

T-90-01  
2004 FC 959

T-90-01  
2004 CF 959

**Merck Frosst Canada & Co. (Applicant)**

**Merck Frosst Canada & Co. (demanderesse)**

v.

c.

**The Minister of Health Canada (Respondent)**

**Le ministre de la Santé du Canada (défendeur)**

**INDEXED AS: MERCK FROSST CANADA & CO. v. CANADA (MINISTER OF HEALTH) (F.C.)**

**RÉPERTORIÉ: MERCK FROSST CANADA & CO. c. CANADA (MINISTRE DE LA SANTÉ) (C.F.)**

Federal Court, Harrington J.—Montréal, May 17, 18, 19, 20 and July 6, 2004.

Cour fédérale, juge Harrington—Montréal, 17, 18, 19, 20 mai et 6 juillet 2004.

*Access to Information — Judicial review of decision by Minister of Health to release information on new drug submission — Innovator drug company (applicant) having given confidential trade secrets to Minister in seeking notice of compliance — Whether Minister had right to disclose — Third-party information as exception to principle government information available to public — Applicant objecting to disclosure of all information not already in public domain — Purpose of access to information legislation — Question being whether information on drug as presented by applicant was in public domain — Disconnected snippets of releasable information not reasonably severable — While judicial review under s. 44 triggered by giving of show cause notice to third party, Department could not escape independent review by failure to give notice.*

*Accès à l'information — Contrôle judiciaire d'une décision par laquelle le ministre de la Santé a communiqué des renseignements relatifs à une présentation de drogue nouvelle — Un fabricant innovateur (la demanderesse) a fourni au ministre des documents contenant des secrets industriels en vue d'obtenir un avis de conformité — Le ministre avait-il le droit de divulguer les renseignements? — Les renseignements concernant des tiers sont une exception au principe selon lequel le public devrait avoir accès aux documents de l'administration fédérale — La demanderesse s'est opposée à la communication de tous les renseignements qui ne sont pas du domaine public — Objet de la législation en matière d'accès à l'information — Il s'agissait de décider si les renseignements fournis par la demanderesse relativement au médicament étaient du domaine public — Des bribes de renseignements non protégés ne pouvaient être prélevées sans poser de sérieux problèmes — Bien que le contrôle judiciaire prévu à l'art. 44 s'exerce après que le tiers a été avisé qu'il peut présenter des observations quant aux raisons qui justifieraient un refus de communication, le ministère ne pouvait échapper à un examen indépendant en omettant de donner cet avis.*

*Food and Drugs — Innovator drug company gave Health Canada confidential trade secrets in seeking notice of compliance (NOC) for asthma drug Singulair® — Judicial review of decision to release records on new drug submission under Access to Information Act — Act treats third-party trade secrets differently than government's own information — Applicant arguing release of comprehensive summary, clinical evaluations, chemical information would reveal strategy, know-how, business plan — Applicant had legitimate expectation information kept in confidence by respondent — Did not matter there is information on Singulair® in public domain — What matters: whether information as presented by applicant in public domain — Even if only snippets of information released, requester perhaps able to connect dots, gaining insight from what disclosed, what deleted — NOC only releasable.*

*Aliments et drogues — Un fabricant innovateur a fourni des documents contenant des secrets industriels à Santé Canada en vue d'obtenir un avis de conformité (ADC) concernant Singulair®, un médicament employé pour traiter l'asthme — Contrôle judiciaire de la décision de communiquer les dossiers relatifs à la présentation de drogue nouvelle sous le régime de la Loi sur l'accès à l'information — Les mesures que prévoit la Loi diffèrent selon qu'il s'agit de secrets industriels émanant de tiers ou de documents de l'administration fédérale — La demanderesse a soutenu que la communication du sommaire général, des rapports d'évaluation clinique et des données chimiques révélerait sa stratégie, son savoir-faire et son plan d'affaires — Elle pouvait légitimement s'attendre à ce que les renseignements soient tenus confidentiels par le défendeur — Le fait que des renseignements concernant Singulair® soient du domaine*

This was an application for the judicial review of a decision of the Minister of Health to provide a requester access to information in respect of applicant's drug Singulair®, which is used in the treatment of asthma.

Applicant had provided chemical and manufacturing information, including the results of clinical studies, in order to secure a notice of compliance with the *Food and Drug Regulations*. This full disclosure divulged trade secrets and confidential financial information. Its competitive position could be prejudiced if this information were made public.

When Health Canada received a request, under the *Access to Information Act*, for its records related to the new drug submission, Merck Frosst was notified that the Department intended to disclose part of the information requested. Applicant's position was that the Department had no right to divulge any of the documentation requested.

While the Act is based on the principle that government information should be available to the public, the statute does set forth certain exemptions to the general right of access, the only relevant one herein being with respect to third-party information. The Act treats such trade secrets differently than it does similar information belonging to the government itself. If an institution head intends to release, in whole or in part, a record that might contain information that is protected by the Act, the third party must be given an opportunity to make representations against disclosure. And, under subsection 44(1), the third party may seek review in Federal Court.

Health Canada's position was that it is obliged to divulge as much information as possible, even though it appreciates that most access requests are made by competitors. In the instant case, the Department, without consulting applicant, released the notice of compliance (NOC) and some other information it considered not to be confidential while other information considered to be protected under subsection 20(1)

*public n'est pas pertinent — Il importe plutôt de savoir si les renseignements tels qu'ils ont été présentés par la demanderesse sont du domaine public — Même s'il y a seulement communication de bribes de renseignements, l'auteur d'une demande peut-être en mesure d'établir des liens et de tirer des conclusions de ce qui a été communiqué et de ce qui a été supprimé — Seul l'ADC était communicable.*

Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision du ministre de la Santé de fournir les renseignements sollicités dans une demande de communication concernant Singulair®, un médicament de la demanderesse employé pour traiter l'asthme.

En vue d'obtenir un avis de conformité sous le régime du *Règlement sur les aliments et drogues*, la demanderesse a fourni des données chimiques et des renseignements concernant la fabrication de son médicament, dont les résultats d'essais cliniques. Des secrets industriels et des données financières confidentielles ont ainsi été divulgués par suite de cette communication intégrale. La position concurrentielle de la demanderesse risquait d'être compromise si ces renseignements étaient rendus publics.

Après avoir reçu une demande fondée sur la *Loi sur l'accès à l'information* concernant les dossiers relatifs à la déclaration de drogue nouvelle de la demanderesse, Santé Canada a informé Merck Frosst qu'il avait l'intention de communiquer une partie des documents demandés. La position de la demanderesse était que le ministère n'avait pas le droit de communiquer les documents faisant l'objet de la demande.

La Loi se fonde sur le principe que le public devrait avoir accès aux documents de l'administration fédérale, mais elle prévoit aussi des exceptions au droit d'accès général. La seule exception qui puisse trouver application en l'espèce est celle qui se rapporte aux renseignements de tiers. Les mesures que prévoit la Loi diffèrent selon qu'il s'agit, comme en l'espèce, de secrets industriels ou de renseignements similaires appartenant à l'administration fédérale. Si le responsable d'une institution fédérale a l'intention de donner communication totale ou partielle d'un document pouvant contenir des renseignements protégés par la Loi, il est tenu de donner au tiers intéressé la possibilité de présenter ses observations quant aux raisons qui justifieraient un refus de communication. De plus, le tiers a le droit d'exercer un recours en révision devant la Cour fédérale en vertu du paragraphe 44(1).

Santé Canada considère qu'il est obligé de communiquer le plus de renseignements possibles, même s'il sait que la majorité des demandes de communication provient de concurrents. En l'espèce, le ministère a communiqué l'avis de conformité (ADC) sans consulter la demanderesse et, ayant prélevé des extraits qu'il estimait être protégés par le paragraphe 20(1), il a communiqué d'autres renseignements

was severed. Certain information not found in published studies was deleted. Being uncertain as to the confidential nature of some of the information, applicant was contacted and given 20 days to make written representations explaining the confidentiality of the information along with the extent of the injury that would result from its disclosure.

It was urged by applicant that confidentiality is a cornerstone of the regulatory scheme established by the *Food and Drug Regulations*, the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations* and the North American Free Trade Agreement. It disagreed as to where the balance between disclosure and non-disclosure should be struck. Applicant objected to the disclosure of all information not already in the public domain. It suggested that release of the comprehensive summary would reveal its strategy, know-how and business plan. This applied as well to clinical evaluation reports and to chemical and manufacturing information.

*Held*, the application should be allowed.

All of the information requested, including the notes of Departmental reviewers or outside experts retained by it, were considered to be third-party information. They would not exist but for applicant's new drug submission. As La Forest J. said in *Dagg v. Canada (Minister of Finance)*, the principal purpose of access to information legislation is to facilitate democracy. It helps to ensure that both politicians and bureaucrats remain accountable to citizens. Under Act, section 2, decisions on the disclosure of government information should be reviewed independently of government.

Everyone is entitled to know whether a drug on the market has been approved; the Department was entitled to release the NOC without consulting applicant. But the comprehensive summary is, in its pith and substance, third-party confidential information. The institutional head was, at the outset, required to refuse to disclose any part of it. Again, Act, section 20 applies to reviewers' notes and correspondence as much as it does to the comprehensive summary.

Two questions remained to be decided: (1) whether the information had lost its original confidentiality; and (2) could any non-confidential information be reasonably severed making it open to release?

jugés non confidentiels. Des renseignements qui ne figuraient pas dans des études publiées ont été supprimés. Ayant des doutes au sujet du caractère confidentiel de certains des renseignements visés par la demande, Santé Canada a avisé la demanderesse qu'elle disposait d'un délai de 20 jours pour lui présenter des observations écrites sur la nature confidentielle de ces renseignements et indiquant dans quelle mesure leur divulgation lui causerait préjudice.

La demanderesse a fait valoir que la confidentialité est une pierre angulaire du régime établi par le *Règlement sur les aliments et drogues* et le *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)* ainsi que l'Accord de libre-échange nord-américain. Elle ne partageait pas le point de vue du ministère sur la question de savoir où se situe le juste équilibre entre les cas de communication et de non-communication. La demanderesse s'est opposée à la communication de tous les renseignements demandés n'étant pas déjà du domaine public. Elle a également fait valoir que la communication du sommaire général révélerait sa stratégie, son savoir-faire et son plan d'affaires et qu'il en était de même pour les rapports d'évaluation clinique, les données chimiques et les renseignements relatifs à la fabrication du médicament.

*Jugement*: la demande doit être accueillie.

Tous les renseignements demandés, y compris les notes des examinateurs du ministère et des experts externes dont il a retenu les services, constituent des renseignements concernant des tiers. N'eût été de la présentation de drogue nouvelle de la demanderesse, ces renseignements seraient inexistantes. Comme l'a dit le juge La Forest dans *Dagg c. Canada (Ministre des Finances)*, la loi en matière d'accès à l'information a pour principal objet de favoriser la démocratie. Elle aide à garantir que les politiciens et les bureaucrates demeurent comptables envers l'ensemble de la population. L'article 2 de la Loi prévoit que les décisions relatives à la communication des documents de l'administration fédérale sont susceptibles de recours indépendants du pouvoir exécutif.

Toute personne a le droit de savoir si un médicament offert sur le marché a été approuvé; le ministère pouvait communiquer l'ADC sans consulter la demanderesse. Mais le sommaire général comporte, par sa nature même, des renseignements confidentiels provenant de tiers. Le responsable de l'institution fédérale, devait dès le départ, refuser de communiquer le document dans son intégralité. L'article 20 de la Loi s'applique aux notes des examinateurs et à la correspondance, tout autant qu'au sommaire général.

Deux questions restaient à trancher: 1) les renseignements avaient-ils perdu le caractère confidentiel qu'ils avaient à l'origine? 2) était-il raisonnablement possible de prélever les renseignements non confidentiels pour qu'ils soient communiqués?

The information when submitted was confidential, and was always treated as confidential by applicant, who had a legitimate expectation that the information would be kept in confidence by respondent. It did not matter that there is information regarding Singulair® in the public domain. What did matter was whether the information as presented by applicant is in the public domain. If not, confidentiality has not been lost. The possibility that non-confidential information could be severed was considered but it had to be concluded that the comprehensive summary, reviewers' notes and correspondence were exempt from disclosure in their entirety. Disconnected snippets of releasable information taken from otherwise exempt passages could not be said to be reasonably severable. The portions of sentences not deleted by respondent were incomprehensible to the Court, but perhaps a requester would be able to connect the dots and gain insight from what was disclosed and what was deleted.

Respondent raised the procedural objection that this review is governed by sections 28 and 44 of the Act and that the latter section is triggered by the show cause notice given to a third party. Here, respondent had made disclosure of a few pages of material without giving notice. But a government institution cannot escape independent review by failure to give the notice contemplated by the statute. While the point is moot in that the damage has been done, since this issue is bound to again arise it was declared that Health Canada should not have acted as it did.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1, ss. 2, 4(1) (as am. by S.C. 2001, c. 27, s. 202), 13 (as am. by S.C. 2000, c. 7, s. 21), 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 27, 28, 29, 44, 74.
- Federal Court Rules*, 1998, SOR/98-106, rr. 8, 302.
- Food and Drug Regulations*, C.R.C., c. 870.
- North American Free Trade Agreement Between the Government of Canada, the Government of the United Mexican States and the Government of the United States of America*, December 17, 1992, [1994] Can. T.S. No. 2.
- Official Secrets Act (The)*, S.C. 1939, c. 49.
- Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, SOR/93-133.
- Security of Information Act*, R.S.C., 1985, c. O-5, s. 1 (as am. by S.C. 2001, c. 41, s. 25).

