

A-414-15
2017 FCA 133

A-414-15
2017 CAF 133

James Paul in his capacity as President of Defence Construction Canada (1951) Limited a.k.a. Defence Construction Canada; the said Defence Construction Canada (1951) Limited a.k.a. Defence Construction Canada; and the Attorney General of Canada (*Appellants*)

James Paul, à titre de président de Construction de défense (1951) Limitée s/n Construction de défense Canada, Construction de défense (1951) Limitée s/n Construction de défense Canada; et le procureur général du Canada (*appelants*)

v.

c.

Ucanu Manufacturing Corp. (*Respondent*)

Ucanu Manufacturing Corp. (*intimée*)

and

et

The Information Commissioner of Canada (*Intervener*)

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

INDEXED AS: DEFENCE CONSTRUCTION CANADA v. UCANU MANUFACTURING CORP.

RÉPERTORIÉ : CONSTRUCTION DE DÉFENSE CANADA c. UCANU MANUFACTURING CORP.

Federal Court of Appeal, Stratas, Boivin and Rennie J.J.A.—Ottawa, November 1, 2016 and June 22, 2017.

Cour d'appel fédérale, juges Stratas, Boivin et Rennie, J.C.A.—Ottawa, 1^{er} novembre 2016 et 22 juin 2017.

Access to Information — Mandatory exemptions from disclosure — Appeal from Federal Court decision holding that certain records sought by respondent under Access to Information Act (Act) should be disclosed — Appellant producing records, refusing to disclose others following respondent's request for information — Relying upon exemptions under Act, ss. 19(1), 20(1)(b) — Federal Court not agreeing that undisclosed records properly exempt pursuant to s. 20(1)(b) — Appellant asserting, for first time before Federal Court, mandatory exemption from disclosure in Defence Production Act, s. 30 — Federal Court refusing appellant's request for adjournment to file evidence in support of claim to mandatory exemption, ordering release of records — Whether Defence Production Act, s. 30 applying herein if raised at late stage; whether ever too late to assert mandatory exemption in Access to Information Act proceedings — Per Stratas J.A. (Rennie J.A. concurring): Federal Court's conclusion preordained by its refusal to grant late request for adjournment — Federal Court bound to allow appellant opportunity to adduce evidence supporting late assertion of mandatory exemption — Dealing with issue without evidence before it — Committing error in principle — Court refraining herein from determining jurisprudential issue — Decisions having to be based on legal principle, doctrine; otherwise legitimately open to attack — Such decision would bind future panels of Court even if misleading — Folly

Accès à l'information — Exceptions obligatoires à la communication — Appel d'une décision de la Cour fédérale statuant que certains documents demandés par l'intimée en vertu de la Loi sur l'accès à l'information (la Loi) devraient être divulgués — L'appelante a produit des documents, mais elle a refusé d'en divulguer d'autres à la suite de la demande de renseignements de l'intimée — Elle a invoqué des exceptions prévues aux art. 19(1), 20(1)(b) de la Loi — La Cour fédérale n'a pas accepté la conclusion selon laquelle les documents non divulgués pouvaient à juste titre être exclus en vertu de l'art. 20(1)(b) — L'appelante a fait valoir pour la première fois devant la Cour fédérale une exception obligatoire à la communication énoncée à l'art. 30 de la Loi sur la production de défense — La Cour fédérale a rejeté la demande d'ajournement de l'appelante en vue de produire des éléments de preuve à l'appui de l'allégation d'exception obligatoire et ordonné la communication des documents — Il s'agissait de savoir si 1) l'art. 30 de la Loi sur la production de défense s'applique dans la présente affaire s'il est invoqué à une étape tardive; 2) s'il peut être trop tard pour faire valoir une exception obligatoire dans une instance fondée sur la Loi sur l'accès à l'information — Le juge Stratas, J.C.A. (le juge Rennie, J.C.A. souscrivant à ses motifs) : La conclusion de la Cour fédérale découlait inévitablement de son refus d'accueillir la requête en ajournement tardive — La Cour fédérale est tenue d'accorder à l'appelante

to nibble at jurisprudential issue through one-off rulings — Here, appellant's interest in confidentiality not known — Matter remitted to Federal Court for redetermination — Appeal allowed — Per Boivin J.A. (dissenting): Court cannot intervene, overrule Federal Court order denying appellant's request for adjournment as that order not appealed, challenged herein — Open to Federal Court to rule upon jurisprudential issue in way it did — Federal Court correctly rejecting contention that government institution may late-claim mandatory exemption under Act, s. 24(1) — Exemptions having to be put before intervener during investigation — Allowing late-claim exemptions would deny requestors benefit of mechanism vested in intervener's mandate — General principle that mandatory exemptions cannot be late-claimed sound when considering Act's objective, overall scheme.

This was an appeal from a Federal Court decision holding that certain records sought by the respondent under the *Access to Information Act* (Act) should be disclosed.

The respondent submitted an information request seeking records related to a contract awarded to a joint venture for the construction of a maintenance hangar on an air force base. The appellant, Defence Construction Canada, a government institution holding the records, produced many records but refused to disclose others. It relied upon two exemptions, subsection 19(1) of the Act (personal information) and paragraph 20(1)(b) of the Act (third-party's confidential commercial information). Upon investigation, the intervener found that the undisclosed records were properly exempt from disclosure. The Federal Court agreed with the intervener's finding concerning the exemption in subsection 19(1), but not the exemption in paragraph 20(1)(b). The appellant asserted for the first time before the Federal Court the mandatory exemption from disclosure found in section 30 of the *Defence Production Act*. By order, the Federal Court refused the appellant's request for an adjournment to file evidence in support of its claim to the mandatory exemption, concluding that it was too late to assert the mandatory exemption. The Federal Court allowed the respondent's application and ordered the records to be released.

la possibilité de produire des éléments de preuve à l'appui de l'allégation tardive d'exception obligatoire — Elle a traité de la question sans être saisie d'éléments de preuve — Elle a commis une erreur de principe — La Cour s'est abstenue dans la présente affaire de trancher la question de droit — Les décisions doivent être fondées sur des règles de droit et des principes juridiques sinon elles sont légitimement susceptibles d'être contestées — Une telle décision lierait les formations futures de la Cour même si elle est trompeuse — Il serait vain d'aborder la question de droit une petite partie à la fois — Dans la présente affaire, la nature de l'intérêt de l'appelante à maintenir la confidentialité n'était pas connue — L'affaire a été renvoyée à la Cour fédérale pour nouvelle décision — Appel accueilli — Le juge Boivin, J.C.A. (dissident) : La Cour ne peut intervenir et annuler l'ordonnance de la Cour fédérale rejetant la requête en ajournement de l'appelante, car l'ordonnance n'a pas été portée en appel ni contestée en l'espèce — La Cour fédérale pouvait statuer sur la question de droit comme elle l'a fait — Elle a rejeté à juste titre l'affirmation selon laquelle une institution fédérale peut invoquer tardivement une exception obligatoire en vertu de l'art. 24(1) de la Loi — Les exceptions doivent être soumises à l'intervenant au cours de son enquête — Permettre d'invoquer tardivement des exceptions priverait les demandeurs du bénéfice du mécanisme prévu dans le mandat de l'intervenant — Si l'on prend en considération l'objet de la Loi et son économie générale, le principe général voulant que l'on ne puisse pas faire valoir tardivement des exceptions obligatoires est bien fondé.

Il s'agissait d'un appel d'une décision de la Cour fédérale concluant que certains documents demandés par l'intimée en vertu de la *Loi sur l'accès à l'information* (la Loi) devraient être divulgués.

L'intimée a présenté une demande de renseignements visant à obtenir des documents relatifs à un marché adjugé à une coentreprise pour la construction d'un hangar d'entretien sur une base aérienne. L'appelante, Construction de défense Canada, une institution fédérale qui détient les documents, a produit de nombreux documents, mais elle a refusé d'en divulguer d'autres. Elle a invoqué deux exceptions, soit celle qui est prévue au paragraphe 19(1) de la Loi (renseignements personnels) et celle qui est prévue à l'alinéa 20(1)b) de la Loi (renseignements commerciaux d'une tierce partie qui sont de nature confidentielle). Après enquête, l'intervenant a conclu que les documents non divulgués étaient correctement soustraits à la divulgation. La Cour fédérale a accepté la conclusion de l'intervenant concernant l'exception prévue au paragraphe 19(1), mais elle a tiré une conclusion différente concernant l'exception prévue à l'alinéa 20(1)b). L'appelante a invoqué pour la première fois devant la Cour fédérale l'exception obligatoire à la communication prévue à l'article 30 de la *Loi sur la production de défense*. Par la voie d'une ordonnance, la Cour fédérale a rejeté la requête en ajournement de l'appelante

Two issues were raised in this case. The first was a fact-based issue: whether section 30 of the *Defence Production Act* applies on the facts of this case if it can be raised at a late stage. The other was a jurisprudential issue: whether it is ever too late to assert a mandatory exemption in *Access to Information Act* proceedings.

Held (Boivin J.A. dissenting), the appeal should be allowed.

Per Stratas J.A. (Rennie J.A. concurring): The Federal Court's conclusion was preordained by its refusal to grant the appellant's late request for an adjournment. Put another way, the Federal Court's denial of the adjournment in effect decided the substantive issue—whether the mandatory exemption could be asserted late—without the benefit of evidence before it. In these particular circumstances, the late nature of the assertion of the exemption and the need to file evidence in support of it could not be, by itself, a sufficient ground to refuse the adjournment so that the issue of lateness could be considered. The Federal Court was bound to allow the appellant an opportunity to adduce evidence supporting its late assertion of the mandatory exemption. Without the evidence before it, the Federal Court could not embark upon a proper consideration of this issue. Yet, it dealt with the issue. This was an error in principle permitting the Court to intervene.

The Court refrained from determining the jurisprudential issue in this case, considering it unwise to express a definitive, binding-for-all-time view on the jurisprudential issue. While it might be tempting for some to nibble a bit at the jurisprudential issue by making a one-off ruling that avoids a discussion of legal principle, this approach is troubling. Courts must reach decisions based on legal principle and doctrine. If legal principle and doctrine are not offered in support of a decision, there probably isn't any. Decisions made merely “on the basis of all the facts” or “fairness” emanate from personal preferences rather than legal principle and doctrine and are legitimately open to attack based on the constitutional principle of the rule of law. Finally and more practically, such a decision would be a precedent binding future panels of this Court. The precedent may be misleading and may wrongly influence later cases. Mandatory exemptions come in all different shapes and sizes under different statutes with different purposes with different

en vue de produire des éléments de preuve à l'appui de son allégation d'exception obligatoire, concluant qu'il était trop tard pour faire valoir l'exception obligatoire. La Cour fédérale a accueilli la demande de l'intimée et ordonné la communication des documents.

Deux questions ont été soulevées en l'espèce. La première était fondée sur des faits : l'article 30 de la *Loi sur la production de défense* s'applique-t-il aux faits de la présente affaire s'il peut être invoqué à un moment tardif? La deuxième était une question de droit : peut-il être trop tard pour faire valoir une exception obligatoire dans une instance fondée sur la *Loi sur l'accès à l'information*?

Arrêt (le juge Boivin, J.C.A., dissident) : l'appel doit être accueilli.

Le juge Stratas, J.C.A. (le juge Rennie, J.C.A., souscrivant à ses motifs) : La conclusion de la Cour fédérale découlait inévitablement de son refus d'accueillir la requête en ajournement tardive de l'appelante. En d'autres termes, en refusant d'accueillir la requête en ajournement, la Cour fédérale a en fait tranché la question de fond, soit celle de savoir si l'on pouvait faire valoir l'exception obligatoire tardivement, sans avoir d'élément de preuve à ce sujet. Dans ces circonstances précises, l'invocation tardive de l'exception et la nécessité de déposer des éléments de preuve pour l'étayer ne peuvent, à elles seules, constituer un motif suffisant pour refuser la requête en ajournement afin que la question du retard puisse être examinée. La Cour fédérale était tenue d'accorder à l'appelante la possibilité de présenter des éléments de preuve afin d'étayer l'invocation tardive de l'exception obligatoire. En l'absence de ces éléments de preuve, la Cour fédérale ne pouvait pas se livrer à un examen convenable de la question. Pourtant, elle l'a fait. Il s'agissait d'une erreur de principe permettant à la Cour d'intervenir.

