

T-1284-92

T-1284-92

Canadian Jewish Congress (*Applicant*)Congrès juif canadien (*requérant*)

v.

c.

The Minister of Employment and Immigration <sup>a</sup>  
(*Respondent*)Ministre de l'Emploi et de l'Immigration (*intimé*)INDEXED AS: CANADIAN JEWISH CONGRESS v. CANADA  
(MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (T.D.)RÉPERTORIÉ: CONGRÈS JUIF CANADIEN c. CANADA (MINIS-  
TRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (1<sup>re</sup> INST.)Trial Division, Heald D.J. — Toronto, August 30 and  
31; Ottawa, October 4, 1995.Section de première instance, juge suppléant  
Heald — Toronto, 30 et 31 août; Ottawa, 4 octobre  
1995.

*Access to information — Application under Access to Information Act, s. 41 to review Minister's denial of request for release of records on immigration status of former Nazi collaborator — Documents contained in main record, secret record — Whether requested information "personal information" under Act, s. 19(1) — Under s. 49, Court must first determine head of institution not authorized to refuse disclosure, then decide on appropriate remedy — Minister admitting error in law in deciding main record exempt from disclosure under s. 19(2) — Mandatory, discretionary exemptions distinguished — S. 19(2) setting out discretionary exemption from disclosure — Information request as to main record referred back to Minister for redetermination by different delegate — Decision to refuse disclosure of documents in secret record upheld.*

*Accès à l'information — Recours exercé en vertu de l'art. 41 de la Loi sur l'accès à l'information en vue de faire réviser la décision par laquelle le ministre a refusé une demande de communication des dossiers se rapportant au statut d'immigrant d'un ancien collaborateur nazi — Documents contenus dans un dossier principal et dans un dossier secret — Les renseignements demandés constituent-ils des «renseignements personnels» au sens de l'art. 19(1) de la Loi? — Aux termes de l'art. 49, la Cour doit d'abord décider que le responsable de l'institution fédérale n'était pas justifié de refuser la communication, puis déterminer la réparation appropriée — Le ministre a admis avoir commis une erreur de droit en décidant que le dossier principal faisait l'objet d'une exemption prévue à l'art. 19(2) — Distinction entre les exemptions obligatoires et les exemptions discrétionnaires — L'art. 19(2) prévoit une exemption discrétionnaire — La demande de renseignements relative au dossier principal est renvoyée au ministre pour qu'une nouvelle décision soit prise par un autre de ses représentants — La décision de refuser la communication des documents contenus dans le dossier secret est confirmée.*

*Practice — Privilege — Access to Information Act, s. 23 allowing head of institution to refuse disclosure of information subject to solicitor-client privilege — Meaning, scope of privilege — S. 23 discretionary exemption provision — Applicability of s. 25: severance provision — Nearly all documents in secret record subject to solicitor-client privilege — Minister properly exercising discretion in refusing disclosure of documents on basis of solicitor-client privilege.*

*Pratique — Communications privilégiées — L'art. 23 de la Loi sur l'accès à l'information permet au responsable d'une institution fédérale de refuser la communication de renseignements protégés par le privilège du secret professionnel de l'avocat — Sens et portée dudit privilège — L'art. 23 est une disposition qui renferme une exemption discrétionnaire — Applicabilité de l'art. 25 qui permet le prélèvement de certaines parties d'un document — La presque totalité des documents du dossier secret sont protégés par le secret professionnel de l'avocat — Le ministre a régulièrement exercé son pouvoir discrétionnaire en refusant de divulguer des documents en raison du secret professionnel de l'avocat.*

This was an application under section 41 of the *Access to Information Act* to review the respondent's decision denying the applicant's request for the release of all records relating to the immigration status of Vladimir Sokolov, a Nazi collaborator who had fled to Canada from the United States

Il s'agit d'un recours exercé en vertu de l'article 41 de la *Loi sur l'accès à l'information* en vue de faire réviser la décision par laquelle l'intimé a refusé la demande faite par le requérant en vue d'obtenir la communication de tous les dossiers se rapportant au statut d'immigrant de Vladimir

when facing deportation. In January 1992, a representative of the applicant wrote to an official of the respondent's department requesting information as to Mr. Sokolov's current immigration status; the official replied that the entire file came within the "personal information" exemption set out in subsection 19(1) of the Act and could not be disclosed pursuant to the exceptions set out in subsection 19(2). The Information Commissioner concurred in the respondent's refusal to release the information requested. Meanwhile, it became apparent that the immigration official's review of Mr. Sokolov's file, in January and February of 1992, did not include certain "secret records" then in existence. Subsequently, pursuant to the orders of Gibson J. and Jerome A.C.J., applicant's counsel was given access to all of the secret record, except those documents that the respondent claimed are subject to solicitor-client privilege. The respondent conceded that the Senior Public Rights Administrator erred in the exercise of her discretion in deciding that the main record was exempt from disclosure under subsection 19(2) of the Act. Two main issues were raised. The first issue concerned the main record: given the respondent's admission, should the applicant's request be referred back to the respondent to be redetermined by a different delegate of the Minister, or should the Court make a determination as to what portion of the main record is exempt from disclosure? The second issue concerned the secret record: did the respondent Minister err in deciding that the secret record was exempt from disclosure? If so, what is the appropriate remedy?

*Held*, the application should be allowed in part.

1) Before the Court acquires jurisdiction to make any order under section 49 of the Act, it must first determine that the head of the institution was not authorized to refuse disclosure. It is only once this determination is made that the Court must then decide what is an appropriate remedy. It is the usual course in these cases for the Court to review the disputed record, document by document if necessary, to determine whether the head of the institution was authorized to refuse disclosure. Taking into account the respondent's concession, it may be said that the head of the institution was not authorized to refuse to disclose the record or part thereof. Among the exemptions contained in the Act, some are mandatory, others discretionary. If the exemption provision is mandatory, there is only one type of decision: the factual decision as to whether the material comes within the description of the exempting provision. If the exemption provision is discretionary, there are two decisions to be reviewed by the Court. First, as in the case of a mandatory exemption, the Court shall review the record to determine whether the head of the institution erred in the factual decision as to whether or not the requested information fell

Sokolov, un collaborateur nazi qui s'était enfui des États-Unis au Canada par crainte d'y être expulsé. En janvier 1992, un représentant du requérant a écrit à un fonctionnaire du ministère intimé pour demander des renseignements au sujet du statut actuel d'immigrant de M. Sokolov; le fonctionnaire a répondu que tout le dossier était visé par l'exemption prévue au paragraphe 19(1) de la Loi en ce qui concerne les «renseignements personnels» et qu'il ne pouvait être communiqué en vertu des exceptions énumérées au paragraphe 19(2). Le Commissaire à l'information a approuvé le refus de l'intimé de communiquer les renseignements demandés. Dans l'intervalle, il est devenu évident que, lors de l'examen du dossier de M. Sokolov auquel il avait procédé en janvier et février 1992, le fonctionnaire de l'immigration n'avait pas examiné certains «dossiers secrets» qui existaient alors. Par la suite, en vertu d'ordonnances prononcées par le juge Gibson et le juge en chef adjoint Jerome, l'avocat du requérant a pu consulter tout le dossier secret, à l'exception des documents qui, selon ce qu'affirmait l'intimé, étaient protégés par le secret professionnel de l'avocat. L'intimé a reconnu que l'agent supérieur des droits du public avait mal exercé son pouvoir discrétionnaire en décidant que le dossier principal ne pouvait être communiqué en vertu du paragraphe 19(2) de la Loi. Deux questions litigieuses ont été soulevées. La première concerne le dossier principal: étant donné l'admission de l'intimé, la demande du requérant devrait-elle être renvoyée à l'intimé pour être tranchée par un autre de ses représentants, ou la Cour devrait-elle déterminer quelle partie du dossier principal faisait l'objet d'une exemption? La seconde question concerne le dossier secret: le ministre intimé a-t-il commis une erreur en décidant que le dossier secret faisait l'objet d'une exemption? Dans l'affirmative, quelle est la réparation appropriée?

*Jugement*: la demande doit être accueillie en partie.

1) Avant d'acquiescer la compétence voulue pour rendre quelque ordonnance que ce soit en vertu de l'article 49 de la Loi, la Cour doit d'abord conclure que le responsable de l'institution fédérale n'était pas justifié de refuser la communication. Ce n'est que lorsqu'elle a tiré cette conclusion que la Cour peut décider quelle est la réparation appropriée. D'habitude, dans ce type d'affaires, la Cour examine le dossier contesté, document par document s'il le faut, pour déterminer si le responsable de l'institution fédérale était justifié d'en refuser la communication. Compte tenu de l'admission de l'intimé, on pourrait dire que le responsable de l'institution fédérale n'était pas justifié de refuser la communication totale ou partielle du dossier demandé. Certaines des exemptions prévues par la Loi sont obligatoires et d'autres sont discrétionnaires. Dans le cas où l'exemption est obligatoire, il ne peut y avoir qu'un type de décision: une décision de fait portant sur la question de savoir si le document demandé est visé par la disposition d'exemption. Si la disposition d'exemption est discrétionnaire, la Cour a deux décisions à réviser. En premier lieu, tout comme dans le cas de l'exemption obligatoire, la Cour doit

within the exempting provision. If the material does fall within the exemption, the Court must review the discretionary decision of the head of the institution and consider whether or not the discretion was properly exercised, but should not itself attempt to exercise the discretion *de novo*. It is appropriate, once it has been determined that discretion has been improperly exercised, to order that the matter be referred back to the head of the institution to exercise his discretion properly. Under subsection 19(1) of the Act, if the record contains personal information, as defined in section 3 of the *Privacy Act*, the head of the institution shall refuse to disclose the record. However, that provision is subject to subsection 19(2) which provides that if the personal information falls within one of the three exceptions listed in paragraphs 19(2)(a), (b), (c), the head of the institution may disclose the record. The onus is on the party claiming an exception pursuant to subsection 19(2) to establish that exception. By using the word "may" rather than "shall" in subsection 19(2), Parliament intended this provision to operate as a discretionary exemption as opposed to a mandatory exemption. Since the respondent has conceded that the Minister erred in the exercise of his discretion under that subsection, it was unnecessary for the Court to review the discretionary decision. The information request with respect to the main record should be referred back to the respondent to be redetermined by a different delegate of the Minister.

2) The respondent refused to disclose most of the secret record, claiming it was exempt from disclosure under sections 19 and 23 of the Act. Of the 174 pages contained in the secret record, only eight were disclosed to the applicant. One ground relied upon by the respondent for refusing to disclose the secret record is section 23 of the Act which allows the head of the institution to refuse to disclose any record that contains information subject to solicitor-client privilege. This section provides a discretionary exemption as the head of a government institution may refuse to disclose the information. To engage solicitor-client privilege, it must be shown that the communication or document was made confidentially for the purpose of legal advice. All communications between a client and a legal advisor directly related to the seeking, formulating or giving of legal advice or legal assistance fall under the protection of the solicitor-client privilege. It is within that framework that the Court has reviewed the documents in the secret record to determine whether the Minister erred in concluding that they were properly subject to solicitor-client privilege. In doing so, the Court had also to consider the applicability of section 25 of the Act which obliges the head of the

examiner le document pour déterminer si le responsable de l'institution a commis une erreur en prenant une décision de fait sur la question de savoir si les renseignements demandés étaient visés par la disposition d'exemption. Si le document est effectivement visé par l'exemption, la Cour doit réviser la décision discrétionnaire prise par le responsable de l'institution et se demander si le pouvoir discrétionnaire a été régulièrement exercé, mais elle ne doit pas essayer d'exercer elle-même de nouveau ce pouvoir discrétionnaire. Si elle conclut que le pouvoir discrétionnaire n'a pas été régulièrement exercé, la Cour peut renvoyer l'affaire au responsable de l'institution pour qu'il exerce régulièrement son pouvoir discrétionnaire. Le paragraphe 19(1) de la Loi déclare que le responsable de l'institution fédérale est tenu de refuser la communication de tout document contenant les renseignements personnels visés à l'article 3 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. Cette disposition est toutefois assujettie au paragraphe 19(2), qui prévoit que le responsable de l'institution fédérale peut donner communication des renseignements personnels qui sont visés par l'une des trois exceptions énumérées aux alinéas 19(2)a), b) ou c). C'est à la partie qui affirme que les renseignements sont visés par l'une des exceptions prévues au paragraphe 19(2) qu'il incombe de faire la preuve de l'existence de cette exception. En employant le terme «peut» au lieu de l'expression «est tenu» au paragraphe 19(2), le législateur fédéral voulait que cette disposition ait l'effet d'une exemption discrétionnaire plutôt que celui d'une exemption obligatoire. Comme le ministre intimé a admis avoir commis une erreur dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire que lui confère le paragraphe 19(2), il n'était pas nécessaire que la Cour révise la décision discrétionnaire. La demande de renseignements relative au dossier principal devrait être renvoyée au ministre intimé pour être jugée de nouveau par un autre de ses représentants.

2) L'intimé a refusé de communiquer la plus grande partie du dossier secret au motif qu'il faisait l'objet de l'exemption prévue aux articles 19 et 23 de la Loi. Sur les 174 pages que contient le dossier secret, seulement huit ont été communiquées au requérant. L'intimé a invoqué notamment l'article 23 de la Loi pour justifier son refus de communiquer le dossier secret. Cet article dispose que le responsable d'une institution fédérale peut refuser la communication de documents contenant des renseignements protégés par le secret professionnel de l'avocat. Cet article prévoit une exemption discrétionnaire, étant donné que le responsable de l'institution fédérale peut refuser la communication des renseignements demandés. Pour que le secret professionnel de l'avocat s'applique, il faut démontrer que la communication ou le document a été donné confidentiellement dans le but de prodiguer un conseil d'ordre juridique. Toutes les communications qui sont échangées entre l'avocat et son client et qui se rapportent directement à la consultation de l'avocat ou aux conseils ou services juridiques que l'avocat donne sont protégées par le secret professionnel de l'avocat. C'est dans ce cadre que la Cour a révisé les documents contenus dans le dossier secret pour déterminer si le ministre

institution to disclose any part of the record not containing information that he is authorized to refuse to disclose, if that part of the record can reasonably be severed. Where the Court determines that solicitor-client privilege is applicable, it will be infrequent that section 25 should apply to sever part of the record, making it releasable. If the Minister exercises his discretion by invoking solicitor-client privilege to refuse disclosure of the information, that would not be an improper exercise of discretion. Nearly all documents in the secret record were subject to solicitor-client privilege. The small number of pages not so protected were irrelevant to the applicant's request for information and the Minister's refusal to disclose them could be upheld on that basis. Nearly all documents said to contain personal information did contain such information and were *prima facie* exempt from disclosure pursuant to subsection 19(1) of the Act.

avait commis une erreur en concluant que les documents étaient à bon droit protégés par le secret professionnel de l'avocat. Pour ce faire, la Cour a également dû examiner l'applicabilité de l'article 25 de la Loi, qui oblige le responsable de l'institution fédérale à communiquer les parties du dossier demandé qui sont dépourvues de renseignements qu'il peut refuser de communiquer, à condition que le prélèvement de ces parties ne pose pas de problèmes sérieux. Lorsque la Cour conclut que le privilège du secret professionnel de l'avocat s'applique, l'article 25 ne devrait s'appliquer que rarement pour permettre le prélèvement de parties du dossier qui peuvent être communiquées. Si le ministre choisit d'exercer son pouvoir discrétionnaire en invoquant le privilège du secret professionnel de l'avocat pour refuser de communiquer les renseignements demandés, cette décision ne constitue pas un exercice irrégulier de son pouvoir discrétionnaire. Presque tous les documents contenus dans le dossier secret sont protégés par le secret professionnel de l'avocat. Le nombre peu élevé de pages qui n'étaient pas protégées par le secret professionnel ne se rapportaient pas à la demande de renseignements du requérant et le refus du ministre de les communiquer était, pour cette raison, justifié. La presque totalité des documents contenaient des renseignements personnels et le ministre était, à première vue, tenu d'en refuser la communication aux termes du paragraphe 19(1) de la Loi.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1, ss. 2(1), 4(1), 6, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 41, 44, 46, 48, 49.  
*Privacy Act*, R.S.C., 1985, c. P-21, ss. 3 "personal information", 7, 8, 12, 26, 41.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), ch. A-1, art. 2(1), 4(1) (mod. par L.C. 1992, ch. 1, art. 144), 6, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 41, 44 (mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 1, art. 45), 46, 48, 49.  
*Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. (1985), ch. P-21, art. 3 «renseignements personnels» (mod. par L.C. 1992, ch. 1, art. 144), 7, 8, 12, 26, 41.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Kelly v. Canada (Solicitor General)* (1992), 6 Admin. L.R. (2d) 54 (F.C.T.D.); *Susan Hosiery Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1969] 2 Ex. C.R. 27; [1969] C.T.C. 353; (1969), 69 DTC 5278; *International Minerals & Chemicals Corp. (Canada) Ltd. et al. v. Commonwealth Insurance Co. et al.* (1991), 89 Sask. R. 1; 47 C.C.L.I. 196 (Q.B.).

#### JURISPRUDENCE

##### DECISIONS APPLIQUÉES:

*Kelly c. Canada (Solliciteur général)* (1992), 6 Admin. L.R. (2d) 54 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Susan Hosiery Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1969] 2 R.C.É. 27; [1969] C.T.C. 353; (1969), 69 DTC 5278; *International Minerals & Chemicals Corp. (Canada) Ltd. et al. v. Commonwealth Insurance Co. et al.* (1991), 89 Sask. R. 1; 47 C.C.L.I. 196 (B.R.).

##### NOT FOLLOWED:

*Information Commissioner (Canada) v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1986] 3 F.C. 63;

##### DÉCISIONS NON SUIVIES:

*Commissaire à l'information (Canada) c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1986] 3

(1986), 11 C.P.R. (3d) 81; 5 F.T.R. 287 (T.D.); *Bland v. Canada (National Capital Commission)*, [1991] 3 F.C. 325 (Abridged); (1991), 36 C.P.R. (3d) 289; 41 F.T.R. 202 (T.D.).

## CONSIDERED:

*Air Atonabee Ltd. v. Canada (Minister of Transport)* (1989), 27 C.P.R. (3d) 180; 27 F.T.R. 194 (F.C.T.D.); *X v. Canada (Minister of National Defence)*, [1992] 1 F.C. 77; (1991), 46 F.T.R. 206 (T.D.); *Sutherland v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1994] 3 F.C. 527; (1994), 115 D.L.R. (4th) 265; 77 F.T.R. 241 (T.D.); *Rubin v. Canada (Canada Mortgage and Housing Corp.)*, [1989] 1 F.C. 265; (1988), 52 D.L.R. (4th) 671; 19 F.T.R. 160; 86 N.R. 186 (C.A.); *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Minister of Public Works and Government Services)*, T-426-95, Rouleau J. order dated 23/6/95 (F.C.T.D.); *Weiler v. Canada (Department of Justice)*, [1991] 3 F.C. 617; (1991), 37 C.P.R. (3d) 1; 46 F.T.R. 163 (T.D.); *Descôteaux et al. v. Mierzwinski*, [1982] 1 S.C.R. 860; (1982), 141 D.L.R. (3d) 590; 70 C.C.C. (2d) 385; 28 C.R. (3d) 289; 1 C.R.R. 318; 44 N.R. 462; *Canadian Jewish Congress v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1995] F.C.J. No. 362 (T.D.) (QL); *Terry v. Canada (Minister of National Defence)* (1994), 86 F.T.R. 266 (F.C.T.D.).

## REFERRED TO:

*Perez Bramalea Ltd. v. Canada (National Capital Commission)*, [1995] F.C.J. No. 63 (T.D.) (QL); *Wells v. Canada (Minister of Transport)*, [1995] F.C.J. No. 822 (T.D.) (QL).

APPLICATION under section 41 of the *Access to Information Act* to review respondent's decision denying a request for the release of all records relating to the immigration status of a Nazi collaborator who had fled to Canada to avoid deportation from the United States. Application allowed in part.

## COUNSEL:

*Mark C. Katz* for applicant.  
*A. Leena Jaakkimainen* and *Donald A. Macintosh* for respondent.

## SOLICITORS:

*Blake, Cassels & Graydon*, Toronto, for applicant.

