be accompanied by a Crown counsel and to inform officials and senior law officers of the Crown of the content of their evidence.

4. Unless information obtained or gathered during the Commissioner's investigations remains private and confidential the public servant as witness risks being labelled as a "maverick" and risks becoming the target of direct or indirect institutional retaliation.

5. Witnesses are less likely to testify candidly and completely if they fear recriminations based on the content of their testimony.

6. For reasons of culture and ethos it is unlikely that career public servants would feel comfortable requesting a confidentiality order.

7. Even where a witness wishes to reveal the content of his or her testimony, by doing so the protection afforded to other witnesses is "potentially threatened". This is because on release of the Commissioner's report a supervisor may be able to attribute particular evidence to specific witnesses by speaking to other witnesses who are willing to share their testimony.

particulier, et compte tenu de sa connaissance du régime fédéral d'accès à l'information, a exprimé l'avis suivant:

1. L'intégrité de la fonction d'enquête du commissaire exige qu'un agent public, en sa qualité de témoin, soit protégé contre les pressions directes et indirectes;

2. On craint légitimement que les agents publics se sentent assujettis à des pressions de la part de leurs employeurs, de leurs superviseurs ou de leurs collègues de travail s'ils fournissent au commissaire des renseignements qui ne sont peut-être pas conformes à la «version officielle des faits ou déplaisent par ailleurs aux collègues»;

3. En l'absence de restrictions relatives à la confidentialité, les témoins qui sont assignés à comparaître devant le commissaire seraient assujettis à des pressions irrésistibles lorsqu'il s'agirait de se faire accompagner par un avocat de la Couronne et d'informer du contenu de leur preuve les agents et les conseillers juridiques principaux de la Couronne;

4. À moins que les renseignements obtenus ou recueillis pendant les enquêtes du commissaire ne soient privés et confidentiels, le fonctionnaire, en sa qualité de témoin, risque d'être considéré comme un «rebelle» et de faire l'objet, directement ou indirectement, de représailles de la part de l'institution;

5. Il est moins probable que les témoins témoignent avec franchise et d'une façon exhaustive s'ils craignent des représailles fondées sur le contenu de leur témoignage;

6. Pour des raisons de culture et d'ethos, il est peu probable que les fonctionnaires de carrière se sentent à l'aise lorsqu'il s'agit de demander une ordonnance de confidentialité;

7. Même lorsqu'un témoin veut révéler le contenu de son témoignage, en le faisant, il «risque de menacer» la protection accordée aux autres témoins, et ce, parce que, lorsque le rapport du commissaire sera rendu public, un superviseur pourra attribuer un élément de preuve particulier à des témoins précis en parlant à d'autres témoins qui sont prêts à partager leur déposition.

[217] Colonel Drapeau's opinion was contradicted by the affidavits of Suzanne Lajoie and Judith Mooney.

[218] Ms. Lajoie worked for nine years in the Access to Information and Privacy Section of the Department of National Defence. From September 1999 to December 2000, she worked first as the Acting Director of Access to Information and Policy in the Department of National Defence and then as the Deputy Coordinator for Access to Information and Privacy in the Department of National Defence. She has been interviewed on numerous occasions by investigators from the office of the Commissioner, and has appeared to give evidence before the Deputy Information Commissioner once and also once before counsel for the Commissioner. It is her evidence that she never felt pressured to tailor her evidence, and never felt pressured to be accompanied by a Crown counsel or to inform anyone of her discussions with the Commissioner's representative. Ms. Lajoie was not aware of any situation where a witness became a target of retaliation as a result of being a witness before the Commissioner. She has never felt the need to ask for a confidentiality order nor was she aware of any incident where another member of the Department of National Defence requested a confidentiality order (although she agreed on cross-examination that she would not know if someone had sought and obtained such an order).

[219] To similar effect was the evidence of Ms. Mooney who is the Director, Access to Information and Privacy Section of the Department of National Defence. She gave as a specific example her decision to release information to a journalist with the *Ottawa Citizen* concerning the award of an untendered contract to One World Communications by Mr. Eggleton who was at that time the Minister of National Defence. It is Ms. Mooney's evidence that at the time of the release both she and the Minister were aware of the political sensitivity of the item, but Ms. Mooney was, she said, not pressured to withhold the information.

[217] Les affidavits de Suzanne Lajoie et de Judith Mooney contredisent l'avis exprimé par le colonel Drapeau.

[218] M<sup>me</sup> Lajoie a travaillé pendant neuf ans à la section de l'accès à l'information et de la protection des renseignements personnels du ministère de la Défense nationale. Du mois de septembre 1999 au mois de décembre 2000, elle a d'abord été directrice intérimaire, Accès à l'information et Politique, au ministère de la Défense nationale, et elle a ensuite été coordonnatrice adjointe, Accès à l'information et protection des renseignements personnels, au ministère de la Défense nationale. Elle a été interrogée à maintes reprises par des enquêteurs du commissariat, et elle a comparu une fois pour déposer devant le sous-commissaire à l'information ainsi qu'une fois devant l'avocat du commissaire. Elle a témoigné ne s'être jamais sentie contrainte d'arranger sa preuve, et elle n'a jamais cru que des pressions étaient exercées pour qu'elle se fasse accompagner par un avocat de la Couronne et pour qu'elle informe qui que ce soit des discussions qu'elle avait eues avec le représentant du commissaire. M<sup>me</sup> Lajoie ne connaissait aucun cas dans lequel une personne avait fait l'objet de représailles parce qu'elle avait témoigné devant le commissaire. Elle n'avait jamais ressenti la nécessité de demander une ordonnance de confidentialité et elle ne connaissait aucun cas dans lequel un autre membre du ministère de la Défense nationale avait demandé une ordonnance de confidentialité (bien qu'elle eût convenu, pendant le contre-interrogatoire, qu'elle ne saurait pas si quelqu'un avait demandé et obtenu pareille ordonnance).

[219] La preuve présentée par M<sup>me</sup> Mooney, qui est directrice, section de l'accès à l'information et de la protection des renseignements personnels, au ministère de la Défense nationale, est similaire. M<sup>me</sup> Mooney a donné comme exemple précis sa décision de divulguer à un journaliste du *Ottawa Citizen* des renseignements au sujet de l'attribution à One World Communications d'un contrat n'ayant pas fait l'objet d'un appel d'offres par M. Eggleton, qui était alors ministre de la Défense nationale. Selon la preuve présentée par M<sup>me</sup> Mooney, au moment de la divulgation, le ministre et elle savaient qu'il s'agissait d'une question délicate sur le plan politique, mais le témoin a affirmé que l'on n'avait pas exercé de

[220] Counsel for the applicants argues that Colonel Drapeau was not qualified to express the opinions which he did because he was not an expert in the public service culture in general. Counsel for the applicants points to the evidence that Colonel Drapeau has only worked in the Public Service for 16 months and that such experience ended in 1993. Colonel Drapeau has never conducted an investigation under the Act, has never been a witness under the Act, and has never spoken to anyone who was a witness. Colonel Drapeau has never worked in the office of a minister of the Crown, the Prime Minister's Office, the Privy Council Office or in the Department of Transport. Since Colonel Drapeau was in the Department of National Defence the persons fulfilling the positions of Minister of National Defence, Deputy Minister of National Defence, Chief of the Defence Staff, and Access to Information and Privacy Coordinator have all changed. Colonel Drapeau admitted on cross-examination that he knows nothing about the investigations that underlie these proceedings.

[221] I am satisfied that Colonel Drapeau's affidavit is admissible to the extent he swears to matters he directly observed and to the extent that he has the expertise to opine on the culture of the Department of National Defence. With respect to the opinion he provides concerning the Department of National Defence, I find his evidence to be generally relevant, of assistance to the Court and that Colonel Drapeau has the necessary expertise to give such evidence. Thus, the criteria established by the Supreme Court of Canada in *R. v. Mohan*, [1994] 2 S.C.R. 9 are met in so far as Colonel Drapeau's opinions relate to the Department of National Defence.

[222] I also find, however, that Colonel Drapeau does not have sufficient recent experience in order to opine on the Public Service generally. Further, his lack of experience working in an office of a minister of the Crown, the Prime Minister's Office or the Privy Council

pressions pour qu'elle refuse de communiquer les renseignements.

[220] L'avocat des demandeurs soutient que le colonel Drapeau n'avait pas les qualités requises pour exprimer les avis qu'il a exprimés, parce qu'il n'avait pas d'expertise en ce qui concerne la culture de la fonction publique en général. Il signale la preuve selon laquelle le colonel Drapeau a uniquement travaillé au sein de la fonction publique pendant 16 mois et que cette expérience a pris fin en 1993. Le colonel Drapeau n'a jamais mené d'enquête en vertu de la Loi, il n'a jamais témoigné en vertu de la Loi et il n'a jamais parlé à qui que ce soit qui était un témoin. Le colonel Drapeau n'a jamais travaillé dans le cabinet d'un ministre, dans le cabinet du Premier ministre, au Bureau du Conseil privé ou au ministère des Transports. Depuis que le colonel Drapeau a quitté le ministère de la Défense nationale, les personnes exerçant les fonctions de ministre de la Défense nationale, de sous-ministre de la Défense nationale, de chef d'état-major de la Défense et de coordonnateur de l'accès à l'information et de la protection des renseignements personnels ne sont plus les mêmes. Pendant le contre-interrogatoire, le colonel Drapeau a admis ne rien savoir des enquêtes qui sous-tendent la présente instance.

[221] Je suis convaincue que l'affidavit du colonel Drapeau est admissible dans la mesure où il fait état de choses que le colonel a directement observées et où le colonel a l'expertise voulue pour exprimer son avis au sujet de la culture au sein du ministère de la Défense nationale. Quant à l'avis exprimé au sujet du ministère de la Défense nationale, je conclus que le témoignage est généralement pertinent, qu'il aide la Cour et que le colonel Drapeau a l'expertise nécessaire pour présenter pareille preuve. Les critères établis par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *R. c. Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9, sont donc respectés en ce qui concerne les avis exprimés par le colonel Drapeau au sujet du ministère de la Défense nationale.

[222] Toutefois, je conclus également que le colonel Drapeau n'a pas suffisamment d'expérience récente afin d'exprimer un avis au sujet de la fonction publique en général. En outre, son manque d'expérience, lorsqu'il s'agit de travailler dans le cabinet d'un ministre, dans le

Office coupled with his lack of direct experience with respect to investigations conducted by the Commissioner, and his lack of knowledge with respect to the investigations at issue, lead me to conclude that his testimony should be given little or no weight as it touches upon the issue of whether less intrusive confidentiality provisions would have been equally effective to achieve the Commissioner's objectives.

[223] Counsel for the Commissioner also argues that the Court may by application of reason and logic conclude that the confidentiality orders were issued on the basis of a reasonable assessment or apprehension of harm. The Commissioner's concern about the possible coercion of witnesses is said not to be speculative, but to be grounded in the observations of Colonel Drapeau and in the cross-examination of Mr. Cappe. Further, in the words of counsel for the Commissioner "when the most powerful men in government make a very public position, as they did in this case, throughout their Departments . . . it is reasonable to assume that others . . . may feel indirectly coerced into adopting positions that are less than fully open". Thus, it is submitted that at least during the currency of any investigation the objectives of preserving the integrity of that investigation "including the need to prevent the tainting of a witness' testimony and to ensure that no employment repercussions flow directly from the witness' testimony" establish that the orders in question minimally impair the right of free expression because no lesser order would be effective.

[224] I accept, as a matter of law, that where it is difficult to empirically prove harm, the Supreme Court of Canada has found it sufficient to apply logic and common sense in order to see whether there has been demonstrable justification of the infringement of a right. However, in the present case, as discussed above, the evidence is that the Commissioner did not issue confidentiality orders to every witness. This practice of

cabinet du Premier ministre ou au Bureau du Conseil privé, auquel viennent s'ajouter son manque d'expérience directe à l'égard des enquêtes menées par le commissaire et son manque de connaissances à l'égard des enquêtes ici en cause, m'amène à conclure qu'il faut accorder peu de poids ou qu'il ne faut accorder aucun poids à son témoignage pour ce qui est de la question de savoir si des dispositions moins attentatoires en matière de confidentialité auraient permis d'une façon aussi efficace la réalisation des objectifs du commissaire.