La Cour s'est abstenue de trancher la question de droit en l'espèce, étant d'avis qu'il serait peu avisé d'exprimer une opinion définitive et contraignante sur la question de droit. Bien que certains puissent être tentés de résoudre une petite partie de la question de droit en rendant une décision à caractère unique qui évitera une discussion du principe juridique, cette approche est troublante. Les tribunaux doivent fonder leurs décisions sur les règles de droit et les principes juridiques. Si les décisions ne sont pas étayées par des règles de droit et des principes juridiques, c'est qu'il n'en existe probablement pas. Les décisions prises « selon l'ensemble des faits » ou « selon l'équité » seulement découlent de préférences personnelles plutôt que de règles de droit et de principes juridiques et sont légitimement susceptibles d'être contestées en vertu du principe constitutionnel de la primauté du droit. Enfin, et de façon plus pratique, une telle décision lierait les formations futures de la Cour. Le précédent pourrait être trompeur et influencer erronément sur d'autres

statutory wording. Until the jurisprudential issue is comprehensively settled, it is folly to nibble at it through one-off rulings. In this case, the appellant's interest in confidentiality was not known because the appellant was not permitted to adduce evidence in support of the mandatory exemption. To resolve the jurisprudential issue, the Court would need to be acquainted with all the institutions in Schedule II to the Act and confidentiality interests recognized by Parliament.

The judgment of the Federal Court was set aside. The matter was remitted to the Federal Court to receive evidence from the parties concerning the exemption under section 30 of the *Defence Production Act*, including why it was asserted late, and to redetermine the matter.

Per Boivin J.A. (dissenting): The Federal Court order denying the appellant's request for an adjournment was issued as a separate decision prior to the decision under appeal. The order was not appealed. Moreover, nowhere before the Court was the order challenged. On this basis alone, the Court could not intervene and overrule the order. Even assuming that it was open to the Court to decide this appeal, there was no reviewable factual or legal error. In the circumstances, it was open to the Federal Court to rule upon the jurisprudential issue in the way it did based on the record before it.

The Federal Court correctly rejected the contention that a government institution such as the appellant may late-claim a mandatory exemption under subsection 24(1) of the Act. The consensus that emerges from the case law is that a government institution cannot late-claim an exemption, including a mandatory one, if that exemption was not put before the intervener during the investigation. The Federal Court properly highlighted the concern that permitting a government institution to late-claim exemptions would deny requestors the benefit of the mechanism vested in the intervener's mandate. The general principle that mandatory exemptions cannot be late-claimed is sound when considering the Act's objective and overall scheme, and giving effect to the intervener's role and mandate.

cas. Les exceptions obligatoires se présentent sous différentes formes, en vertu de différentes lois, avec différents objets et différents libellés. D'ici à ce que la question de droit ait été entièrement résolue, il serait vain de l'aborder une petite partie à la fois. En l'espèce, l'intérêt qu'avait l'appelante à l'égard de la confidentialité est inconnu, car l'appelante n'a pas été autorisée à produire des éléments de preuve pour étayer l'exception obligatoire. Pour résoudre la question de droit, la Cour devra se renseigner sur toutes les institutions figurant à l'annexe II de la Loi et tous les intérêts en matière de confidentialité reconnus par le législateur.

Le jugement de la Cour fédérale a été annulé. L'affaire a été renvoyée à la Cour fédérale pour qu'elle puisse recevoir des éléments de preuve des parties concernant l'exception prévue à l'article 30 de la *Loi sur la production de défense*, notamment la raison pour laquelle elle a été invoquée tardivement, et pour déterminer l'affaire à nouveau.

Le juge Boivin, J.C.A. (dissident) : L'ordonnance par laquelle la Cour fédérale a rejeté la requête en ajournement de l'appelante a été rendue séparément, avant la décision visée par l'appel. L'ordonnance n'a pas été portée en appel. De plus, l'ordonnance n'a jamais été contestée devant la Cour. Pour ce seul motif, la Cour ne pouvait intervenir et écarter l'ordonnance. Même en supposant que la Cour puisse trancher cet appel, il n'y avait pas d'erreur de fait ou de droit susceptible de contrôle. Dans les circonstances, la Cour fédérale pouvait statuer sur la question de droit comme elle l'a fait en s'appuyant sur le dossier dont elle était saisie.

La Cour fédérale a rejeté, à juste titre, l'affirmation selon laquelle une institution fédérale comme l'appelante peut invoquer tardivement une exception obligatoire en vertu du paragraphe 24(1) de la Loi. Le consensus qui émerge de la jurisprudence est qu'une institution fédérale ne peut pas demander une exception tardivement, même une exception obligatoire, si cette exception n'a pas été présentée à l'intervenant pendant l'enquête. La Cour fédérale a souligné à juste titre l'inquiétude que le fait de permettre à une institution fédérale d'invoquer tardivement une exception priverait les demandeurs du bénéfice du mécanisme qui est prévu dans le mandat de l'intervenant. Le principe général voulant que l'on ne puisse pas faire valoir tardivement des exceptions obligatoires est bien fondé si l'on prend en considération l'objet de la Loi et son économie générale et si l'on donne suite au rôle et au mandat de l'intervenant.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Access to Information Act, R.S.C., 1985, c. A-1, ss. 2(1), 10(1), 19(1), 20(1)(b), 24, Sch. II.

LOIS ET RÉGLEMENTS CITÉS

Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B,

Canadian Bill of Rights, R.S.C., 1985, Appendix III, s. 1(d).
Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 2(b).
Defence Production Act, R.S.C., 1985, c. D-1, s. 30.
Federal Courts Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 27(1)(c).
Federal Courts Rules, SOR/98-106, r. 110(b).
Privacy Act, R.S.C., 1985, c. P-21.

CASES CITED

CONSIDERED:

Canada (Information Commissioner) v. Canada (Minister of National Defence) (1999), 240 N.R. 244, 166 F.T.R. 277 (F.C.A.); *Davidson v. Canada (Solicitor General)*, [1989] 2 F.C. 341, (1989), 36 Admin. L.R. 251 (C.A.), affg [1987] 3 F.C. 15, (1987), 41 D.L.R. (4th) 533 (T.D.); *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Minister of the Environment)*, 2003 FCA 68, 224 D.L.R. (4th) 498; *Steel v. Canada (Attorney General)*, 2011 FCA 153, [2013] 1 F.C.R. 143; *Reference Re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313, (1987) 38 D.L.R. (4th) 161.

REFERRED TO:

Whitty v. Canada (Attorney General), 2014 FCA 30, 460 N.R. 372; *Statham v. Canadian Broadcasting Corporation*, 2010 FCA 315, [2012] 2 F.C.R. 421, 326 D.L.R. (4th) 228; *Canadian National Railway Company v. Emerson Milling Inc.*, 2017 FCA 79; *Geophysical Service Inc. v. Canada Newfoundland Offshore Petroleum*, 2003 FCT 507, 26 C.P.R. (4th) 190; *Rubin v. Canada (Minister of Health)*, 2001 FCT 929, 210 F.T.R. 84, affd 2003 FCA 37, 23 C.P.R. (4th) 312; *Hryniak v. Mauldin*, 2014 SCC 7, [2014] 1 S.C.R. 87; *Hospira Healthcare Corporation v. Kennedy Institute of Rheumatology*, 2016 FCA 215, [2017] 1 F.C.R. 331; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *Canada (Office of the Information Commissioner) v. Canada (National Defence)*, 2015 FCA 56, [2016] 1 F.C.R. 213; *Blank v. Canada (Justice)*, 2016 FCA 189, 7 Admin. L.R. (6th) 30; *Canadian Broadcasting Corporation v. Canada (Information Commissioner)*, 2010 FC 954, 377 F.T.R. 100, affd 2011 FCA 326, 344 D.L.R. (4th) 341.

Loi de 1982 sur le Canada, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 2b).
Déclaration canadienne des droits, L.R.C. (1985), appendice III, art. 1d).
Loi sur l'accès à l'information, L.R.C. (1985), ch. A-1, art. 2(1), 10(1), 19(1), 20(1)b), 24, ann. II.
Loi sur la production de défense, L.R.C. (1985), ch. D-1, art. 30.
Loi sur la protection des renseignements personnels, L.R.C. (1985), ch. P-21.
Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 27(1)c).
Règles des Cours fédérales, DORS/98-106, règle 110b).

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Ministre de la Défense nationale) [1999] A.C.F. n° 522 (QL) (C.A.F.); *Davidson c. Canada (Solliciteur général)*, [1989] 2 C.F. 341 (C.A.), confirmant [1987] 3 C.F. 15 (1^{re} inst.); *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Ministre de l'Environnement)*, 2003 CAF 68; *Steel c. Canada (Procureur général)*, 2011 CAF 153, [2013] 1 R.C.F. 143; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 R.C.S. 313.

DÉCISIONS CITÉES :

Whitty c. Canada (procureur général), 2014 CAF 30; *Statham c. Société Radio-Canada*, 2010 CAF 315, [2012] 2 R.C.F. 421; *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Emerson Milling Inc.*, 2017 CAF 79; *Geophysical Service Inc. c. Office Canada-Terre-Neuve des hydrocarbures extracôtiers*, 2003 CFPI 507; *Rubin c. Canada (Ministre de la Santé)*, 2001 CFPI 929, conf. par 2003 CAF 37; *Hryniak c. Mauldin*, 2014 CSC 7, [2014] 1 R.C.S. 87; *Hospira Healthcare Corporation c. Kennedy Institute of Rheumatology*, 2016 CAF 215, [2017] 1 R.C.F. 331; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Défense nationale)*, 2015 CAF 56, [2016] 1 R.C.F. 213; *Blank c. Canada (Justice)*, 2016 CAF 189; *Société Radio-Canada c. Canada (Commissaire à l'information)*, 2010 CF 954, conf. par 2011 CAF 326.

AUTHORS CITED

Cardozo, Benjamin N. *The Nature of the Judicial Process*, New Haven: Yale University Press, 1921.
 Kellogg, Frederic R. “Law, Morals, and Justice Holmes” (1986), 69 *Judicature* 214

APPEAL from a decision of the Federal Court (2015 FC 1001) holding that certain records sought by the respondent under the *Access to Information Act* should be disclosed. Appeal allowed, Boivin J.A. dissenting.

APPEARANCES

Kirk Shannon for appellants.
 No one appearing for respondent.
Louisa Garib and *Richard G. Dearden* for intervenor.

SOLICITORS OF RECORD

Deputy Attorney General of Canada for appellants.
Information Commissioner of Canada, Gatineau, Quebec, and *Gowling WLG (Canada) LLP*, Ottawa, for intervenor.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] STRATAS J.A.: The appellants appeal from the judgment dated August 24, 2015 of the Federal Court (*per* Southcott J.): 2015 FC 1001. The Federal Court held that certain records sought by the respondent, Ucanu Manufacturing, under the *Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1 [the Act] should be disclosed.

[2] For those unfamiliar with the Act, some brief background may assist. Under the Act, a person can file an information request against a government institution. The government institution holding the information responds. It can assert mandatory and optional exemptions to disclosure. The person requesting the information can complain about the assertion of the exemptions to the Information Commissioner. In turn, the Information Commissioner can investigate and report on whether

DOCTRINE CITÉE

Cardozo, Benjamin N. *The Nature of the Judicial Process*, New Haven : Yale University Press, 1921.
 Kellogg, Frederic R. « Law, Morals, and Justice Holmes » (1986), 69 *Judicature* 214.

APPEL d’une décision de la Cour fédérale (2015 CF 1001) concluant que certains documents demandés par la défenderesse en vertu de la *Loi sur l’accès à l’information* devraient être divulgués. Appel accueilli, le juge Boivin, J.C.A., étant dissident.

ONT COMPARU :

Kirk Shannon pour les appelantes.
 Personne n’a comparu pour l’intimée.
Louisa Garib et *Richard G. Dearden* pour l’intervenant.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Le sous-procureur général du Canada pour les appelantes.
Commissaire à l’information du Canada, Gatineau, Québec, et *Gowling WLG (Canada) S.E.N.C.R.L., s.r.l.*, Ottawa, pour l’intervenant.

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

[1] LE JUGE STRATAS, J.C.A. : Les appelants interjettent appel du jugement rendu le 24 août 2015 par le juge Southcott de la Cour fédérale : 2015 CF 1001. La Cour fédérale a conclu que certains documents demandés par l’intimée, Ucanu Manufacturing, en vertu de la *Loi sur l’accès à l’information*, L.R.C. (1985), ch. A-1 (la Loi), devraient être divulgués.

[2] Voici un bref exposé pour ceux qui ne connaissent pas la Loi. En vertu de la Loi, une personne peut déposer une demande d’accès à un document à une institution fédérale. L’institution fédérale qui détient le document donne suite à la demande. Elle peut faire valoir des exceptions obligatoires et facultatives à la communication. La personne qui demande le document peut déposer une plainte concernant l’exception invoquée au commissaire à l’information. Le commissaire à l’information peut

exemptions apply. After that, an appeal may be made to the Federal Court to determine the issue.