C.F. 63; (1986), 11 C.P.R. (3d) 81; 5 F.T.R. 287 (1<sup>re</sup> inst.); *Bland c. Canada (Commission de la capitale nationale)*, [1991] 3 C.F. 325 (abrégée); (1991), 36 C.P.R. (3d) 289; 41 F.T.R. 202 (1<sup>re</sup> inst.).

## DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Air Atonabee Ltd. c. Canada (Ministre du Transport)* (1989), 27 C.P.R. (3d) 180; 27 F.T.R. 194 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *X c. Canada (Ministre de la Défense nationale)*, [1992] 1 C.F. 77; (1991), 46 F.T.R. 206 (1<sup>re</sup> inst.); *Sutherland c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1994] 3 C.F. 527; (1994), 115 D.L.R. (4th) 265; 77 F.T.R. 241 (1<sup>re</sup> inst.); *Rubin c. Canada (Société canadienne d'hypothèques et de logement)*, [1989] 1 C.F. 265; (1988), 52 D.L.R. (4th) 671; 19 F.T.R. 160; 86 N.R. 186 (C.A.); *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Ministre des Travaux publics et Services gouvernementaux)*, T-426-95, juge Rouleau ordonnance en date du 23-6-95 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Weiler c. Canada (Ministère de la Justice)*, [1991] 3 C.F. 617; (1991), 37 C.P.R. (3d) 1; 46 F.T.R. 163 (1<sup>re</sup> inst.); *Descôteaux et autre c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860; (1982), 141 D.L.R. (3d) 590; 70 C.C.C. (2d) 385; 28 C.R. (3d) 289; 1 C.R.R. 318; 44 N.R. 462; *Congrès juif canadien c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1995] F.C.J. n° 362 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *Terry c. Canada (Ministre de la Défense nationale)* (1994), 86 F.T.R. 266 (1<sup>re</sup> inst.).

## DÉCISIONS CITÉES:

*Perez Bramalea Ltd. c. Canada (Commission de la capitale nationale)*, [1995] F.C.J. n° 63 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *Wells c. Canada (ministre des Transports)*, [1995] A.C.F. n° 822 (1<sup>re</sup> inst.) (QL).

REQUÊTE en vertu de l'article 41 de la *Loi sur l'accès à l'information* en vue de faire réviser la décision par laquelle l'intimé a refusé la demande visant à obtenir la communication de tous les dossiers se rapportant au statut d'immigrant d'un collaborateur nazi qui a fui au Canada pour éviter d'être expulsé des États-Unis. Requête accueillie en partie.

## AVOCATS:

*Mark C. Katz* pour le requérant.  
*A. Leena Jaakkimainen* and *Donald A. Macintosh* pour l'intimé.

## PROCUREURS:

*Blake, Cassels & Graydon*, Toronto, pour le requérant.

*Deputy Attorney General of Canada for respondent.*

*Le sous-procureur général du Canada pour l'intimé.*

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

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

HEALD D.J.: This is an application pursuant to section 41 of the *Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1 (the Act), for a review of the decision of the respondent Minister which denied the applicant's request for the release of all records in the Minister's control relating to the immigration status of Vladimir Sokolov as of January 15, 1992 (the date of the request).<sup>1</sup>

LE JUGE SUPPLÉANT HEALD: La Cour est saisie en l'espèce d'un recours exercé en vertu de l'article 41 de la *Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), ch. A-1 (la Loi), en vue de faire réviser la décision par laquelle le ministre intimé a rejeté la demande faite par le requérant en vue d'obtenir la communication de tous les dossiers relevant du ministre qui se rapportent au statut d'immigrant de Vladimir Sokolov au 15 janvier 1992 (la date de la demande).<sup>1</sup>

## I. BACKGROUND FACTS

## 1. FAITS À L'ORIGINE DU LITIGE

Vladimir Sokolov was born in Russia in 1913. He became a citizen of the United States in 1957. On June 4, 1986, he was ordered denaturalized by a justice of the U.S. District Court because he had concealed his wartime activities as a Nazi collaborator when he applied for a U.S. visa in 1951 and again in 1957, when he applied for U.S. citizenship.

Vladimir Sokolov est né en Russie en 1913. Il est devenu citoyen des États-Unis en 1957. Le 4 juin 1986, un juge de la Cour de district des États-Unis a ordonné qu'il soit dénaturalisé parce qu'il avait dissimulé les activités qu'il avait exercées au cours de la guerre en tant que collaborateur nazi lorsqu'il avait, en 1951, demandé un visa des États-Unis et, à nouveau en 1957, lorsqu'il avait demandé la citoyenneté américaine.

On May 16, 1988, his petition for *certiorari* was denied by the Supreme Court of the United States. The U.S. Government immediately filed deportation proceedings against him. Mr. Sokolov's deportation hearing was scheduled to take place in July of 1988, however he failed to appear at this hearing. His whereabouts remained unknown until the Canadian media reported on January 9, 1988, that he had entered Canada and had applied for Convention refugee status at Montréal. The indication was that Mr. Sokolov's case would be treated as part of the normal refugee backlog and that considerable time would elapse before his refugee claim could be considered.

Le 16 mai 1988, la Cour suprême des États-Unis a rejeté sa demande de bref de *certiorari*. Le gouvernement américain a immédiatement engagé des poursuites contre lui en vue d'obtenir son expulsion. La tenue de l'audience relative à l'expulsion de M. Sokolov devait avoir lieu en juillet 1988. Il a toutefois fait défaut de comparaître à cette audience. Personne ne savait où il se trouvait jusqu'à ce que les médias canadiens rapportent, le 9 janvier 1988, qu'il était entré au Canada et qu'il avait revendiqué le statut de réfugié au sens de la Convention à Montréal. Il semblait alors que le cas de M. Sokolov serait traité dans le cadre de l'arriéré normal des revendications du statut de réfugié et qu'une très longue période de temps s'écoulerait avant que sa revendication ne puisse être examinée.

On January 15, 1992, a representative of the applicant wrote to an official of the respondent's depart-

Le 15 janvier 1992, un représentant du requérant a écrit à un fonctionnaire du ministère intimé pour

ment requesting information as to Mr. Sokolov's current immigration status. Ms. Kathy Wesley, Senior Public Rights Administrator with Employment and Immigration Canada (EIC), advised the applicant that after an examination of Mr. Sokolov's immigration file, she had decided that the entire file came within the "personal information" exemption set out in subsection 19(1) of the Act and could not be disclosed pursuant to the exceptions set out in subsection 19(2).<sup>2</sup>

The applicant then complained to the Information Commissioner regarding the Minister's refusal to release the information requested. By letter dated April 16, 1992, the Information Commissioner concurred in the Minister's refusal. The applicant then filed this application for judicial review on June 1, 1992.

On June 2, 1993, Justice Cullen ordered that the applicant's counsel be given access to Mr. Sokolov's immigration file in the respondent Minister's department for the purpose of preparing submissions to be made in this application for judicial review. It was clearly a term and condition of Justice Cullen's order that the applicant's counsel give an undertaking to not divulge the information obtained from that access to anyone, including his client.

Meanwhile, it became apparent that Ms. Wesley's review of the file, in January and February of 1992, did not include a review of certain "secret records" in existence at that time. On January 21, 1994, Justice Gibson ordered that the Minister review these records within the terms of the original request and these records be made available to the applicant's counsel, for the purpose of making argument in this review. Pursuant to this order, Mr. E. W. Aumand, the Access to Information and Privacy Coordinator of Citizenship and Immigration Canada, reviewed the secret record and disclosed only eight pages to the applicant. In a letter to the applicant, dated February 18, 1994, Mr. Aumand stated the reasons for his refusing to disclose the remainder of the secret record as being subsection 19(1) of the Act (personal information) and section 23

demander des renseignements au sujet du statut actuel d'immigrant de M. Sokolov. M<sup>me</sup> Kathy Wesley, agent supérieur des droits du public à Emploi et Immigration Canada (EIC) a informé le requérant qu'après examen du dossier d'immigration de M. Sokolov, elle avait conclu que tout le dossier en question était visé par l'exemption prévue au paragraphe 19(1) de la Loi en ce qui concerne les «renseignements personnels» et que le dossier en question ne pouvait être communiqué en vertu des exceptions énumérées au paragraphe 19(2)<sup>2</sup>.

Le requérant a alors déposé une plainte devant le Commissaire à l'information au sujet du refus du ministre de lui communiquer les renseignements demandés. Par lettre datée du 16 avril 1992, le Commissaire à l'information a approuvé le refus du ministre. Le requérant a ensuite exercé le présent recours en révision judiciaire le 1<sup>er</sup> juin 1992.

Le 2 juin 1993, le juge Cullen a ordonné à l'intimé de laisser l'avocat du requérant consulter le dossier d'immigration de M. Sokolov se trouvant dans les bureaux du ministre intimé pour lui permettre de préparer les observations qu'il devait formuler dans le cadre du présent recours en révision judiciaire. Dans son ordonnance, le juge Cullen a précisé dans les termes les plus nets que l'avocat du requérant devait s'engager à ne divulguer à personne, y compris à son client, les renseignements ainsi obtenus.

Dans l'intervalle, il est devenu évident que, lors de l'examen du dossier auquel elle avait procédé en janvier et en février 1992, M<sup>me</sup> Wesley n'avait pas examiné certains «dossiers secrets» qui existaient alors. Le 21 janvier 1994, le juge Gibson a ordonné au ministre d'examiner ces dossiers conformément aux conditions énoncées dans la demande initiale et de mettre les dossiers en question à la disposition de l'avocat du requérant pour qu'il puisse préparer ses arguments dans le cadre du présent recours en révision judiciaire. Conformément à cette ordonnance, M. E. W. Aumand, coordonnateur de l'accès à l'information et de la protection des renseignements personnels à Citoyenneté et Immigration Canada, a examiné le dossier secret et n'en a communiqué que huit pages au requérant. Dans une lettre adressée au requérant le

of the Act (solicitor-client privilege).<sup>3</sup> In a second letter to the applicant, dated March 28, 1994, Mr. Aumand stated additional reasons for his refusal to disclose, being paragraph 13(1)(a) (confidential information from a foreign state or institution) and subsection 15(1) (international affairs) of the Act.<sup>4</sup>

On March 10, 1995, the Associate Chief Justice varied the January 21, 1994, order of Justice Gibson to permit the respondent to exempt from disclosure to the applicant's counsel those documents that the respondent claimed were subject to solicitor-client privilege. Thus, pursuant to the orders of Justice Gibson and the Associate Chief Justice, the applicant's counsel has been given access to all of the secret record, except those documents that the respondent claims are subject to solicitor-client privilege.

For simplicity, the main immigration file, not including the secret file, shall be referred to as the main record and the secret file shall be referred to as the secret record.

## II. ISSUES

The applicant states the issue herein as whether the respondent Minister improperly exercised his discretion in deciding that the main record and secret record are exempt from disclosure pursuant to either sections 19, 13, 15 or 23 of the *Access to Information Act*. The respondent accepts that characterization.

The respondent concedes, on this record, that Ms. Wesley, the Senior Public Rights Administrator, erred in the exercise of her discretion in deciding the main record was exempt from disclosure pursuant to subsection 19(2) of the Act.<sup>5</sup> Furthermore, the respondent concedes, on this record, that sections 13 and 15 of

18 février 1994, M. Aumand a déclaré que les raisons pour lesquelles il refusait de communiquer le reste du dossier secret étaient fondées sur le paragraphe 19(1) de la Loi (renseignements personnels) et sur l'article 23 de la Loi (secret professionnel de l'avocat)<sup>3</sup>. Dans une seconde lettre écrite au requérant le 28 mars 1994, M. Aumand a exposé d'autres raisons qui motivaient son refus de communiquer les renseignements demandés en invoquant l'alinéa 13(1)a) (renseignements obtenus à titre confidentiel d'États étrangers ou de leurs organismes) et le paragraphe 15(1) (affaires internationales) de la Loi<sup>4</sup>.

Le 10 mars 1995, le juge en chef adjoint a modifié l'ordonnance du 21 janvier 1994 du juge Gibson pour permettre à l'intimé de refuser de communiquer à l'avocat du requérant les documents qui, selon ce qu'affirmait l'intimé, étaient protégés par le secret professionnel de l'avocat. Ainsi donc, conformément à l'ordonnance du juge Gibson et à celle du juge en chef adjoint, l'avocat du requérant a pu consulter tout le dossier secret, à l'exception des documents qui, selon ce qu'affirme l'intimé, sont protégés par le secret professionnel de l'avocat.

Par souci de simplicité, je désignerai désormais le dossier d'immigration principal—qui ne comprend pas le dossier secret—sous le nom de dossier principal, et je désignerai le dossier secret sous ce nom.

## II. QUESTIONS EN LITIGE

Suivant le requérant, la question en litige en l'espèce est celle de savoir si le ministre intimé a exercé de façon irrégulière son pouvoir discrétionnaire en décidant de refuser de communiquer le dossier principal et le dossier secret en vertu des exemptions prévues aux articles 19, 13, 15 ou 23 de la *Loi sur l'accès à l'information*. L'intimé souscrit à la façon dont le requérant qualifie la question en litige.

L'intimé reconnaît, en ce qui concerne ce dossier, que M<sup>me</sup> Wesley, l'agent supérieur des droits du public, a commis une erreur dans la façon dont elle a exercé son pouvoir discrétionnaire en décidant que le dossier principal ne pouvait être communiqué en vertu du paragraphe 19(2) de la Loi<sup>5</sup>. L'intimé reconnaît de

the Act have no application to the secret record.<sup>6</sup> However, the respondent further submits that the Access to Information and Privacy Coordinator properly exercised his discretion in February of 1994 when he decided the secret record was exempt from disclosure pursuant to sections 19 and 23 of the Act.

plus que les articles 13 et 15 de la Loi ne s'appliquent pas au dossier secret<sup>6</sup>. L'intimé ajoute toutefois que le coordonnateur de l'accès à l'information et de la protection des renseignements personnels a exercé régulièrement son pouvoir discrétionnaire en février 1994 lorsqu'il a décidé de refuser de communiquer le dossier secret en invoquant les exemptions prévues aux articles 19 et 23 de la Loi.

Accordingly, I would summarize the issues between the parties as follows:

En conséquence, je résumerais de la façon suivante les questions en litige entre les parties:

#### Issue 1: The Main Record

As the respondent has conceded that the Minister, acting through the Senior Public Rights Administrator, erred in deciding the main record was exempt from disclosure in its entirety, should the applicant's request be referred back to the respondent to be redetermined by a different delegate of the Minister, or should this Court make a determination as to what portion of the main record, if any, is exempt from disclosure?

#### Question 1: le dossier principal

Comme l'intimé a reconnu que le ministre, qui agissait par l'intermédiaire de l'agent supérieur des droits du public, a commis une erreur en refusant de communiquer intégralement le dossier principal au motif qu'il faisait l'objet d'une exemption, la demande du requérant devrait-elle être renvoyée à l'intimé pour être tranchée par un autre représentant du ministre, ou la Cour devrait-elle déterminer quelle partie, s'il y a lieu, du dossier principal fait l'objet d'une exemption?

#### Issue 2: The Secret Record

Did the respondent Minister, acting through the Access to Information and Privacy Coordinator, Citizenship and Immigration Canada, err in deciding the secret record was exempt from disclosure? If so, what is the appropriate remedy?

#### Question 2: le dossier secret

Le ministre intimé, qui agissait par l'intermédiaire du coordonnateur de l'accès à l'information et de la protection des renseignements personnels à Citoyenneté et Immigration Canada, a-t-il commis une erreur en refusant de communiquer le dossier secret au motif qu'il faisait l'objet d'une exemption? Dans l'affirmative, quelle est la réparation appropriée?

### III. ANALYSIS

### III. ANALYSE

#### Issue 1: The Main Record

As the respondent has conceded that the Minister, acting through the Senior Public Rights Administrator, erred in deciding the main record was exempt from disclosure in its entirety, should the applicant's request be referred back to the respondent to be redetermined by a different delegate of the Minister, or should this Court make a determination as to what portion of the main record, if any, is exempt from disclosure?

#### Question 1: le dossier principal

Comme l'intimé a reconnu que le ministre, qui agissait par l'intermédiaire de l'agent supérieur des droits du public, a commis une erreur en refusant de communiquer intégralement le dossier principal au motif qu'il faisait l'objet d'une exemption, la demande du requérant devrait-elle être renvoyée à l'intimé pour être tranchée par un autre représentant du ministre, ou la Cour devrait-elle déterminer quelle partie, s'il y a lieu, du dossier principal fait l'objet d'une exemption?

This application was brought under section 41 of the *Access to Information Act*, set out above, which provides for a review by this Court of a decision to refuse access to a record requested under this Act. Section 49 of the Act gives this Court jurisdiction to make an appropriate order to remedy the situation, if the Court has determined that the head of the institution was not authorized in refusing access to the record.<sup>7</sup>

A. REMEDIES AVAILABLE UNDER SECTION 49 OF THE ACT

Pursuant to section 49 of the Act, if the Court has determined that the head of the institution, in this case, the Minister of Employment and Immigration, was not authorized to refuse to disclose the record or part thereof, then the Court shall make an order to either disclose the information, subject to any conditions the Court deems appropriate, or any other order the Court deems appropriate. It is my interpretation of this provision, that before the Court acquires jurisdiction to make any order under this section, it must first determine that the head of the institution was not authorized to refuse disclosure. It is only once this determination is made that the Court must then decide what is an appropriate remedy in the circumstances.

It is the usual course in these cases for the Court to review the disputed record, document by document if necessary, to determine if the head of the institution was authorized in refusing disclosure.<sup>8</sup> The Court is given the authority to conduct such an examination under section 46 of the Act.<sup>9</sup> This approach has been followed by the Federal Court in numerous decisions relating to applications brought under sections 41 and 44 of the Act<sup>10</sup>: *Air Atonabee, supra*;<sup>11</sup> *X. v. Canada (Minister of National Defence)*;<sup>12</sup> *Perez Bramalea Ltd. v. Canada (National Capital Commission)*;<sup>13</sup> *Wells v. Canada (Minister of Transport)*;<sup>14</sup> *Sutherland v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*;<sup>15</sup> *Terry v. Canada (Minister of National Defence)*.<sup>16</sup>

Le présent recours est exercé en vertu de l'article 41 de la *Loi sur l'accès à l'information*, précité, qui donne à cette Cour le pouvoir de réviser la décision par laquelle la communication d'un document demandé en vertu de la Loi a été refusée. L'article 49 de la Loi confère à cette Cour compétence pour rendre l'ordonnance appropriée pour corriger la situation si elle conclut que le refus du responsable de l'institution fédérale n'était pas justifié<sup>7</sup>.

A. RÉPARATIONS QUE LA COUR PEUT ACCORDER EN VERTU DE L'ARTICLE 49 DE LA LOI

Aux termes de l'article 49 de la Loi, dans les cas où elle conclut que le responsable de l'institution fédérale, en l'occurrence, le ministre de l'Emploi et de l'Immigration, n'était pas justifié de refuser la communication totale ou partielle d'un document, la Cour ordonne au responsable de l'institution fédérale de donner communication du document demandé aux conditions qu'elle juge indiquées, ou rend toute autre ordonnance qu'elle estime appropriée. Suivant l'interprétation que je fais de cette disposition, avant d'acquiescer la compétence voulue pour rendre quelque ordonnance que ce soit en vertu de cet article, la Cour doit d'abord conclure que le responsable de l'institution fédérale n'était pas justifié de refuser la communication. Ce n'est que lorsqu'elle a tiré cette conclusion que la Cour peut décider quelle est la réparation appropriée dans les circonstances.

D'habitude, dans ce type d'affaires, la Cour examine le dossier contesté, document par document s'il le faut, pour déterminer si le responsable de l'institution fédérale était justifié d'en refuser la communication<sup>8</sup>. C'est l'article 46 de la Loi qui accorde à la Cour le pouvoir de procéder à cet examen<sup>9</sup>. C'est la façon de procéder qu'a utilisée la Cour fédérale dans de nombreuses décisions relatives à des recours exercés en vertu des articles 41 et 44 [mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 1, art. 45] de la Loi<sup>10</sup>: *Air Atonabee*, précitée<sup>11</sup>; *X c. Canada (Ministre de la Défense nationale)*<sup>12</sup>; *Perez Bramalea Ltd. c. Canada (Commission de la capitale nationale)*<sup>13</sup>; *Wells c. Canada (ministre des Transports)*<sup>14</sup>; *Sutherland c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord cana-*

dien)<sup>15</sup>; et *Terry c. Canada (Ministre de la Défense nationale)*<sup>16</sup>.