[223] L'avocat du commissaire affirme également que la Cour peut, en se fondant sur la raison et la logique, conclure que les ordonnances de confidentialité ont été rendues compte tenu d'une appréciation raisonnable du risque de préjudice. Il est soutenu que les craintes que le commissaire a exprimées au sujet de la coercition possible des témoins ne sont pas conjecturales, mais qu'elles sont fondées sur les observations du colonel Drapeau et sur le contre-interrogatoire de M. Cappe. En outre, comme l'a dit l'avocat du commissaire, [TRADUCTION] «lorsque les hommes les plus puissants au sein du gouvernement prennent une position sur laquelle l'attention du public est fortement attirée, comme ils l'ont fait dans ce cas-ci, dans tous les ministères [. . .] il est avec raison possible de supposer que les autres [. . .] peuvent se sentir indirectement contraints à adopter des positions qui sont loin d'être ouvertes». Il est soutenu que, pendant la conduite de l'enquête du moins, les objectifs qui consistent à préserver l'intégrité de cette enquête [TRADUCTION] «y compris la nécessité d'empêcher que le témoignage d'une personne soit vicié et d'assurer que le témoignage de la personne en cause n'ait pas de répercussions directes sur le plan professionnel» établissent donc que les ordonnances en question portent une atteinte minimale à la liberté d'expression parce qu'aucune ordonnance moins rigoureuse ne serait efficace.

[224] Je reconnais, au point de vue juridique, que lorsqu'il est difficile de prouver le préjudice empiriquement, la Cour suprême du Canada a conclu qu'il suffisait d'appliquer la logique et le bon sens afin de déterminer si la violation d'un droit est justifiée d'une façon qui puisse se démontrer. Toutefois, en l'espèce, comme il en a ci-dessus été fait mention, il est établi que le commissaire n'a pas rendu d'ordonnances de

the Commissioner, in my view, refutes any logical inference that in the context of these investigations confidentiality orders must be issued automatically to every witness.

[225] Further, common sense is not to be used as a cover for “unfounded or controversial assumptions” (*Thomson, supra*, at paragraph 116). Where a Court issues a confidentiality order in a judicial proceeding, as a matter of law, the need for such order is required to be “well grounded in the evidence” (see: *Sierra, supra*, at paragraph 54) and a judge is required to consider on the evidence whether reasonable alternatives are available. While the investigations before me are indeed at the investigative stage and are not conducted in the context of a judicial process, it remains that the need for a confidentiality order is a matter capable of being established by evidence and by the inferences which may properly be drawn from evidence. Put more simply, the potential for harm is something that can be established on evidence and therefore should be proven, not assumed.

[226] I therefore conclude that in circumstances where the Commissioner’s delegate did not impose confidentiality orders on all of the witnesses who appeared before him in these investigations, and where in other contexts courts do require evidence in order to substantiate the need for a confidentiality order, I am not satisfied that the Commissioner may rely only upon the contextual factors, logic and common sense in order to meet his burden of demonstrably justifying the confidentiality orders.

[227] On the basis of the totality evidence that is before me, and having regard to logic and common sense, I conclude that the confidentiality orders are overbroad in at least the following respects.

[228] First, it was the position of the Commissioner when examining each individual applicant that the same broad orders should issue to all of these individual

confidentialité pour chaque témoin. À mon avis, cette pratique du commissaire réfute toute inférence logique selon laquelle, dans le contexte des enquêtes ici en cause, des ordonnances de confidentialité doivent être automatiquement rendues pour chaque témoin.

[225] En outre, le sens commun ne doit pas être invoqué pour masquer «des suppositions sans fondement ou controversées» (*Thomson*, précité, au paragraphe 116). Lorsqu’un tribunal judiciaire rend une ordonnance de confidentialité dans une procédure, sur le plan du droit, la nécessité de cette ordonnance doit être «bien étayé[e] par la preuve» (voir: *Sierra*, précité, au paragraphe 54) et le juge est tenu de se demander, eu égard à la preuve, s’il existe d’autres solutions raisonnables. Les enquêtes ici en cause sont de fait encore en cours et ne sont pas menées dans le contexte d’une procédure judiciaire, mais il reste que la nécessité d’une ordonnance de confidentialité est une question qui peut être établie par la preuve et par les inférences qui peuvent à juste titre être tirées de la preuve. Autrement dit, la possibilité d’un préjudice est une chose qui peut être établie selon la preuve et qui doit donc être prouvée plutôt que d’être présumée.

[226] Je conclus donc qu’étant donné que le représentant du commissaire n’a pas imposé d’ordonnances de confidentialité à tous les témoins qui ont comparu devant lui dans ces enquêtes, et qu’étant donné que, dans d’autres contextes, les tribunaux judiciaires exigent de fait une preuve afin de justifier la nécessité d’une ordonnance de confidentialité, je ne suis pas convaincue que le commissaire puisse uniquement se fonder sur les facteurs contextuels, sur la logique et sur le bon sens afin de satisfaire à l’obligation de justifier les ordonnances de confidentialité d’une façon qui puisse se démontrer.

[227] Compte tenu de l’ensemble de la preuve qui a été mise à ma disposition et en me fondant sur la logique et le bon sens, je conclus que les ordonnances de confidentialité ont une portée trop générale, du moins en ce qui concerne les aspects ci-après mentionnés.

[228] Premièrement, le commissaire a pris la position selon laquelle, en interrogeant chaque demandeur individuel, des ordonnances générales identiques



applicants. The applicants then bore the onus of justifying to the Commissioner any departure from that default position. The default position ordered witnesses not to reveal “any information disclosed during my confidential testimony in this matter including the evidence given by me”. The requests that were made for less restrictive orders are set out above. They were denied where the requesters failed to convince the Commissioner’s delegate that communication was required. Thus, for example, the Clerk of the Privy Council’s request to communicate confidential information to the Prime Minister was refused because the Commissioner’s delegate concluded that no specific need had been shown for the Prime Minister to be made privy to the information.

[229] While the request of the Prime Minister’s Chief of Staff that he be permitted to communicate with the Prime Minister was allowed, it was allowed on the basis that the Prime Minister must undertake not to communicate this information to his Cabinet. As noted above, the reasons of the Commissioner’s delegate were:

Taking into account the unique relationship of loyalty and trust which must exist between a Prime Minister and his senior political adviser, I consider it appropriate to exercise my discretion in favour of permitting the witness to communicate information deriving from the confidential proceeding to the Prime Minister. However, no evidence was presented to support the request that the Prime Minister be given the authority to communicate confidential information to any or all members of his Cabinet. Given the nature of the proceeding and the requirements of s. 35, I consider that granting the request would not be consistent with my obligation to protect the confidentiality and the integrity of this investigation.

[230] The request to add a fifth lawyer to the list of the applicants’ lawyers at Borden Ladner Gervais LLP was denied because no “pressing need” for another lawyer had been demonstrated.

devaient être rendues pour tous ces demandeurs individuels. Les demandeurs avaient ensuite l’obligation de justifier, aux yeux du commissaire, toute dérogation. Il était ordonné aux témoins de ne pas révéler [TRADUCTION] «les renseignements divulgués au cours du témoignage confidentiel présenté dans l’affaire, y compris la preuve soumise». Il a ci-dessus été fait mention des demandes qui ont été faites pour que des ordonnances moins restrictives soient rendues. Ces demandes ont été refusées parce que les demandeurs d’accès n’avaient pas réussi à convaincre le représentant du commissaire de la nécessité de la communication. Ainsi, la demande que le greffier du Conseil privé avait faite pour communiquer des renseignements confidentiels au premier ministre a été refusée parce que le représentant du commissaire avait conclu qu’il n’avait pas été démontré qu’il était expressément nécessaire de faire connaître au premier ministre les renseignements en question.

[229] Il a été fait droit à la demande que le chef du cabinet du Premier ministre avait faite pour être autorisé à communiquer des renseignements au Premier ministre, mais il y a été fait droit à condition que le Premier ministre s’engage à ne pas communiquer ces renseignements à son cabinet. Comme il en a ci-dessus été fait mention, le représentant du commissaire a énoncé les motifs suivants:

[TRADUCTION] Compte tenu de la relation de loyauté et de confiance unique en son genre qui doit exister entre un Premier ministre et son conseiller politique principal, j’estime qu’il convient d’exercer mon pouvoir discrétionnaire afin de permettre au témoin de communiquer au Premier ministre les renseignements révélés dans le cadre de la procédure confidentielle. Toutefois, aucune preuve n’a été présentée à l’appui de la demande qui a été faite pour que le Premier ministre soit autorisé à communiquer des renseignements confidentiels aux membres de son cabinet. Étant donné la nature de la procédure et les exigences de l’article 35, je considère que l’octroi de la demande ne serait pas compatible avec l’obligation qui m’incombe de protéger la confidentialité et l’intégrité de cette enquête.

[230] La demande concernant l’ajout d’un cinquième avocat à la liste des avocats des demandeurs, chez Borden Ladner Gervais LLP, a été refusée parce qu’il n’avait pas été démontré qu’il était «absolument nécessaire» d’avoir un autre avocat.

[231] From the evidence as to how the orders were imposed and how the requests to vary them were treated, I conclude that the Commissioner's delegate reversed the process and failed to recognize the obligation upon him to justify a measure which infringed the witness' right of free speech.

[232] Instead of justifying to the applicants why blanket orders were required, the Commissioner's delegate required the applicants to justify why they should be permitted to exercise their right of free expression. The Charter and jurisprudence of the Supreme Court of Canada establish that it is the person who wishes to impair a protected freedom who bears the onus of justifying such impairment.

[233] As well, on the basis of the evidence before me the confidentiality orders went further than was reasonably necessary in order to achieve the Commissioner's objects.

[234] In this regard there is no cogent evidence as to why the confidentiality orders were of unlimited duration in time such that they would continue, unless varied, after the Commissioner's investigation had concluded.

[235] The Commissioner argues that in *Rubin* (1994), *supra*, the Federal Court of Appeal concluded that the integrity of the investigative process requires that a complainant never be entitled to see the representations made to the Commissioner in respect of his or her complaint. This is, however, distinguishable in my view from the case where a witness wishes to speak of their own free will of their own testimony or observations. *Rubin* (1994) dealt with a situation where a complainant sought to learn the confidential evidence or information of another.

[236] The Commissioner also argues that the concern that a witness' testimony might result in employment repercussions justifies an order of unlimited duration. It is noted that issues around a particular access request may extend for months or years after the conclusion of the investigation. Further, it is argued that the existence

[231] En me fondant sur la preuve relative à la façon dont les ordonnances ont été imposées et à la façon dont les demandes visant leur modification ont été traitées, je conclus que le représentant du commissaire a inversé le processus et a omis de reconnaître l'obligation qu'il avait de justifier une mesure qui portait atteinte à la liberté d'expression du témoin.

[232] Au lieu d'expliquer aux demandeurs pourquoi il fallait rendre des ordonnances générales, le représentant du commissaire a obligé les demandeurs à expliquer pourquoi ils devaient être autorisés à exercer leur droit à la liberté d'expression. La Charte et la jurisprudence de la Cour suprême du Canada établissent que c'est la personne qui veut porter atteinte à la liberté protégée qui a l'obligation de justifier pareille atteinte.

[233] De plus, selon la preuve mise à ma disposition, les ordonnances de confidentialité allaient plus loin que ce qui était raisonnablement nécessaire pour atteindre les objectifs du commissaire.

[234] Sur ce point, il n'existe pas de preuve convaincante montrant pourquoi les ordonnances de confidentialité s'appliquaient pour une durée indéfinie, de sorte qu'elles continuaient à s'appliquer, à moins d'être modifiées, après la fin de l'enquête du commissaire.

[235] Le commissaire soutient que, dans l'arrêt *Rubin* (1994), précité, la Cour d'appel fédérale a conclu que l'intégrité du processus d'enquête exige que le plaignant n'ait jamais le droit de prendre connaissance des observations présentées au commissaire au sujet de sa plainte. Toutefois, il est à mon avis possible de faire une distinction à l'égard du cas dans lequel un témoin veut parler de son propre chef de son propre témoignage ou de ses propres observations. L'affaire *Rubin* (1994) se rapportait à un cas dans lequel le plaignant cherchait à connaître la preuve ou les renseignements confidentiels d'une autre personne.

[236] Le commissaire soutient également que la crainte que la déposition d'un témoin puisse avoir des répercussions professionnelles justifie une ordonnance d'une durée indéfinie. Il fait remarquer que les questions entourant une demande d'accès particulière peuvent continuer à se poser plusieurs mois ou plusieurs années

of such orders provides assurances to those who may be involved in future investigations that their testimony can be protected indefinitely if necessary.