[3] In this case, Ucanu Manufacturing submitted its information request. It sought records related to a contract awarded to a joint venture for the construction of a maintenance hangar on the Trenton air force base.

[4] The government institution holding the records, the appellant Defence Construction Canada, produced many records in response. But it refused to disclose certain others. It relied upon two exemptions, subsection 19(1) of the Act (personal information) and paragraph 20(1)(b) of the Act (third-party's confidential commercial information).

[5] Ucanu Manufacturing complained to the Information Commissioner. The Information Commissioner investigated Ucanu Manufacturing's complaint. During the investigation, Defence Construction Canada disclosed some further records, but not all of them.

[6] The Information Commissioner concluded her investigation. She issued her report. She found that the undisclosed records were properly exempt from disclosure. Ucanu Manufacturing applied to the Federal Court for review of the matter, seeking disclosure of the records.

[7] One part of the Federal Court's decision is before us. Another is not.

[8] In the part not before us, the Federal Court agreed with the Information Commissioner's finding concerning the exemption in subsection 19(1) of the Act but came to a different conclusion regarding the exemption in paragraph 20(1)(b) of the Act. As a result, the Federal Court ordered that the records—portions of the joint venture agreement and a cover letter to Defence Construction Canada enclosing the joint venture agreement—be disclosed. In this Court, the appellants do not challenge the Federal Court's findings on these matters.

faire enquête pour déterminer si l'exception s'applique. Ensuite, la personne peut déposer un recours en révision à la Cour fédérale, qui tranchera la question.

[3] Dans la présente instance, Ucanu Manufacturing a déposé sa demande d'accès. Elle souhaitait obtenir des documents se rapportant à un marché adjugé à une coentreprise pour la construction d'un hangar d'entretien à la base aérienne de Trenton.

[4] L'institution fédérale qui détient les documents, l'appelante Construction de défense Canada, a produit de nombreux documents en réponse. Cependant, elle a refusé d'en divulguer d'autres. Elle a invoqué deux exceptions, soit celle au paragraphe 19(1) de la Loi (renseignements personnels) et celle à l'alinéa 20(1)b) de la Loi (renseignements commerciaux qui sont de nature confidentielle).

[5] Ucanu Manufacturing a déposé une plainte au commissaire à l'information. Le commissaire à l'information a fait enquête sur la plainte d'Ucanu Manufacturing. Au cours de l'enquête, Construction de défense Canada a communiqué d'autres documents, mais pas tous.

[6] Le commissaire à l'information a conclu son enquête. Il a rendu son rapport. Il a conclu que les documents non divulgués étaient correctement soustraits à la communication. Ucanu Manufacturing a déposé un recours en révision à la Cour fédérale afin d'obtenir la communication des documents en question.

[7] Nous sommes saisis d'une partie de la décision de la Cour fédérale, mais non d'une autre partie.

[8] Dans la partie dont nous ne sommes pas saisis, la Cour fédérale a accepté la conclusion du commissaire à l'information concernant l'exception prévue au paragraphe 19(1) de la Loi, mais elle a tiré une conclusion différente concernant l'exception prévue à l'alinéa 20(1)b) de la Loi. En conséquence, la Cour fédérale a ordonné la communication de documents, à savoir des parties de l'entente de coentreprise et une lettre d'accompagnement à Construction de défense Canada à laquelle était jointe l'entente de coentreprise. Les appelants ne contestent pas les conclusions de la Cour fédérale à cet égard.

[9] The part before us concerns what happened in a late stage in this matter, when it arrived at the Federal Court. Defence Construction Canada asserted for the first time a new mandatory exemption from disclosure found in section 30 of the *Defence Production Act*, R.S.C., 1985, c. D-1, an exemption that applies due to section 24 of the *Access to Information Act* and Schedule II to the Act.

[10] Section 30 provides as follows:

Non-disclosure of information

30 No information with respect to an individual business that has been obtained under or by virtue of this Act shall be disclosed without the consent of the person carrying on that business, except

(a) to a government department, or any person authorized by a government department, requiring the information for the purpose of the discharge of the functions of that department; or

(b) for the purposes of any prosecution for an offence under this Act or, with the consent of the Minister, for the purposes of any civil suit or other proceeding at law.

[11] In this case, when the government institution, Defence Construction Canada, responded to Ucanu Manufacturing's information request, it did not assert the mandatory exemption under section 30 of the *Defence Production Act*. Nor did it assert the mandatory exemption during the Information Commissioner's investigation. Only after the matter arrived in the Federal Court did it assert it.

[12] Defence Construction Canada asked the Federal Court for an opportunity to file "further materials including supplementary submissions" (at paragraph 15). I take "further materials" to mean that Defence Construction Canada sought to file evidence in support of its claim to the mandatory exemption. The respondent opposed, noting that "the statutory exemption now raised by [Defence Construction Canada] had not been previously relied on by [it] in this matter including in [its] initial response" to the information request (at paragraph 15). The Federal

[9] La partie de la décision de la Cour fédérale dont nous sommes saisis porte sur ce qui s'est produit à une étape tardive de l'instance, au moment où elle a été portée devant la Cour fédérale. Construction de défense Canada a invoqué, pour la première fois, une nouvelle exception obligatoire à la communication, soit celle prévue à l'article 30 de la *Loi sur la production de défense*, L.R.C. (1985), ch. D-1, une exception qui s'applique en raison de l'article 24 de la *Loi sur l'accès à l'information* et de l'annexe II de la Loi.

[10] L'article 30 se lit comme suit :

Renseignements protégés

30 Les renseignements recueillis sur une entreprise dans le cadre de la présente loi ne peuvent être communiqués sans le consentement de l'exploitant de l'entreprise, sauf :

a) à un ministère, ou à une personne autorisée par un ministère, qui en a besoin pour l'accomplissement de ses fonctions;

b) aux fins de toute poursuite pour infraction à la présente loi ou, avec le consentement du ministre, de toute affaire civile ou autre procédure judiciaire.

[11] Dans la présente instance, lorsque l'institution fédérale, Construction de défense Canada, a donné suite à la demande d'accès d'Ucanu Manufacturing, elle n'a pas fait valoir l'exception obligatoire prévue à l'article 30 de la *Loi sur la production de défense*. Elle ne l'a pas non plus fait valoir au cours de l'enquête menée par le commissaire à l'information. Elle ne l'a fait que lorsque la Cour fédérale a été saisie de l'affaire.

[12] Construction de défense Canada a demandé à la Cour fédérale un ajournement « pour permettre que d'autres éléments puissent être soumis à la Cour avant l'audience et pour que les parties puissent formuler des observations complémentaires » (au paragraphe 15). Je suppose qu'en voulant produire « d'autres éléments », Construction de défense Canada souhaitait déposer des éléments de preuve pour étayer l'exception obligatoire. L'intimée s'y est opposée, en affirmant que Construction de défense Canada « n'avait pas antérieurement soulevé

Court refused Defence Construction Canada's request, only giving it an opportunity to file "submissions" after the hearing, if necessary.

[13] Defence Construction Canada asked the Federal Court to consider that it "carries out a mandate pursuant to the [*Defence Production Act*] and that the information at issue ... can be characterized as having been obtained by [it] under or by virtue of that statute" (at paragraph 77). However, the Federal Court held that it was too late for Defence Construction Canada to assert the mandatory exemption. Thus, the Federal Court refused to consider arguments on the "substantive issue of the application of that exemption" (at paragraph 88). Nor could it. It had not given Defence Construction Canada the opportunity to file evidence on this issue. In the end, the Federal Court allowed Ucanu Manufacturing's application and ordered the records to be released.

[14] In this Court, the appellants, including Defence Construction Canada, ask that the Federal Court's judgment be overturned and all of the records be withheld from disclosure because of the mandatory exemption.

[15] For the reasons set out below, I would allow the appeal.

A. The submissions of the parties

[16] In this Court, the appellants submit that a mandatory exemption, such as the one here, can be asserted at any time. The appellants also submit that on the evidentiary record before us the mandatory exemption in section 30 of the *Defence Production Act* applies.

[17] The Information Commissioner supports the result reached by the Federal Court. She submits that

l'exception légale qu'elle invoquait maintenant, notamment dans sa première réponse » à la demande d'accès (au paragraphe 15). La Cour fédérale a refusé la requête de Construction de défense Canada, l'autorisant uniquement à présenter des « observations » après l'audience, au besoin.

[13] Construction de défense Canada a demandé à la Cour fédérale de prendre en considération le fait qu'elle « exécute un mandat en vertu de la [*Loi sur la production de défense*] » et que « les renseignements en litige [...] peuvent être considérés comme ayant été recueillis par [elle] dans le cadre de cette loi » (au paragraphe 77). Cependant, la Cour fédérale a jugé qu'il était trop tard pour que Construction de défense Canada puisse faire valoir l'exception obligatoire. Par conséquent, elle a refusé de prendre en considération les arguments concernant la « question de fond de l'application de cette exception » (au paragraphe 88). Elle ne pouvait d'ailleurs pas le faire, puisqu'elle n'avait pas donné à Construction de défense Canada la possibilité de déposer des éléments de preuve concernant cette question. Au final, la Cour fédérale a accueilli la demande d'Ucanu Manufacturing et elle a ordonné la communication des documents.

[14] Les appelants, notamment Construction de défense Canada, demandent à notre Cour d'infirmer le jugement de la Cour fédérale et d'empêcher la communication de tous les documents en raison de l'exception obligatoire.

[15] Pour les motifs exposés ci-après, j'accueillerais l'appel.

A. Les observations des parties

[16] À notre Cour, les appelants soutiennent que l'on peut faire valoir en tout temps une exception obligatoire, telle que celle en cause. Ils soutiennent également que, compte tenu du dossier de preuve qui nous a été présenté, l'exception obligatoire prévue à l'article 30 de la *Loi sur la production de défense* s'applique.

[17] Le commissaire à l'information souscrit à la conclusion tirée par la Cour fédérale. Il estime que des

there must be restrictions on the ability of a government institution to assert a mandatory exemption at a late stage, well after its response to an information request. Among other things, the Information Commissioner submits that late assertion of exemptions bypasses important rights and protections under the Act such as the Commissioner's power to investigate and to report.

B. The issues

[18] The parties raise two issues before us:

(1) *The fact-based issue.* If section 30 of the *Defence Production Act* can be raised at a late stage, does it apply on the facts of this case?

(2) *The jurisprudential issue.* Can section 30 of the *Defence Production Act* be raised at a late stage? Put another way, in *Access to Information Act* proceedings, is it ever too late to assert a mandatory exemption?

C. Analysis

(1) *The fact-based issue*

[19] The Federal Court found that it was too late for the appellants to assert the mandatory exemption. It did not examine the fact-based issue—whether the mandatory exemption applies on the facts of this case.

[20] Key to the Federal Court's conclusion that it was too late for the appellants to assert the mandatory exemption is its earlier ruling that it would not allow Defence Construction Canada an adjournment to file evidence on the point. Here is the relevant portion of the reasons (at paragraph 16):

By Order dated July 9, 2015, being guided by the Notice to the Profession issued by Chief Justice Crampton dated May 8, 2013, I denied the request for an adjournment, on

restrictions doivent s'appliquer au droit d'une institution fédérale de faire valoir une exception obligatoire à un moment tardif, bien après sa réponse à une demande d'accès. Il allègue notamment que faire valoir des exceptions à une étape avancée a pour effet de contourner les protections et les droits importants conférés par la Loi, par exemple le pouvoir du commissaire de faire enquête et de produire des rapports.

B. Les questions en litige

[18] Les parties soulèvent devant nous deux questions en litige :

1) *La question de fait.* Si l'article 30 de la *Loi sur la production de défense* peut être invoqué à un moment tardif, s'applique-t-il aux faits en l'espèce?

2) *La question de droit.* Est-ce que l'article 30 de la *Loi sur la production de défense* peut être invoqué à un moment tardif? En d'autres termes, dans une procédure liée à la *Loi sur l'accès à l'information*, peut-il être trop tard pour faire valoir une exception obligatoire?

C. Analyse

1) *La question de fait*

[19] La Cour fédérale a jugé que Construction de défense Canada avait trop attendu pour faire valoir l'exception obligatoire. Elle ne s'est pas penchée sur la question de fait, à savoir si l'exception obligatoire s'applique aux faits de l'espèce.

[20] Le fait que la Cour fédérale avait déjà refusé la demande d'ajournement de Construction de défense Canada en vue de déposer des éléments de preuve à cet égard a mené à sa décision que les appelants avaient attendu trop longtemps pour faire valoir l'exception obligatoire. Voici la partie pertinente des motifs (au paragraphe 16) :

Aux termes de l'ordonnance que j'ai prononcée le 9 juillet 2015 en m'inspirant de l'Avis à la communauté juridique publié par le juge en chef Crampton le

the basis that the request did not raise exceptional and unforeseen circumstances, including those that are outside the control of a party or its counsel. However, my Order advised that I would hear counsel at the hearing, including on the possibility of supplementary written submissions following the hearing, on the following two issues that I concluded were raised by their correspondence with the Court:

- A. whether the respondent should be permitted to rely on the additional statutory exemption at this stage in the proceeding; and
- B. if so, the effect of such exemption on the merits of this application.