The case at bar has been somewhat simplified by the concession that the Minister, acting through Ms. Wesley, the Senior Public Rights Administrator, erred in law in the exercise of his discretion in deciding that the entire main record was exempt from disclosure under subsection 19(2) of the Act.<sup>17</sup> Restating this in terms corresponding to those used in section 49 of the Act, it may therefore be said that the head of the institution was not authorized to refuse to disclose the record or part thereof.

As Ms. Wesley erred in the exercise of her discretion when deciding to refuse disclosure of the entire main record, it follows that had the discretion been properly exercised, the Minister would have disclosed at least part of the record. Thus, it has been conceded that, at least with respect to part of the record, the Minister was not authorized to refuse disclosure. Accordingly, I do not have to review the main record to satisfy the first part of section 49, i.e. to determine if the Minister was not authorized to refuse to disclose the record or a part thereof, as this point has been conceded.

As the first part of section 49 is satisfied, I have now acquired jurisdiction to make an order under this section. There are essentially three types of orders the Court may make pursuant to section 49: (1) an order that the Minister disclose the record or part thereof; (2) an order that the Minister disclose the record or a part thereof, subject to any conditions the Court deems appropriate; or (3) any such other order the Court deems appropriate. The type of order made pursuant to section 49 will depend upon the nature of the exemption sought.

Le fait d'admettre que le ministre, qui agissait par l'intermédiaire de M<sup>me</sup> Wesley, agent supérieur des droits du public, a commis une erreur de droit dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire en refusant de communiquer intégralement le dossier principal en raison de l'exemption contenue au paragraphe 19(2) de la Loi simplifie quelque peu la présente affaire<sup>17</sup>. Si l'on reformule cet état de fait en des termes qui correspondent à ceux qui sont employés à l'article 49 de la Loi, on peut par conséquent dire que le responsable de l'institution fédérale n'était pas justifié de refuser la communication totale ou partielle du dossier demandé.

Comme M<sup>me</sup> Wesley a commis une erreur dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire en décidant de refuser de communiquer intégralement le dossier principal, il s'ensuit que, si elle avait exercé régulièrement son pouvoir discrétionnaire, le ministre aurait communiqué à tout le moins une partie du dossier. L'intimé concède donc que, du moins en ce qui concerne une partie du dossier, le ministre n'était pas justifié de refuser la communication. En conséquence, je n'ai pas à réviser le dossier principal pour satisfaire à la première partie de l'article 49, c'est-à-dire pour déterminer si le responsable de l'institution fédérale n'était pas justifié de refuser la communication totale ou partielle du dossier demandé, étant donné que l'intimé a concédé ce point.

Étant donné que les conditions prévues à la première partie de l'article 49 sont remplies, j'ai acquis la compétence nécessaire pour rendre une ordonnance en vertu de cet article. Les ordonnances que la Cour peut rendre en vertu de cet article se classent essentiellement en trois catégories: (1) les ordonnances enjoignant au ministre de donner communication totale ou partielle du document demandé; (2) les ordonnances enjoignant au ministre de donner communication totale ou partielle du document demandé aux conditions que la Cour juge indiquées; (3) toute autre ordonnance que la Cour estime indiquée. Le type d'ordonnance que la Cour rend en vertu de l'article 49 dépend de la nature de l'exemption revendiquée.

There are thirteen sections in the Act, sections 13 to 26 inclusive with the exception of section 25, that set out circumstances in which information is exempt from disclosure. Some of the exemptions are mandatory, meaning if the information requested falls within the description set out in the exempting provision, then the head of the institution shall refuse to disclose the said information. However, some of the exemptions are discretionary, meaning if the information requested falls within the description set out in the exempting provision, the head of the institution may nevertheless disclose the information, or may nevertheless refuse to disclose the information, in the case of an exception to an exemption provision.

Justice Strayer discussed the approach to be taken with respect to a discretionary exemption to disclosure of information, in *Kelly v. Canada (Solicitor General)*.<sup>18</sup> That case dealt with an application under section 41 of the *Privacy Act* [R.S.C., 1985, c. P-21] as opposed to section 41 of the *Access to Information Act*.<sup>19</sup> These two provisions are essentially identical, except that section 41 of the *Privacy Act* applies to requests for information made under section 12 of the *Privacy Act* and section 41 of the *Access to Information Act* applies to requests for information made under the *Access to Information Act*. In his decision, Justice Strayer's discussion was in relation to exemption provisions set out in the *Privacy Act*, but again they operate essentially the same as those under the *Access to Information Act*, and accordingly Justice Strayer's discussion is relevant to the case at bar.

Justice Strayer stated at page 158 the following in regards to discretionary exemption provisions:

It will be seen that these exemptions require two decisions by the head of an institution: first, a factual determination as to whether the material comes within the description of material potentially subject to being withheld from disclosure; and second, a discretionary decision as to whether that material should nevertheless be disclosed.

La Loi renferme treize articles—les articles 13 à 26 inclusivement, à l'exception de l'article 25—qui énumèrent les circonstances dans lesquelles le responsable d'une institution fédérale est exempté de communiquer les renseignements demandés. Certaines de ces exemptions sont obligatoires, en ce sens que le responsable de l'institution fédérale est tenu de refuser la communication des renseignements qui sont visés par la disposition d'exemption. Toutefois, certaines des exemptions sont discrétionnaires, en ce sens que, si les renseignements demandés sont visés par la disposition d'exemption, le responsable de l'institution fédérale peut néanmoins les communiquer ou, dans le cas d'une exception à la disposition d'exemption, refuser de les communiquer.

Le juge Strayer a traité de la façon d'aborder l'exemption discrétionnaire relative à la communication de renseignements dans le jugement *Kelly c. Canada (Solliciteur général)*.<sup>18</sup> Cette affaire portait sur un recours exercé en vertu de l'article 41 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* [L.R.C. (1985), ch. P-21] plutôt qu'en vertu de l'article 41 de la *Loi sur l'accès à l'information*.<sup>19</sup> Ces deux dispositions sont essentiellement identiques, à cette exception près que l'article 41 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* s'applique aux demandes de renseignements formulées en vertu de l'article 12 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, tandis que l'article 41 de la *Loi sur l'accès à l'information* s'applique aux demandes de renseignements faites en vertu de la *Loi sur l'accès à l'information*. Dans sa décision, le juge Strayer fait porter son analyse sur les dispositions d'exemption contenues dans la *Loi sur la protection des renseignements personnels*; je répète toutefois qu'elles ont essentiellement le même effet que celles qui se trouvent dans la *Loi sur l'accès à l'information*. L'analyse du juge Strayer est donc pertinente au cas qui nous occupe.

Voici ce que le juge Strayer déclare à la page 58 au sujet des dispositions d'exemption discrétionnaire:

Comme on peut le voir, ces exemptions exigent que le responsable d'un établissement prenne deux décisions: 1) une décision de fait sur la question de savoir si les renseignements en question correspondent à la description de renseignements susceptibles de ne pas être divulgués; et 2) une décision discrétionnaire sur la question de savoir s'il convient néanmoins de divulguer lesdits renseignements.

The first type of factual decision is one which, I believe, the court can review and in respect of which it can substitute its own conclusion. This is subject to the need, I believe, for a measure of deference to the decisions of those whose institutional responsibilities put them in a better position to judge the matter. . . .

The second type of decision is purely discretionary. In my view, in reviewing such a decision, the court should not itself attempt to exercise the discretion de novo but should look at the document in question and the surrounding circumstances and simply consider whether the discretion appears to have been exercised in good faith and for some reason which is rationally connected to the purpose for which the discretion was granted.<sup>20</sup>

If the exemption provision was mandatory, then there is only one type of decision: the factual decision as to whether the material comes within the description of the exempting provision. There is no second type of decision, as if the material is found to fall within the description, then the head of the institution is obligated to refuse disclosure. If a decision made under a mandatory exemption provision were to come before this Court for review, as was discussed above, then firstly the Court would have to go through the record and determine whether or not the Minister was authorized to refuse disclosure. In so doing, the Court is effectually reviewing the factual decision. If the Court determined the Minister was in fact not authorized to refuse disclosure, then the Court would have to make an appropriate order. In the case of a mandatory exemption, an order for disclosure of the record would be an appropriate order if the Court determined the Minister had erred in the factual decision. The Act is clear in those cases that the material shall not be disclosed if falling within the exemption and the material shall be disclosed if it does not.<sup>21</sup>

If the exemption provision in question is a discretionary provision, then there are two decisions to be reviewed by the Court, as was stated above by Justice Strayer. Firstly, as in the case of a mandatory exemption, the Court shall review the record to determine if the head of the institution erred in the factual decision as to whether or not the requested information fell

Le premier type de décision est, je crois, révisable par la Cour et celle-ci peut y substituer sa propre conclusion, sous réserve, à mon avis, de la nécessité de faire preuve d'une certaine déférence envers les décisions des personnes qui, de par les responsabilités institutionnelles qu'elles assument, sont mieux placées pour juger la question.

Le second type de décision est purement discrétionnaire. À mon sens, en révisant une telle décision la Cour ne devrait pas tenter elle-même d'exercer de nouveau le pouvoir discrétionnaire, mais plutôt examiner le document en question et les circonstances qui l'entourent et se demander simplement si le pouvoir discrétionnaire semble avoir été exercé en bonne foi et pour un motif qui se rapporte de façon logique à la raison pour laquelle il a été accordé.<sup>20</sup>

Dans les cas où la disposition d'exemption est obligatoire, il ne peut y avoir qu'un type de décision: une décision de fait sur la question de savoir si le document demandé est visé par la disposition d'exemption. Il n'existe pas de second type de décision, étant donné que, si l'on conclut que le document demandé est visé par la disposition d'exemption, le responsable de l'institution est tenu d'en refuser la communication. Si elle est saisie d'un recours en révision d'une décision prise en vertu d'une disposition d'exemption obligatoire, notre Cour doit d'abord, ainsi que je l'ai déjà précisé, examiner le document et déterminer si le ministre était justifié ou non d'en refuser la communication. Ce faisant, la Cour révise en réalité la décision de fait. Si elle conclut que le ministre n'était pas en fait justifié de refuser la communication du document demandé, la Cour doit rendre l'ordonnance appropriée. Dans le cas d'une exemption obligatoire, le fait d'enjoindre au responsable de l'institution de communiquer le document demandé constitue une ordonnance appropriée si la Cour conclut que le ministre a commis une erreur dans sa décision de fait. La Loi précise bien en pareil cas que les renseignements ne doivent pas être communiqués s'ils tombent sous le coup de l'exemption, et qu'ils doivent être communiqués s'ils ne sont pas visés par l'exemption.<sup>21</sup>

Si la disposition d'exemption en question est une disposition discrétionnaire, la Cour a, comme le juge Strayer l'affirme dans le jugement précité, deux décisions à réviser. En premier lieu, tout comme dans le cas de l'exemption obligatoire, la Cour doit examiner le document pour déterminer si le responsable de l'institution a commis une erreur en prenant une

within the exempting provision. If the Court determines the material does fall within the exemption, then the Court must review the discretionary decision of the head of the institution. However, as was stated by Justice Strayer, the Court must only consider whether or not the discretion was properly exercised, but should not itself attempt to exercise the discretion *de novo*. If the Court finds the discretion was properly exercised, an appropriate order is simply to uphold the decision of the head of the institution to refuse disclosure. However, the determination of an appropriate order becomes somewhat more complicated if the Court finds the discretion was improperly exercised. If the Court strikes down the discretionary decision of the head of the institution, then the question arises as to whether it is appropriate for the Court to then proceed to make this discretionary decision, thereby exercising the discretion itself, or whether the Court ought to refer the matter back to the head of the institution to exercise his/her discretion properly.

It would seem that Justice Strayer does not advocate the Court exercising the discretion itself. Following his discussion of the factual and discretionary types of decisions, set out above, Justice Strayer stated the following:

In *Rubin v. Canada (Mortgage & Housing Corp.)*, ((1988), [1989] 1 F.C. 265, 32 Admin. L.R. 196, (sub nom. *Rubin v. Can. Mortgage & Housing Corp. (President)*) 86 N.R. 186, (sub nom. *Rubin v. President of Can. Mortgage & Housing Corp.*) 21 C.P.R. (3d) 1, 52 D.L.R. (4th) 671, at p. 191 [N.R.]) the Federal Court of Appeal, in exercising similar powers under s. 49 of the *Access to Information Act* held that this court can review the exercise of discretion by a head of an institution in refusing to disclose, to ensure that it is exercised "in accordance with recognized legal principles" and "in accord with the confirming statute." Stress was put on the policy and object of the *Access to Information Act* whose "general rule is disclosure." For reasons not directly pertinent to the present case the Court of Appeal did strike down the exercise of discretion in question there and referred the matter back to the C.M.H.C. for a proper exercise of discretion. (It will be noted that the court did not itself purport to exercise the discretion.)<sup>22</sup>

décision de fait sur la question de savoir si les renseignements demandés sont visés par la disposition d'exemption. Si elle conclut que le document est effectivement visé par l'exemption, la Cour doit réviser la décision discrétionnaire prise par le responsable de l'institution. Toutefois, ainsi que le juge Strayer le précise, la Cour doit uniquement se demander si le pouvoir discrétionnaire a été régulièrement exercé et elle ne doit pas essayer d'exercer elle-même de nouveau ce pouvoir discrétionnaire. Si la Cour conclut que le pouvoir discrétionnaire a été régulièrement exercé, une ordonnance appropriée peut consister simplement en une confirmation de la décision par laquelle le responsable de l'institution a refusé la communication. Il est toutefois plus difficile de déterminer quelle ordonnance il convient de rendre lorsque la Cour conclut que le pouvoir discrétionnaire n'a pas été régulièrement exercé. Si la Cour annule la décision discrétionnaire du responsable de l'institution, la question qui se pose alors est celle de savoir si la Cour peut à bon droit rendre elle-même cette décision discrétionnaire, exerçant ainsi elle-même le pouvoir discrétionnaire en question, ou si elle doit renvoyer l'affaire au responsable de l'institution pour qu'il exerce régulièrement son pouvoir discrétionnaire.

Il semble que le juge Strayer ne préconise pas la solution consistant à faire exercer le pouvoir discrétionnaire par la Cour elle-même. En effet, après avoir analysé les deux types de décisions susmentionnées, à savoir les décisions de fait et les décisions discrétionnaires, le juge Strayer déclare ce qui suit:

Dans l'affaire *Rubin c. Canada (Société centrale d'hypothèques et de logement)*, (1988), [1989] 1 C.F. 265, 32 Admin. L.R. 196, (sub nom. *Rubin c. Société canadienne d'hypothèques et de logement (Président)*) 86 N.R. 186, (sub nom. *Rubin c. Président de la Société centrale d'hypothèques et de logement*) 21 C.P.R. (3d) 1, 52 D.L.R. (4th) 671, à la p. 191 [N.R.], en exerçant des pouvoirs analogues en vertu de l'art. 49 de la *Loi sur l'accès à l'information*, la Cour d'appel fédérale a statué que la présente Cour peut réviser le pouvoir discrétionnaire exercé par le responsable d'un établissement en refusant de communiquer des renseignements, afin de veiller à ce que ce pouvoir soit exercé d'une manière conforme aux principes juridiques reconnus et en accord avec la loi de ratification. L'accent a été mis sur l'économie et l'objet de la *Loi sur l'accès à l'information*, dont la règle générale est la communication de renseignements. Pour des motifs qui ne se rapportent pas directement à la présente espèce, la Cour d'appel a finalement annulé l'exercice du pouvoir discrétionnaire en question dans cette

affaire et elle a renvoyé cette dernière à la SCHL pour que le pouvoir soit convenablement exercé. (À noter que la Cour n'a pas exercé elle-même le pouvoir discrétionnaire en question.)<sup>22</sup>

It should be noted that in the *Rubin* case referred to by Justice Strayer, both counsel had agreed that in the event of a finding of a reviewable error by the head of the institution, an appropriate remedy would be to refer the matter back to be re-examined and redetermined by the CMHC [Canada Mortgage and Housing Corp.], the original decision-making body.<sup>23</sup>

a Il convient de noter que, dans l'affaire *Rubin*, à laquelle le juge Strayer renvoie, les deux avocats avaient convenu que, si la Cour concluait que le responsable de l'institution avait commis une erreur donnant ouverture à une révision, une réparation appropriée pourrait consister à renvoyer l'affaire à la SCHL [Société canadienne d'hypothèques et de logement], organisme qui avait initialement pris la décision, pour qu'elle la réexamine et qu'elle prenne une nouvelle décision<sup>23</sup>.

I do agree that it is appropriate, once it has been determined that discretion has been improperly exercised in a matter, to order the matter be referred back to the head of the institution to exercise his/her discretion properly. It is not appropriate for the Court to exercise the discretion. The mandate of the Court under section 41 of the Act is to review the decision of the head of institution.

d Je suis d'accord pour dire qu'une fois qu'elle a conclu qu'un pouvoir discrétionnaire a été exercé de façon irrégulière dans une affaire, la Cour peut à bon droit renvoyer l'affaire au responsable de l'institution pour qu'il exerce son pouvoir discrétionnaire de façon régulière. Il ne convient pas que la Cour exerce ce pouvoir discrétionnaire. Le mandat que l'article 41 e donne à la Cour consiste à réviser la décision du responsable de l'institution.

The exemption provision relied upon in the case at bar is section 19 of the Act. Before proceeding with a determination of what is an appropriate order in this case, the operation of section 19 must first be examined to determine if it provides for a discretionary exemption or a mandatory exemption.

f La disposition d'exemption invoquée en l'espèce est l'article 19 de la Loi. Avant de préciser quelle ordonnance il convient de rendre en l'espèce, il faut d'abord examiner l'effet de l'article 19 pour déterminer s'il prévoit une exemption discrétionnaire ou une exemption obligatoire.

#### B. SECTION 19: THE PERSONAL INFORMATION EXEMPTION

#### B. ARTICLE 19: L'EXEMPTION RELATIVE AUX RENSEIGNEMENTS PERSONNELS

The exemption to disclosure of information provided for under section 19 of the Act applies if the material requested contains personal information. Subsection 19(1) states that if the record contains personal information, as defined in section 3 of the *Privacy Act*, then the head of the institution shall refuse to disclose the record.<sup>24</sup> Although this subsection may seem at first to set out a mandatory exemption, it is subject to subsection 19(2). Subsection 19(2) provides that if the personal information falls within one of the three exceptions listed in paragraphs

g  
h L'exemption relative à la communication de renseignements qui est prévue à l'article 19 de la Loi s'applique si les documents demandés contiennent des renseignements personnels. Le paragraphe 19(1) déclare en effet que le responsable d'une institution fédérale est tenu de refuser la communication de tout document contenant les renseignements personnels visés à l'article 3 [mod. par L.C. 1992, ch. 1, art. 144] de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*<sup>24</sup>. Bien qu'à première vue, il puisse sembler énoncer une exemption obligatoire, ce paragraphe est

19(2)(a), (b) or (c), then the head of the institution may disclose the record. Accordingly, it follows that the exemption provided for by section 19 operates as a discretionary exemption in circumstances to which the exceptions in paragraphs 19(2)(a), (b) and (c) apply. A further discussion of this will follow later.

Justice Rothstein discussed in detail the operation of section 19 in the decision of *Sutherland v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*.<sup>25</sup> The first step is to determine, pursuant to subsection 19(1), the information requested is personal information. Subsection 19(1) does not contain a definition of “personal information”, but rather embodies the definition set out in section 3 of the *Privacy Act*. Section 3 of the *Privacy Act* contains 13 paragraphs. Paragraphs (a) through (i) further define the definition of “personal information”, which is broadly stated as being “information about an identifiable individual that is recorded in any form”. Paragraphs (j) through (m) provide exceptions to what is included in the definition of “personal information”, for the purposes of sections 7, 8 and 26 of the *Privacy Act* and section 19 of the *Access to Information Act*.