[237] I do not accept this argument as being sufficient to justify the unlimited time duration of the confidentiality orders. In my view, the concern expressed by the Commissioner is not well grounded in the evidence. None of the applicants have expressed this concern. Further, practically speaking supervisors move, employees change positions, policies evolve, ministers and prime ministers change. None of these practical considerations are reflected in an order that does not expire.

[238] To the extent that the Commissioner relies upon the need to protect future investigations, this concern has not been found sufficient to justify the exemption of information from release under the Act or under the *Privacy Act*. In *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2003] 1 F.C. 219 the Federal Court of Appeal wrote, at paragraph 12:

Fourth, the chilling effect disclosure might have on possible future investigations has been consistently denied as a ground for refusing disclosure (see *Rubin v. Canada (Minister of Transport)*, [1998] 2 F.C. 430 (C.A.), at paragraphs 45-46; *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Immigration and Refugee Board)*, *supra*, at paragraph 45; *Lavigne, supra*). I appreciate that these decisions were rendered in the context of paragraph 16(1)(c) of the Access Act and of paragraph 22(1)(b) of the *Privacy Act*, but the principles they set out with respect to investigative bodies involved in the detection of crime or law enforcement are even more applicable to informal investigations of an administrative nature such as in the case at bar. If Parliament is prepared to protect the identity of a confidential source of information only during the course of “lawful investigations” contemplated by these paragraphs, one can hardly make a policy argument that it is necessary to protect the name of a witness in an informal inquiry in order to avoid jeopardizing the conduct of such inquiries in the future. [Underlining added.]

après la fin de l'enquête. En outre, il est soutenu que l'existence de pareilles ordonnances garantit aux personnes qui peuvent être en cause dans des enquêtes futures que leur témoignage peut être protégé indéfiniment au besoin.

[237] Je ne crois pas que cet argument soit suffisant pour justifier la durée indéfinie des ordonnances de confidentialité. À mon avis, la préoccupation exprimée par le commissaire n'est pas fondée sur la preuve. Aucun des demandeurs n'a exprimé pareille crainte. En outre, en pratique, les superviseurs sont mutés, les employés changent de poste, les politiques évoluent, les ministres et les premiers ministres changent. Or, une ordonnance qui n'a pas de date d'expiration ne tient compte d'aucune de ces considérations pratiques.

[238] Dans la mesure où le commissaire se fonde sur la nécessité de protéger des enquêtes futures, cette préoccupation n'a pas été jugée suffisante pour justifier l'application d'une exception à la communication prévue par la Loi ou par la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. Dans l'arrêt *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2003] 1 C.F. 219, la Cour d'appel fédérale a dit ce qui suit, au paragraphe 12:

Quatrièmement, l'effet d'intimidation que la communication des renseignements pourrait avoir sur d'éventuels participants à de futures enquêtes a toujours été écarté en tant que motif de refuser la communication (voir l'arrêt *Rubin c. Canada (Ministre des Transports)*, [1998] 2 C.F. 430 (C.A.), aux paragraphes 45 et 46, et les jugements *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Commission de l'immigration et du statut de réfugié)*, précité, au paragraphe 45; et *Lavigne*, précité). Si j'ai bien compris, ces décisions portaient sur l'alinéa 16(1)c) de la *Loi sur l'accès à l'information* et sur l'alinéa 22(1)b) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, mais les principes qui y sont exposés au sujet des organismes d'enquête qui s'occupent du dépistage et de la répression du crime s'appliquent encore plus aux enquêtes administratives informelles comme celle qui nous intéresse en l'espèce. Si le législateur fédéral est disposé à protéger l'identité d'une source de renseignements confidentielle uniquement au cours des «enquêtes licites» envisagées par ces dispositions, on ne peut guère invoquer l'argument de principe suivant lequel il est impératif de protéger le nom des personnes qui témoignent dans une enquête informelle pour éviter de compromettre à l'avenir le déroulement de ces enquêtes. [Non souligné dans l'original.]

I do not accept the need to protect future investigations to justify an order of unlimited duration.

[239] Aside from the duration of the confidentiality orders, the orders are, in my view, also overbroad to the extent that they contain provisions which are unnecessary in order to fulfill the objectives of the orders. In this regard:

1. The evidence establishes that communication now prohibited between some applicants and certain individuals would not give rise to any concern that the evidence of a witness or a potential witness would be tainted. See, for example, the confidential transcript of the confidential proceedings involving Mr. Pelletier at pages 55-56.

2. The evidence establishes that certain witnesses did not need to speak to the Commissioner's delegate in private in order to be protected from coercive influences. See, for example, the confidential transcript of the confidential proceedings involving Mr. Pelletier at pages 55-56. None of the applicants expressed this concern. The offices which at least some of the applicants held are such that it is not possible to presume they are susceptible to coercion.

3. The evidence does not establish that all of these applicants would improperly disclose confidential government information unless the confidentiality orders were imposed.

4. The evidence does not establish that disclosure of information concerning the manner in which the proceedings were conducted, the role counsel was permitted to play, the nature of objections made by counsel, and the rulings given in response to such objections would impair the integrity of the investigations.

[240] With respect to the Commissioner's position that it is necessary for every witness to be covered by a confidentiality order in order to avoid a stigma attaching to witnesses who were subject to such orders, it is significant that counsel for the Commissioner did not

Je ne crois pas que la nécessité de protéger des enquêtes futures justifie une ordonnance d'une durée indéfinie.

[239] À part leur durée, les ordonnances de confidentialité ont également, à mon avis, une portée trop générale dans la mesure où elles contiennent des dispositions qui ne sont pas nécessaires afin d'atteindre les objectifs visés. À cet égard:

1. La preuve établit que la communication maintenant prohibée entre certains demandeurs et certaines personnes ne susciterait aucune crainte que la preuve d'un témoin existant ou éventuel soit viciée. Voir, par exemple, la transcription confidentielle des procédures confidentielles mettant en cause M. Pelletier aux pages 55 et 56;

2. La preuve établit que certains témoins n'avaient pas besoin de parler en secret au représentant du commissaire afin d'être protégés contre des influences coercitives. Voir, par exemple, la transcription confidentielle des procédures confidentielles mettant en cause M. Pelletier, aux pages 55 et 56. Aucun des demandeurs n'a exprimé pareille préoccupation. Les fonctions exercées par certains des demandeurs du moins sont telles qu'il n'est pas possible de présumer que ceux-ci peuvent être assujettis à la coercition;

3. La preuve n'établit pas que tous les demandeurs ici en cause divulgueraient d'une façon inappropriée des renseignements confidentiels de l'administration à moins que les ordonnances de confidentialité ne soient imposées;

4. La preuve n'établit pas que la divulgation des renseignements concernant la façon dont les procédures étaient menées, le rôle que les avocats étaient autorisés à avoir, la nature des objections soulevées par les avocats et les décisions rendues en réponse à pareilles objections porterait atteinte à l'intégrité des enquêtes.

[240] Quant à la position du commissaire selon laquelle il faut que chaque témoin soit assujetti à une ordonnance de confidentialité afin d'éviter que les témoins faisant l'objet de pareilles ordonnances soient stigmatisés, il importe de noter que l'avocat du

point to any occasion where the Commissioner's delegate gave this as a reason for the issuance of an order. Colonel Drapeau did not give evidence to this effect, he merely opined that public servants and members of the Canadian Forces would be unlikely to feel comfortable requesting an order of confidentiality. The Commissioner did not impose confidentiality orders upon every witness. Accordingly, the evidence does not support the argument that blanket orders were required such that nothing less would achieve the expressed objectives.

[241] To the extent confidentiality orders restricted communication in circumstances where there was no reasonable concern that such communication would impair the investigation or would result in the improper disclosure of confidential information, the orders were, in my view, an impermissible restriction on the witnesses' freedom of expression.

[242] With respect to the Commissioner's concerns of improper disclosure of government information, it is to be remembered that the Federal Court of Appeal has held that the Commissioner is not entitled to put information before a witness which may be exempt from disclosure under the Act. Further, many of the witnesses who appeared before the Commissioner's delegate were subject to confidentiality obligations independent of any imposed by the Commissioner. In consequence, the need to protect information would not arise in every examination. To the extent that it did, a confidentiality order would, in my view, be justified with respect to that specific information so long as the order went no further than was reasonably required to protect the confidential information.

[243] Two final points are to be made. First, the Commissioner argues that in lieu of applying the *Oakes* analysis, the analysis of the Supreme Court in *Sierra*, *supra* should be applied in order to determine whether the confidentiality orders are justified. Because *Sierra* was decided in circumstances where there is a

commissaire n'a pas signalé de cas dans lequel le représentant du commissaire avait invoqué ce motif à l'appui de la délivrance d'une ordonnance. Le colonel Drapeau n'a pas présenté de preuve en ce sens; il a simplement exprimé l'avis selon lequel les fonctionnaires et les membres des Forces canadiennes ne se sentiraient probablement pas à l'aise s'ils demandaient une ordonnance de confidentialité. Le commissaire n'a pas imposé d'ordonnances de confidentialité à chaque témoin. La preuve n'étaye donc pas l'argument selon lequel il fallait rendre des ordonnances générales, puisque rien de moins ne permettrait d'atteindre les objectifs exprimés.

[241] Dans la mesure où les ordonnances de confidentialité restreignaient la communication, alors que rien ne permettait raisonnablement de craindre que pareille communication nuise à l'enquête ou entraîne la divulgation illégitime de renseignements confidentiels, les ordonnances constituaient à mon avis une restriction injustifiable de la liberté d'expression des témoins.

[242] Quant aux préoccupations manifestées par le commissaire au sujet de la divulgation illégitime de renseignements de l'administration, il faut se rappeler que la Cour d'appel fédérale a statué que le commissaire n'est pas autorisé à faire part à un témoin de renseignements qui peuvent être visés par une exception à la communication prévue par la Loi. En outre, un grand nombre des témoins qui ont comparu devant le représentant du commissaire étaient assujettis à des obligations de confidentialité indépendantes de toute obligation imposée par le commissaire. Il ne serait donc pas nécessaire de protéger les renseignements pour chaque interrogatoire. S'il était nécessaire de le faire, une ordonnance de confidentialité serait à mon avis justifiée à l'égard de ce renseignement précis, à condition que l'ordonnance n'aille pas plus loin que ce qui est raisonnablement nécessaire pour protéger les renseignements confidentiels.

[243] Deux derniers points doivent être soulevés. Premièrement, le commissaire affirme qu'au lieu d'appliquer l'analyse préconisée dans l'arrêt *Oakes*, il faudrait appliquer l'analyse effectuée par la Cour suprême dans l'arrêt *Sierra*, précité, afin de déterminer si les ordonnances de confidentialité sont justifiées. Étant

presumption of open proceedings, and no such presumption attaches to the Commissioner's confidential investigation, I am not convinced that the *Sierra* analysis is more appropriate than the *Oakes* analysis. Nor am I convinced that any different conclusion would result if the *Sierra* analysis was applied. I am satisfied, however, that it is not wrong in law to apply the *Oakes* analysis and I have so proceeded.

[244] The second point is that four of the five investigations are ongoing. As counsel for the Commissioner observed, with respect to those ongoing investigations the Court does not know the Commissioner's investigational plan, what witnesses may need to be recalled, what further witnesses will be required, or what, if any, conflicts exist in the testimony given to date. In that context I am not prepared to order that the confidentiality orders be quashed with immediate effect out of concern that such an order could jeopardize the ongoing investigations. In my view, the public interest in preserving the integrity of the Commissioner's investigations justifies making an order quashing the confidentiality orders, but on terms that the operation of such order be suspended for a period of 30 days from the date of these reasons. Such date may be extended by the Court if so convinced on proper motion brought by the Commissioner. The purpose of this suspension is to permit the Commissioner to consider the need for confidentiality orders and, if still required, to issue orders which are not overbroad in scope and which are demonstrably justified. It is a term the Court may impose as contemplated by rule 53 of the *Federal Court Rules, 1998* [SOR/98-106].

(iv) Conclusion re Group B

[245] On the basis of the analysis set out above, I have concluded that the confidentiality orders did more than bring home to a witness their obligations under the Act, but that the Commissioner's delegate was authorized

donné que le jugement *Sierra* a été prononcé dans ces circonstances où il existe une présomption de procédures ouvertes et qu'aucune présomption de ce genre ne s'applique à l'enquête confidentielle du commissaire, je ne suis pas convaincue que l'analyse prônée dans l'arrêt *Sierra* soit plus appropriée que l'analyse effectuée dans l'arrêt *Oakes*. Je ne suis pas non plus convaincue que la conclusion serait différente si l'analyse énoncée dans l'arrêt *Sierra* était employée. Toutefois, je crois qu'il n'est pas erroné en droit d'appliquer l'analyse *Oakes* et c'est ce que j'ai fait.