À l'époque où ils ont été soumis, les renseignements étaient confidentiels et ils ont toujours été traités comme tels par la demanderesse, qui pouvait légitimement s'attendre à ce qu'ils soient tenus confidentiels par le défendeur. Le fait que des renseignements concernant Singulair® étaient du domaine public n'était pas pertinent. Il importait plutôt de savoir si les renseignements tels qu'ils ont été présentés par la demanderesse étaient du domaine public. S'ils ne l'étaient pas, ils n'avaient pas perdu leur caractère confidentiel. La possibilité que des renseignements non confidentiels soient prélevés a été examinée, mais il fallait conclure que le sommaire général, les notes des examinateurs et la correspondance étaient protégés dans leur totalité. Des bribes de renseignements pouvant être divulgués, extraites de passages par ailleurs protégés, ne pouvaient être prélevées sans poser de problèmes sérieux. Même si la Cour ne pouvait comprendre les segments de phrases n'ayant pas été retranchés par le défendeur, l'auteur d'une demande pourrait être en mesure d'établir des liens et de tirer des conclusions, de ce qui a été communiqué et de ce qui a été supprimé.

Sur le plan procédural, le défendeur a fait valoir que le contrôle qu'effectue la Cour est régi par les articles 28 et 44 de la Loi et que l'article 44 entre en jeu une fois qu'avis est donné au tiers de justifier la non-divulgateion. En l'espèce, le défendeur a communiqué quelques pages sans donner avis de la communication. Or, une institution fédérale ne peut échapper au contrôle judiciaire en omettant de donner l'avis prévu par la Loi. La demanderesse ayant déjà subi un préjudice en raison de la divulgation, la question est maintenant théorique. Cependant, parce que cette question sera sûrement soulevée à nouveau dans d'autres affaires, la Cour a déclaré que Santé Canada n'aurait pas dû agir ainsi.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

- Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis du Mexique et le gouvernement des États-Unis d'Amérique*, 17 décembre 1992, [1994] R.T. Can. n° 2.
- Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), ch. A-1, art. 2, 4(1) (mod. par L.C. 2001, ch. 27, art. 202), 13 (mod. par L.C. 1992, ch. 1, art. 144, ann. VII, n° 1; 2000, ch. 7, art. 21), 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 27, 28, 29, 44 (mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 1, art. 45, ann. III, n° 1), 74.
- 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 les secrets officiels*, S.C. 1939, ch. 49.
- Règlement sur les aliments et drogues*, C.R.C., ch. 870.
- Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, DORS/93-133.

*Règles de la Cour fédérale (1998)*, DORS/98-106, règles 8, 302.

## CASES JUDICIALLY CONSIDERED

## APPLIED:

*Dagg v. Canada (Minister of Finance)*, [1997] 2 S.C.R. 403; (1997), 148 D.L.R. (4th) 385; 46 Admin. L.R. (2d) 155; 213 N.R. 161; *AB Hassle v. Canada (Minister of National Health and Welfare)*, [2000] 3 F.C. 360; (2000), 5 C.P.R. (4th) 149; 253 N.R. 284 (C.A.); *Air Atonabee Ltd. v. Canada (Minister of Transport)* (1989), 37 Admin. L.R. 245; 27 C.P.R. (3d) 180; 27 F.T.R. 194 (F.C.T.D.); *Canadian Jewish Congress v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1996] 1 F.C. 268; (1995), 102 F.T.R. 30 (T.D.); *Aluminerie Alouette inc. c. Commission d'accès à l'information du Québec*, [1991] R.J.Q. 417 (Sup. Ct.); *Waddle v. Wallsend Shipping Company, Ltd.*, [1952] 2 Lloyd's Rep. 105 (Q.B.); *N.M. Paterson & Sons Ltd. v. St. Lawrence Seaway Management Corp.* (2004), 322 N.R. 83; 2004 FCA 210.

## CONSIDERED:

*Boyer v. Regem*, [1948] B.R. 829; (1948), 94 C.C.C. 195; 7 C.R. 165 (Que. C.A.); *Home Office v. Harman*, [1982] 1 All E.R. 532 (H.L.).

## REFERRED TO:

*Kruger Inc. v. Baltic Shipping Co.* (1989), 57 D.L.R. (4th) 498 (F.C.A.); *Susan Hosiery Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1969] Ex. C.R. 27; [1969] C.T.C. 353; (1969), 69 DTC 5278; *The Putbus*, [1969] 2 All E.R. 676 (C.A.); *Siemens Canada Ltd. v. Canada (Minister of Public Works and Government Services)* (2002), 21 C.P.R. (4th) 575; 2002 FCA 414; *H.J. Heinz Co. of Canada Ltd. v. Canada (Attorney General)*, [2005] 1 F.C.R. 281; (2004), 241 D.L.R. (4th) 367; 14 Admin. L.R. (4th) 123; 32 C.P.R. (4th) 385; 320 N.R. 300; 2004 FCA 171.

APPLICATION for judicial review of a decision by the Minister of Health to release certain records relating to a new drug submission, pursuant to an *Access to Information Act* request. Application granted.

## APPEARANCES:

*Karl Delwaide and Karine Joizil* for applicant.

*Sébastien Gagné* for respondent.

## JURISPRUDENCE CITÉE

## DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Dagg c. Canada (Ministre des Finances)*, [1997] 2 R.C.S. 403; (1997), 148 D.L.R. (4th) 385; 46 Admin. L.R. (2d) 155; 213 N.R. 161; *AB Hassle c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, [2000] 3 C.F. 360; (2000), 5 C.P.R. (4th) 149; 253 N.R. 284 (C.A.); *Air Atonabee Ltd. c. Canada (Ministre des Transports)* (1989), 37 Admin. L.R. 245; 27 C.P.R. (3d) 180; 27 F.T.R. 194 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Congrès juif canadien c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1996] 1 F.C. 268; (1995), 102 F.T.R. 30 (1<sup>re</sup> inst.); *Aluminerie Alouette inc. c. Commission d'accès à l'information du Québec*, [1991] R.J.Q. 417 (C.S.); *Waddle v. Wallsend Shipping Company, Ltd.*, [1952] 2 Lloyd's Rep. 105 (Q.B.); *N.M. Paterson & Sons Ltd. c. Corporation de Gestion de la Voie Maritime du Saint-Laurent* (2004), 322 N.R. 83; 2004 CAF 210.

## DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Boyer v. Regem*, [1948] B.R. 829; (1948), 94 C.C.C. 195; 7 C.R. 165 (C.A.Q.); *Home Office v. Harman*, [1982] 1 All E.R. 532 (H.L.).

## DÉCISIONS CITÉES:

*Kruger Inc. c. Baltic Shipping Co.* (1989), 57 D.L.R. (4th) 498 (C.A.F.); *Susan Hosiery Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1969] R.C.É. 27; [1969] C.T.C. 353; (1969), 69 DTC 5278; *The Putbus*, [1969] 2 All E.R. 676 (C.A.); *Siemens Canada Ltée c. Canada (Ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux)* (2002), 21 C.P.R. (4th) 575; 2002 CAF 414; *Cie H.J. Heinz du Canada Ltée c. Canada (Procureur général)* [2005] 1 R.C.F. 271; (2004), 241 D.L.R. (4th) 367; 14 Admin. L.R. (4th) 123; 32 C.P.R. (4th) 385; 320 N.R. 300; 2004 CAF 171.

DEMANDE de contrôle judiciaire d'une décision par laquelle le ministre de la Santé a communiqué, à la suite d'une demande présentée sous le régime de la *Loi sur l'accès à l'information*, certains dossiers relatifs à une présentation de drogue nouvelle. Demande accueillie.

## ONT COMPARU:

*Karl Delwaide et Karine Joizil* pour la demanderesse.

*Sébastien Gagné* pour le défendeur.

## SOLICITORS OF RECORD:

*Fasken Martineau DuMoulin LLP*, Montréal, for applicant.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

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

HARRINGTON J.:

## OVERVIEW

[1] What right, or duty, does the Government of Canada have to give public access to information it has received in confidence?

[2] Singulair® is a drug prescribed worldwide in the treatment of asthma. It was developed in Canada by Merck Frosst, at a cost of many millions of dollars. Before Singulair® could be marketed here, Merck Frosst had to convince Health Canada that it was safe and effective. This is a very important regulatory function of government.

[3] Regulatory approval takes the form of a notice of compliance which certifies that the new drug submission complies with appropriate *Food and Drug Regulations* [C.R.C., c. 870]. Before such a notice is issued, the drug company must provide chemical and manufacturing information, and indeed virtually all information known about the drug including the results of pre-clinical and clinical studies. The submission is reviewed in detail by multi-disciplinary teams of Health Canada, who may also bring in outside counsel. Extensive correspondence is generated as part of this critical analysis, an analysis which may result in changes from the submission as originally filed.

[4] At the heart of a new drug submission is the comprehensive summary prepared by the drug company. In short, in order to obtain approval, Merck Frosst was obliged to make a full and frank disclosure of all its knowledge and information, a disclosure which

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*Fasken Martineau DuMoulin s.r.l.*, Montréal, pour la demanderesse.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour le défendeur.

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

LE JUGE HARRINGTON:

## APERÇU

[1] Quel droit ou quelle obligation a le gouvernement du Canada de communiquer au public des renseignements qu'il a reçus à titre confidentiel?

[2] Singulair® est une drogue prescrite à l'échelle mondiale dans le traitement de l'asthme. Elle a été développée au Canada par Merck Frosst, au coût de nombreux millions de dollars. Avant que Singulair® puisse être commercialisé ici, Merck Frosst a dû convaincre Santé Canada de son innocuité et de son efficacité. Il s'agit là d'une fonction de réglementation très importante jouée par l'administration.

[3] L'approbation réglementaire prend la forme d'un avis de conformité, qui atteste que la présentation de drogue nouvelle est conforme aux dispositions appropriées du *Règlement sur les aliments et drogues* [C.R.C., ch. 870]. Pour qu'un tel avis soit délivré, le fabricant doit fournir des renseignements d'ordre chimique et sur la fabrication ainsi que pratiquement tous les renseignements connus au sujet de la drogue, notamment les résultats des essais précliniques et cliniques. La présentation est examinée minutieusement par des équipes multidisciplinaires de Santé Canada, qui peuvent également faire appel à des experts externes. Une correspondance abondante est produite au cours de cette analyse critique, qui peut entraîner des modifications de la présentation déposée à l'origine.

[4] Au cœur de la présentation de drogue nouvelle se trouve le sommaire général, préparé par la société pharmaceutique. Bref, pour obtenir l'approbation, Merck Frosst a été obligée de fournir une communication complète et franche de toutes ses connaissances et tous

contained trade secrets and financial, commercial, scientific and technical information of a confidential nature, as well as information which, if made public, might cause it financial loss or prejudice its competitive position.

[5] After Singulair® was approved and on the market, Health Canada received a request under the *Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1, as amended, for records related to the review of the new drug submission. More specifically, the request was for the:

- notice of compliance;
- comprehensive summary;
- reviewer's notes; and
- correspondence between Health Canada and Merck Frosst

[6] Health Canada informed Merck Frosst that it intended to disclose part of the requested records. It said that it had already severed some information from the documents as being confidential third-party information, exempt from disclosure under the Act and said that other parts might also be confidential, but that it was unable to make that determination. Merck Frosst was called upon to explain the confidentiality of the remaining information or the nature and extent of the injury that would result should the information be disclosed.

[7] It was subsequently revealed that Health Canada had disclosed part of the information to the requester, who is one of Merck Frosst's competitors, without prior consultation.

[8] For all intents and purposes, Merck Frosst took the position that Health Canada had no right under the Act to divulge any of the requested documentation. This led to a great deal of correspondence and to an application by Merck Frosst to this Court for a review of Health Canada's position. There have been waves of affidavits

ses renseignements, contenant des secrets industriels et des renseignements financiers, commerciaux, scientifiques et techniques de nature confidentielle, ainsi que des renseignements dont la divulgation risquerait vraisemblablement de lui causer des pertes financières ou de nuire à sa compétitivité.

[5] Après que Singulair® eut été approuvé et mis en marché, Santé Canada a reçu une demande fondée sur la *Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), ch. A-1, modifiée, et portant sur les documents relatifs à l'examen de la présentation de drogue nouvelle. Plus précisément, la demande visait:

- l'avis de conformité;
- le sommaire général;
- les notes de l'examineur;
- la correspondance entre Santé Canada et Merck Frosst.

[6] Santé Canada a informé Merck Frosst qu'il avait l'intention de communiquer une partie des documents demandés. Le ministère a dit qu'il avait déjà prélevé dans les documents certains renseignements constituant des renseignements confidentiels provenant de tiers, protégés en vertu de la Loi, et que d'autres parties pourraient également être confidentielles, mais qu'il n'était pas en mesure de prendre cette décision. Merck Frosst a été invitée à expliquer le caractère confidentiel des autres renseignements ou la nature et l'étendue du préjudice qui résulterait de la communication de ces renseignements.

[7] Il a été révélé par la suite que Santé Canada avait communiqué une partie des renseignements à l'auteur de la demande, l'un des concurrents de Merck Frosst, sans consultation préalable.