As section 48 of the Act clearly puts the onus on the party who is refusing to disclose information to establish that he/she is authorized to do so, the burden is thus on the respondent to establish that the information requested falls within the definition of “personal information” set out in section 3 of the *Privacy Act*.<sup>26</sup> Once that has been established, the onus shifts to the applicant to establish that one of the four exceptions set out in paragraphs 3(j) through 3(m) apply. Justice Rothstein in *Sutherland, supra*, stated at page 539:

Because the purpose of the *Privacy Act* is to protect the privacy of “personal information,” the general rule is that

assujetti au paragraphe 19(2), qui prévoit que le responsable de l’institution peut donner communication des renseignements personnels qui sont visés par l’une des trois exceptions énumérées aux alinéas 19(2)(a), (b) ou (c). Il s’ensuit donc que l’exemption prévue à l’article 19 constitue une exemption discrétionnaire dans les cas où les exceptions prévues aux alinéas 19(2)(a), (b) ou (c) s’appliquent. Nous reviendrons plus loin sur cette question.

Le juge Rothstein a analysé en détail l’effet de l’article 19 dans le jugement *Sutherland c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*.<sup>25</sup> Selon lui, la première étape consiste à déterminer si les renseignements demandés constituent des renseignements personnels au sens du paragraphe 19(1). Le paragraphe 19(1) ne définit pas l’expression «renseignements personnels» mais renvoie plutôt à la définition que l’on trouve à l’article 3 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. L’article 3 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* renferme 13 alinéas. Les alinéas a) à i) précisent davantage la définition des «renseignements personnels», qui sont définis de façon générale comme «les renseignements, quels que soient leur forme et leur support, concernant un individu identifiable». Les alinéas j) à m) prévoient des exceptions à la définition des «renseignements personnels» aux fins de l’application des articles 7, 8 et 26 de *Loi sur la protection des renseignements personnels* et de l’article 19 de la *Loi sur l’accès à l’information*.

Étant donné que l’article 48 de la Loi prévoit dans les termes les plus nets que la charge d’établir le bien-fondé du refus de communication incombe à l’institution fédérale concernée, c’est donc en l’espèce à l’intimé qu’il incombe d’établir que les renseignements demandés sont des «renseignements personnels» visés par l’article 3 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*.<sup>26</sup> Une fois cette preuve faite, la charge de la preuve est déplacée sur le requérant, à qui il incombe alors d’établir qu’une des quatre exceptions prévues aux alinéas 3j) à 3m) s’applique. Voici à cet égard ce que le juge Rothstein déclare dans le jugement *Sutherland*, précité, à la page 539:

Étant donné que la *Loi sur la protection des renseignements personnels* vise à protéger les «renseignements personnels»,

information about identifiable individuals is “personal information” and only if a specific exception applies, would such information not be “personal information.” It follows that a party wishing to demonstrate that information about an identifiable individual is not “personal information” must show that an exception applies.

In this case, the applicant has not relied on any of the exceptions set out in paragraphs 3(j) to (m).

If the respondent is successful in establishing that the information requested is personal information, and if the applicant has not established that the information is excepted from this definition, then pursuant to subsection 19(1), the Minister shall refuse to disclose the information. However, as was discussed above, subsection 19(1) is subject to subsection 19(2), which provides that notwithstanding the information may be personal information, the Minister may disclose the information if it falls within the exceptions set out in paragraphs 19(2)(a), (b) or (c). Again, I am of the view that the onus is on the party claiming an exception pursuant to subsection 19(2), to establish that exception.

The applicant submits that the information requested may be excepted from the section 19 exemption pursuant to both paragraphs 19(2)(b) and (c). Paragraph 19(2)(b) provides an exception if the personal information is publicly available. Paragraph 19(2)(c) provides an exception if the “disclosure is in accordance with section 8 of the *Privacy Act*”.<sup>27</sup> Subsection 8(2) of the *Privacy Act* allows for disclosure of personal information if it falls within the description set out in one of the 13 paragraphs of 8(2)(a) through (m). In the case at bar, the applicant has submitted that the requested information falls under subparagraph 8(2)(m)(i), which allows disclosure if the head of the institution is of the opinion that “the public interest in disclosure clearly outweighs any invasion of privacy that could result from the disclosure”.

les renseignements concernant des individus identifiables sont, en règle générale, des «renseignements personnels»; ce n'est que dans le cas où une exception précise s'appliquerait, qu'il ne s'agirait pas de «renseignements personnels». Par conséquent, la partie qui veut démontrer que les renseignements concernant un individu identifiable ne sont pas des «renseignements personnels» doit prouver qu'une exception s'applique.

En l'espèce, le requérant n'a invoqué aucune des exceptions prévues aux alinéas 3j) à 3m).

Si l'intimé réussit à établir que les renseignements demandés sont des renseignements personnels, et si le requérant n'a pas établi que les renseignements sont visés par l'une des exceptions à cette définition, le ministre doit alors, conformément au paragraphe 19(1), refuser de communiquer les renseignements demandés. Toutefois, ainsi que je l'ai déjà dit, le paragraphe 19(1) est assujéti au paragraphe 19(2), qui prévoit que, bien que les renseignements demandés soient des renseignements personnels, le ministre peut les communiquer s'ils sont visés par l'une des exceptions contenues aux alinéas 19(2)a), b) ou c). Je répète que c'est à celui qui affirme que les renseignements sont visés par l'une des exceptions prévues au paragraphe 19(2) qu'il incombe de faire la preuve de l'existence de cette exception.

Le requérant affirme que les renseignements demandés peuvent être soustraits à l'application de l'exemption prévue à l'article 19 tant en vertu de l'alinéa 19(2)b) qu'en vertu de l'alinéa 19(2)c). L'alinéa 19(2)b) prévoit une exception dans le cas des renseignements personnels auxquels le public a accès. L'alinéa 19(2)c) prévoit une exception dans le cas où «la communication est conforme à l'article 8 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*»<sup>27</sup>. Le paragraphe 8(2) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* permet la communication des renseignements personnels qui sont visés par l'un des 13 alinéas contenus aux alinéas 8(2)a) à m). En l'espèce, le requérant soutient que les renseignements demandés tombent sous le coup du sous-alinéa 8(2)m)(i), qui en autorise la communication si, de l'avis du responsable de l'institution, «des raisons d'intérêt public justifieraient nettement une éventuelle violation de la vie privée».

If the applicant is successful in establishing that either or both of the exceptions set out in paragraphs 19(2)(b) and (c) apply, then, pursuant to subsection 19(2), the Minister may allow disclosure of the information. As was discussed above, it is my opinion that by using the word “may” rather than the word “shall”, Parliament intended this provision to operate as a discretionary exemption as opposed to a mandatory exemption.

However, Associate Chief Justice Jerome expressed a different opinion of the operation of section 19, which he enunciated in the decision of *Information Commissioner (Canada) v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*.<sup>28</sup> The Associate Chief Justice rejected counsel’s argument that subsection 19(2) provided the head of the institution with a discretion not to disclose the personal information even though the “conditions” of subsection 19(2) were met. Rather, he held that once the “conditions” were fulfilled “it becomes tantamount to an obligation upon the head of the government institution” to disclose the information.<sup>29</sup>

Justice Muldoon seemed to take a similar approach in the decision of *Bland v. Canada (National Capital Commission)*.<sup>30</sup> That case also dealt with a review under section 41 of the Act, concerning a decision of the head of a governmental institution refusing to disclose information, on the basis of section 19 of the Act. Justice Muldoon decided that the information fell within the exception to the exemption set out in paragraph 19(2)(c), finding that the public interest in disclosure outweighed the privacy interest. He then proceeded to order disclosure of the information. Unfortunately, it is not clear as to whether Justice Muldoon ordered disclosure because he viewed subsection 19(2) as obliging the institutional head to disclose the information if one of the exceptions were satisfied, or whether he viewed subsection 19(2) as giving a discretion to the institutional head which he found had been improperly exercised in this case and then choosing to substitute the Court’s discretion therefor. However, with all due respect, I disagree with both of these rationales. For reasons to be discussed below, I do not agree with the Associate

Si le requérant réussit à établir que l’une ou l’autre des exceptions prévues aux alinéas 19(2)(b) et (c) s’applique, ou encore que les deux exceptions s’appliquent, le ministre peut, en vertu du paragraphe 19(2), autoriser la communication des renseignements demandés. Ainsi que je l’ai déjà précisé, j’estime qu’en employant le terme «peut» au lieu de l’expression «est tenu», le législateur fédéral voulait que cette disposition ait l’effet d’une exemption discrétionnaire plutôt que celui d’une exemption obligatoire.

Toutefois, le juge en chef adjoint Jerome a exprimé une opinion différente au sujet de l’effet de l’article 19 dans le jugement *Commissaire à l’information c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*.<sup>28</sup> Dans ce jugement, le juge en chef adjoint a jugé mal fondé l’argument de l’avocat suivant lequel le paragraphe 19(2) conférait au responsable de l’institution le pouvoir discrétionnaire de refuser la communication des renseignements personnels demandés même si les «conditions» prévues au paragraphe 19(2) étaient remplies. Le juge a plutôt statué qu’une fois les «conditions» remplies, «le responsable de l’institution fédérale est tenu de communiquer ces renseignements»<sup>29</sup>.

Le juge Muldoon semble avoir adopté une façon de voir similaire dans le jugement *Bland c. Canada (Commission de la capitale nationale)*.<sup>30</sup> Cette affaire portait également sur un recours en révision exercé en vertu de l’article 41 de la Loi à l’encontre d’une décision par laquelle le responsable d’une institution fédérale avait refusé de communiquer des renseignements sur le fondement de l’article 19 de la Loi. Le juge Muldoon a jugé que les renseignements demandés étaient visés par l’exception à l’exemption prévue à l’alinéa 19(2)(c) au motif que des raisons d’intérêt public justifiaient nettement une éventuelle violation de la vie privée. Il a ensuite ordonné la communication des renseignements demandés. Malheureusement, on ne sait pas avec certitude si le juge Muldoon a ordonné la communication parce qu’il estimait que le paragraphe 19(2) obligeait le responsable de l’institution à communiquer les renseignements demandés si l’une des exceptions s’appliquait, ou s’il considérait plutôt que le paragraphe 19(2) conférait au responsable de l’institution un pouvoir discrétionnaire qui, selon lui, avait été mal exercé dans

Chief Justice's opinion that subsection 19(2) imposes an obligation to disclose the information. And, for reasons discussed *supra*, I do not believe it is the Court's role to substitute its discretion in place of the institutional head.

I am unable to agree that once an exception is established, that it becomes "tantamount to an obligation" to disclose the information. Parliament chose to use the word "may" in subsection 19(2), a term which has been interpreted as imposing a discretion. Parliament used the word "shall" in various other provisions throughout the Act, a term which has been interpreted as imposing a mandatory obligation. If it were intended that subsection 19(2) operate so as to impose a mandatory obligation on the head of the institution to disclose the information, it is my opinion that the appropriate wording would have been employed.

This interpretation of subsection 19(2) has been enunciated by this Court in several decisions. Justice Rothstein in *Sutherland*, *supra*, stated at page 543:

If the "personal information" does fall under subsection 8(2) of the *Privacy Act*, the opening words of subsection 8(2) of the *Privacy Act* and paragraph 19(2)(c) of the *Access to Information Act* confer a discretion on the head of a government institution as to whether or not such information should be disclosed.<sup>31</sup>

Justice Rouleau also took the position that subsection 19(2) imposed a discretion not an obligation in the case of *Terry*, *supra*, wherein he stated the following, at page 270:

According to s. 19(2) of the Act, National Defence had the discretion to withhold information that contains personal information and that is exactly what it did.<sup>32</sup>

cette affaire et s'il a ensuite décidé de substituer le pouvoir discrétionnaire de la Cour à celui du responsable de l'institution. Toutefois, en toute déférence, je ne souscris à aucun de ces deux raisonnements. Pour les motifs que j'exposerai plus loin, je ne suis pas d'accord avec l'opinion du juge en chef adjoint selon laquelle le paragraphe 19(2) impose l'obligation de communiquer les renseignements demandés. Et, pour les motifs dont j'ai déjà fait état, je ne crois pas qu'il appartienne à la Cour de substituer son pouvoir discrétionnaire à celui du responsable de l'institution.

Il m'est impossible de souscrire à l'idée qu'une fois qu'il est établi qu'une exception s'applique, «le responsable de l'institution fédérale est tenu» de communiquer les renseignements. Le législateur fédéral a choisi, au paragraphe 19(2), d'employer le mot «peut», un mot qui a été interprété comme conférant un pouvoir discrétionnaire. Le législateur a employé l'expression «est tenu» dans diverses autres dispositions de la Loi et cette expression a été interprétée comme imposant une obligation. Je suis d'avis que, s'il avait voulu que le paragraphe 19(2) ait pour effet d'imposer au responsable de l'institution l'obligation de communiquer les renseignements demandés, le législateur fédéral aurait employé le libellé approprié.

Cette interprétation du paragraphe 19(2) a été formulée par notre Cour dans diverses décisions. Ainsi, dans le jugement *Sutherland*, précité, le juge Rothstein déclare, à la page 543:

Si les «renseignements personnels» sont visés par le paragraphe 8(2) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, le début du paragraphe 8(2) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* et l'alinéa 19(2)(c) de la *Loi sur l'accès à l'information* confèrent au responsable d'une institution fédérale un pouvoir discrétionnaire lorsqu'il s'agit de déterminer si pareils renseignements doivent être communiqués<sup>31</sup>.

Dans le jugement *Terry*, précité, le juge Rouleau s'est également dit d'avis que le paragraphe 19(2) prévoyait un pouvoir discrétionnaire et non une obligation. Le juge a tenu les propos suivants, à la page 270:

Selon le par. 19(2) de la Loi, le ministère de la Défense nationale avait le pouvoir discrétionnaire de refuser la communication de documents renfermant des renseignements personnels et c'est exactement ce qu'il a fait<sup>32</sup>.

Justice Rouleau reiterated his interpretation of subsection 19(2) in the recent decision of *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Minister of Public Works and Government Services)*,<sup>33</sup> wherein he stated:

As I read section 19(2), there is no obligation imposed on the respondent to disclose information even if “the individual to whom it relates consents to the disclosure”.

Accordingly, I conclude that when properly interpreted, subsection 19(2) sets out a discretionary exemption from disclosure and not a mandatory exemption.

### C. APPROPRIATE ORDER

Having decided that subsection 19(2) provides a discretionary exemption, rather than a mandatory exemption, the question now arises as to what is an appropriate order in this case. As was discussed above, if the exemption provision is discretionary, then there are two decisions to be made: the factual decision and the discretionary decision. The view enunciated by Justice Strayer in *Kelly, supra*, with which I agree, is that with respect to the discretionary decision the Court ought only decide whether or not the discretion was properly exercised and not exercise the discretion *de novo*. In this case, the respondent has conceded that the Minister, acting through Ms. Wesley, erred in the exercise of his discretion under subsection 19(2). It is therefore unnecessary for the Court to review the discretionary decision.

The question now arises as to who is to exercise the discretion and make the decision as to whether or not the record or any part thereof ought to be disclosed. In these circumstances, I think it is appropriate that the matter be referred back to the head of the institution to be redetermined by a proper exercise of the discretion granted under subsection 19(2). The respondent has requested an order directing that the request for information of the applicant be redetermined by a different official within 30 days of the order of this

Le juge Rouleau a répété son interprétation du paragraphe 19(2) dans la décision récente *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Ministre des Travaux publics et Services gouvernementaux)*<sup>33</sup>, dans laquelle il a déclaré:

À mon avis, le paragraphe 19(2) ne lui impose nullement l'obligation de communiquer ces renseignements même si «l'individu qu'ils concernent y consent».

En conséquence, je conclus que, lorsqu'on l'interprète comme il se doit, le paragraphe 19(2) renferme une exemption discrétionnaire, et non une exemption obligatoire.

### C. L'ORDONNANCE APPROPRIÉE

Ayant conclu que le paragraphe 19(2) prévoit une exemption discrétionnaire plutôt qu'une exemption obligatoire, je dois maintenant déterminer quelle est l'ordonnance qu'il convient de rendre en l'espèce. Ainsi que je l'ai déjà dit, si la disposition d'exemption est discrétionnaire, il y a deux décisions à prendre: une décision de fait et une décision discrétionnaire. En ce qui concerne la décision discrétionnaire, je souscris à l'avis exprimé par le juge Strayer dans le jugement *Kelly*, précité, selon lequel la Cour doit uniquement décider si le pouvoir discrétionnaire a été exercé régulièrement ou non, et non exercer de nouveau ce pouvoir discrétionnaire. En l'espèce, l'intimé concède que le ministre, qui agissait par l'intermédiaire de M<sup>me</sup> Wesley, a commis une erreur dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire que lui confère le paragraphe 19(2). Il n'est donc pas nécessaire que la Cour révise la décision discrétionnaire.

La question qui se pose maintenant est celle de savoir qui doit exercer ce pouvoir discrétionnaire et décider s'il y a lieu de donner communication totale ou partielle du document. Dans ces conditions, j'estime qu'il convient de renvoyer l'affaire au responsable de l'institution pour qu'il prenne une nouvelle décision en exerçant de façon régulière le pouvoir discrétionnaire que lui confère le paragraphe 19(2). L'intimé a demandé que la Cour ordonne que la demande de renseignements du requérant soit réexami-

Court. In my view, the suggested 30 day period is somewhat arbitrary.

Accordingly with respect to the main record, I order that the information request of the applicant, dated January 15, 1992, be referred back to the respondent for review and redetermination by a different delegate of the Minister, that review and redetermination to be made on an expedited basis.

### Issue 2: The Secret Record

Did the respondent Minister, acting through the Access to Information and Privacy Coordinator, Citizenship and Immigration Canada, err in deciding the secret record was exempt from disclosure? If so, what is the appropriate remedy?

The respondent Minister, acting through Mr. E. W. Aumand, the Access to Information and Privacy Coordinator, refused to disclose most of the secret record, claiming it was exempt from disclosure under sections 23 and 19 of the Act. Of the 174 pages contained in the secret record, Mr. Aumand did disclose to the applicant eight pages. The respondent submits the Minister did not err in the exercise of his discretion by refusing disclosure of most of the secret record. The applicant, however, submits that the Minister improperly exercised his discretion in deciding the secret record was exempt from disclosure, on the basis of sections 19 and/or 23 of the Act.

As was discussed above, it is my interpretation of section 49 of the Act that before the Court acquires jurisdiction to make an order under this section, it must first determine that the Minister was not authorized to refuse disclosure of the record or part thereof. While the respondent made major concessions with respect to the main record, as discussed *supra*, the respondent has not conceded that the Minister lacked

née par un autre fonctionnaire dans les 30 jours du prononcé de l'ordonnance. À mon avis, le délai suggéré de 30 jours est quelque peu arbitraire.

<sup>a</sup> En conséquence, en ce qui concerne le dossier principal, j'ordonne que la demande de renseignements faite le 15 janvier 1992 par le requérant soit renvoyée à l'intimé pour qu'elle soit examinée et jugée de nouveau par un autre représentant du ministre et ce, de façon accélérée.

### Question 2: le dossier secret

<sup>c</sup> Le ministre intimé, qui agissait par l'intermédiaire du coordonnateur de l'accès à l'information et de la protection des renseignements personnels à Citoyenneté et Immigration Canada, a-t-il commis une erreur en refusant de communiquer le dossier secret au motif qu'il faisait l'objet d'une exemption? Dans l'affirmative, quelle est la réparation appropriée?

<sup>d</sup> Le ministre intimé, qui agissait par l'intermédiaire de M. E. W. Aumand, coordonnateur de l'accès à l'information et de la protection des renseignements personnels, a refusé de communiquer la plus grande partie du dossier secret au motif qu'il faisait l'objet de l'exemption prévue aux articles 23 et 19 de la Loi. Sur les 174 pages que contient le dossier secret, M. Aumand n'a en fait communiqué au requérant que huit pages. L'intimé soutient que le ministre n'a pas commis d'erreur dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire en refusant de communiquer la plus grande partie du dossier secret. Le requérant affirme, en revanche, que le ministre a exercé son pouvoir discrétionnaire de façon irrégulière en refusant de communiquer le dossier secret au motif qu'il faisait l'objet de l'exemption prévue à l'article 19 ou à l'article 23 de la Loi, ou à ces deux articles.