[244] Deuxièmement, quatre des cinq enquêtes sont en cours. Comme l'avocat du commissaire l'a fait remarquer, en ce qui concerne ces enquêtes, la Cour ne connaît pas le plan d'enquête du commissaire, elle ne sait pas quels témoins devront peut-être de nouveau être assignés, quels autres témoins devront déposer, ou quels sont les conflits qui existent le cas échéant dans les témoignages présentés jusqu'ici. Cela étant, je ne suis pas prête à ordonner que les ordonnances de confidentialité soient annulées, l'annulation devant prendre effet immédiatement, pour le motif que pareille ordonnance pourrait nuire aux enquêtes en cours. À mon avis, l'intérêt public, lorsqu'il s'agit de préserver l'intégrité des enquêtes du commissaire, justifie le prononcé d'une ordonnance annulant les ordonnances de confidentialité, mais à condition que l'application de cette ordonnance soit suspendue pour une période de 30 jours à compter de la date des présents motifs. Cette date pourra être prorogée par la Cour, si elle le juge indiqué, sur présentation d'une requête appropriée par le commissaire. La suspension vise à permettre au commissaire de tenir compte de la nécessité des ordonnances de confidentialité et, si la chose est encore nécessaire, de rendre des ordonnances qui n'ont pas une portée trop générale et dont la justification peut se démontrer. C'est une condition que la Cour peut imposer selon la règle 53 des *Règles de la Cour fédérale (1998)* [DORS/98-106].

(iv) Conclusion relative au groupe B

[245] En me fondant sur l'analyse susmentionnée, j'ai conclu que les ordonnances de confidentialité faisaient plus que de bien faire comprendre à un témoin les obligations qui lui incombent en vertu de la Loi, mais

under the Act to issue confidentiality orders. However, the orders at issue breached the right of the individual applicants to freedom of expression. Such orders were overbroad and so were not a reasonable limit prescribed by law so as to be valid pursuant to the provisions of section 1 of the Charter. In the result, the confidentiality orders should be set aside, but on condition. That condition is that the order quashing the confidentiality orders will only take effect 31 days after the date of the order embodying this decision. The 30-day period of suspension will permit the Commissioner to consider the need for confidentiality orders and, if required, to issue orders which are not overbroad and which are justified on the evidence before the Commissioner.

---

Editor's note (replaces paragraphs 246 to 326):

Paragraphs 246 to 291 deal with the copying of records. Copies of certain documents were provided to the Commissioner in response to a *subpoena duces tecum*, with requests that they be returned within a specified time period, and that the Commissioner not copy any document so provided. The Commissioner took the position that he would not be bound by any such conditions.

It was first determined that the Commissioner should be granted leave to be the respondent in these applications. Second, it was determined that even though the investigation in relation to the Black document requests has been completed, the application for judicial review in relation to these requests was not moot. Since the evidence was that the copies had neither been returned nor destroyed, the dispute was not academic and the relief sought would have a practical effect with respect to the copies made and retained by the Commissioner.

Following a pragmatic and functional analysis, it was determined that correctness was the appropriate standard of review to be applied to the Commissioner's decision that the Act allowed him to copy records produced

que la Loi autorisait le représentant du commissaire à rendre des ordonnances de confidentialité. Toutefois, les ordonnances en cause portaient atteinte à la liberté d'expression reconnue aux demandeurs individuels. Ces ordonnances avaient une portée trop générale et elles ne constituaient donc pas, selon une règle de droit, une limite raisonnable, de façon à être valides conformément aux dispositions de l'article premier de la Charte. Par conséquent, les ordonnances de confidentialité doivent être annulées, mais à une condition, à savoir que l'ordonnance annulant les ordonnances de confidentialité ne prendra effet que 31 jours après la date de l'ordonnance faisant état de la décision. Le délai de 30 jours permettra au commissaire de déterminer s'il est nécessaire de rendre des ordonnances de confidentialité et, dans l'affirmative, de rendre des ordonnances dont la portée n'est pas trop générale et qui sont justifiées eu égard à la preuve dont dispose le commissaire.

---

Note de l'arrêtiste (remplace les paragraphes 246 à 326):

Les paragraphes 246 à 291 traitent de la reproduction de documents. Des copies de certaines pièces ont été fournies au commissaire, en réponse à un *subpoena duces tecum*, accompagnées de demandes pour qu'elles soient renvoyées dans un certain délai et que le commissaire ne reproduise pas les pièces ainsi fournies. Le commissaire a pris la position selon laquelle il n'était pas lié par de telles conditions.

Il a d'abord été décidé d'autoriser la désignation du commissaire à titre de défendeur dans ces demandes. Deuxièmement, il a été décidé que, même si l'enquête relative aux demandes de documents concernant M. Black était terminée, la demande de contrôle judiciaire y afférente n'avait pas simplement un intérêt théorique. Puisque la preuve démontrait que les copies n'avaient pas été renvoyées ni détruites, le litige n'était pas simplement théorique et la réparation demandée aurait un effet pratique en ce qui concerne les copies que le commissaire a faites et conservées.

À la suite d'une analyse pragmatique et fonctionnelle, il a été décidé que la norme de la décision correcte était la norme de contrôle applicable à la décision du commissaire selon laquelle la Loi l'autorisait à reproduire

pursuant to subpoena. Given the purpose of the Commissioner's investigation, the power to photocopy is required as a matter of practical necessity in order for the Commissioner to conduct his investigation and further function effectively and efficiently. It is not contrary to the scheme of the Act to imply this power. Rather, it facilitates the Commissioner's ability to provide evidence. Since the Commissioner is obliged under the Act to return documents upon request to the provider of the document, allowing the Commissioner to retain a copy will ensure his ability to establish the grounds for findings and recommendations and to put before the Court evidence given in proceedings. Furthermore, implying the power to photocopy documents is consistent with the purpose of the Act to provide a meaningful right of access and to provide citizens with a thorough investigation of the complaints concerning access. Finally, subsection 36(5) of the Act does not require the Commissioner to return copies he may have made of documents provided to him because those copies were not "produced" pursuant to section 36.

Paragraphs 292 to 326 deal with the propriety of questions applications. These two applications for declaratory relief relate to the propriety of certain questions put to Jean Pelletier and to the Honourable Art Eggleton when they gave evidence under oath before the Commissioner's delegate pursuant to subpoenas served upon them. The questions put to them called for their opinion on certain matters and/or comment on the opinion of another.

The Commissioner was granted leave to be the respondent in these applications. Since Mr. Pelletier was ultimately not required to answer the questions at issue put to him, and because Mr. Eggleton answered the questions at issue put to him, it was agreed that these issues were moot. The question was whether the Court should exercise its discretion to determine the issues nevertheless. The criteria defined in *Borowski v. Canada (Attorney General)*, were applied. The necessary adversarial relationship existed. Upon consideration of the following factors, it was determined that there were

les documents produits à la suite de la délivrance d'un subpoena. Vu le but de l'enquête du commissaire, le pouvoir de photocopier est en pratique nécessaire pour que le commissaire puisse mener son enquête et s'acquitter d'autres fonctions d'une façon efficace et efficiente. Il n'est pas contraire au régime de la Loi de présumer l'existence de ce pouvoir. Il permet plutôt plus facilement au commissaire de présenter des éléments de preuve. Puisque le commissaire est obligé, en vertu de la Loi, de renvoyer sur demande les documents à celui qui les a fournis, le fait de permettre au commissaire de conserver une copie assurera que celui-ci est capable de motiver ses conclusions et recommandations et de présenter à la Cour la preuve fournie dans les procédures. En outre, présumer l'existence d'un pouvoir de photocopier des documents est conforme à l'objet de la Loi qui est d'accorder un droit d'accès réel et d'assurer aux citoyens la tenue d'une enquête approfondie sur les plaintes qu'ils déposent en matière d'accès. Enfin, le paragraphe 36(5) de la Loi n'exige pas que le commissaire renvoie les copies des pièces qui lui ont été fournies parce que ces copies n'ont pas été «produites» conformément à l'article 36.

Les paragraphes 292 à 326 traitent des demandes relatives au bien-fondé des questions. Ces deux demandes visant l'obtention d'un jugement déclaratoire portent sur le bien-fondé de certaines questions posées à Jean Pelletier et à l'honorable Art Eggleton, lorsqu'ils ont déposé sous serment devant le représentant du commissaire conformément aux subpoenas qui leur avaient été signifiés. Les questions qui leur ont été posées visaient à connaître leur opinion sur certains points et leurs commentaires au sujet de l'opinion exprimée par l'autre témoin.

L'autorisation de constituer le commissaire comme défendeur dans ces demandes a été accordée. Puisque, en fin de compte, M. Pelletier n'était pas obligé de répondre aux questions en litige qui lui étaient posées et parce que M. Eggleton a répondu à ces questions, il a été convenu que ces questions n'avaient plus qu'un intérêt théorique. Il s'agissait de savoir si la Cour devait néanmoins exercer son pouvoir discrétionnaire pour trancher les questions. Les critères définis dans l'arrêt *Borowski c. Canada (Procureur général)*, ont été appliqués. Le rapport contradictoire nécessaire existait.



no special circumstances warranting adjudication of the moot questions: (1) considering the broad powers conferred on the Commissioner with respect to the investigation he is required to conduct, the Court should be slow to intervene in the exercise of the Commissioner's discretion as to what evidence he sees fit to accept; (2) the questions were challenged on grounds of relevance only; (3) evidentiary rulings should not be challenged until the final decision is made—here, one investigation is ongoing, in the other, Mr. Pelletier was never required to answer the questions; (4) the applicants have failed to establish that there was a likelihood of the questions recurring in circumstances where a ruling on the propriety of these questions would be determinative of subsequent disputes; the applicants have failed to establish that the taking of improper evidence would escape judicial review if the improper evidence was material to the final decision. Finally, given the lack of precedential value of a ruling made herein, the Court saw no public interest which would warrant determining the issues raised in these applications.

Après examen des facteurs suivants, il a été décidé qu'il n'existait pas de circonstances particulières justifiant à la Cour de se prononcer sur les questions n'ayant plus qu'un intérêt théorique: 1) compte tenu des larges pouvoirs conférés au commissaire à l'égard de l'enquête qu'il doit mener, la Cour doit hésiter à intervenir lorsque celui-ci exerce son pouvoir discrétionnaire pour déterminer quelle preuve il juge bon de recevoir; 2) les questions n'ont été contestées que pour des motifs de pertinence; 3) les décisions relatives à la preuve ne doivent pas être contestées tant que la décision finale n'est pas rendue—en l'espèce, une enquête est en cours, dans l'autre, M. Pelletier n'a jamais été obligé de répondre aux questions; 4) les demandeurs n'ont pas établi qu'il était probable que les questions se posent de nouveau dans des circonstances où une décision sur leur bien-fondé serait déterminante dans des litiges subséquents; ils n'ont pas démontré que la réception des éléments de preuve inappropriés échapperait au contrôle judiciaire si ces éléments de preuve étaient importants pour ce qui est de la décision finale. Enfin, vu qu'une décision rendue en l'espèce n'a pas valeur de précédent, la Cour n'a pu constater aucun intérêt public justifiant la résolution des questions soulevées dans ces demandes.

## 9. GROUP E: THE SOLICITOR-CLIENT APPLICATION

### (i) Additional facts

[327] This application for judicial review arises out of the investigation by the Commissioner into the complaints arising out of the responses by the head of the Privy Council Office to the Prime Minister's agenda requests.

[328] In the course of investigating these complaints, the Commissioner's delegate served Mr. Cappe with a *subpoena duces tecum* which required him to attend to give evidence before the Commissioner's delegate and to bring with him certain records. The terms of the subpoena have previously been set out in these reasons with respect to the Group C applications, but are repeated here for ease of reference:

All records (as that term is defined in section 3 of the Act) under the control of the Privy Council Office containing information relating to:

## 9. GROUPE E: DEMANDE RELATIVE AU SECRET PROFESSIONNEL DE L'AVOCAT

### i) Autres faits

[327] Cette demande de contrôle judiciaire découle de l'enquête menée par le commissaire sur les plaintes portant sur les réponses données par le responsable du Bureau du Conseil privé à l'égard des demandes relatives à la communication de l'agenda du premier ministre.