[8] Pratiquement, Merck Frosst a pris la position que Santé Canada n'avait pas le droit en vertu de la Loi de communiquer une partie quelconque des documents demandés. Cela a entraîné une abondante correspondance et une demande de Merck Frosst à la Cour en vue d'obtenir la révision de la position de Santé

from both sides, some public, and some protected by confidentiality orders.

[9] This consultative, or perhaps I should say argumentative, process did not result in an agreement and so it falls upon the Court to decide whether or not the information requested is exempt from disclosure.

[10] I will briefly set out the process by which Singulair® was approved so that the importance of the documents under scrutiny can be appreciated. I will then outline the scheme of the *Access to Information Act*, set out the position of the respective parties, and finally apply the Act, in the light of the case law, to the documents in question.

#### NEW DRUG SUBMISSION

[11] As mentioned, before a new drug is placed on the market by a pharmaceutical company, often called an “innovator”, a new drug submission must be reviewed by Health Canada. The submission must contain virtually all information known about the drug, including the results of pre-clinical and clinical studies for intended dosage strengths. All aspects of a submission are critically reviewed by multi-disciplinary teams. Health Canada may retain the services of outside experts. All this naturally leads to extensive correspondence and the generation and exchange of other documents. This may lead to changes to the original submission.

[12] The submission includes a product monograph, which in its final form is made available to health professionals, and so is a public document. During the review process, revisions may also be made to the monograph as originally submitted. Once the drug is found to be satisfactory, a notice of compliance is issued permitting the manufacturer to sell the product according to the approved product monograph.

[13] Once the innovator’s drug is on the Canadian market, the sponsor of a similar, or reformulated drug

Canada. Les deux parties ont présenté une série d’affidavits, certains publics et d’autres protégés par des ordonnances de confidentialité.

[9] Ce processus de consultation ou, devrais-je plutôt dire, de dispute n’a pas conduit à un accord, de sorte qu’il incombe à la Cour de décider si les renseignements demandés sont ou non protégés.

[10] Je vais rappeler brièvement la procédure selon laquelle Singulair® a été approuvé de façon que l’on puisse apprécier l’importance des documents en cause. J’exposerai ensuite le régime établi par la *Loi sur l’accès à l’information*, puis je présenterai la position de chacune des parties et enfin j’appliquerai la Loi, en fonction de la jurisprudence, aux documents en question.

#### LA PRÉSENTATION DE DROGUE NOUVELLE

[11] Comme je l’ai déjà indiqué, avant qu’une drogue nouvelle soit mise sur le marché par une société pharmaceutique, souvent appelée l’«innovateur», il faut qu’une présentation de drogue nouvelle soit examinée par Santé Canada. La présentation de drogue nouvelle doit contenir presque tous les renseignements connus au sujet de la drogue, notamment les résultats des essais précliniques et cliniques pour les doses prévues. Tous les aspects de la présentation font l’objet d’un examen critique par des équipes multidisciplinaires. Santé Canada peut avoir recours aux services d’experts externes. Naturellement, cette procédure engendre une correspondance abondante et entraîne la production et l’échange d’autres documents. Elle peut conduire à des modifications de la présentation initiale.

[12] La présentation de drogue nouvelle comprend une monographie de produit, qui, dans sa forme définitive, est mise à la disposition des professionnels de la santé et constitue donc un document public. Au cours de la procédure d’examen, des révisions peuvent également être apportées à la monographie présentée à l’origine. Une fois que le médicament est jugé satisfaisant, un avis de conformité est délivré, qui permet au fabricant de vendre le produit conformément à la monographie de produit approuvée.

[13] Une fois que la drogue de l’innovateur est sur le marché canadien, le promoteur d’une drogue similaire,



(often referred to as a “generic”) may submit an abbreviated new drug submission. While the sponsor of a new drug submission must prove evidence of safety and efficacy, the abbreviated new drug submission need only establish that when compared to the innovator, it is so similar that the two can be used interchangeably.

[14] The comprehensive summary part of the new drug submission is pivotal to the review process. It contains descriptions of the methodology, and evaluations and results of relevant investigational and clinical studies.

[15] The innovator drug company obviously wishes to recoup its research and development costs and hopefully, from its point of view, make a profit. The development of new medicines is extremely costly. To recoup the investment, pharmaceutical companies are dependent upon patent protection and protection of data submitted to government authorities. However, there is a balance to be struck as generic companies help keep the cost to the patient down. Since the generic companies do not start from the beginning, they can lower the price of the drug without having to be concerned about recovering extensive research and development costs.

#### ACCESS TO INFORMATION

[16] One can imagine Merck Frosst’s reaction had its competitor requested the information from it directly! However, the information requested is to be found in Government of Canada files. The current political philosophy is that government files are open to the public unless specifically and explicitly exempted.

[17] The core of the *Access to Information Act*, is found in subsections 2(1) and 4(1) [as am. by S.C. 2001, c. 27, s. 202]. They say:

ou reformulée (souvent appelée médicament «générique»), peut présenter une présentation abrégée de drogue nouvelle. Alors que le promoteur d’une présentation de drogue nouvelle doit établir l’innocuité et l’efficacité, la présentation abrégée de drogue nouvelle doit seulement établir que, comparée au produit innovateur, la drogue nouvelle est si semblable que les deux peuvent être utilisées de manière interchangeable.

[14] Le sommaire général est une partie de la présentation de drogue nouvelle qui est fondamentale dans la procédure d’examen. Il contient une description de la méthode suivie dans les études expérimentales et cliniques, ainsi que des évaluations et des résultats de ces études.

[15] La société pharmaceutique innovatrice souhaite évidemment rentrer dans ses frais de recherche et développement et, avec un peu de chance, réaliser un bénéfice. Le développement de nouveaux médicaments est extrêmement coûteux. Pour rentrer dans son investissement, la société pharmaceutique dépend de la protection accordée aux brevets et de la protection des données présentées aux autorités publiques. Toutefois, il faut établir un équilibre, du fait que les fabricants de produits génériques contribuent à maintenir le coût peu élevé pour le patient. Étant donné qu’ils ne partent pas de zéro, les fabricants de produits génériques peuvent abaisser le prix du médicament sans se préoccuper de rentrer dans des frais de travaux poussés de recherche et développement.

#### L’ACCÈS À L’INFORMATION

[16] On peut s’imaginer la réaction qu’aurait eue Merck Frosst si son concurrent lui avait demandé directement les renseignements! Toutefois, les renseignements demandés se trouvent dans les dossiers de l’administration fédérale. Selon la philosophie politique actuelle, le public peut obtenir communication des dossiers de l’administration à moins qu’ils ne soient précisément et expressément protégés.

[17] Les dispositions centrales de la *Loi sur l’accès à l’information* sont les paragraphes 2(1) et 4(1) [mod. par L.C. 1992, ch. 1, art. 144, ann. VII, n° 1; 2001, ch. 27, art. 202], ainsi conçus:

2. (1) The purpose of this Act is to extend the present 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.

...

4. (1) Subject to this Act, but notwithstanding any other Act of Parliament, every person who is

(a) a Canadian citizen, or

(b) a permanent resident within the meaning of subsection 2(1) of the *Immigration and Refugee Protection Act*,

has a right to and shall, on request, be given access to any record under the control of a government institution.

[18] Subject to the Act, the requester is entitled to the information it seeks.

[19] Exemptions to the general right of access are set out at sections 13 [as am. by S.C. 2000, c. 7, s. 21] through 24 of the Act. They break down into exemptions pertaining to the responsibilities of government, operations of government, statutory prohibitions, personal information and third-party information.

[20] The only exemption which may have application in this case is that of third-party information. Subsections 20(1), (5) and (6) provide:

20. (1) Subject to this section, the head of a government institution shall refuse to disclose any record requested under this Act that contains

(a) trade secrets of a third party;

(b) financial, commercial, scientific or technical information that is confidential information supplied to a government institution by a third party and is treated consistently in a confidential manner by the third party;

(c) information the disclosure of which could reasonably be expected to result in material financial loss or gain to, or

2. (1) La présente loi a pour objet d'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.

[...]

4. (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente loi mais nonobstant toute autre loi fédérale, ont droit à l'accès aux documents relevant d'une institution fédérale et peuvent se les faire communiquer sur demande:

a) les citoyens canadiens;

b) les résidents permanents au sens du paragraphe 2(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*.

[18] Sous réserve des autres dispositions de la Loi, l'auteur de la demande a le droit d'obtenir la communication des renseignements qu'il cherche à obtenir.

[19] Les exceptions au droit d'accès général sont exposées aux articles 13 [mod. par L.C. 2000, ch. 7, art. 21] à 24 de la Loi. Elles se divisent en plusieurs groupes selon qu'elles se rapportent aux responsabilités de l'État, aux activités du gouvernement, aux interdictions fondées sur d'autres lois, aux renseignements personnels et aux renseignements de tiers.

[20] La seule exception qui puisse trouver application en l'espèce est celle qui se rapporte aux renseignements de tiers. Les paragraphes 20(1), (5) et (6) disposent:

20. (1) Le responsable d'une institution fédérale est tenu, sous réserve des autres dispositions du présent article, de refuser la communication de documents contenant:

a) des secrets industriels de tiers;

b) des renseignements financiers, commerciaux, scientifiques ou techniques fournis à une institution fédérale par un tiers, qui sont de nature confidentielle et qui sont traités comme tels de façon constante par ce tiers;

c) des renseignements dont la divulgation risquerait vraisemblablement de causer des pertes ou profits

could reasonably be expected to prejudice the competitive position of, a third party; or

(d) information the disclosure of which could reasonably be expected to interfere with contractual or other negotiations of a third party.

...

(5) The head of a government institution may disclose any record that contains information described in subsection (1) with the consent of the third party to whom the information relates.

(6) The head of a government institution may disclose any record requested under this Act, or any part thereof, that contains information described in paragraph (1)(b), (c) or (d) if that disclosure would be in the public interest as it relates to public health, public safety or protection of the environment and, if the public interest in disclosure clearly outweighs in importance any financial loss or gain to, prejudice to the competitive position of or interference with contractual or other negotiations of a third party.

[21] Subsection 20(5) has no application because Merck Frosst, as third party, has not consented to the disclosure of any record. Subsection 20(6) has not been invoked by Health Canada and is not of application either.

[22] Some of the exemptions set forth in the Act are obligatory, while others are permissive. Subsection 20(1) is obligatory or mandatory in that Health Canada “shall refuse” “*est tenu [ . . . ] de refuser*” to disclose.

[23] The Act treats trade secrets and confidential financial, commercial, scientific or technical information it receives from third parties differently from similar information which belongs to the government itself. Consider paragraph 18(a):

**18.** The head of a government institution may refuse to disclose any record requested under this Act that contains

(a) trade secrets or financial, commercial, scientific or technical information that belongs to the Government of Canada or a government institution and has substantial value or is reasonably likely to have substantial value; [Emphasis added.]

financiers appréciables à un tiers ou de nuire à sa compétitivité;

d) des renseignements dont la divulgation risquerait vraisemblablement d’entraver des négociations menées par un tiers en vue de contrats ou à d’autres fins.

[ . . . ]

(5) Le responsable d’une institution fédérale peut communiquer tout document contenant les renseignements visés au paragraphe (1) si le tiers que les renseignements concernent y consent.

(6) Le responsable d’une institution fédérale peut communiquer, en tout ou en partie, tout document contenant les renseignements visés aux alinéas (1)b), c) et d) pour des raisons d’intérêt public concernant la santé et la sécurité publiques ainsi que la protection de l’environnement; les raisons d’intérêt public doivent de plus justifier nettement les conséquences éventuelles de la communication pour un tiers: pertes ou profits financiers, atteintes à sa compétitivité ou entraves aux négociations qu’il mène en vue de contrats ou à d’autres fins.

[21] Le paragraphe 20(5) est sans application parce que Merck Frosst, en qualité de tiers, n’a consenti à la communication d’aucun document. Le paragraphe 20(6) n’a pas été invoqué par Santé Canada et est aussi sans application.

[22] Certaines des exceptions prévues dans la Loi sont obligatoires, alors que d’autres sont facultatives. Le paragraphe 20(1) est obligatoire ou impératif dans le sens où Santé Canada «est tenu [ . . . ] de refuser» («*shall refuse to disclose*») la communication.

[23] La Loi traite les secrets industriels et les renseignements financiers, commerciaux, scientifiques ou techniques que l’administration reçoit de tiers d’une manière différente des renseignements similaires qui appartiennent à l’administration. L’alinéa 18a) dispose:

**18.** Le responsable d’une institution fédérale peut refuser la communication de documents contenant:

a) des secrets industriels ou des renseignements financiers, commerciaux, scientifiques ou techniques appartenant au gouvernement du Canada ou à une institution fédérale et ayant une valeur importante ou pouvant vraisemblablement en avoir une; [Non souligné dans l’original.]

[24] These exemptions have to be considered in the light of section 25 which provides:

25. Notwithstanding any other provision of this Act, where a request is made to a government institution for access to a record that the head of the institution is authorized to refuse to disclose under this Act by reason of information or other material contained in the record, the head of the institution shall disclose any part of the record that does not contain, and can reasonably be severed from any part that contains, any such information or material.

[25] Sections 27 through 29 go on to provide that in instances where the head of a government institution intends to release, in whole or in part, a record that might contain information exempt from disclosure in accordance with section 20, the third party must be notified in order to be given the opportunity to make representations as to why the record or the part thereof should not be disclosed. If this process fails, the third party is entitled to have the Federal Court review the matter pursuant to subsection 44(1).