<sup>e</sup> Ainsi que je l'ai déjà dit, suivant l'interprétation que je fais de l'article 49 de la Loi, avant d'acquiescer la compétence voulue pour rendre l'ordonnance prévue à cet article, la Cour doit d'abord conclure que le ministre n'était pas justifié de refuser la communication totale ou partielle du dossier. Bien que l'intimé ait, comme nous l'avons déjà vu, fait d'importantes concessions en ce qui concerne le dossier principal, il

authorization to refuse to disclose the secret record or any part thereof. It is therefore necessary for the Court to review the contents of the secret record, taking into consideration the exemptions claimed, to determine whether or not the Minister was authorized in refusing disclosure. It is only when this determination has been made by the Court, that the Court acquires jurisdiction to order a remedy under section 49 of the Act.

Justice MacKay considered the role of the Court when conducting a review under the Act in the case of *Air Atonabee*, *supra*.<sup>34</sup> In that case the applicant brought an application under section 44 of the Act for a review of the decision of the Minister concerning a request for information under the Act. Justice MacKay stated the following with respect to a review by the Court:

That the court should undertake a review of the records in issue and determine what is exempt from disclosure and what is not, and further what information should be severed from exempt information and then released, may well be an onerous task in some cases. Nevertheless, it is consistent with the role which implicitly Parliament has established for the court under the Act. Three sections provide for application to the court for review: by the requester who is refused information (s. 41), by one who objects to the release of third party information (s. 44), and by the Information Commissioner when his recommendations for disclosure are not met (s. 42). The first two provide for "review of the matter" and the last for "review of any refusal to disclose a record requested". Section 46 provides in the clearest terms that in proceedings arising from any of these applications "the Court may . . . examine any record . . . that is under the control of a government institution and no such record may be withheld from the court on any grounds". Finally, the remedies available by order of the court imply detailed examination, if necessary record by record, by the court, both where there has been refusal to disclose a record on a statutorily specified ground when the court determines that "the head of the institution did not have reasonable grounds on which to refuse to disclose the record or part thereof" (s. 50), and where the court determines that the head of an institution who proposes disclosure "is required to refuse to disclose the record or part thereof" (s. 51) (emphasis added). The reference to parts of records obviously reflects the obligation on the head of the institution concerned under s. 25, where this can be reasonably done, to sever and disclose parts of records where those parts do not contain exempt information.

ne reconnaît pas que le ministre n'était pas justifié de refuser la communication totale ou partielle du dossier secret. La Cour doit donc examiner le contenu du dossier secret, en tenant compte des exemptions invoquées, pour déterminer si le ministre était justifié ou non de refuser la communication. Ce n'est que lorsqu'elle a rendu cette décision que la Cour acquiert la compétence voulue pour accorder une réparation en vertu de l'article 49 de la Loi.

Dans le jugement *Air Atonabee*, précité<sup>34</sup>, le juge MacKay a examiné le rôle que joue la Cour lorsqu'elle procède à la révision prévue par la Loi. Dans cette affaire, le requérant avait exercé en vertu de l'article 44 de la Loi un recours en révision d'une décision prise par le ministre au sujet d'une demande de renseignements faite en vertu de la Loi. Le juge MacKay a déclaré ce qui suit au sujet de la révision effectuée par la Cour:

Il peut être très pénible dans certains cas pour la Cour d'entreprendre une révision des documents en litige et de déterminer lesquels échappent à la communication et lesquels doivent être divulgués et de décider quels sont les renseignements qui doivent être prélevés des renseignements exemptés et être communiqués. Néanmoins, cela s'accorde avec le rôle que le législateur a implicitement conféré à la Cour en vertu de la Loi. Il y a trois articles qui permettent d'exercer un recours en révision devant la Cour: l'article 41, qui accorde ce droit à la personne qui s'est vu refuser la communication d'un document; l'article 44, qui permet à la personne qui s'oppose à la communication de renseignements de tiers d'exercer un tel recours, et l'article 42, qui permet au Commissaire à l'information d'exercer ce recours lorsque ses recommandations de communication ne sont pas suivies. Les deux premiers articles parlent d'un «recours en révision», et le dernier, d'un «recours en révision pour refus de communication totale ou partielle d'un document». L'article 46 prévoit dans les termes les plus nets que la Cour a, pour les recours prévus aux articles en question, «accès à tous les documents qui relèvent d'une institution fédérale . . . ; aucun de ces documents ne peut, pour quelque motif que ce soit, lui être refusé». Finalement, les recours qui peuvent être exercés aux termes d'une ordonnance de la Cour impliquent un examen approfondi de la part de la Cour, s'il y a lieu document par document, tant dans le cas où le refus de communiquer un document s'appuie sur un motif prévu par la loi et que la Cour conclut que «le refus de communication totale ou partielle du document . . . n'était pas fondé sur des motifs valables» (art. 50), que lorsque la Cour conclut que le responsable d'une institution fédérale qui a l'intention de communiquer un document «est tenu de refuser la communication totale ou partielle du document

(art. 51) (non souligné dans l'original). Le fait que l'on parle de communication partielle d'un document s'explique de toute évidence par l'obligation faite au responsable de l'institution concernée en vertu de l'art. 25 de communiquer les parties de document dépourvues de renseignements exemptés.

a

The role of the court, to conduct a "review of the matter" de novo, including examination document by document of the records proposed to be disclosed which the applicant third party seeks to have prohibited from disclosure, does not seem to have been thoroughly discussed previously, perhaps because it has been seen to be so obvious in previous cases that no issue was raised about it. That is, however, the role implicit in the statute, consistent with the purposes of the Act and one that the court has adopted in practice in previous cases arising under s. 44: (See e.g., **Canada-Packers Inc. v. Canada (Minister of Agriculture) et al.**, supra; **Montana Band of Indians v. Canada (Minister of Indian Affairs and Northern Development)** (1988), 18 F.T.R. 15 (F.C.T.D.); **Merck Frosst Canada Inc. v. Canada (Minister of Health and Welfare)**, et al., supra). In light of the jurisprudence evolving in relation to the Act there can no longer be doubt that upon application for review, the court's function is to consider the matter de novo including, if necessary, a detailed review of the records in issue document by document.<sup>35</sup>

b

c

d

e

Le rôle de la Cour, en l'occurrence celui de procéder à une nouvelle «révision», et notamment à examiner chacun des documents qu'on a l'intention de communiquer et dont le tiers requérant cherche à interdire la communication, ne semble pas avoir déjà été examiné à fond, peut-être parce qu'il a été perçu comme étant tellement évident dans les affaires antérieures qu'aucun point litigieux n'a été soulevé à cet égard. C'est cependant le rôle qui est implicitement conféré par la Loi à la Cour, qui s'accorde avec l'objet de la Loi, et que la Cour a adopté en pratique dans les affaires antérieures relatives à l'art. 44. (Voir, par ex., **Canada Packers Inc. c. Canada (Ministre de l'Agriculture) et autre**, précité; **Bande indienne de Montana c. Canada (ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)**, (1988), 18 F.T.R. 15 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); **Merck Frosst Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé et du Bien-être social) et autre**, précité). Compte tenu de la jurisprudence qui a été élaborée relativement à la Loi, il ne peut plus faire de doute que lorsque la Cour est saisie d'un recours en révision, son rôle consiste à examiner l'affaire de nouveau et à procéder au besoin à une révision détaillée de chacun des documents en litige<sup>35</sup>.

Justice Denault reviewed the decision of a minister's refusal to disclose information, pursuant to an application under section 41 of the Act, in the case of *X*, supra.<sup>36</sup> It would appear Justice Denault took the approach enunciated above in *Air Atonabee*, supra, as is indicated in the following passage:

f

As indicated previously, the respondents have provided one or more exemption provisions with respect to each record or severed portion thereof and have, through secret affidavits, attempted to explain and justify the rationale behind each exemption. I have considered each record, together with the explanation provided and have, based on the information before me, determined that the decision to withhold was properly made in all but one circumstance. Where I had doubt, I sought additional clarification from counsel for the respondents and I am satisfied that, but for records numbered 0616 and 0617, this application for review must be dismissed.<sup>37</sup> [Emphasis added.]

g

h

i

Saisi d'un recours exercé en vertu de l'article 41 de la Loi, le juge Denault a, dans le jugement *X*, précité<sup>36</sup>, révisé la décision du ministre de refuser la communication des renseignements demandés. Il semblerait que le juge Denault ait fait sien le raisonnement suivi dans le jugement *Air Atonabee*, précité, comme le passage suivant le démontre:

Comme indiqué précédemment, les intimés ont invoqué une ou plusieurs dispositions portant exemption à l'égard de chaque dossier ou de chaque élément occulté et, au moyen d'affidavits secrets, ont essayé d'expliquer et de justifier chaque exemption. J'ai examiné chaque dossier ainsi que l'explication qui s'y rapporte et, à la lumière des faits ressortant du dossier, j'ai décidé que le refus de communication était justifié à l'exception d'un seul cas. Chaque fois que j'avais des doutes, j'ai demandé des éclaircissements à l'avocate des intimés et je conclus qu'à l'exception des dossiers n<sup>os</sup> 0616 et 0617, le recours en révision doit être rejeté<sup>37</sup>. [Non souligné dans l'original.]

Before proceeding to conduct the document by document review of the secret record, it is first necessary to discuss the nature of the exemptions claimed.

j

Avant de passer à l'examen document par document du dossier secret, il est d'abord nécessaire d'examiner la nature des exemptions invoquées.

A. NATURE OF THE EXEMPTION PROVISIONSi. Section 23: Solicitor-Client Privilege

One ground relied upon by the respondent as authorization for the Minister's refusal to disclose the secret record is section 23 of the Act. This provision allows the head of the institution to refuse to disclose any record that contains information that is subject to solicitor-client privilege. Section 23 says the head of a government institution may refuse to disclose the information, and thus this section provides a discretionary exemption. Accordingly, there are two types of decisions to be made in relation to section 23: firstly, a factual decision as to whether or not the requested information is subject to solicitor-privilege, and secondly, a discretionary decision as to whether or not it ought to be nevertheless disclosed.

a. The Factual Decision: Solicitor-Client Privilege

The *Access to Information Act* does not define "solicitor-client privilege", thus it is necessary to refer to the common law definition. A substantial body of law in relation to solicitor-client privilege has developed. Justice Cullen stated the following in the decision of *Weiler v. Canada (Department of Justice)*:

In Canada, the privilege has been elevated beyond a rule of evidence, and accorded the status of a substantive rule of law. The legal effect of the privilege has been expanded beyond protection of solicitor-client communications from disclosure in legal proceedings involving the parties to any circumstances where such communications may be disclosed without the client's consent.<sup>38</sup>

Justice Lamer (as he then was) formulated the following four-part substantive rule with respect to solicitor-privilege in the Supreme Court of Canada decision of *Descôteaux et al. v. Mierzwinski*:

A. NATURE DES DISPOSITIONS D'EXEMPTIONi. Article 23: le secret professionnel de l'avocat

L'intimé invoque notamment l'article 23 de la Loi pour justifier le refus du ministre de communiquer le dossier secret. Cette disposition autorise le responsable d'une institution fédérale à refuser la communication de tout document qui contient des renseignements protégés par le secret professionnel de l'avocat. L'article 23 dispose que le responsable d'une institution fédérale peut refuser la communication des renseignements demandés; cet article prévoit donc une exemption discrétionnaire. Par conséquent, il y a deux types de décisions à prendre en ce qui concerne l'article 23: en premier lieu, une décision de fait sur la question de savoir si les renseignements demandés sont protégés ou non par le secret professionnel de l'avocat et, en second lieu, une décision discrétionnaire sur la question de savoir si les renseignements devraient quand même être communiqués.

e a. La décision de fait: le secret professionnel de l'avocat

La *Loi sur l'accès à l'information* ne définit pas le «secret professionnel de l'avocat». Il faut donc se référer à la définition que la common law en donne. Une quantité importante de règles de droit ont été élaborées en ce qui concerne le privilège du secret professionnel qui lie un avocat à son client. Voici, à cet égard, ce que le juge Cullen a déclaré dans le jugement *Weiler c. Canada (Ministère de la Justice)*:

Au Canada, ce privilège a dépassé le statut de règle de preuve pour recevoir celui de règle de fond. L'effet juridique du privilège a été porté au-delà de la protection accordée aux communications entre l'avocat et son client contre leur divulgation au cours des procédures judiciaires mettant en cause les parties, pour s'étendre à toutes les circonstances où ces communications pourraient être divulguées sans le consentement du client concerné<sup>38</sup>.

Dans l'arrêt *Descôteaux et autre c. Mierzwinski*, le juge Lamer (maintenant juge en chef) a formulé la règle de droit à quatre volets suivante en ce qui concerne le privilège du secret professionnel des avocats:

It would, I think, be useful for us to formulate this substantive rule, as the judges formerly did with the rule of evidence; it could, in my view, be stated as follows:

1. The confidentiality of communications between solicitor and client may be raised in any circumstances where such communications are likely to be disclosed without the client's consent. <sup>a</sup>
2. Unless the law provides otherwise, when and to the extent that the legitimate exercise of a right would interfere with another person's right to have his communications with his lawyer kept confidential, the resulting conflict should be resolved in favour of protecting the confidentiality. <sup>b</sup>
3. When the law gives someone the authority to do something which, in the circumstances of the case, might interfere with that confidentiality, the decision to do so and the choice of means of exercising that authority should be determined with a view to not interfering with it except to the extent absolutely necessary in order to achieve the ends sought by the enabling legislation. <sup>c</sup>
4. Acts providing otherwise in situations under paragraph 2 and enabling legislation referred to in paragraph 3 must be interpreted restrictively.<sup>39</sup> <sup>d</sup>

However, before one can apply the substantive rule of law, it is first necessary to define what is included under the umbrella of "solicitor-client privilege". The Exchequer Court of Canada in the decision of *Susan Hosiery Ltd. v. Minister of National Revenue* enunciated the following principles, which have been followed in several decisions: <sup>f</sup>

As it seems to me, there are really two quite different principles usually referred to as solicitor and client privilege, viz:

- (a) all communications, verbal or written, of a confidential character, between a client and a legal adviser directly related to the seeking, formulating or giving of legal advice or legal assistance (including the legal adviser's working papers, directly related thereto) are privileged; and <sup>h</sup>
- (b) all papers and materials created or obtained specially for the lawyer's "brief" for litigation, whether existing or contemplated, are privileged.<sup>40</sup> <sup>i</sup>

The Court then went on to state the following at pages 34 and 35: <sup>j</sup>

Il est, je crois, opportun que nous formulions cette règle de fond, tout comme l'ont fait autrefois les juges pour la règle de preuve; elle pourrait, à mon avis, être énoncée comme suit:

1. La confidentialité des communications entre client et avocat peut être soulevée en toutes circonstances où ces communications seraient susceptibles d'être dévoilées sans le consentement du client;
2. À moins que la loi n'en dispose autrement, lorsque et dans la mesure où l'exercice légitime d'un droit porterait atteinte au droit d'un autre à la confidentialité de ses communications avec son avocat, le conflit qui en résulte doit être résolu en faveur de la protection de la confidentialité;
3. Lorsque la loi confère à quelqu'un le pouvoir de faire quelque chose qui, eu égard aux circonstances propres à l'espèce, pourrait avoir pour effet de porter atteinte à cette confidentialité, la décision de le faire et le choix des modalités d'exercice de ce pouvoir doivent être déterminés en regard d'un souci de n'y porter atteinte que dans la mesure absolument nécessaire à la réalisation des fins recherchées par la loi habilitante;
4. La Loi qui en disposerait autrement dans les cas du deuxième paragraphe ainsi que la loi habilitante du paragraphe trois doivent être interprétées restrictivement.<sup>39</sup>

Toutefois, avant de pouvoir appliquer la règle de fond, il faut d'abord définir ce que la notion de «secret professionnel de l'avocat» englobe. Dans la décision *Susan Hosiery Ltd. v. Minister of National Revenue*, la Cour de l'Échiquier du Canada a énoncé les principes suivants, qui ont été suivis dans plusieurs décisions: <sup>g</sup>

[TRADUCTION] À mon sens, on parle en réalité de deux principes tout à fait distincts lorsqu'on parle du secret professionnel de l'avocat, à savoir:

- a) toutes les communications, verbales ou écrites, de nature confidentielle, qui sont échangées entre l'avocat et son client et qui se rapportent directement à la consultation de l'avocat ou aux conseils ou services juridiques que l'avocat donne (y compris les documents de travail de l'avocat qui s'y rapportent directement) sont protégées;
- b) tous les documents, existants ou à venir, qui sont créés ou obtenus spécialement pour le dossier constitué par l'avocat en vue du procès sont protégés.<sup>40</sup>

La Cour a poursuivi en déclarant, aux pages 34 et 35:

What is important to note about both of these rules is that they do not afford a privilege against the discovery of facts that are or may be relevant to the determination of the facts in issue. What is privileged is the communications or working papers that came into existence by reason of the desire to obtain a legal opinion or legal assistance in the one case and the materials created for the lawyer's brief in the other case. The facts or documents that happen to be reflected in such communications or materials are not privileged from discovery if, otherwise, the party would be bound to give discovery of them.

[TRADUCTION] Ce qu'il importe de signaler au sujet de ces deux principes, c'est le fait qu'ils ne créent pas un privilège qui permettrait de refuser la communication préalable de faits qui sont ou qui peuvent être pertinents pour la détermination des faits en litige. Ce qui est protégé, ce sont les communications ou les documents de travail qui sont nés en raison du désir d'obtenir, dans un cas, un avis juridique ou l'aide d'un avocat, et, dans l'autre cas, en raison des documents créés par l'avocat en vue de constituer un dossier en vue du procès. On ne peut invoquer le secret professionnel pour refuser de communiquer au préalable les faits ou les documents auxquels on se trouve à faire allusion dans les communications ou les documents en question si la partie était par ailleurs tenue d'en donner communication préalable.

In my view, it follows that, whether we are thinking of a letter to a lawyer for the purpose of obtaining a legal opinion or of a statement of facts in a particular form requested by a lawyer for use in litigation, the letter or statement itself is privileged but the facts contained therein or the documents from which those facts were drawn are not privileged from discovery if, apart from the facts having been reflected in the privileged documents, they would have been subject to discovery. For example, the financial facts of a business would not fall within the privilege merely because they had been set out in a particular way as requested by a solicitor for purposes of litigation, but the statement so prepared would be privileged. [Emphasis added.]<sup>41</sup>

À mon avis, il s'ensuit que, peu importe qu'on pense à la lettre adressée à un avocat dans le but d'obtenir une opinion juridique ou à l'exposé des faits formulé sous une forme déterminée que l'avocat demande pour l'utiliser dans le cadre d'un procès, la lettre ou l'exposé lui-même est protégé par le secret professionnel, tandis que les faits qu'ils renferment ou les documents desquels ces faits sont tirés ne sont pas protégés contre la communication préalable si, exception faite des faits auxquels on fait allusion dans les documents protégés, ils auraient été soumis à la communication préalable. Par exemple, les faits financiers concernant une entreprise ne seraient pas protégés du simple fait qu'ils ont été exposés d'une certaine façon conformément à la demande faite par l'avocat en vue d'un procès, mais l'exposé ainsi préparé serait protégé. [Non souligné dans l'original.]<sup>41</sup>

The principle stated in the above quotation is important to the case at bar, as the applicant has submitted that at least part of the secret record ought to be disclosed by virtue of section 25 of the Act, which allows for severance of any part of the record that does not fall within an exempting provision. However, more will be said of this later.

Le principe énoncé dans la citation qui précède est important en l'espèce, étant donné que le requérant soutient que le dossier secret devrait être communiqué, en partie du moins, en vertu de l'article 25 de la Loi, qui prévoit le prélèvement de toute partie du dossier qui ne tombe pas sous le coup d'une disposition d'exemption. Nous reviendrons sur cette question plus loin.