[328] En enquêtant sur ces plaintes, le représentant du commissaire a signifié à M. Cappe un *subpoena duces tecum* lui enjoignant de comparaître pour déposer devant lui et d'apporter certains documents. Les dispositions du subpoena ont déjà été énoncées dans ces motifs à l'égard des demandes du groupe C, mais elles sont reprises ici pour plus de commodité:

[TRADUCTION] Tous les documents (au sens de l'article 3 de la Loi) relevant du Bureau du Conseil privé contenant des renseignements concernant:

(i) the receipt, use and disposition by the Clerk of the Privy Council of agendas of the Prime Minister of Canada, and

(ii) the cessation in 1999 of the practice of providing agendas of the Prime Minister to the Clerk of the Privy Council.

i) la réception, l'utilisation et la destruction par le greffier du Conseil privé des agendas du Premier ministre du Canada, et

ii) la cessation, en 1999, de la pratique de fournir les agendas du Premier ministre au greffier du Conseil privé.

Upon receipt of the subpoena Mr. Cappe caused a search to be conducted at the Privy Council Office for all records which contained subject matter described by the subpoena. Among the records located were:

1. A July 30, 1999 memorandum entitled "ATIP Request-PM's Agenda" and subtitled "Legal advice". This memorandum was prepared by a lawyer in the Legislation and House Planning/Counsel Section of the Privy Council Office, which section is part of the Privy Council Office and not part of the Department of Justice. The section's functions include providing legal advice to the Prime Minister's Office, the Cabinet, and the Privy Council Office. The July 30, 1999 memorandum states on its face that it is a "memorandum for Mel Cappe". Mr. Cappe swears that the memorandum contains a discussion and analysis of the legal options available to the Privy Council Office, under the *Access to Information Act*, to respond to the requests for access to the Prime Minister's agendas. Those requests had not yet been responded to when the July 30, 1999 memorandum was prepared.

2. Ten further documents. They are listed in Schedule A to the notice of application filed in this proceeding (the Schedule A documents). Mr. Cappe swears that all of the Schedule A documents were located in the Privy Council Office and were all communications, or records of communications, or drafts of communications, between or amongst officials of the Government of Canada, including communications to the Prime Minister and the Deputy Attorney General of Canada. They were all made for the purpose of giving or communicating legal advice with respect to the issues between the Information Commissioner and the Government of Canada which gave rise to this litigation.

Sur réception du subpoena, M. Cappe a fait en sorte que l'on cherche, au Bureau du Conseil privé, tous les documents contenant les éléments décrits dans le subpoena. Parmi les documents qui ont été trouvés:

1. Il y avait une note de service en date du 30 juillet 1999 intitulée «Demande relative à l'AIPRP—Agenda du Premier ministre», avec le sous-titre «Avis juridique». Cette note de service avait été préparée par un avocat de la section de la législation et planification parlementaire/Conseiller du Bureau du Conseil privé, cette section faisant partie du Bureau du Conseil privé plutôt que du ministère de la Justice. La section est notamment chargée de donner des avis juridiques au cabinet du Premier ministre, au cabinet et au Bureau du Conseil privé. Dans ce document, il est mentionné qu'il s'agit d'une «note de service à l'intention de Mel Cappe». M. Cappe déclare sous serment que la note de service contient une discussion et une analyse des solutions juridiques que le Bureau du Conseil privé peut adopter, en vertu de la *Loi sur l'accès à l'information*, pour répondre aux demandes de communication des agendas du Premier ministre. On n'avait pas encore répondu à ces demandes lorsque la note de service du 30 juillet 1999 a été préparée.

2. Il y avait dix autres documents. Ils sont énumérés à l'annexe A qui accompagne l'avis de demande déposé dans la présente instance (les pièces énumérées à l'annexe A). M. Cappe déclare sous serment que toutes les pièces énumérées à l'annexe A se trouvaient au Bureau du Conseil privé et qu'il s'agissait dans tous les cas de communications, de comptes rendus de communications ou de projets de communications entre ou parmi des représentants du gouvernement du Canada, y compris des communications adressées au Premier ministre et au sous-procureur général du Canada. Elles ont toutes été faites afin de donner ou de communiquer des avis juridiques sur les questions concernant le commissaire à l'information et le gouvernement du Canada qui ont donné naissance au présent litige.

[329] On May 23, 2001, counsel for Mr. Cappe wrote to counsel for the Commissioner in order to clarify the scope of the subpoena issued to Mr. Cappe. Counsel for Mr. Cappe pointed out that a broad reading of the subpoena suggested that the Commissioner's delegate sought to order Mr. Cappe to provide all documents described therein, whether or not those documents were subject to solicitor-client privilege. On June 6, 2001, counsel for the Commissioner responded that Mr. Cappe was required to produce all records referred to in the subpoena and any records which were alleged to be subject to solicitor-client privilege should be identified as such.

[330] On June 8, 2001, a number of documents were delivered to the Commissioner pursuant to the subpoena under cover of a letter from counsel for Mr. Cappe. That correspondence stated that documents subject to solicitor-client privilege were not provided and a list of the documents that Mr. Cappe declined to produce was provided. Counsel for Mr. Cappe offered to sever the privileged documents so as to disclose to the Commissioner recitations of facts contained therein, but not that portion of the documents that contained legal advice and discussions of legal strategy.

[331] By letter dated June 11, 2001, the Commissioner's delegate acknowledged receipt of counsel's correspondence and the documents. In material part the Commissioner's delegate responded that:

I write to acknowledge receipt of your letter of June 8, 2001 together with 15 records relevant to my subpoena of May 17, 2001 as well as a list of 11 relevant records which your client has refused to produce in accordance with the subpoena. The refusal is based on your client's contention that the 11 records, in whole or in part, qualify for solicitor-client privilege.

In order to be in satisfactory compliance with my subpoena of May 17, 2001, I will expect your client to produce, on June 12 at 9:30 a.m., item one of the list of withheld records, being the document dated July 30, 1999. This record predates the commencement of the Commissioner's investigation and is, in my view, relevant to our investigation of whether or not the head of PCO had reasonable grounds, in fact and law, to refuse

[329] Le 23 mai 2001, l'avocat de M. Cappe a écrit à l'avocat du commissaire pour éclaircir la portée du subpoena délivré à M. Cappe. L'avocat de M. Cappe a signalé qu'une interprétation large du subpoena donnait à entendre que le représentant du commissaire cherchait à ordonner à M. Cappe de fournir toutes les pièces qui y étaient décrites, et ce, indépendamment de la question de savoir si ces pièces étaient visées par le secret professionnel de l'avocat. Le 6 juin 2001, l'avocat du commissaire a répondu que M. Cappe était obligé de produire tous les documents mentionnés dans le subpoena et que les documents qui étaient censément visés par le secret professionnel de l'avocat devaient être identifiés en tant que tels.

[330] Le 8 juin 2001, un certain nombre de pièces ont été remises au commissaire, conformément au subpoena avec une lettre d'envoi de l'avocat de M. Cappe. La lettre disait que les pièces visées par le secret professionnel de l'avocat n'étaient pas fournies et une liste des pièces que M. Cappe refusait de produire était donnée. L'avocat de M. Cappe a offert d'expurger les pièces privilégiées de façon à révéler au commissaire les faits qui y étaient relatés, mais non la partie des pièces contenant des avis juridiques et des discussions relatives à la stratégie à adopter sur le plan juridique.

[331] Par une lettre en date du 11 juin 2001, le représentant du commissaire a accusé réception de la lettre de l'avocat ainsi que des pièces. Le représentant du commissaire a fondamentalement répondu ce qui suit:

[TRADUCTION] J'accuse par la présente réception de votre lettre du 8 juin 2001 ainsi que de quinze documents pertinents fournis conformément au subpoena que j'ai délivré le 17 mai 2001 et d'une liste de onze documents pertinents que votre client a refusé de produire conformément au subpoena. Le refus est fondé sur la prétention de votre client selon laquelle les onze documents, en totalité ou en partie, sont visés par le secret professionnel de l'avocat.

Afin d'assurer l'observation satisfaisante du subpoena du 17 mai 2001, votre client devra produire, le 12 juin à 9 h 30, le premier document figurant sur la liste des documents dont la communication a été refusée, soit le document en date du 30 juillet 1999. Ce document est antérieur à la date à laquelle l'enquête du commissaire a commencé et, à mon avis, il est pertinent lorsqu'il s'agit de déterminer si le responsable du

to disclose records requested under the **Access to Information Act**.

Paragraph 36(1)(c) and subsection 36(2) make it clear that an assertion of solicitor-client privilege does not justify your client's decision to withhold records from this office, a view endorsed by the Federal Court of Appeal in *Ethyl Canada* (A-762-99)—a case wherein the Crown was denied leave to appeal to the Supreme Court of Canada ([2000] S.C.C.A. No. 275). Nevertheless, I do not insist at this time on seeing the remaining ten withheld records since, from the description provided, they do not shed light on the response to the access request. Of course, I reserve the right to examine these ten records at a later date to satisfy myself that they are as you have described.

[332] On June 12, 2001, Mr. Cappe appeared before the Commissioner's delegate pursuant to the *subpoenas duces tecum* and was examined under oath. During that appearance Mr. Cappe's counsel made submissions to the Commissioner's delegate on the issue of whether the July 30, 1999 legal advice memorandum ought to be produced and the Commissioner's delegate reserved his decision.

[333] By letter dated June 19, 2001, the Commissioner's delegate provided Mr. Cappe's counsel with his decision. In material part that decision was:

Having carefully considered the submission made in support of your motion, I see no reason to change the position set out in my letter of June 11, 2001. In addition to the reason of relevance, set out in my letter of June 11, I am also in doubt whether or not the content of the records qualify for solicitor-client privilege, given the operational role some PCO lawyers have in the administration of the **Access to Information Act**.

Consequently, I consider that, at a minimum, the document, dated July 30, 1999, is required to be produced pursuant to my subpoena of May 17, 2001. I expect the document to be produced no later than 14:00 hrs, June 20, 2001. As I said in my letter of June 11, I reserve the right to examine the remaining ten records at a later date.

BCP avait des motifs raisonnables, en fait et en droit, de refuser la communication des documents demandés en vertu de la **Loi sur l'accès à l'information**.

L'alinéa 36(1)c) et le paragraphe 36(2) montrent clairement que la revendication du secret professionnel de l'avocat ne justifie pas la décision de votre client de refuser de communiquer les documents du commissariat, comme la Cour d'appel fédérale l'a statué dans l'arrêt *Ethyl Canada* (A-762-99)—affaire dans laquelle la Couronne s'est vu refuser l'autorisation de pourvoi devant la Cour suprême du Canada ([2000] S.C.C.A. n° 275). Néanmoins, je n'insiste pas en ce moment pour voir les dix autres documents dont la communication a été refusée puisque, selon la description qui a été donnée, ils ne jettent pas la lumière sur la réponse à la demande de communication. Bien sûr, je réserve le droit d'examiner ces dix documents à une date ultérieure en vue de me convaincre qu'ils sont tels que vous les avez décrits.

[332] Le 12 juin 2001, M. Cappe a comparu devant le représentant du commissaire à la suite de la délivrance des *subpoenas duces tecum* et il a été interrogé sous serment. Lors de la comparution, l'avocat de M. Cappe a soumis des observations au représentant du commissaire au sujet de la question de savoir si la note de service du 30 juillet 1999 contenant l'avis juridique devait être produite; le représentant du commissaire a remis sa décision à plus tard.

[333] Par une lettre en date du 19 juin 2001, le représentant du commissaire a fait connaître sa décision à l'avocat de M. Cappe. Cette décision était fondamentalement la suivante:

[TRADUCTION] J'ai minutieusement examiné les arguments que vous avez soumis à l'appui de votre requête, mais je ne puis rien constater qui m'amène à modifier la position dont je vous ai fait part dans ma lettre du 11 juin 2001. En plus du motif fondé sur la pertinence énoncé dans ma lettre du 11 juin, je me demande également si le contenu des documents est visé par le secret professionnel de l'avocat, étant donné le rôle opérationnel que certains avocats ont, au BCP, à l'égard de l'application de la **Loi sur l'accès à l'information**.

J'estime donc qu'au minimum, la pièce en date du 30 juillet 1999 doit être produite conformément au subpoena que j'ai délivré le 17 mai 2001. La pièce devra être produite au plus tard le 20 juin 2001 à 14 h. Comme je l'ai dit dans ma lettre du 11 juin, je réserve le droit d'examiner les dix autres documents à une date ultérieure.