44. (1) Any third party to whom the head of a government institution is required under paragraph 28(1)(b) or subsection 29(1) to give a notice of a decision to disclose a record or a part thereof under this Act may, within twenty days after the notice is given, apply to the Court for a review of the matter.

[26] This brief summary is only intended to cover disputes between government institutions and third parties. I make no mention of the other type of dispute covered by the Act, one between the government and a requester who has been denied access. When it comes to third-party information, the requester is informed that the third party has taken issue with the request, and is given the opportunity to participate in the judicial review. In this case it has chosen not to do so.

#### HEALTH CANADA'S POSITION

[27] The evidence of Health Canada is to be found in a number of affidavits filed by responsible officials of the department, Serge Durand, Margery Snider and Merry Joy Bujaki, who were all cross-examined. They have a great deal of experience with access to information requests and a very detailed knowledge of the Singulair® file.

[24] Il faut considérer ces exceptions à la lumière de l'article 25, qui dispose:

25. Le responsable d'une institution fédérale, dans les cas où il pourrait, vu la nature des renseignements contenus dans le document demandé, s'autoriser de la présente loi pour refuser la communication du document, est cependant tenu, nonobstant les autres dispositions de la présente loi, d'en communiquer les parties dépourvues des renseignements en cause, à condition que le prélèvement de ces parties ne pose pas de problèmes sérieux.

[25] Les articles 27 à 29 prévoient ensuite que le responsable d'une institution fédérale qui a l'intention de donner communication totale ou partielle d'un document protégé par l'article 20 est tenu d'aviser le tiers intéressé afin de lui donner la possibilité de présenter ses observations quant aux raisons qui justifieraient un refus de communication totale ou partielle. Si cette démarche échoue, le tiers a le droit d'exercer un recours en révision devant la Cour fédérale en vertu du paragraphe 44(1).

44. (1) Le tiers que le responsable d'une institution fédérale est tenu, en vertu de l'alinéa 28(1)b) ou du paragraphe 29(1), d'aviser de la communication totale ou partielle d'un document peut, dans les vingt jours suivant la transmission de l'avis, exercer un recours en révision devant la Cour.

[26] Ce bref résumé ne vise que les litiges entre les institutions fédérales et les tiers. Je n'ai pas mentionné l'autre type de litiges visé par la Loi, ceux qui interviennent entre l'administration et la personne à qui on a refusé de communiquer un document demandé. Dans le cas où il s'agit de renseignements de tiers, la personne qui a présenté la demande est informée que le tiers a contesté la demande et elle est invitée à participer à la procédure de contrôle judiciaire. En l'occurrence, elle a choisi de ne pas participer.

#### LA POSITION DE SANTÉ CANADA

[27] La preuve de Santé Canada est constituée d'un certain nombre d'affidavits déposés par les fonctionnaires responsables du ministère, Serge Durand, Margery Snider et Merry Joy Bujaki, qui ont tous été contre-interrogés. Ils ont une expérience considérable des demandes de communication de documents et une connaissance très détaillée du dossier Singulair®.

[28] Health Canada's position has been stated eloquently, and with candour. Although Merck Frosst disagrees with Health Canada's proposed application of the Act to the Singulair® file, it went to considerable lengths to emphasize that it accepted without question that Health Canada was acting in good faith. Health Canada considers that it is obliged to divulge as much information as possible, even though it knows perfectly well that the majority of requests for access to information, as well as the request in this case, come from competitors.

[29] Upon receiving the request for access to information, it collected the documents which related thereto, 549 pages all told.

[30] It decided that the notice of compliance for Singulair® and 14 other pages contained no confidential information and so could be disclosed without consulting Merck Frosst. In fact, it deleted a portion of one of the pages on the grounds that the information fell within paragraphs 20(1)(b) and (c) of the Act. The remaining pages were reviewed, and information considered by Health Canada to be covered by subsection 20(1) of the Act was severed. It was conceded at the outset that the records requested contained information relating to the drug approval process. That information was deleted unless contained in published studies or other documents which had become public by the time the drug was marketed, or were rendered public through other sources. For instance, a great deal of information is in the product monograph prepared by Merck Frosst, and ultimately approved as part of the new drug submission and sent to health professionals. As a result, information contained therein can no longer be considered confidential. An example of information otherwise becoming public is the United States of America, Food and Drug Administration New Drug Approval Package for Singulair®, which is available on the internet.

[28] La position de Santé Canada a été exposée de manière éloquente, et avec franchise. Bien qu'elle soit en désaccord avec la façon dont Santé Canada compte appliquer la Loi dans le dossier Singulair®, Merck Frosst a pris grand soin de faire ressortir qu'elle reconnaissait sans réserve que Santé Canada agissait de bonne foi. Santé Canada considère qu'il est obligé de communiquer le plus de renseignements possible, tout en sachant parfaitement que la majorité des demandes de communication de renseignements, et notamment la demande en cause dans la présente affaire, proviennent de concurrents.

[29] Lorsqu'il a reçu la demande de communication de renseignements, le ministère a assemblé les documents s'y rapportant, 549 pages au total.

[30] Le ministère a décidé que l'avis de conformité au sujet de Singulair® et 14 autres pages ne contenaient pas de renseignements confidentiels et pouvaient donc être communiqués sans consulter Merck Frosst. En fait, il a supprimé une partie de l'une des pages au motif que les renseignements tombaient sous les exceptions prévues aux alinéas 20(1)b) et c) de la Loi. On a procédé à un examen du reste des pages et les renseignements considérés par Santé Canada comme tombant sous les exceptions prévues au paragraphe 20(1) de la Loi ont été prélevés. Il a été concédé dès le départ que les documents demandés contenaient des renseignements relatifs au processus d'approbation de la drogue en question. Ces renseignements ont été supprimés à moins qu'ils soient contenus dans des études publiées ou dans d'autres documents qui étaient devenus publics au moment où la drogue a été commercialisée, ou aient été rendus publics par d'autres sources. Par exemple, une quantité considérable de renseignements se trouve dans la monographie de produit établie par Merck Frosst, et finalement approuvée en tant qu'élément de la présentation de drogue nouvelle et transmise aux professionnels de la santé. Par conséquent, les renseignements qui s'y trouvent ne peuvent plus être considérés comme confidentiels. À titre d'exemple de renseignements qui sont devenus publics d'une autre manière, on peut mentionner le jeu de documents d'approbation de drogue nouvelle présenté à la Food and Drug Administration des États-Unis pour Singulair®, que l'on peut consulter sur Internet.

[31] In its review of the remaining 534 pages (15 having already been disclosed to the requester) Health Canada determined that there was confidential information in 32, but that there might also be other information of a confidential nature.

[32] This is why it said in its letter of August 16, 2000:

Some parts have been severed pursuant to subsection 20(1) of the *ATIA* [confidential third party information]. Other parts may also be subject to subsection 20(1), however we are unable to determine this at this time.

In accordance with section 27 of the Act, you have 20 days from the receipt of this notice to make written representations to the undersigned explaining the confidentiality of the information or the nature and extent of the injury that would result from the disclosure of the information contained in the requested records.

You must clearly state what portions, if any, of the records you consider confidential and make reference to the appropriate paragraph of subsection 20(1) of the *ATIA*. [Emphasis in original.]

[33] After reviewing Merck Frosst's representations, which went on in stages, both before and after legal proceedings were instituted, Health Canada now considers that information has to be deleted from 425 pages, at least!

#### MERCK FROSST'S POSITION

[34] As this matter proceeded by way of application, rather than by trial, Merck Frosst's evidence was also in affidavit form, with some cross-examination thereon. Affidavits were filed by Annie Tougas, Manager Regulatory Affairs, Anne Mayrand, in-house counsel responsible for coordination of access to information litigation matters, and Cynthia Frendo, Merck's Director of Market Planning. Additional affidavits were filed by Joanne Guarda, an outside marketing research specialist, and Robert Sarrazin, an outside consultant, who was called as an expert witness. For many years he was the director of regulatory affairs of another pharmaceutical company. More recently, he has been president of his own consulting firm which has been retained by pharmaceutical companies for advice with respect to

[31] Dans son examen des 534 autres pages (15 ayant déjà été communiquées à l'auteur de la demande) Santé Canada a décidé qu'il y avait des renseignements confidentiels dans 32 pages, mais qu'il pourrait aussi y avoir d'autres renseignements de nature confidentielle.

[32] C'est pourquoi, dans sa lettre du 16 août 2000, le ministère disait:

[TRADUCTION] Certaines parties ont été prélevées en vertu du paragraphe 20(1) de la *LAI* [renseignements confidentiels provenant de tiers]. D'autres parties peuvent également tomber sous les exceptions prévues au paragraphe 20(1), toutefois nous ne sommes pas en mesure d'en décider à l'heure actuelle.

Conformément à l'article 27 de la Loi, vous disposez d'un délai de 20 jours à compter de la réception du présent avis pour présenter des observations écrites au soussigné expliquant la nature confidentielle des renseignements ou la nature et l'étendue du préjudice qu'entraînerait la communication des renseignements contenus dans les documents demandés.

Vous devez indiquer clairement quelles parties, le cas échéant, des documents vous considérez comme confidentielles et renvoyer à l'alinéa approprié du paragraphe 20(1) de la *LAI*. [Souligné dans l'original.]

[33] Après avoir examiné les observations de Merck Frosst, qui ont été présentées en plusieurs étapes, tant avant qu'après l'introduction de la procédure judiciaire, Santé Canada considère maintenant qu'il faut supprimer des renseignements dans 425 pages, au moins!

#### LA POSITION DE MERCK FROSST

[34] Comme la présente affaire a été introduite par la voie d'une demande, plutôt que par la voie d'une action, la preuve de Merck Frosst a également été présentée sous forme d'affidavits, avec certains contre-interrogatoires à leur sujet. Des affidavits ont été déposés par Annie Tougas, chef des Affaires gouvernementales, Anne Mayrand, avocate interne responsable de la coordination du contentieux en matière d'accès à l'information, et Cynthia Frendo, directrice de la Planification des marchés. Des affidavits additionnels ont été déposés par Joanne Guarda, spécialiste externe de recherche en marketing, et Robert Sarrazin, consultant externe, qui a été cité comme témoin expert. Pendant de nombreuses années, il a été directeur des affaires réglementaires d'une autre société pharmaceutique. Plus récemment, il

gaining regulatory approval for new drugs. Although Health Canada acknowledged that Mr. Sarrazin could be considered an expert, it objected to his evidence on the basis that it was not useful to the Court. As the witnesses called by both sides were either experts in their own right, or lay persons with considerable experience with new drug submissions and access to information, I found Mr. Sarrazin's evidence to be useful, as he was one step away from the fray.

[35] The evidence on both sides was a mixture of fact and philosophy. Fortunately, both sides realized the evidence for what it was and let the philosophy go, except that Health Canada objected to parts of one of the affidavits of Anne Mayrand as being argumentative, rather than factual in nature. Although the portions in question were argumentative, since Maître Mayrand combines legal training with regulatory experience, it can be difficult to draw a sharp distinction between fact and law. In any event, Merck Frosst's counsel could, and did, repeat the same points in argument, and so I decided to leave the affidavit intact.

[36] Although subject to fine tuning, as affidavit upon affidavit were exchanged between the parties, Merck Frosst's position is well set out in the initial affidavit of Annie Tougas, its Manager Regulatory Affairs of the medical division, dated 19 February 2001 and her supplementary affidavit, given on 1 June 2001 after the Court had granted confidentiality orders.

[37] Following the initial notice Merck Frosst received from Health Canada in the form of the letter of Margery Snider dated 16 August 2000, on 11 September 2000 Health Canada provided it with the pages which it had already released to the access to information requester. Merck Frosst set out its general position in a letter Ms. Tougas sent to Ms. Snider 25 September 2000. She said, and it is not disputed, that the development of medicines

a été président de son propre cabinet de consultants auquel se sont adressées des sociétés pharmaceutiques pour obtenir des conseils concernant l'approbation réglementaire de drogues nouvelles. Bien que Santé Canada ait reconnu que M. Sarrazin pouvait être considéré comme un expert, il s'est opposé à son témoignage au motif qu'il n'était pas utile à la Cour. Comme les témoins cités par les deux parties étaient soit des experts eux-mêmes soit des non-spécialistes possédant une expérience considérable en matière de présentation de drogues nouvelles et d'accès à l'information, j'ai trouvé utile le témoignage de M. Sarrazin, du fait qu'il était à l'écart de la mêlée.

[35] Des deux côtés, les témoignages étaient un mélange de fait et de philosophie. Heureusement, les deux parties ont apprécié la preuve à sa juste valeur et ont abandonné la philosophie, sauf que Santé Canada s'est opposé à des parties de l'un des affidavits d'Anne Mayrand au motif qu'elles étaient de nature argumentative plutôt que factuelle. Bien que les parties en question aient été argumentatives, puisque M<sup>e</sup> Mayrand combine la formation juridique et l'expérience de la réglementation, il peut être difficile d'établir une distinction nette entre le fait et le droit. Quoi qu'il en soit, l'avocat de Merck Frosst pouvait répéter, et a effectivement répété, les mêmes points dans son argumentation, et j'ai donc décidé de laisser l'affidavit intact.