In regards to the scope of the solicitor-client privilege, I agree with the following statement of Justice Halvorson of the Saskatchewan Court of Queen's Bench, who stated the following in the decision of *International Minerals & Chemicals Corp. (Canada) Ltd. et al. v. Commonwealth Insurance Co. et al.*:

En ce qui concerne la portée du secret professionnel de l'avocat, je souscris à la déclaration suivante faite par le juge Halvorson de la Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan dans le jugement *International Minerals & Chemicals Corp. (Canada) Ltd. et al. v. Commonwealth Insurance Co. et al.*:

To engage solicitor-client privilege, it must be shown that the communication or document was made confidentially for the purpose of legal advice. Those objectives must be construed broadly. Where there is a continuum of communications and meetings between the solicitor and client, and

[TRADUCTION] Pour que le secret professionnel de l'avocat s'applique, il faut qu'on démontre que la communication ou le document a été donné confidentiellement dans le but de prodiguer un conseil d'ordre juridique. Ces objectifs doivent être interprétés de façon large. Lorsqu'il existe un conti-

information is passed by the solicitor or client to the other as part of the continuum aimed at keeping both informed so that advice may be sought and given as required, the privilege will attach to those communications and documents (see *Balabel*). [Emphasis added.]<sup>42</sup>

The above quotation essentially reiterates the first principle stated in *Susan Hosiery, supra*. Justice Halvorson's use of the phrase "continuum of communications" emphasizes the importance that "all communications . . . between a client and a legal advisor directly related to the seeking, formulating or giving of legal advice or legal assistance" fall under the protection of the solicitor-client privilege.

In a case similar to the case at bar, Associate Chief Justice Jerome discussed the law of solicitor-client privilege in the context of a review under section 41 of the Act, with respect to a decision refusing disclosure of information on the basis of section 23 of the Act. The Associate Chief Justice stated the following:

The proper method to substantiate a claim of privilege was explained by the Supreme Court of Canada in *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821 at 837:

As Mr. Justice Addy notes, privilege can only be claimed document by document, with each document being required to meet the criteria for the privilege—(i) a communication between solicitor and client, (ii) which entails the seeking or giving of legal advice; and (iii) which is intended to be confidential by the parties. To make the decision as to whether the privilege attaches, the letters must be read by the judge, which requires, at a minimum, that the documents be under the jurisdiction of a court.

As it is unlikely that all records or transactions between a solicitor and client fall within this privilege, the burden falls on the moving party to demonstrate that each and every document in question fits squarely within the scope of the rule. Consequently, it is clear that that party must produce for the Court all material for which it is seeking to assert privilege, to enable the judge to make an informed evaluation of the contents: [*Nabisco Brands Ltd. v. Procter & Gamble Co. et al* (1989), 24 C.P.R. (3d) 570 (F.C.A.)].

nuum de communications et de rencontres entre l'avocat et son client, et que l'avocat ou le client se transmettent l'un à l'autre des éléments d'information dans le cadre de ce continuum dans le but de se tenir au courant pour que des conseils puissent être demandés ou donnés au besoin, les communications et les documents en question sont protégés par le secret professionnel (voir la décision *Balabel*). [Non souligné dans l'original]<sup>42</sup>.

Dans cette citation, le tribunal reprend essentiellement le premier principe posé dans le jugement *Susan Hosiery*, précité. Par son emploi de l'expression «continuum de communications», le juge Halvorson souligne l'importance du fait que «toutes les communications . . . qui sont échangées entre l'avocat et son client et qui se rapportent directement à la consultation de l'avocat ou aux conseils ou services juridiques que l'avocat donne» sont protégées par le secret professionnel qui lie un avocat à son client.

Dans une affaire semblable à celle qui nous occupe, le juge en chef adjoint Jerome a analysé les règles de droit relatives au secret professionnel de l'avocat dans le contexte d'un recours exercé en vertu de l'article 41 de la Loi relativement à une décision de refuser la communication de renseignements sur le fondement de l'article 23 de la Loi. Le juge en chef adjoint a déclaré ce qui suit:

Dans l'arrêt *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821, à la p. 837, la Cour suprême du Canada expose la méthode appropriée pour établir le bien-fondé d'une revendication du privilège du secret professionnel de l'avocat:

Comme le souligne le juge Addy, le privilège ne peut être invoqué que pour chaque document pris individuellement, et chacun doit répondre aux critères du privilège: (i) une communication entre un avocat et son client; (ii) qui comporte une consultation ou un avis juridiques; et (iii) que les parties considèrent de nature confidentielle. Le juge doit lire les lettres afin de décider si le privilège s'y rattache, ce qui exige, à tout le moins, qu'elles relèvent de la juridiction d'un tribunal.

Comme il est peu probable que tous les documents échangés ou toutes les opérations effectuées entre un avocat et son client fassent l'objet de ce privilège, il incombe à la partie requérante de prouver que la portée de la règle s'étend sans équivoque à chacun des documents en question. Il est donc évident que cette partie doit produire devant le tribunal tous les documents à l'égard desquels elle invoque le privilège pour permettre au juge d'apprécier leur contenu de manière éclairée [*Nabisco Brands Ltd. c. Procter & Gamble Co. et autres*, (1989), 24 C.P.R. (3d) 570 (C.A.F.)].

The onus is on the government department in question to establish that the information was communicated to or by a government lawyer in order to provide senior department officials with advice on the legal ramifications of proposed departmental actions. In addition, it must be demonstrated that the information given was and is confidential; there must have been confidentiality at the time it was communicated and since that time: *Canadian Jewish Congress v. M.E.I. (Canada)*, T-1284-92, March 10, 1995, unreported, (F.C.T.D.) [Please see [1995] F.C.J. No. 362].<sup>43</sup>

The above cases set out the common law definition of solicitor-client privilege and the substantive rule of law applicable to information protected under this definition. It is within this framework that I will review the documents in the secret record to determine whether the Minister erred in concluding that the documents were properly subject to solicitor-client privilege.

#### b. The Discretionary Decision

As was discussed above in the context of the main record, it is my view that the Court ought only review the discretionary decision to determine if the discretion was exercised properly. In the decision of *Rubin*, *supra*, the Federal Court of Appeal stated:

In my view, section 49 clothes the Court with jurisdiction to determine whether the head of the institution is authorized to refuse disclosure. The discretion given to the institutional head is not unfettered. It must be exercised in accordance with recognized legal principles. It must also be used in a manner which is in accord with the conferring statute. (Lord Reid in *Padfield v. Minister of Agriculture, Fisheries and Food*, [1968] A.C. 997 (H.L.) at pages 1030, 1034). The applicable legal principles are well stated by Wilson J. in the *Oakwood* case when she said that an administrative decision-maker "must be seen not only to have restricted its gaze to factors within its statutory mandate but must also be seen to have turned its mind to all the factors relevant to the proper fulfillment of its statutory decision-making function."<sup>44</sup>

If the Court determines that the discretion was properly exercised, then the decision of the Minister will be upheld. However, if the Court determines

Il appartient au ministère intéressé d'établir que l'information a été communiquée à, ou par, un avocat du gouvernement en vue de fournir aux fonctionnaires supérieurs des conseils sur les ramifications juridiques des actes ministériels proposés. En outre, il faut montrer que l'information donnée était et demeure de nature confidentielle; ce caractère confidentiel devait exister au moment où l'information a été communiquée et doit continuer d'exister depuis ce temps *Congrès juif canadien c. M.E.I. (Canada)*, T-1284-92, le 10 mars 1995, non publié (C.F. 1<sup>re</sup> inst.) [Voir [1995] F.C.J. No. 362]<sup>43</sup>.

Dans les décisions précitées, les tribunaux ont énoncé la définition que la common law donne du secret professionnel des avocats, ainsi que la règle de fond qui s'applique aux renseignements protégés en vertu de cette définition. C'est dans ce cadre que je réviserai les documents contenus dans le dossier secret pour déterminer si le ministre a commis une erreur en concluant que les documents étaient à bon droit protégés par le secret professionnel de l'avocat.

#### b. La décision discrétionnaire

Ainsi que je l'ai déjà dit en ce qui concerne le dossier principal, j'estime que la Cour doit se contenter de réviser la décision discrétionnaire pour déterminer si le pouvoir discrétionnaire a été régulièrement exercé. À cet égard, dans l'arrêt *Rubin*, précité, la Cour d'appel fédérale déclare:

À mon avis, l'article 49 confère à la Cour le pouvoir de déterminer si le responsable de l'institution peut refuser de donner communication. Le pouvoir discrétionnaire du responsable de l'institution n'est pas absolu. Il doit être exercé conformément aux principes de droit reconnus. On doit en faire usage d'une manière compatible avec la loi habilitante (lord Reid dans l'affaire *Padfield v. Minister of Agriculture, Fisheries and Food*, [1968] A.C. 997 (H.L.), aux pages 1030, 1034). Dans l'affaire *Oakwood*, le juge Wilson a bien formulé les principes juridiques applicables lorsqu'elle a dit que: «Il faut donc non seulement (qu'un organisme de décision administrative) ait tenu compte uniquement de facteurs qui relèvent de la compétence que lui a conférée la loi, mais aussi qu'elle ait pris en considération tous les facteurs dont elle doit tenir compte pour bien remplir la fonction de prise de décisions qu'elle a aux termes de la loi»<sup>44</sup>.

Si elle conclut que le pouvoir discrétionnaire a été régulièrement exercé, la Cour confirme la décision du ministre. Cependant, si la Cour en vient à une autre

otherwise, then as was discussed above in relation to the main record, an appropriate order of this Court would be to refer the matter back to the Minister to exercise his/her discretion properly.

ii. Section 19: Personal Information Exemption

The second ground upon which the respondent claims that the documents contained within the secret record are exempt from disclosure is the personal information exemption set out in section 19 of the Act. The operation of section 19 was discussed in detail above, and accordingly nothing more need be said about it at this time.

iii. Section 25: Severance Provision

When reviewing the secret record, the Court must also consider the applicability of section 25 of the Act.<sup>45</sup> This section obliges the head of the institution to disclose any part of the record that does not contain information that the head of the institution is authorized to refuse to disclose, if that part of the record can reasonably be severed. Associate Chief Justice Jerome stressed the importance of the requirement that information only be disclosed if it could reasonably be severed in the decision of *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Solicitor General)*, wherein he stated the following:

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

...

Disconnected snippets of releasable information taken from otherwise exempt passages are not, in my view, reasonably severable. [Emphasis added.]<sup>46</sup>

Applying the common law definition of solicitor-client privilege together with section 25 to this record,

conclusion, une ordonnance appropriée pourrait consister pour la Cour, comme nous en avons déjà parlé au sujet du dossier principal, à renvoyer l'affaire au ministre pour qu'il exerce régulièrement son pouvoir discrétionnaire.

ii. L'article 19: l'exemption relative aux renseignements personnels

Le second moyen qu'invoque l'intimé pour affirmer qu'il est exempté de communiquer les documents contenus dans le dossier secret est tiré de l'exemption prévue à l'article 19 de la Loi en ce qui concerne les renseignements personnels. J'ai déjà discuté en détail de l'application de l'article 19 et il n'est donc pas nécessaire d'ajouter quoi que ce soit à ce sujet pour le moment.

iii. Article 25: la disposition relative aux prélèvements

Lorsqu'elle révisé le dossier secret, la Cour doit également se demander si l'article 25 de la Loi s'applique<sup>45</sup>. Cet article oblige le responsable de l'institution à communiquer les parties du dossier qui sont dépourvues de renseignements que le responsable de l'institution peut refuser de communiquer, à condition que le prélèvement de ces parties ne pose pas de problèmes sérieux. Dans le jugement *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Solliciteur général)*, le juge en chef adjoint Jerome a souligné l'importance de la condition suivant laquelle les renseignements ne peuvent être communiqués que si leur prélèvement ne pose pas de problèmes sérieux. Voici en quels termes il s'est exprimé:

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

...

Des bribes de renseignements pouvant être divulgués, extraits de passages par ailleurs protégés ne peuvent être prélevés sans poser de problèmes sérieux. [Non souligné dans l'original.]<sup>46</sup>

J'estime que, si l'on applique ensemble la définition que la common law donne du secret professionnel ce

it is my opinion that when the head of the institution has refused to disclose information on the basis of the solicitor-client privilege exemption of section 23, and where the Court determines that solicitor-client privilege is applicable, it will be infrequent that section 25 should apply to sever part of the record, making it releasable. The quotation from *Susan Hosiery*, set out above, made it clear that although the facts contained within a communication between a solicitor and his/her client may not themselves be privileged, the document within which they are contained is privileged. As was discussed above, section 23 does provide a discretionary exemption, as it only states that the head of the institution may refuse to disclose information protected by solicitor-client privilege. Accordingly, it could be argued, in a case where the facts contained within a solicitor-client privileged document are not privileged in and of themselves, that such would be an appropriate case for the Minister to sever this portion of the document and exercise his/her discretion under section 23 of the Act to release this severed portion of information. The applicant has submitted that an appropriate approach is to order such background facts severed and disclosed.<sup>47</sup>

In theory, under the Act this would be permissible, as section 23 is a discretionary exemption rather than a mandatory exemption, so although the factual portion of a communication may be "privileged" under the *Susan Hosiery* definition, section 23 gives the Minister the discretion to release it, and section 25 gives the Minister the authority to sever and release parts of the record. However, it is my opinion, that if the Minister chooses to exercise his/her discretion to retain solicitor-client privilege and therefore refuses disclosure of the information, that would not constitute an improper exercise of discretion. The concept of solicitor-client privilege is well established in our common-law, and the reasons behind it remain of utmost importance today. The Exchequer Court articulated those reasons as follows, in the *Susan Hosiery* decision:

l'avocat et l'article 25, lorsque le responsable de l'institution refuse, comme en l'espèce, de communiquer les renseignements demandés en invoquant l'exemption prévue à l'article 23 en ce qui concerne les renseignements protégés par le secret professionnel de l'avocat, et lorsque la Cour conclut que le privilège du secret professionnel de l'avocat s'applique, l'article 25 ne devrait s'appliquer que rarement pour permettre le prélèvement des parties du dossier qui peuvent être communiquées. Il ressort de l'extrait précité du jugement *Susan Hosiery* que, bien que les faits contenus dans une communication échangée entre un avocat et son client puissent ne pas être eux-mêmes protégés, le document duquel ils sont tirés l'est. Ainsi que je l'ai déjà dit, l'article 23 prévoit effectivement une exemption discrétionnaire, car il porte simplement que le responsable de l'institution peut refuser de communiquer les renseignements protégés par le secret professionnel de l'avocat. En conséquence, on pourrait, dans un cas où les faits contenus dans un document protégé par le secret professionnel de l'avocat ne sont pas eux-mêmes protégés, soutenir qu'il y aurait lieu pour le ministre de prélever cette partie du document et exercer le pouvoir discrétionnaire que lui confère l'article 23 de la Loi pour communiquer la partie du document ainsi prélevée. Le requérant affirme que la façon de procéder qu'il convient de suivre consiste à ordonner que les faits de base en question soient prélevés et communiqués<sup>47</sup>.

En théorie, selon la Loi, cette façon de procéder serait permise, étant donné que l'article 23 constitue une exemption discrétionnaire plutôt qu'une exemption obligatoire, de sorte que même, si la partie factuelle d'une communication est «protégée» au sens de la définition contenue dans le jugement *Susan Hosiery*, l'article 23 confère au ministre le pouvoir discrétionnaire de la communiquer, et l'article 25 lui donne le pouvoir de prélever et de divulguer des parties du dossier. J'estime toutefois que si le ministre choisit d'exercer son pouvoir discrétionnaire en invoquant le privilège du secret professionnel de l'avocat et qu'il refuse en conséquence de communiquer les renseignements demandés, cette décision ne constitue pas un exercice irrégulier de son pouvoir discrétionnaire. Le concept du secret professionnel de l'avocat est solidement implanté en common law, et les raisons qui

justifient son existence conservent toujours une importance capitale. La Cour de l'Échiquier a exposé de la façon suivante les raisons en question dans le jugement *Susan Hosiery*:

In so far as the solicitor-client communications are concerned, the reason for the rule, as I understand it, is that, if a member of the public is to receive the real benefit of legal assistance that the law contemplates that he should, he and his legal adviser must be able to communicate quite freely without the inhibiting influence that would exist if what they said could be used in evidence against him so that bits and pieces of their communications could be taken out of context and used unfairly to his detriment unless their communications were at all times framed so as not only to convey their thoughts to each other but so as not to be capable of being misconstrued by others. The reason for the rule, and the rule itself, extends to the communications for the purpose of getting legal advice, to incidental materials that would tend to reveal such communications, and to the legal advice itself. It is immaterial whether they are verbal or in writing.

<sup>a</sup> [TRADUCTION] En ce qui concerne les communications entre l'avocat et son client, la raison d'être du principe tient, sauf erreur, au fait que pour qu'un simple citoyen puisse bénéficier véritablement du droit de consulter un avocat que la loi lui reconnaît, lui et son avocat doivent pouvoir communiquer entre eux tout à fait librement sans l'influence inhibitrice à laquelle ils seraient soumis si ce qu'ils disent pouvait être utilisé en preuve contre eux de sorte que des fragments de leurs communications pourraient être tirés de leur contexte et être utilisés de façon injuste à leur détriment sauf si leurs communications étaient conçues en tout temps de manière non seulement à se transmettre mutuellement leur pensée mais de manière aussi à ne pas être mal interprétés par autrui. La raison d'être du principe, et le principe lui-même, s'appliquent aux communications échangées en vue d'obtenir des conseils juridiques, aux documents <sup>c</sup> accessoires qui seraient susceptibles de révéler la teneur de ces communications et aux conseils juridiques eux-mêmes. <sup>d</sup> Il importe peu qu'ils soient verbaux ou écrits.

Turning to the "lawyer's brief" rule, the reason for the rule is, obviously, that, under our adversary system of litigation, a lawyer's preparation of his client's case must not be inhibited by the possibility that the materials that he prepares can be taken out of his file and presented to the court in a manner other than that contemplated when they were prepared. What would aid in determining the truth when presented in the manner contemplated by the solicitor who directed its preparation might well be used to create a distortion of the truth to the prejudice of the client when presented by someone adverse in interest who did not understand what gave rise to its preparation. If lawyers were entitled to dip into each other's briefs by means of the discovery process, the straightforward preparation of cases for trial would develop into a most unsatisfactory travesty of our present system.<sup>48</sup>

Pour en venir au principe applicable au «dossier de l'avocat», sa raison d'être tient évidemment à ce que, dans notre système judiciaire fondé sur le principe du débat contradictoire, l'avocat ne doit pas être gêné dans la préparation du dossier de son client par la possibilité que des documents qu'il rédige soient retirés de son dossier et déposés devant le tribunal à des fins autres que celles qu'il envisage. Les documents qui aideraient à mettre à jour la vérité s'ils étaient préparés de la façon prévue par l'avocat qui en a dirigé la préparation pourraient fort bien servir à fausser la vérité s'ils étaient soumis par une partie adverse qui ne comprend pas ce qui a donné lieu à leur rédaction. Si les avocats pouvaient fouiller dans les dossiers les uns des autres au moyen du processus de la communication préalable, la simple préparation des dossiers pour l'instruction se transformerait en une regrettable parodie de notre système actuel<sup>48</sup>.

Furthermore, I do not believe that disclosing "disconnected snippets of information" constitutes reasonable severance of the record.

<sup>h</sup> Qui plus est, je ne crois pas que la divulgation de «bribes de renseignements» constitue un prélèvement qui ne pose pas un problème sérieux.

## B. REVIEW OF THE SECRET RECORD

Bearing in the mind the exempting provisions discussed above, I have reviewed the documents contained in the secret record. The documents in the secret record can be divided into the following four groups:

## <sup>i</sup> B. EXAMEN DU DOSSIER SECRET

Tenant compte des dispositions d'exemption que je viens d'analyser, j'ai examiné les documents contenus dans le dossier secret. On peut les diviser en quatre catégories:

- |   |  |
|---|--|
| <p>1. Documents that the respondent claims are exempt from disclosure under section 23 of the Act, as being subject to solicitor-client privilege.</p> <p>2. Documents that the respondent claims are exempt from disclosure under section 19 of the Act, as containing personal information.</p> <p>3. Documents that the respondent claims are exempt from disclosure because they are not relevant as they contain no information.</p> <p>4. Documents that the respondent has not claimed are exempt from disclosure and which have been released to the applicant (8 pages).</p> | <p>1. Les documents dont l'intimé affirme être justifié de refuser la communication en vertu de l'article 23 de la Loi au motif qu'ils sont protégés par le secret professionnel de l'avocat.</p> <p>2. Les documents dont l'intimé affirme devoir refuser la communication en vertu de l'article 19 de la Loi au motif qu'ils contiennent des renseignements personnels.</p> <p>3. Les documents dont l'intimé affirme être justifié de refuser la communication au motif qu'ils ne sont pas pertinents, étant donné qu'ils ne contiennent aucun renseignement.</p> <p>4. Les documents pour lesquels l'intimé n'invoque pas d'exemption et qui ont été communiqués au requérant (8 pages).</p> |
|---|--|

#### Section 23 Exemption

I have reviewed the secret record, document by document, to determine if the Minister was authorized to refuse disclosure of the record or part thereof, on the basis of solicitor-client privilege. As was discussed above, since section 23 is a discretionary exemption provision, there are two decisions to review: the factual decision and the discretionary decision.