[334] The Commissioner was provided with a complete copy of the July 30, 1999 memorandum. The Commissioner has not to date been provided with any of the Schedule A documents.

(ii) The issues

[335] The issues that the parties put forward are:

1. Whether leave should be given to allow the Information Commissioner to be named as respondent herein?

2. Whether the application for judicial review is not justiciable and is premature and unnecessary with respect to at least 10 of the 11 documents at issue?

3. Whether the July 30, 1999, legal advice memorandum and the Schedule A documents are subject to solicitor-client privilege of Her Majesty in Right of Canada?

4. The standard of review to be applied to the decision to compel production of the July 30, 1999 memorandum.

5. Did the Commissioner's delegate err in concluding that he had jurisdiction to compel production of the July 30, 1999 legal advice memorandum?

(iii) Analysis

(a) Should the Commissioner be named as respondent in this application?

[336] The Commissioner does not oppose being named a respondent. For the reasons given in respect of the Group C applications, an order will issue granting leave for the Commissioner to be the respondent in these applications.

[334] Le commissaire a obtenu une copie complète de la note de service du 30 juillet 1999. Il n'a pas encore reçu les pièces énumérées à l'annexe A.

ii) Les questions en litige

[335] Les questions que les parties ont soulevées sont ci-après énoncées:

1. Devrait-on accorder l'autorisation de désigner le commissaire à l'information à titre de défendeur en l'espèce?

2. La demande de contrôle judiciaire est-elle non justiciable, est-elle prématurée et est-elle inutile en ce qui concerne au moins 10 des 11 pièces en question?

3. La note de service du 30 juillet 1999 contenant l'avis juridique et les pièces énumérées à l'annexe A sont-elles visées par l'immunité dont bénéficie Sa Majesté la Reine du chef du Canada en ce qui concerne le secret professionnel de l'avocat?

4. Quelle est la norme de contrôle à appliquer à la décision d'exiger la production de la note de service du 30 juillet 1999?

5. Le représentant du commissaire a-t-il commis une erreur en concluant qu'il avait compétence pour exiger la production de la note de service du 30 juillet 1999 contenant l'avis juridique?

iii) Analyse

(a) Le commissaire devrait-il être désigné à titre de défendeur dans la présente demande?

[336] Le commissaire ne s'oppose pas à être désigné à titre de défendeur. Pour les motifs énoncés à l'égard des demandes du groupe C, une ordonnance sera rendue en vue d'accorder l'autorisation de désigner le commissaire à titre de défendeur dans les présentes demandes.

(b) Is the application for judicial review not justiciable, premature and unnecessary with respect to the Schedule A documents?

[337] The notice of application challenges “the decision communicated to the applicants on June 19, 2001 . . . requiring the applicant, Mel Cappe . . . to produce . . . a draft memorandum dated July 30, 1999 to Mr. Cappe”, and also seeks a declaration that the July 30, 1999 memorandum and the other 10 Schedule A documents are subject to a solicitor-client privilege.

[338] The June 19, 2001 decision challenged in this proceeding only required production of the July 30, 1999 memoranda. The document was said to be required because it predated the commencement of the Commissioner’s investigation, and was relevant to the investigation of whether the head of the Privy Council Office had reasonable grounds to refuse disclosure. The Commissioner’s delegate had, by his letter of June 11, 2001, previously advised that, based upon their description, the Schedule A documents “do not shed light on the response to the access request”. Therefore their production was not required. The Commissioner’s delegate did reserve the right to examine those documents at a later date in order “to satisfy myself that they are as you have described”. To date, none of the Schedule A documents have been requested from the applicants.

[339] In those circumstances, I can see no concrete and live dispute in existence between the applicants and the Commissioner with respect to the Schedule A documents. They have been determined not to “shed light on the response to the access request” subject only to the caveat that the documents have been accurately described. Similarly, in view of my conclusion that follows with respect to the Commissioner’s right to access privileged documents, I can not see that a declaration as to whether solicitor-client privilege attaches to the Schedule A documents would be of any practical value. I therefore conclude that the application

(b) La demande de contrôle judiciaire est-elle non justiciable, est-elle prématurée et est-elle inutile en ce qui concerne les pièces énumérées à l’annexe A?

[337] L’avis de demande conteste [TRADUCTION] «la décision communiquée aux demandeurs le 19 juin 2001 [. . .] enjoignant au demandeur Mel Cappe [. . .] de produire [. . .] un projet de note de service en date du 30 juillet 1999 qui lui était adressé» et vise également l’obtention d’un jugement déclaratoire portant que la note de service du 30 juillet 1999 et les 10 autres pièces énumérées à l’annexe A sont visées par le secret professionnel de l’avocat.

[338] La décision du 19 juin 2001 qui est contestée dans la présente instance exigeait uniquement la production de la note de service du 30 juillet 1999. Il était affirmé que la pièce était nécessaire parce qu’elle était antérieure à la date où l’enquête du commissaire a commencé et qu’elle était pertinente lorsqu’il s’agissait de déterminer si le responsable du Bureau du Conseil privé avait des motifs raisonnables de refuser la communication. Dans sa lettre en date du 11 juin 2001, le représentant du commissaire avait déjà fait savoir que, selon la description qui avait été donnée, les pièces énumérées à l’annexe A «ne jet[aient] pas la lumière sur la réponse à la demande de communication». La production n’était donc pas nécessaire. Le représentant du commissaire a réservé le droit d’examiner ces pièces à une date ultérieure en vue «de [s]e convaincre qu’ils [étaient] tels [qu’ils avaient été] décrits». À ce jour, aucune des pièces énumérées à l’annexe A n’a été demandée aux demandeurs.

[339] Dans ces conditions, je ne puis constater aucun litige actuel et concret entre les demandeurs et le commissaire à l’égard des pièces énumérées à l’annexe A. Il a été conclu qu’à condition que les pièces aient été décrites avec exactitude, elles «ne jet[aient] pas la lumière sur la réponse à la demande de communication». De même, compte tenu de la conclusion que je tire ci-après au sujet du droit du commissaire d’avoir accès aux pièces privilégiées, je ne crois pas qu’un jugement déclaratoire portant sur la question de savoir si le secret professionnel de l’avocat vise les pièces énumérées à l’annexe A ait en pratique une valeur. Je conclus donc

for judicial relief is premature and unnecessary with respect to the Schedule A documents.

(c) Is the application for judicial review not justiciable, moot and unnecessary with respect to the July 30, 1999 memorandum?

[340] While the issue of the Commissioner's ability to compel production of the July 30, 1999 memorandum may be seen to be moot in the sense that the document has already been provided to the Commissioner, an order quashing such production would have some practical value in that the memorandum would be returned by the Commissioner and presumably could not be used by the Commissioner in evidence in any subsequent proceeding. Moreover, as this dispute centres around the proper interpretation of the Act as it touches upon the ability of the Commissioner to require production of documents in respect of which a claim for solicitor-client privilege is asserted, a decision as to the scope of the Commissioner's authority to compel production would have some precedential value. I am satisfied therefore that the Court should exercise its discretion to determine the question raised by the applicants as to whether the Commissioner could properly require production of the July 30, 1999 memorandum.

[341] In so concluding, I have considered the submission of counsel for the Commissioner in oral argument that the issue is a simple matter of relevancy, and that the issue raised in Group E could equally have been merged within the Group D applications. It would follow from this submission that the Court should not intervene in a ruling made by the Commissioner at the investigative stage about relevance. However when the Commissioner sought production of a document said to be protected by solicitor-client privilege more was involved than a ruling about relevance. Solicitor-client privilege is not just a rule of evidence but has evolved into a substantive rule that is fundamental to the system of justice. See: *Lavallee, Rackel & Heintz v. Canada (Attorney General)*; *White, Ottenheimer & Baker v. Canada (Attorney General)*; *R. v. Fink*, [2002] 3 S.C.R.

que la demande de contrôle judiciaire est prématurée et inutile en ce qui concerne les pièces énumérées à l'annexe A.

c) La demande de contrôle judiciaire est-elle non justiciable, n'a-t-elle plus qu'un intérêt théorique et est-elle inutile en ce qui concerne la note de service du 30 juillet 1999?

[340] La question de la capacité du commissaire d'ordonner la production de la note de service du 30 juillet 1999 peut être considérée comme n'ayant plus qu'un intérêt théorique, en ce sens que la pièce a déjà été fournie au commissaire, mais une ordonnance annulant pareille production aurait en pratique une certaine valeur en ce sens que la note de service serait renvoyée par le commissaire et qu'elle ne pourrait probablement pas être utilisée en preuve par celui-ci dans une procédure subséquente. En outre, étant donné que le litige qui nous occupe est axé sur l'interprétation qu'il convient de donner à la Loi, pour ce qui est de la capacité du commissaire d'exiger la production de pièces à l'égard desquelles le secret professionnel de l'avocat est invoqué, une décision portant sur l'étendue du pouvoir du commissaire d'ordonner la production aurait une certaine valeur en tant que précédent. Je suis donc convaincue que la Cour doit exercer son pouvoir discrétionnaire en vue de trancher la question soulevée par les demandeurs et de décider si le commissaire pouvait exiger à juste titre la production de la note de service du 30 juillet 1999.

[341] En tirant cette conclusion, j'ai examiné les observations que l'avocat du commissaire a présentées pendant l'argumentation orale, à savoir qu'il s'agit simplement d'une question de pertinence et que la question soulevée au sujet du groupe E aurait également pu être jointe aux demandes du groupe D. Il s'ensuit selon l'argument, que la Cour ne devrait pas intervenir dans une décision prise par le commissaire au stade de l'enquête qui porte sur la pertinence. Toutefois, lorsque le commissaire demandait la production d'une pièce qui était censément protégée par le secret professionnel de l'avocat, il ne s'agissait pas simplement d'une décision portant sur la pertinence. Le secret professionnel de l'avocat n'est pas simplement une règle de preuve; ce privilège est devenu un principe de fond, qui est fondamental dans le système de justice. Voir: *Lavallee*,

209, at paragraph 18. It follows that more is involved than a ruling about relevance when the Commissioner sought production of a document said to be protected by solicitor-client privilege.

(d) Is the July 30, 1999 memorandum subject to solicitor-client privilege?

[342] The applicants argue that to be subject to solicitor-client privilege, a document must consist of information communicated to or by a lawyer in order to obtain or provide legal advice. The July 30, 1999 memorandum is said to be privileged because it was drafted by a lawyer in the section responsible for providing legal advice to the Privy Council Office and because it contains a discussion and analysis of legal options available to the Privy Council Office.

[343] The Commissioner states that since his investigation with respect to the Prime Minister's agenda requests is ongoing, he must remain neutral at this juncture. On this basis the Commissioner takes no position with respect to whether any of the documents at issue are privileged.

[344] Mr. Cappe was not challenged on his evidence with respect to the description of the July 30, 1999 memorandum. For the purpose of my analysis I believe it is sufficient for me to assume, without finally deciding, that the July 30, 1999 memorandum is subject to solicitor-client privilege.

(e) The standard of review to be applied to the decision to compel production of the July 30, 1999 memorandum.

[345] For the reasons given with respect to the Group B applications, it is necessary to determine the standard of review applicable to the Commissioner's decision that the Act permitted him to compel production of the July 30, 1999 memorandum. To do so, the first step is to characterize the nature of the question decided by the Commissioner's delegate.

*Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général); White, Ottenheimer & Baker c. Canada Procureur général); R. c. Fink*, [2002] 3 R.C.S. 209, au paragraphe 18. Il s'ensuit que lorsque le commissaire demandait la production d'une pièce qui serait censément protégée par le secret professionnel de l'avocat, la décision ne portait pas simplement sur la question de la pertinence.

d) La note de service du 30 juillet 1999 est-elle assujettie au secret professionnel de l'avocat?

[342] Les demandeurs affirment que, pour être visée par le secret professionnel de l'avocat, une pièce doit renfermer des renseignements divulgués à un avocat ou par un avocat aux fins de l'obtention ou de la fourniture d'un avis juridique. La note de service du 30 juillet 1999 serait censément privilégiée parce qu'elle a été rédigée par un avocat de la section chargée de donner des avis juridiques au Bureau du Conseil privé et parce qu'elle renferme une discussion et une analyse des solutions juridiques dont disposait le Bureau du Conseil privé.

[343] Le commissaire déclare qu'étant donné que l'enquête qu'il a menée sur les demandes relatives à l'agenda du Premier ministre est en cours, il doit être neutre à ce stade-ci. Cela étant, il ne prend pas de position au sujet de la question de savoir si les pièces en cause sont privilégiées.