[21] I construe this as saying that Defence Construction Canada could not file evidence to support the mandatory exemption and to justify its late assertion because the request to do so was too late.

[22] There is a certain circularity here. In effect, the fact that the mandatory exemption was asserted late meant that a request to file evidence could only be made late and that lateness was used to prevent consideration of whether the exemption could be asserted late. In my view, the Federal Court's conclusion was preordained by its refusal to grant Defence Construction Canada's late request for an adjournment. Put another way, the Federal Court's denial of the adjournment in effect decided the substantive issue—whether the mandatory exemption could be asserted late—without the benefit of evidence before it. Defence Construction Canada was denied the opportunity to explain why the mandatory exemption ought to be considered despite its lateness because it was late. This intimately relates to the issues raised in the notice of application before the Federal Court, its ability to deal with the issue of the mandatory exemption, and the notice of appeal that raises the mandatory exemption before us.

[23] In these particular circumstances, the late nature of the assertion of the exemption and the need to

8 mai 2013, j'ai refusé la demande d'ajournement au motif qu'il n'existait pas de circonstances exceptionnelles et inattendues, notamment de circonstances hors du contrôle d'une partie ou de son avocat. J'ai toutefois précisé dans mon ordonnance que j'entendrais les avocats à l'audience, notamment au sujet de la possibilité de recevoir, après l'audience, des observations écrites complémentaires sur les deux questions suivantes qui, selon moi, avaient été soulevées dans les lettres que les avocats avaient échangées avec la Cour :

- A. Devrait-on permettre à la défenderesse d'invoquer une autre exception légale à cette étape de l'instance?
- B. Dans l'affirmative, quelle serait la conséquence de cette exception sur le fond de la présente demande?

[21] Selon mon interprétation, cela signifie que Construction de défense Canada ne pouvait pas déposer d'élément de preuve pour étayer l'exception obligatoire et expliquer pourquoi elle l'avait soulevée tardivement parce que sa requête était présentée trop tard.

[22] On constate une certaine circularité : comme on a soulevé tardivement l'exception obligatoire, la requête en vue de déposer des éléments de preuve ne pouvait être présentée que tardivement, et ce retard a eu pour effet d'empêcher l'examen tardif de cette exception. À mon avis, la conclusion de la Cour fédérale découlait inévitablement de son refus d'accueillir la requête en ajournement tardive de Construction de défense Canada. En d'autres termes, en refusant d'accueillir la requête en ajournement, la Cour fédérale a en fait tranché la question de fond, soit celle de savoir si l'on pouvait faire valoir l'exception obligatoire tardivement, sans avoir d'élément de preuve à ce sujet. Construction de défense Canada n'a pu expliquer pourquoi on devrait tenir compte de l'exception obligatoire en dépit du fait qu'on la présentait tardivement, parce qu'on la présentait tardivement. Ceci est intimement lié aux questions soulevées dans l'avis de demande à la Cour fédérale, à sa capacité de traiter la question de l'exception obligatoire et à l'avis d'appel qui fait que nous sommes saisis de la question de l'exception obligatoire.

[23] Dans ces circonstances précises, l'invocation tardive de l'exception et la nécessité de déposer des

file evidence in support of it could not be, by itself, a sufficient ground to refuse the adjournment so that the issue of lateness could be considered. In these particular circumstances, the Federal Court was bound to allow Defence Construction Canada an opportunity to adduce evidence supporting its late assertion of the mandatory exemption. That evidence might have shed light on why the exemption was being asserted late and why it should be allowed to be asserted late. It might also have identified and explained the rationale underlying some of the confidentiality interests at stake. With that evidence before it, the Federal Court could have considered the mandatory exemption and the jurisprudential issue and the fact-based issue associated with it. Without the evidence before it, the Federal Court could not embark upon a proper consideration of this issue. Yet, it dealt with the issue. In my view, this was an error in principle permitting this Court to intervene.

[24] Thus, for this reason alone, I would allow the appeal and set aside the Federal Court's judgment. It should redetermine on the basis of a full evidentiary record whether Defence Construction Canada can assert a mandatory exemption at a late stage and, if so, whether the mandatory exemption is made out on the facts of this case.

[25] I have read my colleague's dissenting reasons. Among other things, he suggests that the issue of the adjournment is not before us because the appellant did not challenge it in the notice of appeal. As I have explained above, the issue is part and parcel of the merits of the appeal and cannot be separated from it. In effect, the issue is before us by necessary implication.

[26] Further, my colleague states that after the Federal Court refused the adjournment to permit the appellant to file evidence, "the Federal Court expressly ordered that it would hear counsel on the issue of the late-claimed exemption, including the possibility of filing supplementary written submissions in this regard following the hearing". He also notes that in the hearing before

éléments de preuve pour l'étayer ne peuvent, à elles seules, constituer un motif suffisant pour refuser la demande d'ajournement afin que la question du retard puisse être examinée. Dans ces circonstances précises, la Cour fédérale était tenue d'accorder à Construction de défense Canada la possibilité de présenter des éléments de preuve afin d'étayer l'invocation tardive de l'exception obligatoire. Ces éléments de preuve pourraient avoir expliqué pourquoi on tentait de faire valoir l'exception tardivement et pourquoi il devrait être possible de le faire. Ils auraient peut-être aussi précisé et expliqué la raison d'être de certains des intérêts en jeu à l'égard de la confidentialité. Si elle avait disposé de ces éléments de preuve, la Cour fédérale aurait pu examiner l'exception obligatoire, ainsi que la question de droit et la question de fait connexe. En l'absence de ces éléments de preuve, la Cour fédérale ne pouvait pas se livrer à un examen convenable de la question. Pourtant, elle l'a fait. À mon avis, il s'agissait d'une erreur de principe qui permet à notre Cour d'intervenir.

[24] Par conséquent, pour cette seule raison, j'accueillerais l'appel et j'annulerais le jugement de la Cour fédérale. La Cour fédérale devrait déterminer à nouveau, en se fondant sur un dossier de preuve complet, si Construction de défense Canada peut faire valoir une exception obligatoire à un moment tardif et, le cas échéant, si l'exception obligatoire en question est fondée au vu des faits de l'espèce.

[25] J'ai pris connaissance des motifs dissidents de mon collègue. Il affirme notamment que nous ne sommes pas saisis de la question de l'ajournement parce que les appelants ne l'ont pas soulevée dans l'avis d'appel. Comme je l'ai expliqué ci-dessus, la question fait partie intégrante du bien-fondé de l'appel et ne peut en être dissociée. En fait, nous sommes saisis de la question par conséquence nécessaire.

[26] En outre, mon collègue déclare qu'à la suite du refus de la Cour fédérale d'accorder l'ajournement pour permettre aux appelants de déposer des éléments de preuve, la Cour fédérale avait déclaré expressément que les avocats pouvaient présenter des observations au sujet de l'exception invoquée tardivement, notamment en déposant des observations écrites supplémentaires à ce

the Federal Court the parties agreed no further written submissions were necessary. But the Federal Court gave the parties only the right to file legal submissions, not evidence. As I have explained above, the Federal Court's refusal to grant Defence Construction Canada's late request for an adjournment to allow the appellant to adduce further evidence preordained the conclusion on the merits of the mandatory exemption and further legal submissions would not have sufficed.

[27] Finally, my colleague raises the standard of review. I agree with his articulation of it. However, as I have said above, there is an error of principle permitting this Court to intervene.

(2) *The jurisprudential issue*

[28] Should this Court give guidance on the jurisprudential issue in this case? All parties urge us to settle it. Both provided helpful submissions on it.

[29] In particular, the Information Commissioner proposes the following analytical framework for this Court to consider when deciding whether a government institution can assert a mandatory exemption at a late stage:

1. Could the government institution have reasonably raised the mandatory exemption sooner, for example:

- (a) in the notice of the requester under s. 10(1) of the [*Access to Information Act*] where access was initially refused;
- (b) at any time during the Information Commissioner's investigation;
- (c) at the earliest possible occasion in the court proceedings.

sujet après l'audience. Il mentionne également qu'à l'audience à la Cour fédérale, les parties ont convenu qu'il n'y avait pas lieu de déposer des observations écrites supplémentaires. Toutefois, la Cour fédérale n'a autorisé les parties qu'à déposer des observations sur le droit, et non des éléments de preuve. Comme je l'ai expliqué ci-dessus, le refus de la Cour fédérale d'accueillir la requête en ajournement tardive de Construction de défense Canada pour permettre aux appelants de produire de nouveaux éléments de preuve a eu comme conséquence inévitable la conclusion sur le bien-fondé de l'exception obligatoire, et d'autres observations sur le droit n'auraient pas suffi.

[27] Enfin, mon collègue soulève la question de la norme de contrôle. Je suis d'accord avec la façon dont il présente cette norme. Cependant, comme je l'ai mentionné ci-dessus, il existe une erreur de principe qui permet à notre Cour d'intervenir.

2) *La question de droit*

[28] Notre Cour devrait-elle se prononcer sur la question de droit en l'espèce? Les parties en cause nous pressent de la régler. Elles ont présenté des observations utiles à ce sujet.

[29] Plus précisément, le commissaire à l'information nous propose de tenir compte du cadre analytique suivant au moment de décider si une institution fédérale peut faire valoir une exception obligatoire de façon tardive :

1. L'institution fédérale aurait-elle pu raisonnablement invoquer l'exception obligatoire plus tôt, par exemple :

- a) dans l'avis en vertu du paragraphe 10(1) de la Loi par lequel l'accès a initialement été refusé;
- b) en tout temps pendant l'enquête du commissaire à l'information;
- c) à la première occasion au cours du processus judiciaire?

2. What is the underlying interest that the mandatory exemption seeks to protect and what are the consequences of disclosing the records at issue?

3. What is the prejudice to the requester and their access rights if the new exemption is considered at that stage of the proceedings?

4. Will allowing new issues to be raised at that stage of the proceedings unduly delay the hearing of the application and consequently, access to information for the requester?

5. Is it in the interests of justice to allow the exemption to be raised?

[30] Helpfully, the Information Commissioner also suggests a detailed procedure by which a government institution could assert a mandatory exemption at a late stage and still be fair to all concerned.

[31] The jurisprudential issue has been the subject of a few decisions. These decisions touch on small aspects of the issue or speak in *obiter*. None of them deal with it comprehensively and definitively. The point remains completely open in this Court. It is a complex one, with compelling considerations on either side.

[32] On one side is the importance of the investigatory stage that takes place after a complaint has been made. This has been said to be a “cornerstone of the access to information system”: *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Minister of National Defence)* (1999), 240 N.R. 244, 166 F.T.R. 277 (F.C.A.). The completion of the investigatory stage under the Act is a condition precedent to any later review by the Federal Court of a government institution’s decision to refuse access to records requested under the Act: *Whitty v. Canada (Attorney General)*, 2014 FCA 30, 460 N.R. 372, at paragraphs 8–9; *Statham v. Canadian Broadcasting Corporation*, 2010 FCA 315, [2012] 2 F.C.R. 421, 326 D.L.R. (4th) 228, at paragraph 55. Issues that go to subject-matter jurisdiction cannot be ignored: *Canadian National Railway Company v. Emerson Milling Inc.*, 2017 FCA 79, at paragraphs 8–10. Allowing a government institution to assert a ground for

2. Quels sont les intérêts sous-jacents que l’exception obligatoire vise à protéger et quelles sont les conséquences de la divulgation des documents en cause?

3. Quel serait le préjudice au demandeur et à son droit d’accès si l’on tenait compte de l’exception à cette étape du processus?

4. Le fait de soulever de nouvelles questions à cette étape du processus retarderait-il indûment l’audience de la demande et, en conséquence, l’accès au document par le demandeur?

5. Est-il dans l’intérêt de la justice de permettre qu’on soulève l’exception?

[30] Le commissaire a aussi suggéré, ce qui est utile, une procédure détaillée qui permettrait à une institution fédérale de faire valoir une exception obligatoire à un moment tardif de façon équitable pour toutes les parties en cause.

[31] Quelques décisions ont porté sur la question de droit. Celles-ci examinent des aspects moins importants de la question ou comprennent des remarques incidentes. Aucune n’examine cette question à fond et de façon déterminante. Notre Cour peut librement examiner la question. La question est complexe et il y a des arguments convaincants des deux côtés.