In regards to the factual decision, after reviewing the documents I am of the opinion that nearly all of these documents are subject to solicitor-client privilege. With respect to a small number of pages, I found they were not protected by solicitor-client privilege, however I have decided they are irrelevant to the applicant's request for information regarding Mr. Sokolov's current immigration status, and have found the Minister's refusal to disclose them authorized on that basis. However, more will be said of those documents later. Also, with respect to one page, I found it was not protected by solicitor-client privilege, however it did contain personal information and as such I have included it in the discussion below, with respect to the section 19 exemption provision. I therefore find the following pages of the secret record are subject to solicitor-client privilege: 249, 250, 253-255, 258, 263, 268, 274-277, 280-282, 286, 288-290,

#### d L'exemption prévue à l'article 23

J'ai examiné le dossier secret, document par document, pour déterminer si le ministre était justifié de refuser d'en donner communication totale ou partielle sur le fondement du secret professionnel de l'avocat. Ainsi que je l'ai déjà dit, comme l'article 23 constitue une disposition d'exemption discrétionnaire, il y a deux décisions à réviser: la décision de fait et la décision discrétionnaire.

En ce qui concerne la décision de fait, après avoir examiné les documents, je suis d'avis que presque tous ces documents sont protégés par le secret professionnel de l'avocat. J'ai constaté, en ce qui a trait à un petit nombre de pages, qu'elles ne sont pas protégées par le secret professionnel, mais j'ai conclu qu'elles ne se rapportaient pas à la demande de renseignements relative au statut actuel d'immigrant de M. Sokolov, et je suis arrivé à la conclusion que le refus du ministre de les communiquer était, pour cette raison, justifié. Je reviendrai toutefois sur ces documents plus loin. En outre, en ce qui concerne une page, j'en suis venu à la conclusion qu'elle n'était pas protégée par le secret professionnel de l'avocat, mais j'ai constaté qu'elle contenait effectivement des renseignements personnels, ce qui explique pourquoi je l'ai incluse dans la discussion qui suit au sujet de la disposition d'exemption contenue à l'article 19. Je conclus donc

293, 304-310, 313-314, 316-326, 345-347, 350-357, 375-388, 395-397, 398, 400-418, 420, 423-424, 426-432, 434, 438-447, 449-453.

With respect to the documents that I have found are subject to solicitor-client privilege, I must now review the discretionary decision of the respondent, to not release these documents pursuant to section 23. I have discussed above, in the context of the main record, the role of the Court in reviewing a discretionary decision of the Minister. In this case, I am satisfied that the Minister properly exercised his discretion in deciding to refuse disclosure. As the Associate Chief Justice stated in an earlier application before this Court by these same two parties: "From time immemorial it has been a fundamental principle of our system of justice that information or advice given in confidence between lawyer and client is privileged from disclosure to the public."<sup>49</sup> Accordingly, I uphold the decision of the respondent to refuse disclosure of the above listed documents on the basis of solicitor-client privilege.

### Section 19 Exemption

After a review of the documents, I found that nearly all of the documents that the respondent claimed were exempt as containing personal information do in fact contain personal information, and as such are *prima facie* exempt from disclosure pursuant to subsection 19(1) of the Act. With respect to a small number of pages, I found they did not contain personal information, however were irrelevant to the request of the applicant for information pertaining to Mr. Sokolov's immigration status, and thus the Minister was authorized to refuse disclosure on that basis. This will be discussed further below. I therefore find the following pages of the secret record contain personal information: 248, 251-252, 256-257, 260-262, 264-267, 270-

que les pages suivantes du dossier secret sont protégées par le secret professionnel de l'avocat: 249, 250, 253 à 255, 258, 263, 268, 274 à 277, 280 à 282, 286, 288 à 290, 293, 304 à 310, 313 et 314, 316 à 326, 345 à 347, 350 à 357, 375 à 388, 395 à 397, 398, 400 à 418, 420, 423 et 424, 426 à 432, 434, 438 à 447, 449 à 453.

Je dois maintenant réviser la décision discrétionnaire par laquelle l'intimé a refusé, en vertu de l'article 23, de communiquer les documents qui, selon ma conclusion, sont protégés par le secret professionnel. J'ai déjà parlé, dans le cadre du dossier principal, du rôle que joue la Cour lorsqu'elle révisé une décision discrétionnaire du ministre. En l'espèce, je suis convaincu que le ministre a régulièrement exercé son pouvoir discrétionnaire en refusant de communiquer les renseignements demandés. Ainsi que le juge en chef adjoint l'a déclaré au sujet d'une demande antérieurement soumise à notre Cour par les deux mêmes parties: «Depuis toujours, il existe un principe fondamental inhérent à notre système de justice, c'est-à-dire que l'information ou les conseils circulant en confidence entre l'avocat et son client sont protégés par le secret professionnel contre toute intrusion du public»<sup>49</sup>. En conséquence, je confirme la décision par laquelle l'intimé a refusé la communication des documents ci-dessus énumérés en invoquant le secret professionnel de l'avocat.

### L'exemption prévue à l'article 19

Après avoir examiné les documents, j'en suis venu à la conclusion que la presque totalité des documents qui, selon ce qu'affirme l'intimé, sont soustraits à l'obligation de communication au motif qu'ils contiennent des renseignements personnels contiennent effectivement des renseignements personnels et qu'à ce titre, le ministre était à première vue tenu d'en refuser la communication aux termes du paragraphe 19(1) de la Loi. J'en suis venu à la conclusion qu'un petit nombre de pages ne contenaient pas de renseignements personnels; j'estime toutefois que ces pages ne se rapportaient pas à la demande de renseignements faite par le requérant au sujet du statut d'immigrant de M. Sokolov. Le ministre était donc justifié de refuser

272, 279, 287, 295, 297, 301, 303, 312, 315, 327, 329-331, 333-335, 338, 344, 349, 358-363, 365-374, 389-394, 399, 419, 425, 448, 454.

However, I must also review the discretionary decision that must be made under subsection 19(2) of the Act. Mr. Aumand, the Access to Information and Privacy Coordinator, was the delegate of the Minister who refused to disclose these documents to the applicant. In his letter to the applicant, dated February 18, 1994, Mr. Aumand stated that he refused disclosure on the basis of subsection 19(1) and section 23, however only subsection 19(1) is important to this discussion. As has been discussed in detail *supra*, subsection 19(2) provides exceptions to the otherwise mandatory exemption provision of subsection 19(1). Mr. Aumand does not indicate whether or not he took into consideration the potential exceptions from exemption provided for under subsection 19(2). As was also discussed above, even if Mr. Aumand had found that an exception in subsection 19(2) applied, it would then be in his discretion as to whether or not the information ought to be disclosed. It is not the role of this Court to substitute its discretion for that of the Minister's. I am not satisfied that there was sufficient evidence indicating that Mr. Aumand improperly exercised his discretion, and accordingly I uphold the decision of the respondent to refuse disclosure of the above listed documents, pursuant to the section 19 exemption provision.

#### Irrelevant Documents

The applicant's request for information of January 15, 1992, by Mr. Eric Vernon of the Canadian Jewish Congress, specifically requested information as to Mr. Sokolov's "current immigration status".<sup>50</sup> Section 6 of

la communication pour cette raison. Je reviendrai plus loin sur cette question. Je conclus donc que les pages suivantes du dossier secret renferment des renseignements personnels: 248, 251 et 252, 256 et 257, 260 à 262, 264 à 267, 270 à 272, 279, 287, 295, 297, 301, 303, 312, 315, 327, 329 à 331, 333 à 335, 338, 344, 349, 358 à 363, 365 à 374, 389 à 394, 399, 419, 425, 448 et 454.

Il me faut cependant aussi réviser la décision discrétionnaire qui doit être prise en vertu du paragraphe 19(2) de la Loi. M. Aumand, coordonnateur de l'accès à l'information et de la protection des renseignements personnels, est le représentant du ministre qui a refusé de communiquer les documents en question au requérant. Dans la lettre qu'il a adressée au requérant le 18 février 1994, M. Aumand déclare qu'il refuse la communication sur le fondement du paragraphe 19(1) et de l'article 23. Toutefois, seul le paragraphe 19(1) est important dans le cadre de la présente analyse. Ainsi que je l'ai déjà expliqué en détail, le paragraphe 19(2) prévoit des exceptions à la disposition d'exemption par ailleurs obligatoire du paragraphe 19(1). M. Aumand ne précise s'il a tenu compte ou non des exceptions potentielles à l'exemption qui sont prévues au paragraphe 19(2). Ainsi que je l'ai également déjà dit, si M. Aumand avait conclu qu'une des exceptions prévues au paragraphe 19(2) s'appliquait, il aurait alors eu le pouvoir discrétionnaire de décider si les renseignements demandés devaient ou non être communiqués. Il n'appartient pas à notre Cour de substituer son pouvoir discrétionnaire à celui du ministre. Je ne suis pas convaincu qu'il y a suffisamment d'éléments de preuve pour pouvoir penser que M. Aumand a exercé son pouvoir discrétionnaire de façon irrégulière, et je confirme par conséquent la décision de l'intimé de refuser la communication des documents ci-dessus énumérés en vertu de la disposition d'exemption contenue à l'article 19.

#### Documents non pertinents

Dans la demande de renseignements qu'il a formulée le 15 janvier 1992 par la voix de M. Eric Vernon du Congrès juif canadien, le requérant a expressément demandé des renseignements au sujet du «statut actuel

the Act requires the request for information to be in writing and to “provide sufficient detail to enable an experienced employee of the institution with a reasonable effort to identify the record”.<sup>51</sup> Furthermore, section 49 of the Act only applies when the Minister has refused to “disclose a record requested under this Act”. It is my interpretation of the Act that the government institution is only obliged to search for documents relevant to the request, and is likewise only obliged to disclose relevant information. Justice Denault of this Court stated the following in regards to section 6 in the decision of *X*, *supra*, at page 87:

Section 6 imposes an obligation on the applicant to state precisely what he is seeking and a corresponding obligation is imposed on the Canadian institution to make all efforts to locate and identify documents relevant to the request.<sup>52</sup>

However, Justice Denault did state later in the same decision that “[t]he fact that information is not directly related to an access request is not a basis for exemption under the Act”.<sup>53</sup> With all due respect, I find that in the circumstances of the case at bar, if there was a document in the secret record that did not pertain to Mr. Sokolov’s current immigration status, then it is not a record that has been requested, and thus there is no obligation on the respondent to disclose it.

I have reviewed the documents that the respondent claimed were irrelevant and contained no information and I agree with the decision of the respondent not to disclose these documents. They are irrelevant and do not contain any meaningful information, notwithstanding they do not contain any information pertaining to the request of the applicant. I find it is not reasonable to sever these documents and release them. Severance of these documents would result in the release of “disconnected snippets of information”, which is not the purpose of section 25 of the Act. Furthermore, as discussed above, I interpret the Act as only requiring the respondent to search for and disclose those documents relevant to the information requested by the applicant. In addition, as was mentioned above, with

d’immigrant» de M. Sokolov<sup>50</sup>. L’article 6 de la Loi exige que la demande de renseignements soit faite par écrit et qu’elle soit «rédigée en des termes suffisamment précis pour permettre à un fonctionnaire expérimenté de l’institution de trouver le document sans problèmes sérieux»<sup>51</sup>. En outre, l’article 49 de la Loi ne s’applique qu’en cas de refus du ministre de communiquer un document demandé en vertu de la Loi. Suivant l’interprétation que je fais de la Loi, l’institution fédérale est uniquement tenue de chercher les documents qui se rapportent à la demande et elle n’est tenue de communiquer que les renseignements pertinents qu’ils renferment. Voici à cet égard les propos que le juge Denault de notre Cour a tenus au sujet de l’article 6 dans la décision *X*, précitée, à la page 87:

L’article 6 fait au demandeur l’obligation d’indiquer en termes précis ce qu’il cherche à se faire communiquer, et à l’institution fédérale intéressée l’obligation correspondante de faire tous les efforts pour trouver les documents visés par la demande<sup>52</sup>.

Toutefois, le juge Denault a effectivement déclaré plus loin dans la même décision «[q]ue ces renseignements n’aient pas un rapport direct avec la demande de communication ne constitue pas un motif d’exemption prévu par la Loi»<sup>53</sup>. En toute déférence, je conclus que, eu égard aux circonstances de la présente affaire, s’il y avait un document dans le dossier secret qui ne se rapportait pas au statut actuel d’immigrant de M. Sokolov, ce n’est pas un document qui a été demandé et l’intimé n’est donc pas tenu de le communiquer.

J’ai examiné les documents qui, selon ce qu’affirme l’intimé, ne sont pas pertinents et qui ne contiennent aucun renseignement et je souscris à la décision de l’intimé de ne pas les communiquer. Ils ne sont pas pertinents et ils ne contiennent aucun renseignement utile, et encore moins de renseignements se rapportant à la demande du requérant. J’estime qu’on ne pourrait pas sans problème sérieux prélever des extraits de ces documents et les divulguer. Le prélèvement d’extraits de ces documents donnerait lieu à la communication de simples «bribes de renseignements» et ce n’est pas l’objet que vise l’article 25 de la Loi. En outre, ainsi que je l’ai déjà dit, suivant l’interprétation que j’en fais, la Loi oblige uniquement l’intimé à chercher et à communiquer les documents qui se rapportent aux

respect to a small number of pages that the respondent claimed were exempt on the sections 19 or 23 basis, I find they fall under the category of irrelevant documents, and I uphold the Minister's decision to refuse disclosure, on this basis. Therefore, I find the following pages of the secret record are irrelevant to the information requested by the applicant, and the respondent need not disclose them to the applicant: 259, 269, 273, 294, 296, 298-300, 311, 328, 336-337, 339-343, 348, 364, 421-422, 433, 435-437.

#### Documents Already Disclosed

According to Exhibit B of the supplementary affidavit of Helen Sparks,<sup>54</sup> sworn August 30, 1994, the following pages of the secret record were disclosed to the applicant in February of 1994, by Mr. Aumand: 278, 283, 284, 285, 291, 292, 302, 332. If these documents have not already been disclosed to the applicant, then I hereby order they be disclosed forthwith.

#### IV. CONCLUSION

With respect to the main record, I order that the information request of the applicant, dated January 15, 1992, be referred back to the respondent for review and redetermination by a different delegate of the respondent, that review and redetermination to be made on an expedited basis.

I uphold the respondent's decision to refuse disclosure of the following pages of the secret record on the basis of section 23 of the Act: 249-250, 253-255, 258, 263, 268, 274-277, 280-282, 286, 288-290, 293, 304-310, 313-314, 316-326, 345-347, 350-357, 375-388, 395-396, 397, 398, 400-418, 420, 423-424, 426-432, 434, 438-447, 449-453.

Similarly, I uphold the respondent's decision to refuse disclosure of the following pages of the secret record on the basis they contain personal information

renseignements demandés par le requérant. Qui plus est, ainsi que je l'ai déjà mentionné, je conclus que le petit nombre de pages qui, selon ce qu'affirme l'intimé, sont protégées en vertu de l'article 19 ou de l'article 23, font partie de la catégorie des documents qui ne sont pas pertinents, et je confirme la décision du ministre de refuser leur communication pour ce motif. Par conséquent, je conclus que les pages suivantes du dossier secret ne se rapportent pas aux renseignements demandés par le requérant et que l'intimé n'est pas tenu de les lui communiquer: 259, 269, 273, 294, 296, 298 à 300, 311, 328, 336 et 337, 339 à 343, 348, 364, 421 et 422, 433, 435 à 437.

#### Documents déjà communiqués

Suivant l'annexe B de l'affidavit supplémentaire souscrit le 30 août 1994 par M<sup>me</sup> Helen Sparks<sup>54</sup>, les pages suivantes du dossier secret ont été communiquées au requérant en février 1994 par M. Aumand: 278, 283, 284, 285, 291, 292, 302 et 332. Si ces documents n'ont pas déjà été communiqués au requérant, j'ordonne par la présente qu'ils le soient sans délai.

#### IV. DISPOSITIF

En ce qui concerne le dossier principal, j'ordonne que la demande de renseignements faite le 15 janvier 1992 par le requérant soit renvoyée à l'intimé pour qu'un autre de ses représentants la réexamine et prenne une nouvelle décision à son sujet de façon accélérée.

Je confirme la décision par laquelle l'intimé a refusé la communication des pages suivantes du dossier secret en vertu de l'article 23 de la Loi: 249 et 250, 253 à 255, 258, 263, 268, 274 à 277, 280 à 282, 286, 288 à 290, 293, 304 à 310, 313 et 314, 316 à 326, 345 à 347, 350 à 357, 375 à 388, 395 et 396, 397, 398, 400 à 418, 420, 423 et 424, 426 à 432, 434, 438 à 447, 449 à 453.

De la même façon, je confirme la décision par laquelle l'intimé a refusé la communication des pages suivantes du dossier secret au motif qu'elles contien-

and are exempt from disclosure under section 19 of the Act: 248, 251-252, 256-257, 260-262, 264-267, 270-272, 279, 287, 295, 297, 301, 303, 312, 315, 327, 329-331, 333-335, 338, 344, 349, 358-363, 365-374, 389-394, 399, 419, 425, 448, 454.

As for the following pages of the secret record, I find the Minister was authorized in refusing disclosure, as they are irrelevant to the information requested by the applicant: 259, 269, 273, 294, 296, 298-300, 311, 328, 336-337, 339-343, 348, 364, 421-422, 433, 435-437.

If the following pages of the secret record have not already been disclosed to the applicant, then I order the respondent to disclose them forthwith: 278, 283, 284, 285, 291, 292, 302, 332.

<sup>1</sup> S. 41 reads as follows:

**41.** Any person who has been refused access to a record requested under this Act or a part thereof may, if a complaint has been made to the Information Commissioner in respect of the refusal, apply to the Court for a review of the matter within forty-five days after the time the results of an investigation of the complaint by the Information Commissioner are reported to the complainant under subsection 37(2) or within such further time as the Court may, either before or after the expiration of those forty-five days, fix or allow.

<sup>2</sup> S. 19 reads as follows:

**19.** (1) Subject to subsection (2), the head of a government institution shall refuse to disclose any record requested under this Act that contains personal information as defined in section 3 of the *Privacy Act*.

(2) The head of a government institution may disclose any record requested under this Act that contains personal information if

- (a) the individual to whom it relates consents to the disclosure;
- (b) the information is publicly available; or
- (c) the disclosure is in accordance with section 8 of the *Privacy Act*.

<sup>3</sup> S. 23 reads as follows:

**23.** The head of a government institution may refuse to disclose any record requested under this Act that contains information that is subject to solicitor-client privilege.

<sup>4</sup> The relevant portions of ss. 13 and 15 read as follows:

ment des renseignements personnels et qu'elles ne peuvent être communiquées en vertu de l'article 19 de la Loi: 248, 251 et 252, 256 et 257, 260 à 262, 264 à 267, 270 à 272, 279, 287, 295, 297, 301, 303, 312, 315, 327, 329 à 331, 333 à 335, 338, 344, 349, 358 à 363, 365 à 374, 389 à 394, 399, 419, 425, 448 et 454.

Quant aux pages suivantes du dossier secret, je conclus que le ministre était justifié d'en refuser la communication, étant donné qu'elles ne se rapportent pas aux renseignements demandés par le requérant: 259, 269, 273, 294, 296, 298 à 300, 311, 328, 336 et 337, 339 à 343, 348, 364, 421 et 422, 433, 435 à 437.

J'ordonne à l'intimé de communiquer sans délai au requérant, s'il ne l'a déjà fait, les pages suivantes du dossier secret: 278, 283, 284, 285, 291, 292, 302 et 332.

<sup>1</sup> L'art. 41 dispose:

**41.** La personne qui s'est vu refuser communication totale ou partielle d'un document demandé en vertu de la présente loi et qui a déposé ou fait déposer une plainte à ce sujet devant le Commissaire à l'information peut, dans un délai de quarante-cinq jours suivant le compte rendu du Commissaire prévu au paragraphe 37(2), exercer un recours en révision de la décision de refus devant la Cour. La Cour peut, avant ou après l'expiration du délai, le proroger ou en autoriser la prorogation.