[344] La déposition de M. Cappe, en ce qui concerne la description de la note de service du 30 juillet 1999, n'a pas été contestée. Pour les besoins de mon analyse, je crois qu'il suffit de supposer, sans toutefois me prononcer sur ce point, que la note de service du 30 juillet 1999 est visée par le secret professionnel de l'avocat.

e) La norme de contrôle à appliquer à la décision d'exiger la production de la note de service du 30 juillet 1999.

[345] Pour les motifs énoncés au sujet des demandes du groupe B, il faut déterminer la norme de contrôle applicable à la décision du commissaire portant que la Loi l'autorisait à ordonner la production de la note de service du 30 juillet 1999. Pour ce faire, la première étape consiste à décrire la nature de la question tranchée par le représentant du commissaire.



[346] The applicants acknowledge that the Commissioner has the *prima facie* jurisdiction to compel the production of all documents, privileged or not, within the control of the government institution which are relevant to a matter the Commissioner is investigating. The applicants say, however, that the Commissioner cannot invade solicitor-client privilege unless it is absolutely necessary to his investigation and that it was not absolutely necessary for the Commissioner's delegate to see the July 30, 1999 memorandum in order to conduct his investigation. Therefore it is submitted that the Commissioner erred in failing to determine that the memorandum was absolutely necessary for his investigation.

[347] In reply, the Commissioner asserts that subsection 36(2) of the Act provides that he may, during his investigation, examine any record to which the Act applies that is under the control of a government institution, and that no such record may be withheld from him on any grounds. The only conditions on the Commissioner's right to examine any record are said to be that the record is under the control of a government institution and the production of the record is deemed requisite to the full investigation and consideration of the complaint.

[348] What is at issue, therefore, is a question of law as to whether the Commissioner was obliged to apply the test of absolute necessity. For that question, the applicants argue that the appropriate standard of review is correctness. To support this contention the applicants argue that where a tribunal is applying legal principles to determine rights, less deference will be shown. The applicants also argue that the determination of an issue of pure law requires a more searching review on an application for judicial review.

[349] Counsel for the Commissioner did not address the standard of review.

[350] I agree that the applicable standard of review is correctness. I reach that conclusion taking into account the applicants' submissions and also the analysis contained in the Group B applications with respect to the standard of review. The Group B analysis is applicable to this question because both decisions under review in

[346] Les demandeurs reconnaissent que le commissaire a compétence à première vue pour ordonner la production de toutes les pièces, privilégiées ou non, relevant de l'institution fédérale qui sont pertinentes en ce qui concerne une affaire sur laquelle il enquête. Toutefois, ils affirment que le commissaire ne peut pas porter atteinte au secret professionnel de l'avocat à moins que la chose ne soit absolument nécessaire pour son enquête et qu'il n'était pas absolument nécessaire que le représentant du commissaire voie la note de service du 30 juillet 1999 afin de mener son enquête. Il est soutenu que le commissaire a donc commis une erreur en omettant de conclure que la note de service était absolument nécessaire pour son enquête.

[347] En réponse, le commissaire affirme que le paragraphe 36(2) de la Loi prévoit qu'il a, pour les enquêtes, accès à tous les documents qui relèvent d'une institution fédérale auxquels la Loi s'applique et qu'aucun de ces documents ne peut, pour quelque motif que ce soit, lui être refusé. Il est soutenu que les seules conditions influant sur le droit du commissaire d'avoir accès à un document sont que le document relève d'une institution fédérale et que le commissaire juge le document indispensable pour instruire et examiner à fond les plaintes.

[348] Par conséquent, une question de droit est soulevée, à savoir si le commissaire était obligé d'appliquer le critère de la nécessité absolue. Sur ce point, les demandeurs affirment que la norme de contrôle applicable est celle de la décision correcte. À l'appui de cette prétention, ils affirment que, lorsqu'un tribunal applique des principes juridiques pour statuer sur des droits, on fera preuve d'une moins grande retenue. Ils affirment également que la détermination d'une question de pur droit exige un examen plus poussé dans le cadre d'une demande de contrôle judiciaire.

[349] L'avocat du commissaire n'a pas traité de la question de la norme de contrôle.

[350] Je reconnais que la norme de contrôle à appliquer est celle de la décision correcte. J'arrive à cette conclusion en tenant compte des arguments des demandeurs ainsi que de l'analyse relative à la norme de contrôle qui a été faite à l'égard des demandes du groupe B. L'analyse relative au groupe B s'applique à cette

Group B and Group E involve the proper interpretation of the Act as it touches on the powers of the Commissioner during the course of an investigation.

(f) Did the Commissioner's delegate err in concluding that he had jurisdiction to compel production of the July 30, 1999 legal advice memorandum?

[351] The applicants acknowledge that subsection 36(2) of the Act provides to the Commissioner a *prima facie* right of access to documents that are protected by solicitor-client privilege. Subsection 36(2) provides:

36. . . .

(2) Notwithstanding any other Act of Parliament or any privilege under the law of evidence, the Information Commissioner may, during the investigation of any complaint under this Act, examine any record to which this Act applies that is under the control of a government institution, and no such record may be withheld from the Commissioner on any grounds. [Underlining added.]

[352] However, the applicants argue that in *Lavallee*, *supra* the Supreme Court of Canada clearly stated that such a statutory authority must be interpreted restrictively, so as to allow access to documents protected by solicitor-client privilege only where absolutely necessary to the conduct of the investigation. Particular reliance is placed upon paragraph 18 of the reasons of the majority of the Supreme Court which quoted with approval the prior decision of the Supreme Court of Canada in *Descôteaux et al. v. Mierzwinski*, [1982] 1 S.C.R. 860. At paragraph 18 the majority wrote in *Lavallee*:

Writing for the Court, Lamer J. (as he then was) dismissed the appeal. After briefly tracing the historical development of solicitor-client privilege as a rule of evidence, Lamer J. confirmed that solicitor-client privilege had evolved into a substantive principle, referring to this Court's decision in *Solosky*, *supra*. He stated at p. 875:

It is quite apparent that the Court in that case [*Solosky*] applied a standard that has nothing to do with

question parce que les décisions examinées à l'égard des groupes B et E se rapportent à l'interprétation qu'il convient de donner à la Loi en ce qui concerne les pouvoirs que possède le commissaire dans le cadre de son enquête.

f) Le représentant du commissaire a-t-il commis une erreur en concluant qu'il avait compétence pour exiger la production de la note de service du 30 juillet 1999 renfermant un avis juridique?

[351] Les demandeurs reconnaissent que le paragraphe 36(2) de la Loi confère à première vue au commissaire un droit d'accès aux pièces qui sont protégées par le secret professionnel de l'avocat. Le paragraphe 36(2) prévoit ce qui suit:

36. [. . .]

(2) Nonobstant toute autre loi fédérale et toute immunité reconnue par le droit de la preuve, le Commissaire à l'information a, pour les enquêtes qu'il mène en vertu de la présente loi, accès à tous les documents qui relèvent d'une institution fédérale et auxquels la présente loi s'applique; aucun de ces documents ne peut, pour quelque motif que ce soit, lui être refusé. [Non souligné dans l'original.]

[352] Toutefois, les demandeurs affirment que, dans l'arrêt *Lavallee*, précité, la Cour suprême du Canada a clairement dit que le pouvoir conféré par la loi doit être interprété restrictivement, de façon à permettre l'accès aux pièces protégées par le secret professionnel de l'avocat uniquement si la chose est absolument nécessaire pour la conduite de l'enquête. En particulier, ils invoquent le paragraphe 18 des motifs prononcés par la majorité de la Cour suprême, dans lequel était citée avec approbation la décision que la Cour suprême du Canada avait rendue dans l'affaire *Descôteaux et autre c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860. Au paragraphe 18, la majorité a dit ce qui suit:

Au nom de la Cour, le juge Lamer (plus tard Juge en chef) a rejeté le pourvoi. Après avoir exposé brièvement l'historique du privilège avocat-client en tant que règle de preuve, le juge Lamer a confirmé que ce privilège était devenu un principe de fond, se référant à la décision que la Cour a rendue dans *Solosky*, précité. Il affirme à la p. 875:

De toute évidence la Cour, dans cette cause [*Solosky*], appliquait une norme qui n'a rien à voir avec la règle de

the rule of evidence, the privilege, since there was never any question of testimony before a tribunal or court. The Court in fact, in my view, applied a substantive rule, without actually formulating it, and, consequently, recognized implicitly that the right to confidentiality, which had long ago given rise to a rule of evidence, had also since given rise to a substantive rule.

Lamer J. went on to formulate the elements of the substantive rule concisely in the following terms (at p. 875), elements which, in my view, largely govern the outcome of the appeals presently before the Court:

It would, I think, be useful for us to formulate this substantive rule, as the judges formerly did with the rule of evidence; it could, in my view, be stated as follows:

1. The confidentiality of communications between solicitor and client may be raised in any circumstances where such communications are likely to be disclosed without the client's consent.
2. Unless the law provides otherwise, when and to the extent that the legitimate exercise of a right would interfere with another person's right to have his communications with his lawyer kept confidential, the resulting conflict should be resolved in favour of protecting the confidentiality.
3. When the law gives someone the authority to do something which, in the circumstances of the case, might interfere with that confidentiality, the decision to do so and the choice of means of exercising that authority should be determined with a view to not interfering with it except to the extent absolutely necessary in order to achieve the ends sought by the enabling legislation.
4. Acts providing otherwise in situations under paragraph 2 and enabling legislation referred to in paragraph 3 must be interpreted restrictively.

See also *Jones, supra*, at para. 49. [Underlining added throughout.]

[353] The applicants argue that according to these principles, the Court should interpret subsection 36(2) restrictively, so that the solicitor-client privilege is only interfered with to the extent absolutely necessary.

preuve, le privilège, puisqu'en rien n'y était-il question de témoignages devant un tribunal quelconque. En fait la Cour, à mon avis, appliquait, sans par ailleurs la formuler, une règle de fond et, par voie de conséquence, reconnaissait implicitement que le droit à la confidentialité, qui avait depuis déjà longtemps donné naissance à une règle de preuve, avait aussi depuis donné naissance à une règle de fond.

Le juge Lamer a ensuite formulé de façon concise et dans les termes suivants (à la p. 875) les éléments de la règle de fond, lesquels, d'après moi, déterminent en grande partie l'issue des pourvois ont la Cour est actuellement saisie:

Il est, je crois, opportun que nous formulions cette règle de fond, tout comme l'ont fait autrefois les juges pour la règle de preuve; elle pourrait, à mon avis, être énoncée comme suit:

1. La confidentialité des communications entre client et avocat peut être soulevée en toutes circonstances où ces communications seraient susceptibles d'être dévoilées sans le consentement du client;
2. À moins que la loi n'en dispose autrement, lorsque et dans la mesure où l'exercice légitime d'un droit porterait atteinte au droit d'un autre à la confidentialité de ses communications avec son avocat, le conflit qui en résulte doit être résolu en faveur de la protection de la confidentialité;
3. Lorsque la loi confère à quelqu'un le pouvoir de faire quelque chose qui, eu égard aux circonstances propres à l'espèce, pourrait avoir pour effet de porter atteinte à cette confidentialité, la décision de le faire et le choix des modalités d'exercice de ce pouvoir doivent être déterminés en regard d'un souci de n'y porter atteinte que dans la mesure absolument nécessaire à la réalisation des fins recherchées par la loi habilitante;
4. La loi qui en disposerait autrement dans les cas du deuxième paragraphe ainsi que la loi habilitante du paragraphe trois doivent être interprétées restrictivement.

Voir également l'arrêt *Jones*, précité, par. 49. [Non souligné dans l'original.]

[353] Les demandeurs affirment que, selon ces principes, la Cour devrait interpréter le paragraphe 36(2) restrictivement, de sorte qu'il n'est porté atteinte au secret professionnel de l'avocat que dans la mesure où la chose est absolument nécessaire.

[354] The applicants argue further that a restrictive interpretation is particularly required where documents provided to the Commissioner may be produced as evidence in proceedings commenced under sections 41, 42 or 44 of the Act.

[355] Notwithstanding the strength of that submission, I have concluded that subsection 36(2) of the Act should not be interpreted in that restrictive fashion. I reach that conclusion for the reasons that follow.