[32] D’une part, il y a l’importance de l’étape de l’enquête qui est effectuée à la suite du dépôt d’une plainte. Ceci a été considéré comme « la pierre angulaire du système d’accès à l’information » : *Canada (Commissaire à l’information) c. Canada (Ministre de la Défense nationale)*, [1999] A.C.F. n° 522 (QL) (C.A.). La clôture de l’étape de l’enquête en vertu de la Loi constitue une condition préalable à tout contrôle ultérieur par la Cour fédérale de la décision de l’institution fédérale de refuser l’accès à des documents demandés en vertu de la Loi : *Whitty c. Canada (Procureur général)*, 2014 CAF 30, aux paragraphes 8 et 9; *Statham c. Société Radio-Canada*, 2010 CAF 315, [2012] 2 R.C.F. 421, au paragraphe 55. Les questions qui portent sur la compétence quant à l’objet du litige ne peuvent pas être négligées : *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Emerson Milling Inc.*, 2017 CAF 79, aux paragraphes 8 à 10. Le fait de

exemption for the first time when the matter is before the Federal Court bypasses these protections: *Davidson v. Canada (Solicitor General)*, [1989] 2 F.C. 341 (C.A.), at pages 347–348; *Geophysical Service Inc. v. Canada Newfoundland Offshore Petroleum*, 2003 FCT 507, 26 C.P.R. (4th) 190. Thus, according to the Information Commissioner, there must be limits on raising mandatory exemptions at a late stage.

[33] On the other side is the mandatory nature of the exemptions themselves. Some mandatory exemptions relate to very important matters such as national security. Indeed, it would be strange if the inadvertent or negligent handling of an information request had the effect of foreclosing recourse to a mandatory exemption and allowing a highly injurious document to be released. This was in the mind of the Federal Court when it commented, in *obiter*, that it was “an open question whether the failure on the part of the head of a government institution to properly identify the grounds for refusal of disclosure could ultimately compel disclosure that is contrary to the national interest”: *Davidson v. Canada (Solicitor General)*, [1987] 3 F.C. 15 (T.D.) (*Davidson*) [at page 22].

[34] In only one case did this Court suggest that a mandatory exemption could be asserted late: *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Minister of the Environment)*, 2003 FCA 68, 224 D.L.R. (4th) 498. However, it did so on the ground that the government institution believed that the documents were outside of the purview of the Act and so it was natural that it would not consider the issue of mandatory exemptions. The case contains no other explanation as to why the mandatory exemption could be asserted late.

[35] The Federal Court noted much of the above jurisprudence (at paragraphs 79–88). It observed correctly that the jurisprudential issue has never been settled by this Court: see, e.g., *Davidson*, above and *Rubin v. Canada (Minister of Health)*, 2003 FCA 37, 23 C.P.R. (4th) 312, both of which explicitly declined to deal with it. The Federal Court did cite some earlier decisions from

permettre à une institution fédérale de faire valoir une exception pour la première fois à la Cour fédérale contre-carre ces protections : *Davidson c. Canada (Soliciteur général)*, [1989] 2 C.F. 341 (C.A.), aux pages 347 et 348; *Geophysical Service Inc. c. Office Canada-Terre-Neuve des hydrocarbures extracôtiers*, 2003 CFPI 507. Par conséquent, selon le commissaire à l’information, la possibilité de faire valoir des exceptions obligatoires à un moment tardif doit être limitée.

[33] D’autre part, il y a la nature obligatoire des exceptions elles-mêmes. Certaines exceptions obligatoires portent sur des questions très importantes, par exemple la sécurité nationale. En fait, il serait étrange que le traitement fautif ou négligent d’une demande d’accès ait pour effet d’interdire le recours à une exception obligatoire et de permettre la communication d’un document très préjudiciable. C’est ce à quoi pensait la Cour fédérale lorsqu’elle a déclaré, dans une remarque incidente : « Il reste à décider si le fait pour le responsable d’une institution fédérale de n’avoir pas correctement indiqué les motifs d’un refus de communication pourrait en fin de compte imposer une communication qui soit contraire à l’intérêt national » : *Davidson c. Canada (Solliciteur général)*, [1987] 3 C.F. 15 (1^{re} inst.) (*Davidson*) [à la page 22].

[34] Notre Cour n’a laissé entendre que l’on pouvait faire valoir une exception obligatoire à une date tardive que dans une seule décision : *Canada (Commissaire à l’information) c. Canada (Ministre de l’Environnement)*, 2003 CAF 68. Cependant, elle l’a fait parce que l’institution fédérale en cause croyait que les documents n’étaient pas visés par la Loi et qu’il était donc naturel qu’elle n’ait pas pris en considération la question des exceptions obligatoires. Cette décision ne contient aucune autre explication de la raison pour laquelle on pouvait faire valoir tardivement une exception obligatoire.

[35] La Cour fédérale a renvoyé à plusieurs des décisions susmentionnées (aux paragraphes 79 à 88). Elle a affirmé, à juste titre, que notre Cour n’avait jamais résolu la question de droit. Par exemple, dans l’arrêt *Davidson*, précité, et dans l’arrêt *Rubin c. Canada (Ministre de la Santé)*, 2003 CAF 37, notre Cour a explicitement choisi de ne pas l’aborder. La Cour fédérale a renvoyé à

the Federal Court, not binding on us, that held that it was too late to assert the mandatory exemption. So it concluded, only on the basis of these Federal Court cases, that it was too late to assert the mandatory exemption in this case (at paragraph 88).

[36] But the earlier Federal Court cases relied upon by the Federal Court do not examine the jurisprudential issue in a fulsome way. In these cases, there is no comprehensive analysis of the compelling considerations on either side, some of which are set out above. The cases do not conduct a full examination of the text of the Act, construed in light of its context and purpose. This is not meant as criticism: courts are often limited by the restricted or inadequate nature of the submissions they receive.

[37] Should this Court comprehensively settle this jurisprudential issue in this case? This sort of question sparks debates in and around judges' chambers more than counsel might think.

[38] Most judges are rather flexible in their answers to this question. But for illustrative purposes, there are two discernable schools of thought. One says that courts should only deal with issues that are necessary for the disposition of the case. The other says that where possible, courts should resolve jurisprudential points to provide clarity and reduce litigation. Once in a while, along this age-old fault line, a case comes along—like this one—that causes a quake.

[39] Like many such debates, the best answer is “it all depends”. I had occasion to comment on this in *Steel v. Canada (Attorney General)*, 2011 FCA 153, [2013] 1 F.C.R. 143, at paragraphs 65–66 and 68:

... A minimal approach to judicial decision-making usually has great merit. Under this approach, sometimes called “judicial minimalism,” we fashion solutions that are practical, routine, and uncontroversial and apply them to the cases before us, avoiding broad, unnecessary pronouncements. Sometimes, in search of solutions, we

quelques décisions qu'elle avait rendues dans lesquelles elle avait conclu qu'il était trop tard pour faire valoir une exception obligatoire; cependant, ces décisions ne nous lient pas. La Cour fédérale a donc conclu, en s'appuyant uniquement sur sa jurisprudence, qu'il était trop tard dans la présente instance pour faire valoir l'exception obligatoire (au paragraphe 88).

[36] Cependant, les jugements antérieurs sur lesquels s'est appuyée la Cour fédérale ne traitent pas la question de droit de manière exhaustive. Ces jugements ne comportent aucune analyse approfondie des considérations importantes de part et d'autre, dont certaines sont exposées ci-dessus. Ces jugements ne font pas un examen approfondi du texte de la Loi, interprété à la lumière de son contexte et de son objet. Ce n'est pas une critique; les tribunaux sont souvent limités par les observations sommaires ou inadéquates qui leur sont présentées.

[37] Notre Cour devrait-elle régler la question de droit de façon détaillée en l'espèce? Ce genre de question suscite plus de débats aux cabinets des juges que les avocats le supposent.

[38] La plupart des juges répondent à cette question de façon plutôt souple. Disons cependant qu'il y a deux écoles de pensée distinctes. Certains croient que les tribunaux ne devraient se pencher que sur les questions qui doivent être tranchées pour résoudre l'affaire. D'autres pensent que, lorsque cela est possible, les tribunaux devraient résoudre les questions de droit afin d'apporter plus de précision et de réduire les litiges. Il arrive cependant qu'un cas, comme celui qui nous occupe, provoque un séisme sur cette ancienne faille.

[39] Comme lors de nombreux débats, la meilleure réponse est : « tout dépend ». J'ai eu l'occasion d'émettre mes commentaires à ce sujet dans l'arrêt *Steel c. Canada (Procureur général)*, 2011 CAF 153, [2013] 1 R.C.F. 143, aux paragraphes 65, 66 et 68 :

[...] Adopter une approche minimale à l'égard du processus de décision judiciaire présente généralement de grands avantages. Selon cette approche, parfois appelée « minimalisme judiciaire », la Cour élabore des solutions qui sont pratiques et courantes et qui ne soulèvent aucune controverse, et les applique aux affaires dont elle

might consider a modest reform to our judge-made law. But we reform it only if necessary and appropriate, only as little as necessary, and always subject to Parliament's laws which bind us.

When we discard judicial minimalism and, instead, gratuitously pronounce sweeping legal principles, we expose ourselves to the charge that we are law-making — a task beyond our remit, unelected as we are. Also, without the real-life facts that inform our pronouncements, temper our judgment, and keep us accountable, we are more likely to be wrong, more likely to cause disorder, and more likely to injure.

...

But too great a devotion to judicial minimalism sometimes can impose too great a cost. Pressing issues can linger and fester, and litigants may suffer for that.

[40] More on this can be said. On the one hand, developing the jurisprudence in a minimal way merely for the sake of minimalism may be counterproductive, inefficient, and contrary to the new litigation culture advocated by the Supreme Court: *Hryniak v. Mauldin*, 2014 SCC 7, [2014] 1 S.C.R. 87. Developing the jurisprudence beyond the needs of a particular case might bring order to an area badly in need of it and might save wasteful, unnecessary litigation in the future. Additionally, in some contexts an important jurisprudential issue does not arise very often as a practical matter, giving rise to a concern that the issue is evasive of review. For example, in this case, the Information Commissioner cannot raise the jurisprudential issue very often because of resource limitations. Finally, there are cases like this, where counsel have been of great assistance and have done their best to empower us to decide it.

[41] But, on the other hand, some jurisprudential issues do not admit of an easy solution: judicial economy and the desire to solve it properly favour leaving it for another day. Sometimes, the settlement of the jurisprudential issue has high-stakes ramifications: its final

est saisie, en évitant les déclarations inutiles de portée générale. La recherche de solutions la pousse parfois à envisager une légère modification de sa jurisprudence, ce qu'elle ne fait que si elle le juge nécessaire et approprié, et le moins possible, et toujours sous réserve des lois fédérales auxquelles elle est assujettie.

Lorsque nous écartons le minimalisme judiciaire et, qu'à la place, nous énonçons à titre gracieux des principes juridiques généraux, nous nous faisons accuser de légiférer, ce qui excède notre compétence, non élus que nous sommes. En outre, sans les faits concrets qui éclairent nos décisions, tempèrent notre jugement et nous obligent à rendre compte, nous sommes davantage susceptibles de commettre des erreurs, de semer la pagaille et de faire du tort.

[...]

Mais un trop grand dévouement au minimalisme judiciaire peut parfois coûter excessivement cher. Les questions urgentes peuvent persister et s'aggraver, et les parties au litige peuvent en souffrir.

[40] On pourrait en dire davantage à ce sujet. D'une part, établir la jurisprudence de manière minimale par souci de minimalisme peut être contre-productif, inefficace et contraire à la nouvelle culture en matière de contentieux préconisée par la Cour suprême : *Hryniak c. Mauldin*, 2014 CSC 7, [2014] 1 R.C.S. 87. Le fait d'établir la jurisprudence au-delà des besoins d'une instance précise pourrait permettre de mettre de l'ordre dans un domaine qui en a grandement besoin et d'éviter des litiges coûteux et superflus à l'avenir. En outre, dans certains contextes, il est plutôt rare qu'une question de droit importante soit soulevée, ce qui pourrait laisser croire que la question ne sera jamais tranchée par les tribunaux. À titre d'exemple, dans la présente instance, le commissaire à l'information ne peut soulever la question de droit très souvent en raison de son manque de ressources. Enfin, on rencontre des litiges comme celui dont nous sommes saisis, où les avocats nous ont beaucoup aidés et ont fait leur possible pour nous aider à rendre notre décision.