[36] Bien qu'elle ait été affinée, à mesure que les affidavits étaient échangés l'un après l'autre entre les parties, la position de Merck Frosst est bien exposée dans l'affidavit d'Annie Tougas, chef des Affaires gouvernementales de sa division médicale, datée du 19 février 2001 et dans son affidavit supplémentaire, souscrit le 1<sup>er</sup> juin 2001, après que la Cour eut accordé des ordonnances de confidentialité.

[37] À la suite de l'avis initial que Merck Frosst a reçu de Santé Canada sous la forme d'une lettre de Margery Snider datée du 16 août 2000, Santé Canada lui a fourni, le 11 septembre 2000, les pages qu'elle avait déjà communiquées à l'auteur de la demande de communication. Merck Frosst a exposé sa position générale dans une lettre que M<sup>me</sup> Tougas a envoyée à M<sup>me</sup> Snider le 25 septembre 2000. Elle disait, et cela

is extremely costly and that in order to recoup the investment, pharmaceutical companies are dependent upon patent protection and protection of confidential data submitted to governmental authorities. Generic companies attempt to copy the innovator's product where possible and launch the product at a lower price level. They can do so because they do not have to be concerned about extensive research and development costs. Apart from access to information, it was alleged that the information provided to Health Canada was protected by the *North American Free Trade Agreement Between the Government of Canada, the Government of the United Mexican States and the Government of the United States of America* [[1994] Can. T.S. No. 2] of 17 December 1992 (NAFTA). Merck Frosst took the position that "confidentiality" is a cornerstone of the regulatory scheme set out in the *Food and Drug Regulations* [C.R.C., c. 870], and the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations* [SOR/93-133], as well as in the NAFTA. It submits that there must be a balance between disclosure and non-disclosure (Health Canada agrees but has a different view as to where the balance should be struck). It considers that Health Canada's initial review was very cursory and that it had "shovelled" its responsibility onto Merck Frosst.

[38] Merck Frosst did not object to the disclosure of any information already in the public domain, such as the product monograph, as well as published studies. With those exceptions, it objected to the disclosure of other information. More particularly, Merck Frosst took issue with the documents which had already been released on the basis that information such as control and file numbers provides valuable and competitive information which is helpful for tracking purposes, and allows the requester to assess the various phases of the review process and the speed at which the review progressed. This kind of information can be used for "bench-marking" and performance evaluation, and can indicate if a company is on the right track or not.

n'est pas contesté, que le développement de médicaments est extrêmement coûteux et que, pour rentrer dans leur investissement, les sociétés pharmaceutiques dépendent de la protection des brevets et de la protection des données confidentielles présentées à l'administration. Les fabricants de produits génériques tentent de copier le produit de l'innovateur lorsque c'est possible et de lancer le produit à un prix moindre. Ils peuvent se le permettre parce qu'ils n'ont pas à supporter les frais de travaux poussés de recherche et développement. Outre l'accès à l'information, il était allégué que les renseignements fournis à Santé Canada étaient protégés par l'*Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis d'Amérique et le gouvernement des États-Unis du Mexique* [[1994] R.T. Can. n° 2] conclu le 17 décembre 1992 (ALÉNA). Merck Frosst a pris la position que la «confidentialité» est une pierre angulaire du régime de réglementation exposé dans le *Règlement sur les aliments et drogues* et dans le *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)* [DORS/93-133], ainsi que dans l'ALÉNA. Elle fait valoir qu'il faut établir un équilibre entre la communication et la non-communication (Santé Canada souscrit à cette position, mais elle a une idée différente au sujet du point où se situe le juste équilibre). Elle considère que l'examen initial de Santé Canada a été très superficiel et que le ministère s'est déchargé de sa responsabilité sur Merck Frosst.

[38] Merck Frosst ne s'est pas opposée à la communication de renseignements déjà dans le domaine public, comme la monographie de produit, ainsi que des études publiées. Sauf ces exceptions, elle s'est opposée à la communication des autres renseignements. De façon plus particulière, Merck Frosst a contesté la communication des documents qui avaient déjà été communiqués au motif que des renseignements comme les numéros de contrôle et de dossier fournissent une information précieuse et concurrentielle qui est utile pour le dépistage et permettent à l'auteur de la demande d'évaluer les diverses étapes de la procédure d'examen et la vitesse à laquelle l'examen a progressé. Ce type de renseignements peut servir à l'«étalonnage» et à l'évaluation du rendement et peut indiquer si une société est sur la bonne voie ou non.



[39] The comprehensive summary sets forth the development of Singulair® and the methodology that was used. The conclusions highlight the significant findings. Releasing this information would, according to Merck Frosst, reveal its strategy, know-how and business plan. The same holds true with pre-clinical and clinical evaluation reports. Chemical and manufacturing information, if released, could be expected to result in a material financial loss and prejudice its competitive position. The faster a competitor gains information to get approval of a similar or generic product, the less time Singulair® would benefit from exclusivity on the market.

[40] On a philosophical tone, the letter says that providing information to a competitor reduces the incentive to develop and market new products in Canada.

#### ANALYSIS—Part I

[41] A distinction must be drawn between information the government generates itself, and information it has received from third parties. I consider all the information requested, including the notes of reviewers either in the employ of Health Canada or retained as outside experts, to be third-party information. If it were not for Merck Frosst's new drug submission, these notes would simply not exist.

[42] I take the main thrust of the *Access to Information Act* to be that as expressed by La Forest J. in *Dagg v. Canada (Minister of Finance)*, [1997] 2 S.C.R. 403, at paragraph 61:

The overarching purpose of access to information legislation, then, is to facilitate democracy. It does so in two related ways. It helps to ensure first, that citizens have the information required to participate meaningfully in the democratic process, and secondly, that politicians and bureaucrats remain accountable to the citizenry.

[43] Although given in the context of a confidentiality order, consider the words of Décary J.A., speaking for the Court, in *AB Hassle v. Canada (Minister of National Health and Welfare)*, [2000] 3 F.C. 360 (C.A.), at

[39] Le sommaire général expose le développement du Singulair® et la méthode qui a été employée. Les conclusions mettent en relief les résultats importants. La communication de ces renseignements, selon Merck Frosst, révélerait sa stratégie, son savoir-faire et son plan d'affaires. Il en va de même pour les rapports d'évaluation préclinique et clinique. On peut prévoir que la divulgation des renseignements d'ordre chimique et sur la fabrication causera des pertes financières importantes et nuira à sa compétitivité. Plus un concurrent obtient rapidement l'information nécessaire à l'approbation d'un produit similaire ou générique, moins longtemps Singulair® bénéficiera de l'exclusivité sur le marché.

[40] Sur une note philosophique, la lettre dit que la fourniture de renseignements à un concurrent réduit l'incitation à développer et à mettre en marché de nouveaux produits au Canada.

#### ANALYSE—Partie I

[41] Il faut établir une distinction entre les renseignements que l'administration produit elle-même et les renseignements qu'elle reçoit de tiers. Je considère que tous les renseignements demandés, y compris les notes des examinateurs employés par Santé Canada ou engagés comme experts externes, constituent des renseignements de tiers. N'était de la présentation de drogue nouvelle de Merck Frosst, ces notes n'existeraient simplement pas.

[42] J'estime que l'objectif principal de la *Loi sur l'accès à l'information* est celui qu'a défini le juge La Forest dans l'arrêt *Dagg c. Canada (Ministre des Finances)*, [1997] 2 R.C.S. 403, au paragraphe 61:

La loi en matière d'accès à l'information a donc pour objet général de favoriser la démocratie, ce qu'elle fait de deux manières connexes. Elle aide à garantir, en premier lieu, que les citoyens possèdent l'information nécessaire pour participer utilement au processus démocratique, et, en second lieu, que les politiciens et bureaucrates demeurent comptables envers l'ensemble de la population.

[43] Rappelons, même si elle a été formulée dans le contexte d'une ordonnance de confidentialité, l'observation du juge Décary J.C.A., s'exprimant au nom de la Cour, dans l'arrêt *AB Hassle c. Canada (Ministre*

paragraph 7:

Let us not be naïve. There is little, if any, public interest in knowing the specific content of drug processes and no one can seriously argue that the issuance of protective orders of the type at issue in NOC proceedings imperils the principle of open justice.

[44] With that in mind, I turn, as I believe the Act requires me to turn, to the 549 pages in dispute (*Air Atonabee Ltd. v. Canada (Minister of Transport)* (1989), 37 Admin. L.R. 245 (F.C.T.D.)). Indeed, section 2 of the Act states that “decisions on the disclosure of government information should be reviewed independently of government”.

#### Notice of Compliance

[45] Everyone, competitor or not, is entitled to know whether a drug which is on the market has been approved. This is not a confidential document. Indeed, there is no specific objection to its production. I consider it a stand-alone document, and that Health Canada was entitled to release it to the requester without consulting Merck Frosst.

#### Comprehensive Summary

[46] Health Canada acknowledges that this document includes information which is exempt from disclosure by virtue of paragraphs 20(1)(a), (b), (c) and (d) of the Act. However, the main source of exemption is (b) “financial, commercial, scientific or technical information that is confidential”. To again rely upon Dé Cary J.A. in *AB Hassle*, at paragraph 4:

First, whether one looks at it from the perspective of a brand name pharmaceutical manufacturer or from that of a generic drug manufacturer, the perceived confidentiality of information is a cornerstone of the regulatory scheme set out in the *Food and Drug Regulations*, C.R.C., c. 870, s. C.08.001 [as am. by SOR/95-172, s. 4] and in the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*:

*de la Santé nationale et du Bien-être social*), [2000] 3 C.F. 360 (C.A.), au paragraphe 7:

Ne soyons pas naïfs. L’intérêt public de connaître précisément le procédé de fabrication de médicaments est minime, s’il existe, et personne ne peut sérieusement affirmer que la délivrance d’ordonnances de non-divulgaration comme celles qui sont en litige dans une instance relative à un avis de conformité met en danger le principe de la transparence de la justice.

[44] En gardant à l’esprit cette observation, je passe maintenant, comme la Loi exige que je le fasse, aux 549 pages qui font l’objet du litige (*Air Atonabee Ltd. c. Canada (Ministre des Transports)* (1989), 37 Admin. L.R. 245 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.)). D’ailleurs, l’article 2 de la Loi dispose que «des décisions quant à la communication [sont] susceptibles de recours indépendants du pouvoir exécutif».

#### L’avis de conformité

[45] Chacun, qu’il soit concurrent ou non, a le droit de savoir si une drogue qui est sur le marché a été approuvée. L’avis de conformité n’est pas un document confidentiel. D’ailleurs, il n’y a pas eu d’opposition particulière à sa production. Je le considère comme un document autonome et j’estime que Santé Canada avait le droit de le communiquer à l’auteur de la demande, sans consulter Merck Frosst.

#### Le sommaire général

[46] Santé Canada reconnaît que ce document comprend des renseignements qui sont protégés par les alinéas 20(1)a), b), c) et d) de la Loi. Toutefois, le motif principal de protection est l’alinéa b), «des renseignements financiers, commerciaux, scientifiques ou techniques [. . .] qui sont de nature confidentielle». Je renvoie encore une fois à l’opinion du juge Dé Cary dans l’arrêt *AB Hassle*, au paragraphe 4:

En premier lieu, qu’on examine la question du point de vue du fabricant du médicament de marque ou de celui du fabricant du médicament générique, la confidentialité perçue des renseignements constitue la pierre angulaire du régime de réglementation prévu par le *Règlement sur les aliments et drogues*, C.R.C., ch. 870, art. C.08.001 [mod. par DORS/95-172, art. 4] ainsi que par le *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*:

The perceived confidentiality of information flowing from a drug manufacturer to the Department of National Health and Welfare is a cornerstone of the system pertaining to the processing of new drug submissions and the issuance of notices of compliance. For this system to function effectively, the confidential nature of the relationship ought to be honoured and maintained to the extent possible. . . . (My emphasis.) (*Apotex Inc. v. Canada (Attorney-General)* (1993), 48 C.P.R. (3d) 296 (F.C.T.D.), at p. 305, McGillis J.)

[47] In my opinion, the comprehensive summary, in its pith and substance, is third-party confidential information. There is no sectional division into information which is confidential, and that which is not. Consequently, I am of the opinion that the “head of the government institution” in question, Health Canada, was initially required to refuse to disclose any part of the record.

[48] The initial presumption under the Act is that information in the hands of the government should be disclosed. However, once a mandatory exception has been established, different considerations apply. One might ask who has the burden of proving an exception to an exception (see *Kruger Inc. v. Baltic Shipping Co.* (1989), 57 D.L.R. (4th) 498 (F.C.A.), at pages 501-503). Consider also the decision of Heald D.J. in *Canadian Jewish Congress v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1996] 1 F.C. 268 (T.D.), at pages 279, 283, 296, 300 and 301.

[49] The burden of proof should be of very limited application in cases such as these. Either the information is confidential or it is not. As Forget J. said in *Aluminerie Alouette inc. c. Commission d'accès à l'information du Québec*, [1991] R.J.Q. 417 (Sup. Ct.), at page 427:

The Commission's role is delicate since confidentiality only exists once. If confidential information is improperly disclosed, the damage cannot be repaired. The Commission must therefore be cautious when the rights of third parties may be affected by these decisions.