[356] First, the jurisprudence of the Court expounds that the Act is to be interpreted in a purposive and liberal manner. To the extent that the Act specifies that decisions on the disclosure of government information should be reviewed independently of government, the applicants' interpretation of subsection 36(2) would impose a significant restriction on the ability of the Commissioner to conduct his investigation and independent review.

[357] Second, had Parliament failed to enact subsection 36(2) of the Act, the principles articulated in *Lavallee* might well have applied to limit the general power to compel the production of documents which is found in paragraph 36(1)(a) of the Act. However, in my view, by enacting subsection 36(2) Parliament used words that clearly evince its intent that the Commissioner is to have access to any record required by the Commissioner in the course of his investigation, notwithstanding "any other Act of Parliament or any privilege under the law of evidence". To read subsection 36(2) as the applicants submit would, to paraphrase the words of Mr. Justice Létourneau in *Canada Post Corp. v. Canada (Minister of Public Works)*, *supra*, at paragraph 33, read in limiting words not found there and would circumvent the intention of Parliament.

[358] Third, in my view, this interpretation is consistent with the role of the Commissioner and the whole scheme of the Act. The Commissioner has the statutory duty under the Act to protect the privileged information communicated to him under subsection

[354] Les demandeurs affirment en outre qu'une interprétation restrictive est nécessaire, en particulier lorsque les pièces fournies au commissaire peuvent être produites en preuve dans des procédures engagées en vertu des articles 41, 42 ou 44 [mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 1, art. 45, ann III, n<sup>o</sup> 1] de la Loi.

[355] Malgré la force de cet argument, j'ai conclu que le paragraphe 36(2) de la Loi ne doit pas être interprété d'une façon restrictive. J'arrive à cette conclusion pour les motifs ci-dessous énoncés.

[356] Premièrement, selon la jurisprudence de la Cour, la Loi doit être interprétée d'une façon libérale et fondée sur l'objet visé. Dans la mesure où la Loi précise que les décisions portant sur la divulgation de renseignements de l'administration doivent être examinées d'une façon indépendante de l'administration, l'interprétation que les demandeurs donnent au paragraphe 36(2) imposerait une restriction importante à la capacité du commissaire de conduire son enquête et de procéder à un examen indépendant.

[357] Deuxièmement, si le législateur avait omis d'édicter le paragraphe 36(2) de la Loi, les principes énoncés dans l'arrêt *Lavallee* auraient bien pu s'appliquer pour limiter le pouvoir général d'ordonner la production de pièces qui est prévu à l'alinéa 36(1)a) de la Loi. Toutefois, à mon avis, en édictant le paragraphe 36(2), le législateur a employé des mots qui indiquent clairement son intention, à savoir que le commissaire doit, pour les enquêtes, avoir accès à tous les documents indispensables, «[n]onobstant toute autre loi fédérale et toute immunité reconnue par le droit de la preuve». Interpréter le paragraphe 36(2) comme les demandeurs le préconisent serait, pour paraphraser les remarques que le juge Létourneau a faites dans l'arrêt *Société canadienne des postes c. Canada (Ministre des Travaux publics)*, précité, paragraphe 33, incorporer des mots restrictifs qui ne s'y trouvent pas et cela irait à l'encontre de l'intention du législateur.

[358] Troisièmement, à mon avis, cette interprétation est conforme au rôle du commissaire et au régime de la Loi dans son ensemble. Le commissaire est tenu, en vertu de la Loi, de protéger les renseignements privilégiés qui lui sont communiqués en vertu du

36(2) of the Act for his independent review of an access complaint. Sensitive information is to be provided to the Commissioner so that he can properly perform his functions. While in a case the Commissioner might recommend disclosure of a privileged document, he has no power to disclose documents. Where a privileged document is produced to the Commissioner that is not the subject of an access request, but is a document relevant or ancillary to that access request, the Commissioner's ability to use the document in Court in review proceedings without putting the document on the public record is facilitated by the Court's confidentiality rules and practice. The application of this practice is demonstrated in *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Minister of the Environment)* (2000), 187 D.L.R. (4th) 127 (F.C.A.) (*Ethyl* case).

[359] The special position of the Commissioner is reflected in the fact that subsection 36(2) of the Act mirrors section 46. Section 46 of the Act permits the Court to examine any record "notwithstanding . . . any privilege under the law of evidence". Just as privilege and confidentiality are not lost when the Court examines a privileged document, the privilege is not lost when the document is provided to the Commissioner for his examination.

[360] Finally, I find support for this interpretation of the Act in the decision of the Federal Court of Appeal in the *Ethyl* case cited above. In *Ethyl*, one of the issues before the Court was whether the Commissioner could file, on the Court record for possible use as evidence, documents which were protected by solicitor-client privilege and that were not the subject of the relevant access request. There, as in the present case, the privileged documents were ancillary to the request. The Court concluded that the documents could be filed before the reviewing judge in the judicial review proceedings. The Court further concluded that the ancillary documents would be admissible if the reviewing judge was satisfied that the documents would be of assistance in determining the merits and legality of the refusal of access. At paragraph 14, the Court of Appeal wrote "[t]he fact that [the documents] could be

paragraphe 36(2) de la Loi pour qu'il puisse procéder à un examen indépendant de la plainte. Les renseignements de nature délicate doivent être fournis au commissaire, de façon qu'il puisse exercer ses fonctions comme il se doit. Dans un cas, le commissaire pourrait recommander la communication d'une pièce privilégiée, mais il n'est pas autorisé à communiquer les pièces. Lorsqu'une pièce privilégiée qui ne fait pas l'objet d'une demande de communication est produite, mais qu'il s'agit d'une pièce pertinente ou accessoire à cette demande de communication, les règles et pratiques de la Cour en matière de confidentialité permettent plus facilement au commissaire d'utiliser cette pièce dans les procédures de révision engagées devant la Cour sans la verser au dossier public. L'application de cette pratique est démontrée dans l'arrêt *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Ministre de l'Environnement)* (2000), 187 D.L.R. (4th) 127 (C.A.F.) (affaire *Ethyl*).

[359] La position spéciale du commissaire est démontrée par le fait que le paragraphe 36(2) de la Loi est une disposition parallèle à l'article 46. En effet, en vertu de l'article 46, la Cour a accès à tous les documents «[n]onobstant [. . .] toute immunité reconnue par le droit de la preuve». De la même façon qu'une immunité et la confidentialité continuent à s'appliquer lorsque la Cour a accès à une pièce privilégiée, l'immunité continue à s'appliquer lorsque la pièce est remise au commissaire pour qu'il l'examine.

[360] Enfin, la décision que la Cour d'appel fédérale a rendue dans l'affaire *Ethyl*, précitée, étaye cette interprétation de la Loi. Dans l'affaire *Ethyl*, l'une des questions dont la Cour était saisie était de savoir si le commissaire pouvait verser dans le dossier du greffe, pour servir de preuve, des pièces qui étaient protégées par le secret professionnel de l'avocat et qui ne faisaient pas l'objet de la demande de communication pertinente. Dans cette affaire-là comme en l'espèce les pièces privilégiées étaient accessoires à la demande. La Cour a conclu qu'elles pouvaient être déposées devant le juge dans les procédures de contrôle judiciaire. La Cour a en outre conclu que les pièces accessoires seraient admissibles si le juge chargé de la révision était convaincu qu'elles aideraient à déterminer le bien-fondé et la légalité du refus de communication. Au paragraphe 14, la Cour d'appel a dit que «[l]e fait qu'ils puissent être

privileged makes no difference since the obstacle of privilege is eliminated by the clear wording of section 46”.

[361] As previously noted, subsection 36(2) mirrors section 46 of the Act, and so I take from the *Ethyl* case that, *vis-à-vis* the Commissioner, the obstacle of privilege is similarly eliminated.

[362] The applicants seek to distinguish *Ethyl* on two grounds. First, *Ethyl* predates the decisions of the Supreme Court of Canada on the scope of solicitor-client privilege in *Lavallee, supra* and *R. v. McClure*, [2001] 1 S.C.R. 445. Second, implicit in the facts of the *Ethyl* case was that recourse to the solicitor-client documents was absolutely necessary.

[363] I am unable to so distinguish the *Ethyl* decision. While *Ethyl* does predate *Lavallee* and *McClure*, the Federal Court of Appeal expressly adverted to the prior decision of the Supreme Court of Canada in *Descôteaux* where the “absolutely necessary” test was first articulated. Further, there is nothing in the Federal Court of Appeal decision which leads me to conclude that the decision was based upon the conclusion that the privileged documents were “absolutely necessary”. Such conclusion is inconsistent, in my view, with the phrase “the obstacle of privilege is eliminated” and the Court expressly left for the reviewing judge the issue of the documents’ relevance and admissibility.

#### (iv) Conclusion re Group E

[364] On the basis of the analysis above, I have concluded that the Commissioner’s delegate was correct in his decision that he could compel production of the July 30, 1999 legal memorandum and that it was not necessary for him to consider whether the document was absolutely required for his investigation.

protégés n’a pas d’importance puisque l’obstacle qu’est la protection est éliminé par le libellé clair de l’article 46».

[361] Comme il en a ci-dessus été fait mention, le paragraphe 36(2) est une disposition parallèle à l’article 46 de la Loi, de sorte que je considère, en me fondant sur l’arrêt *Ethyl*, qu’en ce qui concerne le commissaire, l’obstacle créé par le privilège est éliminé de la même façon.

[362] Les demandeurs cherchent à faire une distinction à l’égard de l’arrêt *Ethyl*, et ce, pour deux raisons. En premier lieu, le jugement, dans l’affaire *Ethyl*, a été rendu avant que la Cour suprême du Canada se prononce sur l’étendue du secret professionnel de l’avocat dans l’affaire *Lavallee*, précitée, et dans l’affaire *R. c. McClure*, [2001] 1 R.C.S. 445. En second lieu, les faits de l’affaire *Ethyl* donnent implicitement à entendre qu’il était absolument nécessaire d’avoir recours aux pièces visées par le secret professionnel de l’avocat.

[363] Je ne puis faire de distinction à l’égard de l’arrêt *Ethyl*. La décision, dans l’affaire *Ethyl*, a été rendue avant que les jugements *Lavallee* et *McClure* soient prononcés, mais la Cour d’appel fédérale s’est expressément reportée à la décision que la Cour suprême du Canada avait rendue dans l’affaire *Descôteaux*, où le critère de la communication «absolument nécessaire» avait initialement été énoncé. En outre, il n’y a rien dans la décision de la Cour d’appel fédérale qui m’amène à conclure que la décision était fondée sur la conclusion selon laquelle les pièces privilégiées étaient «absolument nécessaires». À mon avis, cette conclusion est incompatible avec les mots «l’obstacle créé par le privilège est éliminé» et la Cour s’en est expressément remise au juge de révision pour qu’il tranche la question de la pertinence et de l’admissibilité des pièces.

#### iv) Conclusion relative au groupe E

[364] En me fondant sur l’analyse susmentionnée, j’ai conclu que le représentant du commissaire a eu raison de décider qu’il pouvait ordonner la production de la note de service du 30 juillet 1999 contenant un avis juridique et qu’il n’avait pas à déterminer si la pièce était absolument nécessaire pour son enquête.

[365] In the result, an order will issue dismissing the application for judicial review and reserving the issue of costs.

#### 10. CONCLUSION AS TO COSTS

[366] The parties agreed that the issue of costs should be reserved for further submissions. Orders will issue to that effect.

[367] In conclusion, counsel are thanked for their thoughtful and cogent written and oral submissions. The submissions were most helpful.

<sup>1</sup> Where reference is made in these reasons to an office held by an individual, the reference is to the incumbent of that position at the time material to these applications.

<sup>2</sup> While Justice Lamer dissented in the result in *Slaight*, he wrote for the majority on this point.

[365] Par conséquent, une ordonnance sera rendue en vue de rejeter la demande de contrôle judiciaire, la question des dépens étant remise à plus tard.

#### 10. CONCLUSION RELATIVE AUX DÉPENS

[366] Les parties ont convenu que la question des dépens devrait être remise à plus tard, de façon que des observations additionnelles puissent être présentées. Des ordonnances seront rendues en ce sens.

[367] Enfin, la Cour remercie les avocats, qui ont su présenter par écrit et verbalement des observations réfléchies convaincantes. Ces observations ont été fort utiles.

<sup>1</sup> Lorsqu'il est fait mention dans ces motifs des fonctions exercées par une personne, on entend le titulaire du poste en question au moment pertinent.

<sup>2</sup> Dans l'arrêt *Slaight*, le juge Lamer était dissident quant au résultat, mais il a rédigé les motifs de la majorité sur ce point.