[41] D'autre part, certaines questions de droit ne se prêtent pas à une solution facile : l'économie judiciaire et le désir de résoudre la question correctement incitent à reporter la prise de la décision. Parfois, le règlement de la question de droit entraîne des conséquences

resolution will affect vital interests and, if the determination is wrong, these interests may be disrupted and injured. Sometimes certain issues by their nature are best served by courts seeing case after case before the doctrine is definitively settled; as both Justices Oliver Wendell Holmes and Benjamin Cardozo both recognized, the common law works inductively, with general rules best developed from particular cases: Frederic R. Kellogg, “Law, Morals, and Justice Holmes” (1986), 69 *Judicature* 214; Benjamin N. Cardozo, *The Nature of the Judicial Process* (New Haven: Yale University Press, 1921), at pages 22–23. Finally, it is true that the high-stakes implications and the uncertainty surrounding a jurisprudential issue can be dispelled by the thoughtful writings of the legal academy; but until there are some, the high-stakes ramifications and uncertainty reign.

[42] Weighing these considerations, I consider it unwise for us at this stage in the development of this jurisprudence to express a definitive, binding-for-all-time view on the jurisprudential issue in this case. Nor would it be wise, without working out the principles fully, simply to adopt the Federal Court’s brief and rather automatic adoption in this case of earlier Federal Court cases—none of which have comprehensively examined the jurisprudential issue.

[43] The jurisprudential issue before us is a high-stakes one, fraught with ramifications of a far-reaching and hazardous kind. Mandatory exemptions come in all different shapes and sizes under different statutes with different purposes with different statutory wording. Crafting a legal test that works is a tricky thing. If we get it wrong, we might allow the disclosure of sensitive and harmful material that should be kept confidential in the public interest, thereby damaging the proper conduct of government. Or we might keep secret important material that the public should see, thereby inhibiting the sort of public comment that lies at the core of the guarantee of freedom of expression in paragraph 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and paragraph 1(d) of the *Canadian Bill of Rights*.

importantes : le règlement définitif aura des conséquences sur des intérêts essentiels et, si la décision est erronée, ces intérêts pourraient être perturbés et lésés. Parfois, en raison de la nature de certaines questions, il vaut mieux laisser les tribunaux trancher au cas par cas avant d’établir la règle de manière définitive. Comme l’ont reconnu les juges Oliver Wendell Holmes et Benjamin Cardozo, la common law fonctionne de manière inductive et il vaut mieux s’appuyer sur des cas particuliers pour élaborer les règles générales : Frederic R. Kellogg, « Law, Morals, and Justice Holmes » (1986), 69 *Judicature* 214; Benjamin N. Cardozo, *The Nature of the Judicial Process* (New Haven : Yale University Press, 1921), aux pages 22 et 23. Enfin, il est vrai que l’on peut éliminer les conséquences importantes et l’incertitude entourant une question de droit grâce à la doctrine; cependant, jusqu’à ce qu’elle existe, les conséquences importantes et l’incertitude vont persister.

[42] Après avoir examiné ces facteurs, j’estime qu’il serait peu avisé à cette étape de l’établissement de la jurisprudence que notre Cour exprime une opinion définitive et contraignante sur la question de droit en l’espèce. Il ne serait non plus pas avisé, sans d’abord établir les principes, d’adopter tout simplement la décision brève et plutôt automatique de la Cour fédérale de suivre ses jugements antérieurs, dont aucun n’a comporté un examen approfondi de la question de droit.

[43] La question de droit dont nous sommes saisis comporte des enjeux considérables ayant des conséquences importantes et imprévues. Les exceptions obligatoires se présentent sous différentes formes, en vertu de différentes lois, avec différents objets et différents libellés. L’élaboration d’un critère juridique qui fonctionne n’est pas une mince affaire. À la moindre erreur, nous pourrions permettre la communication de renseignements confidentiels et préjudiciables qui, dans l’intérêt public, ne devraient pas être communiqués, car cela nuirait à la bonne administration de l’État. Inversement, nous pourrions retenir des renseignements importants que le public devrait connaître et ainsi entraver la discussion sur laquelle repose la liberté d’expression qui est enchâssée à l’alinéa 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et à l’alinéa 1d) de la *Déclaration canadienne des droits*.

[44] As I shall explain below, there are certain questions associated with the Information Commissioner’s test that require further study, full submissions and the benefit of Federal Court rulings. Sometime in the future, armed with those submissions, we may be able to resolve this jurisprudential issue once and for all.

[45] In *Rubin* and *Davidson*, above, this Court did not need to settle definitively the jurisprudential issue and so it did not do so. In the years since these cases have been decided, nothing has changed jurisprudentially or otherwise to give us the certainty or confidence needed to decide the jurisprudential issue. To decide it now would be a step too far.

[46] I know that some, for the best of motives, might be tempted to nibble a bit at the jurisprudential issue by making a one-off ruling that avoids a discussion of legal principle. For example, some might rule that “on the facts” or “in these circumstances”—without defining the facts or the circumstances—it was too late for the mandatory exemption to be asserted. Or they might rule that the late assertion of the mandatory exemption is “unfair.” Or they might just announce a ruling with no supporting analysis. These approaches are troubling.

[47] First, courts are supposed to reach decisions based on legal principle and doctrine. If legal principle and doctrine are not offered in support of a decision, there probably isn’t any.

[48] Related to this is the deciding of matters merely “on the basis of all the facts” or “fairness”. This is to rely on concepts that are “empty vessel[s] to be filled with whatever meaning we might wish from time to time”: *Reference Re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313 [at page 394], 38 D.L.R. (4th) 161, *per* McIntyre J. Such decisions, emanating from personal preferences rather than legal principle and doctrine, are legitimately open to attack based on the constitutional principle of the rule of law.

[44] Comme je l’expliquerai ci-dessous, certaines des questions liées au critère que propose le commissaire à l’information nécessitent un examen plus approfondi, des observations complètes et le bénéfice de décisions de la Cour fédérale. À un moment donné, lorsque nous disposerons de ces observations, nous pourrions régler une fois pour toutes la question de droit.

[45] Dans les arrêts *Rubin* et *Davidson*, précités, notre Cour n’avait pas à régler une fois pour toutes la question de droit et, par conséquent, elle ne l’a pas fait. Depuis que ces décisions ont été rendues, aucun changement, notamment de jurisprudence, ne s’est produit pour nous donner la certitude ou la confiance nécessaires pour trancher la question de droit. Nous irions trop loin en le faisant maintenant.

[46] Je suis conscient du fait que, pour les meilleures des raisons, certains pourraient être tentés de résoudre une petite partie de la question de droit en rendant une décision à caractère unique qui évitera une discussion des principes juridiques. Ainsi, certains pourraient décider, « eu égard aux faits » ou « compte tenu des circonstances », sans définir ces faits ou ces circonstances, qu’il était trop tard pour faire valoir l’exception obligatoire. D’autres pourraient juger que le fait de soulever tardivement l’exception obligatoire est « injuste ». Ou encore, on pourrait tout simplement rendre une décision sans analyse à l’appui. Ces approches sont troublantes.

[47] D’abord, les tribunaux sont censés fonder leurs décisions sur les règles de droit et les principes juridiques. Si les décisions ne sont pas étayées par des règles de droit et des principes juridiques, c’est qu’il n’en existe probablement pas.

[48] Cela est lié au fait de résoudre des litiges « selon l’ensemble des faits » ou « selon l’équité ». Cela équivaut à s’appuyer sur un concept qui n’est qu’« un simple contenant, à même de recevoir n’importe quelle interprétation qu’on pourrait vouloir lui donner » : *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313 [à la page 394], le juge McIntyre. De telles décisions, fondées sur des préférences personnelles plutôt que sur des règles de droit et des principes juridiques, sont légitimement susceptibles d’être contestées

[49] Finally and more practically, such a decision would be a precedent binding future panels of this Court. The precedent might be no more than “sometimes it will be too late to assert mandatory exemptions”. But that may be misleading and may wrongly influence later cases. Mandatory exemptions come in all different shapes and sizes under different statutes with different purposes with different statutory wording. After the jurisprudential issue is comprehensively settled, it may turn out that under all statutory regimes mandatory exemptions can be asserted at a late stage. Or perhaps mandatory exemptions can never be asserted at a late stage. Or perhaps only some, but only in certain defined circumstances. Until the jurisprudential issue is comprehensively settled, it is folly to nibble at it through one-off rulings.

[50] In this case, we do not know what the appellant’s interest in confidentiality is because the appellant was not permitted to adduce evidence in support of the mandatory exemption. If the evidence showed that the interest in confidentiality in this case is massive and that disclosure would harm Canada, would we still say that it is too late for the mandatory exemption to be asserted? To find “on the facts” or because of “fairness” that the mandatory exemption was asserted too late in this case is to take a blind stab in the dark in a high-stakes, uncertain area of law.

[51] Lastly, the list of government departments and institutions in Schedule II to the Act is long and the range of confidentiality interests recognized by Parliament is wide. The jurisprudential issue affects those interests and institutions and perhaps many other government institutions as well. To resolve the jurisprudential issue, the Court will need to be acquainted with all of those interests and institutions. As well, if it happens in a future case that the Attorney General is not present but should be, the Court may give the Attorney General notice of the case and invite her to appear: see paragraph 110(b) of the *Federal Courts Rules*, SOR/98-106.

en vertu du principe constitutionnel de la primauté du droit.

[49] Enfin, et de façon plus pratique, une telle décision lierait les formations futures de notre Cour. La décision pourrait ne dire rien de plus que « parfois, il sera trop tard pour faire valoir des exceptions obligatoires ». Cependant, cela pourrait être trompeur et influencer erronément sur d’autres cas. Les exceptions obligatoires se présentent sous différentes formes, en vertu de différentes lois, avec différents objets et différents libellés. Lorsque la question de droit aura été pleinement résolue, on pourrait constater que, peu importe le régime légal, on peut toujours faire valoir des exceptions obligatoires à un moment tardif. Ou peut-être il n’est jamais possible de le faire. Ou peut-être peut-on en faire valoir certaines, mais seulement dans certaines situations bien définies. D’ici à ce que la question de droit ait été entièrement résolue, il serait vain de l’aborder une petite partie à la fois.

[50] En l’espèce, nous ignorons quel est l’intérêt des appelants à la confidentialité, car les appelants n’ont pu produire des éléments de preuve pour étayer l’exception obligatoire. Si la preuve offerte dans la présente instance montrait que l’intérêt à la confidentialité est énorme et que la divulgation serait préjudiciable pour le Canada, déclarerions-nous quand même qu’il est trop tard pour faire valoir une exception obligatoire? Conclure « selon les faits » ou « selon l’équité » que l’exception obligatoire a été invoquée trop tard reviendrait à donner un coup à l’aveuglette dans un domaine du droit qui a des enjeux de taille et est incertain.

[51] Enfin, la liste des institutions et des ministères fédéraux à l’annexe II de la Loi est longue et l’étendue des intérêts à la confidentialité reconnus par le législateur est vaste. La question de droit a une incidence sur ces intérêts et sur ces institutions et peut-être même également sur de nombreuses autres institutions fédérales. Pour résoudre la question de droit, la Cour devra se renseigner sur tous ces intérêts et toutes ces institutions. En outre, si à l’avenir le procureur général du Canada ne participe pas à une instance mais devrait le faire, la Cour pourrait l’informer de l’instance et l’inviter à présenter des observations : voir l’alinéa 110(b) des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106.

[52] For all these reasons, I refrain from determining the jurisprudential issue in this case. I do not comment on the Federal Court's reasoning and conclusions on it.

[53] Nor do I comment on the Information Commissioner's proposed analytical framework (at paragraph 29, above) except to offer a few words by way of assistance for future cases both in the Federal Court and in this Court.

[54] It seems that unless mandatory exemptions can always be asserted at a late stage, the sort of multi-factor approach that the Information Commissioner has proposed is methodologically sound: the various considerations, complex and conflicting, can only be captured by such an approach. The controversy—on which I shall refrain from commenting—comes in the content of the factors. Are the factors sufficiently grounded in the text, context and purpose of the *Access to Information Act*? Do the factors sufficiently take into account the text, context and purpose of the legislation under which the mandatory exemption arises? What if there is a conflict between the two? Are there any factors beyond those that the Information Commissioner has identified in this case? How should the Court go about weighing and balancing the factors?

[55] Other related questions may arise. Is there a distinction to be made between the listed exemptions under the Act (some discretionary, some mandatory) and the statutory prohibitions in section 24 listed in Schedule II of the Act? To what extent does the purpose set out in subsection 2(1) apply in cases where the statutory prohibitions in section 24 listed in Schedule II of the Act apply? If it does apply, how should it apply? If a party is not entitled to access *Defence Production Act* documents that are covered by section 30 of that Act, can a substantive right to access those documents be created by a procedural defect such as delay?

[52] Pour toutes ces raisons, j'éviterai de me prononcer sur la question de droit en l'espèce. Je ne ferai pas de commentaire sur le raisonnement de la Cour fédérale et sur ses conclusions à ce sujet.