No one has put it better than Devlin J., as he then was, in *Waddle v. Wallsend Shipping Company Ltd.*, [1952] 2

La confidentialité perçue de l'information communiquée par un fabricant de médicaments au ministère de la Santé nationale et du Bien-être social est la pierre angulaire du régime applicable au traitement des présentations de nouvelles drogues et à la délivrance d'avis de conformité. Pour que le régime soit efficace, le caractère confidentiel des rapports doit être respecté et maintenu dans toute la mesure du possible. (Non souligné dans l'original.) (*Apotex Inc. c. Canada (Procureur général)* (1993), 48 C.P.R. (3d) 296 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), à la p. 305, le juge McGillis.)

[47] À mon avis, le sommaire général comporte fondamentalement des renseignements confidentiels provenant de tiers. Les renseignements ne sont pas groupés en une section confidentielle et une section non confidentielle. Par conséquent, je suis d'avis que le «responsable de l'institution fédérale» en question, Santé Canada, était tenu au départ de refuser de communiquer une partie quelconque du dossier.

[48] Selon la Loi, la présomption initiale veut que les renseignements dans les mains de l'administration soient communiqués. Toutefois, une fois qu'une exception obligatoire a été établie, des considérations différentes entrent en jeu. On peut se demander qui a la charge d'établir une exception à une exception (voir l'arrêt *Kruger Inc. c. Baltic Shipping Co.* (1989), 57 D.L.R. (4th) 498 (C.A.F.), aux pages 501 à 503). On se reportera également à la décision du juge suppléant Heald *Congrès juif canadien c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1996] 1 C.F. 268 (1<sup>re</sup> inst.), aux pages 279, 283, 296, 300 et 301.

[49] La charge de la preuve ne devrait avoir qu'une application très limitée dans des cas comme ceux-ci. Ou bien les renseignements sont confidentiels ou bien ils ne le sont pas. Ainsi que l'a fait observer le juge Forget dans la décision *Aluminerie Alouette inc. c. Commission d'accès à l'information du Québec*, [1991] R.J.Q. 417 (C.S.), à la page 427:

La Commission exerce une fonction délicate puisque la confidentialité ne vit qu'une fois. Si la confiance est révélée sans droit, le dommage ne peut être réparé. La Commission doit donc se révéler prudente lorsque des droits de tiers peuvent être affectés par ces décisions.

Personne ne l'a mieux dit que le juge Devlin, tel était alors son titre, dans la décision *Waddle v. Wallsend*

Lloyd's Rep. 105 (Q.B.), at page 139:

In a case where substantially all the facts have been brought to light, it is no doubt legitimate to argue that some cause must be found, and therefore the one that has most to be said for it should be selected. Where it can fairly be said that all possible causes have been canvassed, the strongest must be the winner. But in a case where all direct evidence is missing, there is no ground for saying that the most plausible conjecture must perforce be the true explanation. The answer that may well have to be given is that not enough is known about the circumstances of the loss to enable the inquirer to say how it happened. All that he can say is that no theory advanced has been able to collect enough support from the facts to make it more likely than not that it happened in that way and not in any other.

Later on in these reasons I refer to *N.M. Paterson & Sons Ltd. v. St. Lawrence Seaway Management Corp.* (2004), 322 N.R. 83 (F.C.A.), and agree that it should be fairly easy to ascertain if the information is in the public domain, and thus confidential, or not.

#### REVIEWERS' NOTES AND CORRESPONDENCE

[50] As aforesaid, these documents, even if they could be treated separately, would not exist were it not for the new drug submission. Section 27 requires the head of a government institution who has reason to believe a record might contain third-party information, to give that third party prior notice. The notice requires a description of the record, or part thereof, that "belong to, were supplied by, or relate to the third party". Thus, section 20 of the Act applies to reviewers' notes and correspondence just as much as it does to the comprehensive summary.

#### ANALYSIS—Part II

[51] The application before me does not rest with my conclusion that the documents in their genesis were provided by, or relate to, the third party and were confidential in nature. Two questions remain: (1) has the information, in whole or in part, lost its original confidentiality; and (2) can non-confidential information

*Shipping Company, Ltd.*, [1952] 2 Lloyd's Rep. 105 (Q.B.), à la page 139:

[TRADUCTION] Dans une affaire où l'essentiel des faits a été mis au jour, il est sans aucun doute légitime de plaider qu'il faut trouver une cause quelconque, et que donc la cause qui paraît la mieux établie devrait être choisie. Lorsqu'on peut dire à juste titre que toutes les causes possibles ont été examinées à fond, c'est la plus forte qui doit l'emporter. Mais dans un cas où il n'existe aucune preuve directe, il n'y a pas de raison de dire que la conjecture la plus plausible doit nécessairement être la bonne explication. Il se peut bien qu'on doive constater qu'on n'en connaît pas assez au sujet des circonstances du sinistre pour permettre à celui qui enquête de dire comment c'est arrivé. Tout ce qu'il peut dire c'est qu'aucune théorie proposée n'a pu trouver suffisamment d'appui dans les faits pour rendre plus probable que cela est arrivé de cette façon et non d'une autre.

Plus loin dans les présents motifs, je renvoie à l'arrêt *N.M. Paterson & Sons Ltd. c. Corporation de gestion de la Voie maritime du Saint-Laurent* (2004), 322 N.R. 83 (C.A.F.) et je conviens qu'il devrait être assez facile d'établir si les renseignements sont dans le domaine public ou non, et donc s'ils sont confidentiels.

#### NOTES DES EXAMINATEURS ET CORRESPONDANCE

[50] Comme je l'ai déjà dit, ces documents, même s'ils peuvent être traités séparément, n'existeraient pas si ce n'était de la présentation de drogue nouvelle. Selon l'article 27, le responsable d'une institution fédérale est tenu, dans le cas où un document est, selon lui, susceptible de contenir des renseignements de tiers, de donner un avis préalable au tiers intéressé. L'avis doit donner «la désignation du contenu total ou partiel du document qui, selon le cas, appartient au tiers, a été fourni par lui ou le concerne». Donc, l'article 20 de la Loi s'applique aux notes des examinateurs et à la correspondance, tout autant qu'au sommaire général.

#### ANALYSE—Partie II

[51] La demande qui m'a été présentée n'est pas réglée du fait que je conclus que les documents au cours de leur genèse ont été fournis par le tiers ou le concernent et qu'ils étaient de nature confidentielle. Deux questions restent à trancher: 1) les renseignements ont-ils perdu, pour tout ou partie, le caractère

be reasonably severed so as to make it available to the requester?

### Confidentiality

[52] One of the leading cases dealing with the confidentiality of documents under section 20 of the Act is *Air Atonabee*. MacKay J. held that the confidentiality of documents depended on their contents, their purpose and the circumstances under which they were compiled and communicated. Although Health Canada made reference to all four paragraphs of subsection 20(1) to justify its decision to delete certain information sought by the requester, in nearly all cases, only paragraphs 20(1)(b) and (c) were relied upon. Under paragraph (b), if the information is of a financial, commercial, scientific or technical nature and is confidential as defined therein, the information is exempt from disclosure. Unlike paragraph (c) it is not necessary to consider whether the disclosure might result in material financial loss or gain, or prejudice the third party's competitive position. Basing myself on *AB Hassle*, I have no hesitation in finding that the information when submitted was confidential, was always treated by Merck Frosst as confidential, and that Merck Frosst had a legitimate expectation that the information would be kept in confidence by Health Canada.

[53] Some of that information appears to be currently in the public domain. However, to draw upon the testimony of Mr. Sarrazin, the question is not really whether or not there is information in the public domain concerning Singulair®, the question is whether the information as presented by Merck Frosst is in the public domain. If that information in the form presented "comme telle" (as such) is not in the public domain, confidentiality has not, in my opinion, been lost. Consider the exemption of solicitor-client privilege. Admittedly the analogy is not perfect as documents covered by solicitor-client privilege are subject to a discretionary exemption under section 23 of the Act, while third-party confidential information benefits from a mandatory exemption. A well thought-out brief on a

confidentiel qu'ils avaient à l'origine? 2) est-il possible de prélever les renseignements non confidentiels de manière raisonnable pour les communiquer à l'auteur de la demande?

### La confidentialité

[52] L'une des décisions de principe traitant de la confidentialité des documents sous le régime de l'article 20 de la Loi est la décision *Air Atonabee*. Le juge MacKay a statué que la confidentialité des documents dépendait de leur contenu, de leur objet et des circonstances dans lesquelles ils ont été compilés ou communiqués. Bien que Santé Canada ait renvoyé aux quatre alinéas du paragraphe 20(1) pour justifier sa décision de supprimer certains renseignements visés par la demande, dans presque tous les cas, seuls les alinéas 20(1)b) et c) s'appliquaient. Selon l'alinéa b), s'il s'agit de renseignements financiers, commerciaux, scientifiques ou techniques qui sont de nature confidentielle au sens défini, les renseignements sont protégés. À la différence de l'alinéa c), il n'est pas nécessaire d'examiner si la communication pourrait causer des pertes ou profits financiers appréciables à un tiers ou nuire à sa compétitivité. En me fondant sur l'arrêt *AB Hassle*, je n'hésite pas à conclure que les renseignements étaient confidentiels au moment de leur présentation, ont toujours été traités comme tels par Merck Frosst et que Merck Frosst pouvait légitimement s'attendre à ce que les renseignements soient tenus confidentiels par Santé Canada.

[53] Certains de ces renseignements semblent être actuellement dans le domaine public. Toutefois, à partir du témoignage de M. Sarrazin, la question n'est pas vraiment de savoir s'il y a ou non des renseignements dans le domaine public au sujet de Singulair®, mais bien si les renseignements tels qu'ils sont présentés par Merck Frosst sont dans le domaine public. Si ces renseignements dans la forme présentée «comme telle» (en français, dans l'original) ne sont pas dans le domaine public, la confidentialité n'a pas, à mon avis, été perdue. Que l'on pense à l'exception pour le secret professionnel de l'avocat. Certes, l'analogie n'est pas parfaite, puisque les documents protégés par le secret professionnel de l'avocat font l'objet d'une exception discrétionnaire prévue à l'article 23 de la Loi, tandis que les

case involving complex issues of fact and law is bound to make reference to cases previously decided. Nothing is more public than the decisions of our courts. Imagine if the head of a government institution deleted everything in the brief except the references to the court cases cited therein. The mere fact that certain cases were cited would give another party great insight. One case might deal with the best evidence rule, which would serve as an indication that a party may have difficulty proving its point. Couple this with cases dealing with hearsay and the other side to a dispute would have a tremendous advantage. This is what Heald D.J. had to say in *Canadian Jewish Congress*, at page 298 (quoting from *Susan Hosiery Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1969] 2 Ex. C.R. 27, at page 33):

Turning to the “lawyer’s brief” rule, the reason for the rule is, obviously, that, under our adversary system of litigation, a lawyer’s preparation of his client’s case must not be inhibited by the possibility that the materials that he prepares can be taken out of his file and presented to the court in a manner other than that contemplated when they were prepared. What would aid in determining the truth when presented in the manner contemplated by the solicitor who directed its preparation might well be used to create a distortion of the truth to the prejudice of the client when presented by someone adverse in interest who did not understand what gave rise to its preparation. If lawyers were entitled to dip into each other’s briefs by means of the discovery process, the straightforward preparation of cases for trial would develop into a most unsatisfactory travesty of our present system.

These words have guided me in my review of the 549 pages.

[54] The importance of confidentiality cannot be overemphasized. Merck Frosst’s competitor is just as able as Health Canada is to search the Internet for references to Singulair®. What it wants is “access to government information” (subsection 2(2)). What is the point of providing it with information that is available elsewhere?

renseignements confidentiels provenant de tiers bénéficiant d’une exception obligatoire. Un mémoire bien conçu sur une affaire dans laquelle se posent des questions complexes de fait et de droit renvoie nécessairement à la jurisprudence. Rien n’est plus public que les décisions de nos tribunaux. Imaginons que le responsable d’une institution fédérale a tout supprimé dans le mémoire, sauf les renvois à la jurisprudence. Le simple fait que certaines affaires sont invoquées permettrait à un adversaire de voir dans le jeu de la partie en cause. Par exemple, une affaire traitant de la règle de la meilleure preuve indiquerait que la partie peut avoir de la difficulté à prouver son point. Ajoutons à cela des affaires traitant du oui-dire et l’adversaire bénéficierait d’un avantage énorme. Voici ce qu’en a dit le juge suppléant Heald dans la décision *Conseil juif canadien*, à la page 298 (citant *Susan Hosiery Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1969] 2 R.C.É. 27, à la page 33):

Pour en venir au principe applicable au «dossier de l’avocat», sa raison d’être tient évidemment à ce que, dans notre système judiciaire fondé sur le principe du débat contradictoire, l’avocat ne doit pas être gêné dans la préparation du dossier de son client par la possibilité que des documents qu’il rédige soient retirés de son dossier et déposés devant le tribunal à des fins autres que celles qu’il envisage. Les documents qui aideraient à mettre à jour la vérité s’ils étaient préparés de la façon prévue par l’avocat qui en a dirigé la préparation pourraient fort bien servir à fausser la vérité s’ils étaient soumis par une partie adverse qui ne comprend pas ce qui a donné lieu à leur rédaction. Si les avocats pouvaient fouiller dans les dossiers les uns des autres au moyen du processus de la communication préalable, la simple préparation des dossiers pour l’instruction se transformerait en une regrettable parodie de notre système actuel.

Ces observations m’ont guidé dans l’examen des 549 pages.