[53] Je ne ferai pas non plus de commentaire sur le cadre analytique proposé par le commissaire (au paragraphe 29 ci-dessus), sauf pour dire quelques mots qui pourraient être utiles à la Cour fédérale et à notre Cour lors d'affaires futures.

[54] Il semble que, sauf s'il est toujours possible de faire valoir une exception obligatoire à un moment tardif, le critère à plusieurs facteurs proposé par le commissaire à l'information est une méthode solide. Les divers facteurs à prendre en considération, à la fois complexes et contradictoires, ne peuvent être saisis qu'au moyen d'une telle approche. La controverse — sur laquelle je n'émettrai pas de commentaire — est attribuable au contenu de ces facteurs. Est-ce que les facteurs sont suffisamment bien ancrés dans le texte, le contexte et l'objet de la *Loi sur l'accès à l'information*? Est-ce que les facteurs tiennent suffisamment compte du texte, du contexte et de l'objet de la loi dont découle l'exception obligatoire? Qu'arrive-t-il s'il y a un conflit entre les deux? Existe-t-il des facteurs autres que ceux que le commissaire à l'information a soulevés dans la présente instance? De quelle manière la Cour devrait-elle pondérer et équilibrer ces facteurs?

[55] D'autres questions connexes pourraient se poser. Doit-on faire une distinction entre les exceptions qui sont énumérées dans la Loi (certaines sont discrétionnaires, d'autres sont obligatoires) et les interdictions fondées sur d'autres lois qui sont prévues à l'article 24 et qui sont énumérées à l'annexe II de la Loi? L'objet énoncé au paragraphe 2(1) de la Loi s'applique-t-il aux cas visés par les interdictions prévues à l'article 24 et qui sont énumérées à l'annexe II de la Loi? S'il s'applique, comment devrait-il l'être? Si une partie n'a pas droit, en vertu de la *Loi sur la production de défense*, aux documents visés par l'article 30 de cette loi, peut-on créer un droit de fond d'accès à ces documents au moyen d'un vice de procédure tel qu'un retard?

[56] Another question is whether a court, confronted with a mandatory exemption asserted late should adjourn and remit the matter to the Information Commissioner for investigation.

[57] With more guidance on this—perhaps from the Federal Court’s redetermination of this matter, other Federal Court decisions, considered academic commentaries and the submissions of counsel including the Attorney General—this Court may consider itself one day to be empowered to settle the jurisprudential issue. But that day is not today.

D. Proposed disposition

[58] Therefore, for the foregoing reasons, I would allow the appeal and set aside the judgment of the Federal Court. I would remit the matter to the Federal Court to receive evidence from the parties concerning the exemption under section 30 of the *Defence Production Act*, including why it was asserted late, and to redetermine the matter.

[59] The appellants are successful in this appeal. Normally costs, here and below, would follow the event. However, the only issue on appeal concerns the appellants’ late assertion of the mandatory exemption under the *Defence Production Act*. Had they asserted the mandatory exemption in a timely way, this appeal might never have been necessary. Accordingly, I would not make any order as to the costs on appeal. In its redetermination, the Federal Court may consider the issue of costs for the original hearing before it and in the redetermination.

[60] The Court wishes to thank counsel for their excellent submissions.

RENNIE J.A.: I agree.

[56] On peut aussi se demander si le tribunal, lorsqu’on fait valoir une exception obligatoire à un moment tardif, devrait ajourner l’affaire et la renvoyer au commissaire à l’information pour enquête.

[57] Si elle obtient des conseils à ce sujet — peut-être d’une nouvelle décision de la Cour fédérale en l’espèce, d’autres décisions de la Cour fédérale, de la doctrine et des observations des avocats, notamment le procureur général — notre Cour pourrait un jour estimer qu’elle est en mesure de régler la question de droit. Ce jour n’est pas encore venu.

D. Dispositif proposé

[58] Par conséquent, pour ces motifs, j’accueillerais l’appel et j’annulerais le jugement de la Cour fédérale. Je renverrais l’affaire à la Cour fédérale pour qu’elle puisse recevoir des éléments de preuve des parties concernant l’exception prévue à l’article 30 de la *Loi sur la production de défense*, notamment la raison pour laquelle on l’a invoquée tardivement, et déterminer l’affaire à nouveau.

[59] Les appelants ont eu gain de cause. Habituellement, à notre Cour et à la Cour fédérale, les dépens suivent l’issue de la cause. Cependant, la seule question en litige lors de l’appel portait sur le fait que les appelants avaient fait valoir tardivement l’exception obligatoire en vertu de la *Loi sur la production de défense*. S’ils avaient fait valoir l’exception obligatoire au moment opportun, le présent appel n’aurait peut-être jamais été nécessaire. Par conséquent, je n’adjugerais pas de dépens pour l’appel. Au moment de sa nouvelle détermination, la Cour fédérale pourra se pencher sur la question des dépens pour l’audience initiale à cette Cour et pour la nouvelle détermination.

[60] La Cour remercie les avocats pour leurs excellentes observations.

RENNIE, J.C.A. : Je suis d’accord.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[61] BOIVIN J.A. (dissenting): I have had the benefit of reading the reasons drafted by my colleague Stratas J.A. With respect, I am unable to agree with him that the appeal should be allowed.

[62] From the outset, I consider it fundamental to recall the manner in which the case proceeded before the Federal Court. As part of the proceedings leading to the judicial review hearing, the Federal Court refused to grant Defence Construction Canada's request for an adjournment five days prior to the commencement of the hearing (the O). My colleague concludes [paragraph 23, above] that "the late nature of the assertion of the exemption and the need to file evidence in support of it could not be, by itself, a sufficient ground to refuse the adjournment so that the issue of lateness could be considered." I disagree.

[63] The order denying the adjournment was issued as a separate decision prior to the decision under appeal: the Federal Court released the order on July 9, 2015 and the decision under appeal was rendered approximately six weeks later on August 24, 2015. Yet, the order was not appealed by Defence Construction Canada as it could have pursuant to paragraph 27(1)(c) of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7. Nor did Defence Construction Canada make a motion before this Court requesting a retroactive extension of time to appeal the order and have the matter consolidated or heard together with the appeal on the merits of the judicial review application. Moreover, nowhere in the notice of appeal, in the memoranda of fact and law or, in oral argument before our Court was the order challenged. On this basis alone, I cannot agree that our Court ought to intervene and in effect overrule the order.

[64] Even assuming that it was open to our Court to decide this appeal for purposes of overturning the order, I am unable to find a reviewable factual or legal error. It is not open to an appellate court to intervene in a

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

[61] LE JUGE BOIVIN, J.C.A. (dissident) : J'ai pu lire les motifs rédigés par mon collègue le juge Stratas. Avec égards, je suis incapable de convenir avec lui que l'appel devrait être accueilli.

[62] D'entrée de jeu, j'estime qu'il est essentiel de se rappeler la manière dont la Cour fédérale a été saisie de l'affaire. Au cours de la procédure qui a mené à l'audience de contrôle judiciaire, la Cour fédérale avait refusé d'accueillir la requête en ajournement de Construction de défense Canada cinq jours avant le début de l'audition (l'ordonnance). Mon collègue conclut [au paragraphe 23 ci-haut] que « l'invocation tardive de l'exception et la nécessité de déposer des éléments de preuve pour l'étayer ne peuvent, à elles seules, constituer un motif suffisant pour refuser la demande d'ajournement afin que la question du retard puisse être examinée ». Je ne suis pas de cet avis.

[63] L'ordonnance refusant l'ajournement a été rendue séparément, avant la décision visée par l'appel : la Cour fédérale a rendu l'ordonnance le 9 juillet 2015 et la décision visée par l'appel a été rendue environ six semaines plus tard, soit le 24 août 2015. Pourtant, Construction de défense Canada ne porte pas l'ordonnance en appel, comme elle aurait pu le faire en vertu de l'alinéa 27(1)c) de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7. Construction de défense Canada n'a pas non plus présenté de requête à notre Cour demandant une prorogation rétroactive du délai accordé pour en appeler de l'ordonnance et demandant que cette requête soit réunie avec l'appel ou entendue en même temps que l'appel. En outre, l'ordonnance n'est contestée nulle part dans l'avis d'appel, dans le mémoire des faits et du droit ou lors des plaidoiries orales à notre Cour. Pour ce seul motif, je ne peux accepter que notre Cour doive intervenir et, dans les faits, écarter l'ordonnance.

[64] Même en supposant que notre Cour puisse trancher le présent appel afin d'annuler l'ordonnance, je suis incapable de trouver une erreur de fait ou de droit justifiant l'annulation. Une cour d'appel ne peut pas

judge's discretionary decision unless it identifies an error of law, a palpable and overriding error of fact (see e.g. *Hospira Healthcare Corporation v. Kennedy Institute of Rheumatology*, 2016 FCA 215, [2017] 1 F.C.R. 331, at paragraphs 68 and 69). Therefore even if the order were in play, I see no basis to disturb the Federal Court's discretionary decision to deny Defence Construction Canada's request for an adjournment.

[65] Just as significant, in my view, is that to overturn the order in the present case overlooks the circumstances in which it was made. My colleague construes the order as saying that "Defence Construction Canada could not file evidence to support the mandatory exemption and to justify its late assertion because the request to do so was too late." Respectfully, this does not give sufficient consideration to the fact that, as part of the order, the Federal Court expressly ordered that it would hear counsel on the issue of the late-claimed exemption, including the possibility of filing supplementary written submissions in this regard following the hearing.

[66] Indeed, the parties did argue the issue at the hearing before the Federal Court and in fact confirmed at that hearing that the issue "had been sufficiently canvassed, such that no further written submissions were necessary" (Federal Court's decision, at paragraph 17).

[67] Thus, all were in agreement that the Federal Court was provided with what it needed for purposes to adjudicate upon the issue of the late-claimed exemption. In the circumstances, I cannot agree that it would be appropriate to, in effect, overrule the order by remanding the matter to the Federal Court for redetermination. In my respectful view, it was open to the Federal Court, and indeed appropriate in the circumstances given the parties' agreement in that regard, to rule upon the jurisprudential issue in the way it did based on the record before it.

modifier la décision discrétionnaire d'un juge à moins d'y constater une erreur de droit ou une erreur de fait manifeste et dominante (voir, par exemple, *Corporation de soins de la santé Hospira c. Kennedy Institute of Rheumatology*, 2016 CAF 215, [2017] 1 R.C.F. 331, aux paragraphes 68 et 69). Par conséquent, même si l'ordonnance était en jeu, je ne vois aucune raison de modifier la décision discrétionnaire de la Cour fédérale rejetant la requête en ajournement de Construction de défense Canada.

[65] Il est tout aussi important, à mon avis, qu'en annulant l'ordonnance en l'espèce, on ne tient pas compte des circonstances dans lesquelles celle-ci a été rendue. Mon collègue interprète l'ordonnance comme suit : « Construction de défense Canada ne pouvait pas déposer d'élément de preuve pour étayer l'exception obligatoire et expliquer pourquoi elle l'avait soulevée tardivement parce que sa requête était présentée trop tard ». Avec égards, cela ne tient pas suffisamment compte du fait que, dans son ordonnance, la Cour fédérale a déclaré expressément que les avocats pouvaient présenter des observations au sujet de l'exception invoquée tardivement, notamment en déposant des observations écrites supplémentaires à ce sujet après l'audience.

[66] De fait, les parties ont présenté des observations sur cette question lors de l'audience à la Cour fédérale et, en fait, ont confirmé à l'audience que les questions « avaient été suffisamment analysées et qu'il n'était plus nécessaire de présenter des observations écrites complémentaires » (décision de la Cour fédérale, au paragraphe 17).

[67] Ainsi, tous reconnaissaient que la Cour fédérale disposait de tout ce dont elle avait besoin pour statuer sur la question de l'exception invoquée tardivement. Vu les circonstances, je ne peux accepter qu'il puisse être approprié, en fait, d'écarter l'ordonnance en renvoyant l'affaire à la Cour fédérale pour une nouvelle détermination. À mon avis, la Cour fédérale pouvait statuer sur la question de droit comme elle l'a fait, en s'appuyant sur le dossier dont elle était saisie, d'autant plus que les parties étaient d'accord à cet égard.

[68] Our Court is now seized of an appeal of the Federal Court's decision and it is accordingly our duty to address it.

[69] The narrow question that was squarely put before our Court by Defence Construction Canada and the Information Commissioner, the intervener, is the following: did the Federal Court commit a legal error in holding that the Defence Construction Canada could not late-claim a mandatory exemption under subsection 24(1) of the *Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1?