[54] On ne saurait exagérer l’importance de la confidentialité. Le concurrent de Merck Frosst est tout aussi capable que Santé Canada de chercher sur Internet des mentions de Singulair®. Ce qu’il demande, c’est «[l]’accès aux documents de l’administration fédérale» (paragraphe 2(2)). À quoi servirait de lui fournir des renseignements qui sont à la disposition du public ailleurs?

[55] What is important here is the context in which the information is situated within the records held by the government.

[56] It has been well-established that documents produced during the discovery stage of litigation are subject to a confidentiality rule, until they are filed or read into the record in open court. In *Home Office v. Harman*, [1982] 1 All E.R. 532 (H.L.), Lord Diplock said at page 534:

What this case is about is an aspect of the law of discovery of documents in civil actions in the High Court. The practice of compelling litigating parties in the course of preparing for the trial of a civil action to produce to one another, for inspection and copying, all documents in their possession or control which contain information that may, either directly or indirectly, enable that other party either to advance his own cause or to damage the case of his adversary or which may fairly lead to a chain of inquiry which may have either of these two consequences, is peculiar to countries whose systems of legal procedure are inherited from the English courts of common law and from the Court of Chancery (in which discovery originated). [Emphasis added.]

[57] In *N.M. Paterson & Sons Ltd. v. St. Lawrence Seaway Management Corp.*, the Court dealt with a contempt of court motion brought against a solicitor for providing information received during the discovery process to a newspaper. The defence was that the information was otherwise publicly available when disclosed, such that the implied obligation of confidentiality no longer applied. It was also argued that a document in question was central to the case and would inevitably be read in at trial. Although the incident giving rise to the litigation had generated considerable notoriety (a lift-bridge was lowered onto plaintiff's ship as she was passing through the Welland Canal), the actual documents in question, in their particular form, were not public. The Court upheld the contempt of court charge.

[58] Sexton J.A. speaking for the Court has this to say about the burden of proving that information was

[55] Ce qui importe ici, c'est le contexte dans lequel les renseignements sont situés parmi les documents conservés par l'administration.

[56] Il est bien établi que les documents produits au stade de l'enquête préalable sont assujettis à une règle de confidentialité, jusqu'à ce qu'ils soient déposés ou lus dans le dossier en séance publique. Dans l'arrêt *Home Office v. Harman*, [1982] 1 All E.R. 532 (H.L.), lord Diplock a dit, à la page 534:

[TRADUCTION] La présente affaire porte sur un aspect du droit de la communication des documents dans les actions civiles devant la Haute Cour. La pratique de forcer les parties en litige, dans le cours de la préparation de l'instruction d'une action civile, à se communiquer l'une à l'autre, pour les consulter et en prendre copie, tous les documents dont elles ont la possession ou le contrôle qui contiennent des renseignements qui peuvent, directement ou indirectement, permettre à l'autre partie de faire avancer sa cause ou de nuire à la cause de son adversaire ou qui peuvent probablement conduire à une chaîne d'enquête pouvant aboutir à l'une ou l'autre de ces deux conséquences, est propre aux pays dont la procédure judiciaire remonte aux tribunaux anglais de common law et à la Cour de chancellerie (où la communication des pièces trouve son origine). [Non souligné dans l'original.]

[57] Dans l'arrêt *N.M. Paterson & Sons Ltd. c. Corporation de gestion de la Voie maritime du Saint-Laurent*, la Cour était saisie d'une requête pour outrage au tribunal intentée contre un avocat qui avait fourni à un journal des renseignements reçus au stade de l'interrogatoire préalable. On opposait comme moyen de défense que les renseignements étaient à la disposition du public par d'autres moyens au moment où ils ont été divulgués, de sorte que l'obligation implicite de confidentialité ne s'appliquait plus. On avait également plaidé que le document en question était central dans cette affaire et serait inévitablement lu lors de l'instruction. Malgré le fait que l'incident ayant donné lieu au litige avait eu une notoriété considérable (un pont levant avait été abaissé sur le navire de la demanderesse au moment où il passait dans le canal Welland), les documents réels en question, dans leur forme particulière, n'étaient pas publics. La Cour a retenu l'accusation d'outrage au tribunal.

[58] Le juge Sexton, J.C.A., s'exprimant au nom de la Cour, a formulé les observations suivantes sur le fardeau

otherwise publicly available (at paragraph 12):

I also note that Mr. Marler's argument would place an impossible burden on the party attempting to establish that the implied obligation of confidentiality has been breached. That party would have to prove a negative by establishing that the document was not publicly accessible from any source whatsoever. Accordingly, once the necessary elements of the charge have been made out, the onus is on the person alleged to have breached the implied obligation of confidentiality to establish a defence that the information was otherwise accessible to the public. In my opinion, this is not an onerous burden. After all, before a person is justified in disclosing information received during the discovery process to a third party, that person must have knowledge that the information is otherwise publicly available. It should be relatively easy for that person to point to the source from which the information was accessible.

It is clear that the comprehensive summary, as such, is not publicly available.

[59] It has been said that the *Access to Information Act* aids industrial espionage. What about actual espionage? Consider the case of *Boyer v. Regem*, [1948] B.R. 829 (Que. C.A.). Boyer was convicted of conspiracy to violate *The Official Secrets Act* 1939 [S.C. 1939, c. 49] (now called the *Security of Information Act*, R.S.C., 1985, c. O-5 [s. 1 (as am. by S.C. 2001, c. 41, s. 25)]). He was charged with communicating information having or capable of having as its object, direct or indirect, use to a foreign power. Boyer did research work in inorganic chemistry pertaining to war projects and the chemistry of explosives. He was involved with an explosive known as RDX which had been known as a possible explosive since 1899, the preparation of which had remained a laboratory process. In 1930, a process of industrial manufacture was established and published. The accused searched for and found other easier processes of industrial manufacture which included combining RDX together with other materials well-known up to that time. His argument that he did not commit a crime by reason of the publicity then given to RDX fell on deaf ears.

de prouver que les renseignements étaient à la disposition du public par d'autres moyens (au paragraphe 12):

Je constate également que l'argument invoqué par M<sup>e</sup> Marler imposerait un fardeau excessif à la partie qui tenterait d'établir qu'il y a eu violation de l'obligation implicite de confidentialité. La partie serait tenue de prouver un élément négatif, savoir que le document n'était pas accessible au public par quelque moyen que ce soit. Par conséquent, lorsque les éléments essentiels d'une accusation ont été établis, il incombe à la personne dont on allègue qu'elle a manqué à l'obligation implicite de confidentialité de présenter un moyen de défense, savoir que les renseignements étaient accessibles au public par d'autres moyens. À mon avis, ce fardeau n'est pas excessif. Après tout, pour qu'une personne soit justifiée de divulguer à une tierce partie des renseignements qu'elle a obtenus pendant l'interrogatoire préalable, cette personne doit savoir que les renseignements sont accessibles au public par d'autres moyens. Il devrait être relativement facile pour cette personne de préciser la source dont le public pouvait obtenir les renseignements.

Il est évident que le sommaire général, en tant que tel, n'est pas à la disposition du public.

[59] On a dit que la *Loi sur l'accès à l'information* favorise l'espionnage industriel. Et que dire de l'espionnage véritable? Que l'on pense à l'affaire *Boyer v. Regem*, [1948] B.R. 829 (C.A.Q.). Boyer a été jugé coupable de conspiration en vue de violer la *Loi sur les secrets officiels* [S.C. 1939, ch. 49] de 1939 (maintenant appelée la *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)]). Il avait été accusé de communiquer des renseignements propres ou destinés à aider, ou susceptibles d'aider, directement ou indirectement, une puissance étrangère. Boyer effectuait de la recherche en chimie inorganique relative à des projets de guerre et à la chimie des explosifs. Il travaillait sur un explosif appelé RDX, connu comme un explosif possible depuis 1899 et dont la préparation était restée un procédé de laboratoire. En 1930, un procédé de fabrication industrielle a été établi et publié. L'accusé a cherché et trouvé d'autres procédés plus commodes de fabrication industrielle, qui comprenaient la combinaison du RDX avec d'autres substances bien connues à l'époque. Son argument selon lequel il n'avait pas commis de crime en raison de la publicité qui avait été faite au RDX a été rejeté.



## THE 549 PAGES

[60] Although the documents, with the exception of the notice of compliance, all contained third-party confidential information, and as such are *prima facie* exempt from disclosure in accordance with section 20 of the Act (*Canadian Jewish Congress*, at pages 300-301), we must now consider whether non-confidential information can be severed, whether in the manner Health Canada thinks it can or, should I disagree with Merck Frosst's main argument that none of the information can reasonably be deleted, in accordance with the broader exemptions it urges as its secondary position. However, when all is said and done, my review should be considered a *de novo* review (*Air Atonabee*).

[61] Section 25 provides that information is to be disclosed if it can "reasonably be severed from any part that contains" exempted information. This is a manifestation of the overall philosophy of the Act. Exceptions to the right of access "should be limited and specific", as per subsection 2(1). As La Forest J. said in *Dagg*, at paragraph 80:

While it is true that Act speaks of access to a "record", I do not believe this should be interpreted as meaning only an entire physical document. Under any practical, contextualized definition, "record" would refer to a particular piece of information under the control of a government institution, regardless of whether that piece is located within a larger "document". If the physical nature of the document is such that non-personal information appears together with personal information, it generally should be possible to disclose only the non-personal portion of the document. As the Minister's actions demonstrate, it was possible in the instant case simply to excise the identification numbers and signatures from the sign-in logs. Indeed, s. 25 of the *Access to Information Act* requires the Minister to disclose any portion of a record that does not contain information that he is authorized to withhold, so long as the portion can reasonably be severed from any part that does contain such information.

[62] I have come to the conclusion that the comprehensive summary, the reviewer's notes and correspondence are exempt from disclosure in their entirety. I again rely on *Canadian Jewish Congress* Heald D.J. said at page 296:

## LES 549 PAGES

[60] Les documents, à l'exception de l'avis de conformité, contiennent tous des renseignements confidentiels provenant de tiers et sont donc, à première vue, protégés en vertu de l'article 20 de la Loi (*Congrès juif canadien*, aux pages 300 et 301). Nous devons maintenant examiner si les renseignements non confidentiels peuvent être prélevés, que ce soit de la manière dont Santé Canada pense pouvoir le faire ou, si je devais ne pas accepter l'argument principal de Merck Frosst selon lequel aucune partie de ces renseignements ne peut raisonnablement être supprimée, conformément aux exceptions plus larges qu'elle fait valoir comme position de repli. Toutefois, au bout du compte, il faut considérer l'examen que je dois faire comme un examen *de novo* (décision *Air Atonabee*).

[61] L'article 25 dispose que les renseignements doivent être communiqués «à condition que le prélèvement de ces parties ne pose pas de problèmes sérieux». C'est là une application de la philosophie globale de la Loi. Les exceptions au droit de communication doivent être «précises et limitées» aux termes du paragraphe 2(1). Ainsi que l'a dit le juge La Forest dans l'arrêt *Dagg*, au paragraphe 80:

Bien qu'il soit vrai que la Loi parle d'accès à un «document», je ne crois pas que cela devrait s'entendre uniquement d'un document matériel en entier. Dans n'importe quelle définition pratique et contextuelle, «document» s'entendrait d'un renseignement donné qui relève d'une institution fédérale, peu importe qu'il figure dans un «document» plus gros. Si la nature matérielle du document est telle que des renseignements non personnels y côtoient des renseignements personnels, il devrait être généralement possible de n'en divulguer que les éléments non personnels. Comme le montrent les actes du Ministre, il était possible, en l'espèce, de simplement supprimer des feuilles de présences les numéros d'identification et les signatures. En fait, l'art. 25 de la *Loi sur l'accès à l'information* oblige le Ministre à communiquer toute partie d'un document, qui ne renferme pas des renseignements qu'il peut refuser de communiquer, dans la mesure où il est raisonnablement possible de la séparer de toute autre partie qui renferme de tels renseignements.

[62] J'arrive à la conclusion que le sommaire général, les notes de l'examineur et la correspondance sont protégés dans leur totalité. Je m'appuie encore ici sur la décision *Congrès juif canadien*. Le juge suppléant Heald y dit, à la page 296:

Associate Chief Justice Jerome stressed the importance of the requirement that information only be disclosed if it could reasonably be severed in the decision of *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Solicitor General)*, wherein he stated the following:

Indeed, Parliament seems to have intended that severance of exempt and non-exempt portions be attempted only when the result is a reasonable fulfillment [*sic*] of the purposes of these statutes.

...

Disconnected snippets of releasable information taken from otherwise exempt passages are not, in my view, reasonably severable. [Emphasis in Heald D.J. original.]

[63] Although the comprehensive summary is set out in a form prescribed by Health Canada itself, and the index is in a required format, Merck Frosst has added some subtitles which would allow a competitor to have a better appreciation of what studies were carried out. The report includes tables of various studies. Parts of each page of these studies have been removed by Health Canada in virtue of paragraphs 20(1)(b) and (c). In some cases, all that is left is the number of the table. Even the nature of the study has been removed. However, there is no consistency. Great portions of the reviewer's notes of a deleted study remain intact. If the study is to be deleted, the reviewer's notes must be deleted as well. There have been various studies on humans and animals. Sometimes, the identity of an animal is masked. Why? Would a competitor be put on notice? To paraphrase Lord Diplock [in *Harman*], "might the deletion fairly lead to a chain of inquiry"? In one study, age ranges are given, but the upper end of the age range has been deleted from some of the tables.