[70] In this appeal, the standard of review is correctness given that the issue, by definition, never arose before the administrative decision maker (*Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *Canada (Office of the Information Commissioner) v. Canada (National Defence)*, 2015 FCA 56, [2016] 1 F.C.R. 213; *Blank v. Canada (Justice)*, 2016 FCA 189, 7 Admin L.R. (6th) 30).

[71] As part of its decision on the judicial review application, the Federal Court correctly rejected the contention that a government institution such as Defence Construction Canada may late-claim a mandatory exemption under subsection 24(1) of the *Access to Information Act*. In dealing with the issue and reaching this conclusion (paragraphs 77 and 88), the Federal Court thoroughly considered the jurisprudence regarding exemptions. It did so first by pointing to this Court's decision in *Davidson v. Canada (Solicitor General)*, [1989] 2 F.C. 341, (1989), 36 Admin. L.R. 251 (C.A.) (*Davidson F.C.A.*). In *Davidson F.C.A.*, this Court held, in the context of the *Privacy Act*, R.S.C., 1985, c. P-21, that discretionary exemptions cannot be late-claimed. The Federal Court noted at paragraph 82 of its decision that the reasoning in *Davidson F.C.A.* has since been applied to mandatory exemptions under the *Access to Information Act* (*Rubin v. Canada (Minister of Health)*, 2001 FCT 929, 210 F.T.R. 84, at paragraphs 55–60 (aff'd 2003 FCA 37, 23 C.P.R. (4th) 312; *Geophysical Service Inc. v. Canada-Newfoundland Offshore Petroleum Board*, 2003 FCT 507, 26 C.P.R. (4th) 190, at paragraphs 40 and 41).

[68] Notre Cour est maintenant saisie d'un appel de la décision de la Cour fédérale et, en conséquence, il nous incombe d'y répondre.

[69] La question précise que nous a présentée Construction de défense Canada et le commissaire à l'information intervenant est la suivante : est-ce que la Cour fédérale a commis une erreur de droit en concluant que Construction de défense Canada ne pouvait pas invoquer tardivement une exception obligatoire en vertu du paragraphe 24(1) de la *Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), ch. A-1?

[70] Dans le présent appel, la norme de révision est la norme de la décision correcte, puisque la question en litige, par définition, n'a jamais été soumise au décideur administratif (*Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Défense nationale)*, 2015 CAF 56, [2016] 1 R.C.F. 213; *Blank c. Canada (Justice)*, 2016 CAF 189).

[71] Dans sa décision concernant la demande de contrôle judiciaire, la Cour fédérale a rejeté, à juste titre, l'affirmation selon laquelle une institution fédérale telle que Construction de défense Canada peut invoquer tardivement une exception obligatoire en vertu du paragraphe 24(1) de la *Loi sur l'accès à l'information*. En se penchant sur cette question et en tirant cette conclusion (paragraphes 77 à 88), la Cour fédérale a examiné minutieusement la jurisprudence concernant les exceptions. Elle l'a fait tout d'abord en renvoyant à la décision de notre Cour dans *Davidson c. Canada (Solliciteur général)*, [1989] 2 C.F. 341 (C.A.) (*Davidson C.A.F.*). Dans l'arrêt *Davidson C.A.F.*, notre Cour a conclu, dans le cas de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. (1985), ch. P-21, qu'on ne peut invoquer tardivement une exception discrétionnaire. La Cour fédérale a mentionné au paragraphe 82 de ses motifs que le principe énoncé dans l'arrêt *Davidson C.A.F.* avait par la suite été appliqué aux exceptions obligatoires en vertu de la *Loi sur l'accès à l'information* (*Rubin c. Canada (Ministre de la Santé)*, 2001 CFPI 929, aux paragraphes 55 à 60, conf. par 2003 CAF 37; *Geophysical Service Inc. c. Office Canada-Terre-Neuve des hydrocarbures extracôtiers*, 2003 CFPI 507, aux paragraphes 40 et 41).

[72] The Federal Court also disagreed with Defence Construction Canada's reliance upon *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Minister of National Defence)* (1999), 240 N.R. 244 (F.C.A.), a case dealing with discretionary exemptions in which this Court referred to in *Davidson F.C.A.* Defence Construction Canada attempted to draw an inference from the Information Commissioner's choice in that case to abstain from taking a position on whether mandatory exemptions may be late-claimed, which the Federal Court rejected. Finally, the Federal Court addressed this Court's decision in *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Minister of the Environment)*, 2003 FCA 68, 224 D.L.R. (4th) 498 (*Canada Environment*). In that case, our Court allowed a government institution to raise exemptions after the Information Commissioner's investigation concluded. The Federal Court distinguished *Canada Environment* on the basis that the government institution at issue in that case had taken the initial position that the requested documents were wholly outside the *Access to Information Act's* scope, making it unnecessary to claim specific exemptions. Our Court observed that the circumstances in *Canada Environment* were exceptional. The Federal Court in the present case further observed that the reasons in *Canada Environment* are limited to that specific case.

[73] Hence, the consensus that emerges from the jurisprudence is that a government institution cannot late-claim an exemption, including a mandatory one, if that exemption was not put before the Information Commissioner during the investigation. That is so in order to safeguard the requester's quasi-constitutional right of access and the first level of independent review of the Information Commissioner (*Canadian Broadcasting Corporation v. Canada (Information Commissioner)*, 2010 FC 954, 377 F.T.R. 100 (*Canadian Broadcasting*), at paragraph 33 (aff'd 2011 FCA 326, 344 D.L.R. (4th) 341)). In my view, the Federal Court properly highlighted the concern that permitting a government institution to late-claim exemptions would deny requestors the benefit of the mechanism vested in the Information Commissioner's mandate (Federal Court's decision, at

[72] La Cour fédérale n'était pas non plus d'accord avec le fait que Construction de défense Canada se fondait sur l'arrêt *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Ministre de la Défense nationale)*, [1999] A.C.F. n° 522 (QL) (C.A.), une décision qui portait sur les exceptions discrétionnaires et que notre Cour avait mentionnée dans l'arrêt *Davidson C.A.F.* Construction de défense Canada a tenté de tirer une inférence du choix du commissaire à l'information dans cette affaire de s'abstenir de se prononcer sur la possibilité que des exceptions obligatoires puissent être invoquées tardivement, ce que la Cour fédérale a rejeté. Enfin, la Cour fédérale s'est penchée sur la décision de notre Cour dans *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Ministre de l'Environnement)*, 2003 CAF 68 (*Ministre de l'Environnement*). Dans cette affaire, notre Cour a permis à une institution fédérale de soulever des exceptions après la conclusion de l'enquête du commissaire à l'information. La Cour fédérale a établi une distinction avec l'arrêt *Ministre de l'Environnement* pour le motif que l'institution fédérale en cause dans cette affaire avait adopté comme position initiale que les documents demandés étaient hors de la portée de la *Loi sur l'accès à l'information*, de sorte qu'il n'était pas nécessaire d'invoquer des exceptions précises. Notre Cour a noté que les circonstances dans l'arrêt *Ministre de l'Environnement* étaient exceptionnelles. En l'espèce, la Cour fédérale a également noté que les motifs dans l'arrêt *Ministre de l'Environnement* se limitaient à cette instance précise.

[73] Par conséquent, le consensus qui émerge de la jurisprudence est qu'une institution fédérale ne peut pas demander une exception tardivement, même une exception obligatoire, si cette exception n'a pas été présentée au commissaire à l'information pendant l'enquête. Il en est ainsi afin de protéger le droit d'accès quasi constitutionnel du demandeur et la révision indépendante au premier palier par le commissaire à l'information (*Société Radio-Canada c. Canada (Commissaire à l'information)*, 2010 CF 954 (*Société Radio-Canada*), au paragraphe 33, conf. par 2011 CAF 326). À mon avis, la Cour fédérale a souligné à juste titre que le fait de permettre à une institution fédérale d'invoquer une exception tardivement priverait les demandeurs du bénéfice du mandat légal du commissaire (décision de la Cour fédérale, au paragraphe 80). Notre Cour a exprimé explicitement

paragraph 80). That concern was specifically expressed by our Court in *Davidson F.C.A.*, at paragraph 14 [page 348]:

It is no doubt true, as the appellant argued, that a Federal Court trial judge, on a review of a refusal of access by an institution head which, as here, is upheld by the Commissioner, has adequate powers of review over the decision of the institution head, though it must be said that a judge sitting in Court lacks the investigative staff and flexibility of the Commissioner. More important, if new grounds of exemption were allowed to be introduced before the judge after the completion of the Commissioner's investigation into wholly other grounds, as is the issue in the case at bar, the complainant would be denied entirely the benefit of the Commissioner's procedures. He would thus be cut down from two levels of protection to one. [Emphasis added.]

[74] I further observe that when one considers the *Access to Information Act's* objective and the overall scheme, and giving effect to the Information Commissioner's role and mandate confirmed by Parliament, the general principle that mandatory exemptions cannot be late-claimed is sound (*Canadian Broadcasting*).

[75] It is true that the general principle whereby exemptions under the *Access to Information Act* cannot be late-claimed could admit exceptions in certain limited circumstances such as those raised in *Canada Environment* or, in *obiter*, in *Davidson v. Canada (Solicitor General)*, [1987] 3 F.C. 15, (1987), 41 D.L.R. (4th) 533 (T.D.), at paragraph 7 [page 22]; *Davidson F.C.A.*, at paragraph 11 [page 347]. For instance, national security concerns may very well be an interest that could fall within an exception. However, if a party was of the view that an exception was warranted, the burden to justify reliance on an exemption provision for the first time before the Federal Court — i.e. post-investigation by the Information Commissioner would be on the party claiming the exception to the general principle. In the present case, such circumstances are non-existent. Defence Construction Canada has not pointed to an interest it sought to protect before the Federal Court or before our Court.

cette inquiétude dans l'arrêt *Davidson C.A.F.*, au paragraphe 14 (page 348) :

Il est indubitablement vrai, comme le soutient l'appelant, qu'un juge de première instance de la Cour fédérale a des pouvoirs de révision appropriés sur le refus du responsable d'une institution fédérale, appuyé comme en l'espèce par le Commissaire, de donner communication de renseignements personnels, bien qu'on doive dire qu'un juge siégeant à la Cour n'a pas le personnel investigateur et la flexibilité du Commissaire. Il y a plus important encore, si on permettait que de nouveaux motifs d'exemption soient présentés devant le juge après l'achèvement de l'enquête du Commissaire sur des motifs tout autres, comme c'est le cas en l'espèce, le plaignant se verrait refuser l'avantage des procédures du Commissaire. Il aurait ainsi droit à un seul niveau de protection au lieu de deux. [Non souligné dans l'original.]

[74] Je mentionne également que, si l'on prend en considération l'objet de la *Loi sur l'accès à l'information* et son économie générale, et si l'on donne suite au rôle et au mandat que le législateur a confiés au commissaire à l'information, le principe général voulant que l'on ne puisse pas faire valoir tardivement des exceptions obligatoires est bien fondé (*Société Radio-Canada*).

[75] Il est vrai que le principe général selon lequel on ne peut pas invoquer tardivement des exceptions en vertu de la *Loi sur l'accès à l'information* pourrait avoir des exceptions dans des circonstances limitées, telles que celles qui ont été soulevées dans l'arrêt *Ministre de l'Environnement* ou, dans une remarque incidente, dans la décision *Davidson c. Canada (Solliciteur général)*, [1987] 3 C.F. 15 (1^{re} inst.), au paragraphe 7 [page 22]; l'arrêt *Davidson C.A.F.*, au paragraphe 11 [page 347]. Par exemple, des préoccupations quant à la sécurité nationale pourraient fort bien constituer un intérêt faisant l'objet d'une exception. Toutefois, si une partie était d'avis qu'une exception est justifiée, il lui incomberait de justifier le fait d'invoquer une exception pour la première fois à la Cour fédérale, c'est-à-dire après l'enquête du commissaire à l'information. En l'espèce, de telles circonstances n'existent pas. Construction de défense Canada n'a pas fait valoir d'intérêt qu'elle cherche à protéger à la Cour fédérale ou à notre Cour.

[76] Given my conclusion with respect to section 24 of the *Access to Information Act*, it is unnecessary to address the subsidiary issue of whether section 30 of the *Defence Production Act*, R.S.C., 1985, c. D-1 applies to the facts of this case.

[77] For these reasons, I would dismiss the appeal, without costs as none were requested.

[76] Vu ma conclusion concernant l'article 24 de la *Loi sur l'accès à l'information*, il n'est pas nécessaire de traiter la question subsidiaire, à savoir si l'article 30 de la *Loi sur la production de défense*, L.R.C. (1985), ch. D-1, s'applique à l'espèce.

[77] Pour ces motifs, je rejeterais l'appel, sans dépens, puisqu'on n'en a pas demandé l'adjudication.