[64] We are left with portions of sentences which are incomprehensible to me. If they are comprehensible to the requester, it is because it is able to connect the dots and gain insight not only from what has been disclosed, but also from what has been deleted.

Dans le jugement *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Solliciteur général)*, le juge en chef adjoint Jerome a souligné l'importance de la condition suivant laquelle les renseignements ne peuvent être communiqués que si leur prélèvement ne pose pas de problèmes sérieux. Voici en quels termes il s'est exprimé:

En effet, le Parlement semble avoir eu l'intention de ne procéder au prélèvement d'extraits protégés et non protégés que si le résultat s'avère raisonnablement conforme aux objets de ces lois.

[...]

Des bribes de renseignements pouvant être divulgués, extraites de passages par ailleurs protégés ne peuvent être prélevées sans poser de problèmes sérieux. [Souligné dans l'original du juge suppléant Heald.]

[63] Bien que le sommaire général soit présenté dans une forme qui a été établie par Santé Canada et que l'index soit dans un format imposé, Merck Frosst a ajouté quelques sous-titres qui permettraient à un concurrent de se faire une meilleure idée des études qui ont été effectuées. Le rapport comprend des tableaux provenant de diverses études. Santé Canada a retranché des parties de chaque page de ces études en vertu des alinéas 20(1)(b) et (c). Dans quelques cas, tout ce qui reste est le numéro du tableau. Même la nature de l'étude a été enlevée. Toutefois, il n'y a pas de règle uniforme. De grandes parties des notes de l'examineur sur une étude retranchée restent intactes. Si l'étude a été supprimée, les notes de l'examineur doivent l'être aussi. Il y eu diverses études sur l'homme et sur les animaux. Parfois, le nom de l'animal est masqué. Pourquoi? Cela mettrait-il la puce à l'oreille d'un concurrent? Pour paraphraser lord Diplock [dans *Harman*], «la suppression pourrait-elle probablement conduire à une chaîne d'enquête»? Dans une étude, les groupes d'âge sont donnés, mais le chiffre supérieur des groupes a été supprimé de certains tableaux.

[64] On se retrouve avec des bouts de phrases qui sont incompréhensibles à mes yeux. S'ils sont compréhensibles pour l'auteur de la demande, c'est parce qu'il est capable de relier les points et de comprendre non seulement à partir de ce qui a été communiqué, mais aussi de ce qui a été supprimé.

[65] This review brings to mind the words of Lord Denning, M.R. in *The Putbus*, [1969] 2 All E.R. 676 (C.A.), at page 678:

I will not read the section. It is not a piece of English. It is only a collection of word-symbols.

[66] After having read the record, the question remains: what is the point?

#### CONCLUSION

[67] The review of the documents not released by Health Canada to the requester is covered by sections 28 and 44 of the Act. Section 44 is said by the respondent to be triggered by the notice given by the head of a government institution to a third party to show cause why the record or part thereof should not be disclosed. What about 14 of the 15 pages disclosed without notice, notwithstanding that in my view notice should have been given? Health Canada raised two objections to Merck Frosst's request that that decision be reviewed by this Court.

[68] The first objection was of a procedural nature. The Rules [*Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106*] provide that unless the Court orders otherwise an application for judicial review shall be limited to a single order in respect of which relief is sought (rule 302). During the hearing I ordered that to the extent, if any, the communication to Merck Frosst by Health Canada on 11 September 2000 that 15 pages had been disclosed constituted a separate decision, Merck Frosst's application would cover it as well. To the extent the application might be tardy, an extension of time was given pursuant to rule 8.

[69] The more important issue is that Health Canada did not really give a notice of its decision to disclose part of the record. Rather, it informed Merck Frosst as a courtesy, as it took the position, wrongly, that it could release 15 pages from the record on the grounds that they did not contain confidential information. Can it be that the head of a government institution may make a

[65] Cet examen fait penser à ce que dit lord Denning, M.R., dans l'affaire *The Putbus*, [1969] 2 All E.R. 676 (C.A.), à la page 678:

[TRADUCTION] Je ne vais pas lire l'article. Ce n'est pas un texte en anglais. C'est seulement une suite de mots symboles.

[66] Après avoir lu le document, la question reste: à quoi cela sert-il?

#### CONCLUSION

[67] L'examen des documents que Santé Canada n'a pas communiqués à l'auteur de la demande est traité aux articles 28 et 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. Selon le défendeur, l'article 44 entre en jeu après l'avis donné par le responsable d'une institution fédérale invitant un tiers à présenter les raisons justifiant le refus de communication, totale ou partielle, du document. Qu'en est-il de 14 des 15 pages communiquées sans avis, malgré le fait qu'à mon avis, un avis aurait dû être donné? Santé Canada a soulevé deux objections à la demande en révision de cette décision présentée à la Cour par Merck Frosst.

[68] La première objection était de nature procédurale. Les Règles [*Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106*] disposent que, sauf ordonnance contraire de la Cour, la demande de contrôle judiciaire ne peut porter que sur une seule ordonnance pour laquelle une réparation est demandée (règle 302). Au cours de l'audience, j'ai ordonné que, dans la mesure où la communication de Santé Canada à Merck Frosst du 11 septembre 2000 portant que 15 pages avaient été communiquées constituait une décision distincte, la demande de Merck Frosst l'embrasserait également. Dans la mesure où la demande pourrait être tardive, une prorogation de délai a été accordée en vertu de la règle 8.

[69] La question la plus importante porte sur le fait que Santé Canada n'a pas vraiment donné un avis de sa décision de communiquer une partie des documents. Il a plutôt informé Merck Frosst par courtoisie, puisqu'il prenait la position, à tort, qu'il pouvait communiquer 15 pages du document pour la raison qu'elles ne contenaient pas de renseignements confidentiels. Se pourrait-il que

decision which cannot be reviewed independently of government (section 2) simply by not giving a third party notice as contemplated by the Act? I emphasize that Health Canada's good faith is not in question, so that section 74 of the Act has no application. That section reads:

74. Notwithstanding any other Act of Parliament, no civil or criminal proceedings lie against the head of any government institution, or against any person acting on behalf or under the direction of the head of a government institution, and no proceedings lie against the Crown or any government institution, for the disclosure in good faith of any record or any part of a record pursuant to this Act, for any consequences that flow from that disclosure, or for the failure to give any notice required under this Act if reasonable care is taken to give the required notice.

[70] It must be remembered that procedure is the handmaiden to substance. Section 44 cannot be ousted because a notice which was not given should have been given. Indeed, it has been held that third parties may seek redress under section 44 even if the basis of their complaint is a section of the Act other than section 20 (*Siemens Canada Ltd. v. Canada (Minister of Public Works and Government Services)* (2002), 21 C.P.R. (4th) 575 (F.C.A.); *H.J. Heinz Co. of Canada Ltd. v. Canada (Attorney General)*, [2005] 1 F.C.R. 281 (F.C.A.).

[71] Although the point is moot in the sense that the damage has already been done, since the severance of information from comprehensive summaries and related documents is bound to come up again, I declare that what was done should not have been done.

[72] Although third-party confidential information is not personal information within the meaning of the Act, in a broader sense such information is personal. The parties had much to say about striking a balance between the need to disclose and the right to privacy. However, the balance was struck by Parliament itself. To again draw upon the words of La Forest J. in *Dagg*, [at paragraph 45]:

le responsable d'une institution fédérale puisse prendre une décision qui ne soit pas susceptible de recours indépendants du pouvoir exécutif (article 2) simplement en ne donnant pas au tiers l'avis prévu par la Loi? J'insiste sur le fait que la bonne foi de Santé Canada n'est pas en cause, de sorte que l'article 74 de la Loi est sans application. Cet article est ainsi conçu:

74. Nonobstant toute autre loi fédérale, le responsable d'une institution fédérale et les personnes qui agissent en son nom ou sous son autorité bénéficient de l'immunité en matière civile ou pénale, et la Couronne ainsi que les institutions fédérales bénéficient de l'immunité devant toute juridiction, pour la communication totale ou partielle d'un document faite de bonne foi dans le cadre de la présente loi ainsi que pour les conséquences qui en découlent; ils bénéficient également de l'immunité dans les cas où, ayant fait preuve de la diligence nécessaire, ils n'ont pu donner les avis prévus par la présente loi.

[70] Il faut se rappeler que la procédure est la servante du droit. L'article 44 ne peut être mis de côté parce qu'un avis qui n'a pas été donné aurait dû l'être. D'ailleurs, la jurisprudence veut que les tiers puissent exercer un recours en révision en vertu de l'article 44 même si leur plainte se fonde sur un article de la Loi autre que l'article 20 (*Siemens Canada Ltée c. Canada (Ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux)* (2002), 21 C.P.R. (4th) 575 (C.A.F.); *Cie H.J. Heinz du Canada Ltée c. Canada (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.F. 281 (C.A.F.).

[71] Bien que la question soit théorique dans la mesure où le préjudice a été effectivement causé, je déclare, étant donné que le prélèvement de renseignements dans des synthèses globales et des documents connexes se présentera inévitablement à nouveau, que ce qui a été fait n'aurait pas dû être fait.

[72] Bien que les renseignements confidentiels provenant de tiers ne soient pas des renseignements personnels au sens de la Loi, ces renseignements sont des renseignements personnels dans un sens plus large. Les parties ont beaucoup parlé de l'équilibre à établir entre le besoin de communication et le droit à la protection des renseignements personnels. Toutefois, l'équilibre a été établi par le législateur lui-même. Pour reprendre encore une fois les observations du juge La Forest dans l'arrêt *Dagg* [au paragraphe 45]:

This appeal involves a clash between two competing legislative policies—access to information and privacy. For obvious reasons, the appellant and respondent have opposing views as to which of these policies should prevail in this case. It should also come as no surprise that the litigants have markedly different conceptions of the statutes that embody those policies. Recognizing the conflicting nature of governmental disclosure and individual privacy, Parliament attempted to mediate this discord by weaving the *Access to Information Act* and the *Privacy Act* into a seamless code. In my opinion, it has done so successfully and elegantly. While the two statutes do not efface the contradiction between the competing interests—no legislation possibly could—they do set out a coherent and principled mechanism for determining which value should be paramount in a given case.

[73] “Privacy” has its own Act which sets out exceptions to the non-disclosure rule. Section 20 has its own exceptions built in. For this reason it was not necessary to consider the NAFTA submissions.

[74] All this talk of striking a balance brings back thoughts of Philosophy 101 and Aristotle’s “virtue is a mean”. Perhaps more thought should be given to Thomas Hobbes who said that life was “nasty, brutish and short”. Life is not as nasty, not as brutish and not as short for countless Canadians and people worldwide thanks to modern wonder-drugs.

[75] To conclude (*AB Hassle*, at paragraph 4):

For this system to function effectively, the confidential nature of the relationship ought to be honoured and maintained to the extent possible.

#### ORDER

The application for judicial review is allowed. It is declared that with the exception of the notice of compliance, the Minister of Health’s decision to provide the requester access to any part of the record it sought was invalid.

Il est question, en l’espèce, d’un conflit entre deux principes opposés consacrés par la loi—l’accès à l’information et la protection des renseignements personnels. Pour des raisons manifestes, l’appelant et l’intimé ont des opinions divergentes sur la question de savoir lequel de ces principes devrait l’emporter dans la présente affaire. On ne devrait pas non plus s’étonner que les parties aient des perceptions sensiblement différentes des lois qui renforcent ces principes. Reconnaissant la nature contradictoire de la communication par l’État et du droit de l’individu à la vie privée, le législateur s’est efforcé de remédier à ce problème en fondant en un code homogène la *Loi sur l’accès à l’information* et la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. J’estime qu’il y est parvenu de façon élégante. Bien que les deux lois n’éliminent pas la contradiction entre les deux droits opposés—aucune loi ne pourrait y parvenir—elles établissent un moyen cohérent et rationnel de déterminer laquelle des deux valeurs devrait l’emporter dans un cas donné.

[73] La «protection des renseignements personnels» fait l’objet d’une autre loi, qui établit des exceptions à la règle de la non-communication. L’article 20 comporte ses propres exceptions, intégrées dans la disposition. Pour cette raison, il n’a pas été nécessaire d’examiner les observations relatives à l’ALÉNA.

[74] Tous ces débats au sujet de l’équilibre à établir font penser au cours de philosophie 101 et à la définition aristotélicienne de la vertu comme juste milieu. Peut-être faudrait-il penser davantage à Thomas Hobbes qui a dit que la vie était «dégoûtante, animale et brève». La vie n’est pas si dégoûtante, animale et brève pour d’innombrables Canadiens et pour les êtres humains dans le monde entier grâce aux médicaments-miracles modernes.

[75] En guise de conclusion (*AB Hassle*, au paragraphe 4):

Pour que le régime soit efficace, le caractère confidentiel des rapports doit être respecté et maintenu dans toute la mesure du possible.

#### ORDONNANCE

La demande de contrôle judiciaire est accueillie. Il est déclaré que, sauf à l’égard de l’avis de conformité, la décision du ministre de la Santé de fournir à l’auteur de la demande une partie quelconque des documents était invalide.

The Minister shall not disclose any other part of the requested record as the record in its entirety is exempt from disclosure pursuant to subsection 20(1) of the *Access to Information Act*.

The applicant shall have its costs.

Le ministre ne doit communiquer aucune partie des documents demandés parce que ces documents tout entiers sont protégés par le paragraphe 20(1) de la *Loi sur l'accès à l'information*.

La demanderesse aura droit aux dépens.