<sup>2</sup> L'art. 19 dispose:

**19.** (1) Sous réserve du paragraphe (2), le responsable d'une institution fédérale est tenu de refuser la communication de documents contenant les renseignements personnels visés à l'article 3 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*.

(2) Le responsable d'une institution fédérale peut donner communication de documents contenant des renseignements personnels dans les cas où:

- a) l'individu qu'ils concernent y consent;
- b) le public y a accès;
- c) la communication est conforme à l'article 8 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*.

<sup>3</sup> L'art. 23 dispose:

**23.** Le responsable d'une institution fédérale peut refuser la communication de documents contenant des renseignements protégés par le secret professionnel qui lie un avocat à son client.

<sup>4</sup> Voici les dispositions pertinentes des art. 13 et 15:

13. (1) Subject to subsection (2), the head of a government institution shall refuse to disclose any record requested under this Act that contains information that was obtained in confidence from

(a) the government of a foreign state or an institution thereof.

...

15. (1) The head of a government institution may refuse to disclose any record requested under this Act that contains information the disclosure of which could reasonably be expected to be injurious to the conduct of international affairs. . . . [Emphasis added.]

<sup>5</sup> Respondent's application record, paras. 9, 14 and 22.

<sup>6</sup> Respondent's application record, paras. 14 and 24.

<sup>7</sup> S. 49 reads as follows:

49. Where the head of a government institution refuses to disclose a record requested under this Act or a part thereof on the basis of a provision of this Act not referred to in section 50, the Court shall, if it determines that the head of the institution is not authorized to refuse to disclose the record or part thereof, order the head of the institution to disclose the record or part thereof, subject to such conditions as the Court deems appropriate, to the person who requested access to the record, or shall make such other order as the Court deems appropriate.

<sup>8</sup> *Air Atonabee Ltd. v. Canada (Minister of Transport)* (1989), 27 F.T.R. 194 (F.C.T.D.) (hereinafter *Air Atonabee*).

<sup>9</sup> S. 46 reads as follows:

46. Notwithstanding any other Act of Parliament or any privilege under the law of evidence, the Court may, in the course of any proceedings before the Court arising from an application under section 41, 42 or 44, examine any record to which this Act applies that is under the control of a government institution and no such record may be withheld from the Court on any grounds.

<sup>10</sup> S. 44 of the Act is a comparable provision to s. 41 of the Act, however it makes provision for a third party to apply for review of a decision regarding disclosure, whereas if the requester of the information seeks a review of such a decision, he/she applies under s. 41. Both of these sections provide for a review by the Federal Court.

<sup>11</sup> *Air Atonabee*, *supra*, note 8.

<sup>12</sup> [1992] 1 F.C. 77 (T.D.) (hereinafter *X*).

<sup>13</sup> [1995] F.C.J. No. 63 (T.D.) (QL).

<sup>14</sup> [1995] F.C.J. No. 822 (T.D.) (QL) (hereinafter *Wells*).

<sup>15</sup> [1994] 3 F.C. 527 (T.D.) (hereinafter *Sutherland*).

13. (1) Sous réserve du paragraphe (2), le responsable d'une institution fédérale est tenu de refuser la communication de documents contenant des renseignements obtenus à titre confidentiel:

a) des gouvernements des États étrangers ou de leurs organismes.

...

15. (1) Le responsable d'une institution fédérale peut refuser la communication de documents contenant des renseignements dont la divulgation risquerait vraisemblablement de porter préjudice à la conduite des affaires internationales. . . . [Non souligné dans l'original.]

<sup>5</sup> Dossier de la demande de l'intimé, par. 9, 14 et 22.

<sup>6</sup> Dossier de la demande de l'intimé, par. 14 et 24.

<sup>7</sup> L'art. 49 dispose:

49. La Cour, dans les cas où elle conclut au bon droit de la personne qui a exercé un recours en révision d'une décision de refus de communication totale ou partielle d'un document fondée sur des dispositions de la présente loi autres que celles mentionnées à l'article 50, ordonne, aux conditions qu'elle juge indiquées, au responsable de l'institution fédérale dont relève le document en litige d'en donner à cette personne communication totale ou partielle; la Cour rend une autre ordonnance si elle l'estime indiqué.

<sup>8</sup> *Air Atonabee Ltd. c. Canada (Ministre du transport)* (1989), 27 F.T.R. 194 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.) (ci-après appelé *Air Atonabee*).

<sup>9</sup> L'art. 46 dispose:

46. Nonobstant toute autre loi fédérale et toute immunité reconnue par le droit de la preuve, la Cour a, pour les recours prévus aux articles 41, 42 et 44, accès à tous les documents qui relèvent d'une institution fédérale et auxquels la présente loi s'applique; aucun de ces documents ne peut, pour quelque motif que ce soit, lui être refusé.

<sup>10</sup> L'art. 44 de la Loi est comparable à l'art. 41 de la Loi. Il permet toutefois à un tiers d'exercer un recours en révision de la décision relative à la communication, tandis que, si la personne qui demande la communication des renseignements sollicite la révision de cette décision, elle exerce son recours en vertu de l'art. 41. Ces deux articles donnent à la Cour fédérale le pouvoir de réviser la décision en question.

<sup>11</sup> *Air Atonabee*, précitée, note 8.

<sup>12</sup> [1992] 1 C.F. 77 (1<sup>re</sup> inst.) (ci-après appelée *X*).

<sup>13</sup> [1995] F.C.J. n° 63 (1<sup>re</sup> inst.) (QL).

<sup>14</sup> [1995] A.C.F. n° 822 (1<sup>re</sup> inst.) (QL) (ci-après appelée *Wells*).

<sup>15</sup> [1994] 3 C.F. 527 (1<sup>re</sup> inst.) (ci-après appelée *Sutherland*).

<sup>16</sup> (1994), 86 F.T.R. 266 (F.C.T.D.) (hereinafter *Terry*).

<sup>17</sup> Respondent's application record, paras. 9, 14 and 22.

<sup>18</sup> (1992), 6 Admin. L.R. (2d) 54 (F.C.T.D.) (hereinafter *Kelly*).

<sup>19</sup> S. 41 of the *Privacy Act* reads as follows:

41. Any individual who has been refused access to personal information requested under subsection 12(1) may, if a complaint has been made to the Privacy Commissioner in respect of the refusal, apply to the Court for a review of the matter within forty-five days after the time the results of an investigation of the complaint by the Privacy Commissioner are reported to the complainant under subsection 35(2) or within such further time as the Court may, either before or after the expiration of those forty-five days, fix or allow.

<sup>20</sup> *Kelly, supra*, note 18, at p. 58.

<sup>21</sup> The purpose of the Act is set out in s. 2(1), which reads as follows:

2. (1) The purpose of this Act is to extend the present laws of Canada to provide a right of access to information in records under the control of a government institution in accordance with the principles that government information should be available to the public, that necessary exceptions to the right of access should be limited and specific and that decisions on the disclosure of government information should be reviewed independently of government.

A person's right to access is provided by subsection 4(1), which reads as follows:

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

(a) a Canadian citizen, or

(b) a permanent resident within the meaning of the *Immigration Act*,

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

<sup>22</sup> *Kelly, supra*, note 18, at pp. 58-59.

<sup>23</sup> *Rubin v. Canada (Canada Mortgage and Housing Corp.)*, [1989] 1 F.C. 265 (C.A.), at p. 277 (hereinafter *Rubin*).

<sup>24</sup> S. 3 of the *Privacy Act* reads as follows:

3. In this Act,

...

“personal information” means information about an identifiable individual that is recorded in any form including, without restricting the generality of the foregoing,

<sup>16</sup> (1994), 86 F.T.R. 266 (1<sup>re</sup> inst.) (ci-après appelée *Terry*).

<sup>17</sup> Dossier de demande de l'intimé, par. 9, 14 et 22.

<sup>18</sup> (1992), 6 Admin. L.R. (2d) 54 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.) (ci-après appelé *Kelly*).

<sup>19</sup> L'art. 41 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* dispose:

41. L'individu qui s'est vu refuser communication de renseignements personnels demandés en vertu du paragraphe 12(1) et qui a déposé ou fait déposer une plainte à ce sujet devant le Commissaire à la protection de la vie privée peut, dans un délai de quarante-cinq jours suivant le compte rendu du Commissaire prévu au paragraphe 35(2), exercer un recours en révision de la décision de refus devant la Cour. La Cour peut, avant ou après l'expiration du délai, le proroger ou en autoriser la prorogation.

<sup>20</sup> *Kelly, précité*, note 18, à la p. 58.

<sup>21</sup> L'objet de la Loi est énoncé à l'art. 2(1), qui énonce:

2. (1) La présente loi a pour objet d'élargir l'accès aux documents de l'administration fédérale en consacrant le principe du droit du public à leur communication, les exceptions indispensables à ce droit étant précises et limitées et les décisions quant à la communication étant susceptibles de recours indépendants du pouvoir exécutif.

Le droit d'accès des personnes est prévu à l'art. 4(1) [mod. par L.C. 1992, ch. 1, art. 144], qui est ainsi libellé:

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

a) les citoyens canadiens;

b) les résidents permanents au sens de la *Loi sur l'immigration*.

<sup>22</sup> *Kelly, précité*, note 18, aux p. 58 et 59.

<sup>23</sup> *Rubin c. Canada (Société canadienne d'hypothèques et de logement)*, [1989] 1 C.F. 265 (C.A.), à la p. 277 (ci-après appelé *Rubin*).

<sup>24</sup> L'art. 3 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* dispose:

3. Les définitions qui suivent s'appliquent à la présent loi.

...

«renseignements personnels» Les renseignements, quels que soient leur forme et leur support, concernant un individu identifiable, notamment:

- (a) information relating to the race, national or ethnic origin, colour, religion, age or marital status of the individual,
- (b) information relating to the education or the medical, criminal or employment history of the individual or information relating to financial transactions in which the individual has been involved,
- (c) any identifying number, symbol or other particular assigned to the individual,
- (d) the address, fingerprints or blood type of the individual,
- (e) the personal opinions or views of the individual except where they are about another individual or about a proposal for a grant, an award or a prize to be made to another individual by a government institution or a part of a government institution specified in the regulations,
- (f) correspondence sent to a government institution by the individual that is implicitly or explicitly of a private or confidential nature, and replies to such correspondence that would reveal the contents of the original correspondence,
- (g) the views or opinions of another individual about the individual,
- (h) the views or opinions of another individual about a proposal for a grant, an award or a prize to be made to the individual by an institution or a part of an institution referred to in paragraph (e), but excluding the name of the other individual where it appears with the views or opinions of the other individual, and
- (i) the name of the individual where it appears with other personal information relating to the individual or where the disclosure of the name itself would reveal information about the individual,

but, for the purposes of section 7, 8 and 26 and section 19 of the *Access to Information Act*, does not include

- (j) information about an individual who is or was an officer or employee of a government institution that relates to the position or functions of the individual including,
  - (i) the fact that the individual is or was an officer or employee of the government institution,
  - (ii) the title, business address and telephone number of the individual,
  - (iii) the classification, salary range and responsibilities of the position held by the individual,
  - (iv) the name of the individual on a document prepared by the individual in the course of employment, and
  - (v) the personal opinions or views of the individual given in the course of employment,
- (k) information about an individual who is or was performing services under contract for a government

- a) les renseignements relatifs à sa race, à son origine nationale ou ethnique, à sa couleur, à sa religion, à son âge ou à sa situation de famille;
- b) les renseignements relatifs à son éducation, à son dossier médical, à son casier judiciaire, à ses antécédents professionnels ou à des opérations financières auxquelles il a participé;
- c) tout numéro ou symbole, ou toute autre indication identificatrice, qui lui est propre;
- d) son adresse, ses empreintes digitales ou son groupe sanguin;
- e) ses opinions ou ses idées personnelles, à l'exclusion de celles qui portent sur un autre individu ou sur une proposition de subvention, de récompense ou de prix à octroyer à un autre individu par une institution fédérale, ou subdivision de celle-ci visée par règlement;
- f) toute correspondance de nature, implicitement ou explicitement, privée ou confidentielle envoyée par lui à une institution fédérale, ainsi que les réponses de l'institution dans la mesure où elles révèlent le contenu de la correspondance de l'expéditeur;
- g) les idées ou opinions d'autrui sur lui;
- h) les idées ou opinions d'un autre individu qui portent sur une proposition de subvention, de récompense ou de prix à lui octroyer par une institution, ou subdivision de celle-ci, visée à l'alinéa e), à l'exclusion du nom de cet autre individu si ce nom est mentionné avec les idées ou opinions;
- i) son nom lorsque celui-ci est mentionné avec d'autres renseignements personnels le concernant ou lorsque la seule divulgation du nom révélerait des renseignements à son sujet;

toutefois, il demeure entendu que, pour l'application des articles 7, 8 et 26 et de l'article 19 de la *Loi sur l'accès à l'information*, les renseignements personnels ne comprennent pas les renseignements concernant:

- j) un cadre ou employé, actuel ou ancien, d'une institution fédérale et portant sur son poste ou ses fonctions, notamment:
  - (i) le fait même qu'il est ou a été employé par l'institution,
  - (ii) son titre et les adresse et numéro de téléphone de son lieu de travail,
  - (iii) la classification, l'éventail des salaires et les attributions de son poste,
  - (iv) son nom lorsque celui-ci figure sur un document qu'il a établi au cours de son emploi,
  - (v) les idées et opinions personnelles qu'il a exprimées au cours de son emploi;
- k) un individu qui, au titre d'un contrat, assure ou a assuré la prestation de services à une institution fédérale

institution that relates to the services performed, including the terms of the contract, the name of the individual and the opinions or views of the individual given in the course of the performance of those services,

(l) information relating to any discretionary benefit of a financial nature, including the granting of a licence or permit, conferred on an individual, including the name of the individual and the exact nature of the benefit, and

(m) information about an individual who has been dead for more than twenty years.

<sup>25</sup> *Sutherland, supra*, note 15.

<sup>26</sup> S. 48 reads as follows:

48. In any proceedings before the Court arising from an application under section 41 or 42, the burden of establishing that the head of a government institution is authorized to refuse to disclose a record requested under this Act or a part thereof shall be on the government institution concerned.

<sup>27</sup> S. 8 of the *Privacy Act* reads as follows:

8. (1) Personal information under the control of a government institution shall not, without the consent of the individual to whom it relates, be disclosed by the institution except in accordance with this section.

(2) Subject to any other Act of Parliament, personal information under the control of a government institution may be disclosed

...

(m) for any purpose where, in the opinion of the head of the institution,

(i) the public interest in disclosure clearly outweighs any invasion of privacy that could result from the disclosure, or

(ii) disclosure would clearly benefit the individual to whom the information relates.

<sup>28</sup> [1986] 3 F.C. 63 (T.D.) (hereinafter *Information Commissioner*).

<sup>29</sup> *Ibid.*, at p. 67.

<sup>30</sup> [1991] 3 F.C. 325 (T.D.) (hereinafter *Bland*).

<sup>31</sup> *Sutherland, supra*, note 15, at p. 543.

<sup>32</sup> *Terry, supra*, note 16, at p. 270.

<sup>33</sup> T-426-95, order dated 23/6/95, F.C.T.D., not yet reported, at p. 3 of reasons.

<sup>34</sup> *Air Atonabee, supra*, note 8.

<sup>35</sup> *Ibid.*, at p. 206.

<sup>36</sup> *X, supra*, note 12.

<sup>37</sup> *Ibid.*, at pp. 107-108.

<sup>38</sup> [1991] 3 F.C. 617 (T.D.), at p. 622.

<sup>39</sup> [1982] 1 S.C.R. 860, at p. 875.

<sup>40</sup> [1969] 2 Ex. C.R. 27, at p. 33 (hereinafter *Susan Hosiery*).

et portant sur la nature de la prestation, notamment les conditions du contrat, le nom de l'individu ainsi que les idées et opinions personnelles qu'il a exprimées au cours de la prestation;

l) des avantages financiers facultatifs, notamment la délivrance d'un permis ou d'une licence accordés à un individu, y compris le nom de celui-ci et la nature précise de ces avantages;

m) un individu décédé depuis plus de vingt ans.

<sup>25</sup> *Sutherland, précité*, note 15.

<sup>26</sup> L'art. 48 dispose:

48. Dans les procédures découlant des recours prévus aux articles 41 ou 42, la charge d'établir le bien-fondé du refus de communication totale ou partielle d'un document incombe à l'institution fédérale concernée.

<sup>27</sup> L'art. 8 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* est ainsi libellé:

8. (1) Les renseignements personnels qui relèvent d'une institution fédérale ne peuvent être communiqués, à défaut du consentement de l'individu qu'ils concernent, que conformément au présent article.

(2) Sous réserve d'autres lois fédérales, la communication des renseignements personnels qui relèvent d'une institution fédérale est autorisée dans les cas suivants:

...

m) communication à toute autre fin dans les cas où, de l'avis du responsable de l'institution:

(i) des raisons d'intérêt public justifieraient nettement une éventuelle violation de la vie privée,

(ii) l'individu concerné en tirerait un avantage certain.

<sup>28</sup> [1986] 3 C.F. 63 (1<sup>re</sup> inst.) (ci-après appelé *Commissaire à l'information*).

<sup>29</sup> *Id.*, à la p. 67.

<sup>30</sup> [1991] 3 C.F. 325 (1<sup>re</sup> inst.) (ci-après appelé *Bland*).

<sup>31</sup> *Sutherland, précité*, note 15, à la p. 543.

<sup>32</sup> *Terry, précité*, note 16, à la p. 270.

<sup>33</sup> T-426-95, ordonnance en date du 23-6-95, C.F. 1<sup>re</sup> inst., encore inédite, à la p. 3 des motifs.

<sup>34</sup> *Air Atonabee, précité*, note 8.

<sup>35</sup> *Ibid.*, à la p. 206.

<sup>36</sup> *X, précité*, note 12.

<sup>37</sup> *Ibid.*, aux p. 107 et 108.

<sup>38</sup> [1991] 3 C.F. 617 (1<sup>re</sup> inst.), aux p. 622 et 623.

<sup>39</sup> [1982] 1 R.C.S. 860, à la p. 875.

<sup>40</sup> [1969] 2 R.C.É. 27, à la p. 33 (ci-après appelé *Susan Hosiery*).

<sup>41</sup> *Ibid.*

<sup>42</sup> (1991), 89 Sask. R. 1 (Q.B.), at p. 8.

<sup>43</sup> *Wells, supra*, note 14, at pp. 5-7.

<sup>44</sup> *Rubin, supra*, note 23, at pp. 273-274.

<sup>45</sup> S. 25 reads as follows:

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

<sup>46</sup> [1988] 3 F.C. 551 (T.D.), at pp. 558-559.

<sup>47</sup> Applicant's memorandum of fact and law, para. 112.

<sup>48</sup> *Susan Hosiery, supra*, note 40, at pp. 33-34.

<sup>49</sup> *Canadian Jewish Congress v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1995] F.C.J. No. 362 (T.D.) (QL), at p. 11.

<sup>50</sup> Respondent's application record, Exhibit A of affidavit of Kathy Wesley, dated August 11, 1995.

<sup>51</sup> S. 6 reads as follows:

6. A request for access to a record under this Act shall be made in writing to the government institution that has control of the record and shall provide sufficient detail to enable an experienced employee of the institution with a reasonable effort to identify the record.

<sup>52</sup> *X, supra*, note 12, at p. 87.

<sup>53</sup> *Ibid.*, at p. 108.

<sup>54</sup> Applicant's application record, Tab 7.

<sup>41</sup> *Ibid.*

<sup>42</sup> (1991), 89 Sask. R. 1 (B.R.), à la p. 8.

<sup>43</sup> *Wells*, précité, note 14, aux p. 6 et 7.

<sup>44</sup> *Rubin*, précité, note 23, aux p. 273 et 274.

<sup>45</sup> L'art. 25 dispose:

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

<sup>46</sup> [1988] 3 C.F. 551 (1<sup>re</sup> inst.), aux p. 558 et 559.

<sup>47</sup> Exposé des faits et du droit du requérant, par. 112.

<sup>48</sup> *Susan Hosiery*, précité, note 40, aux p. 33 et 34.

<sup>49</sup> *Congrès juif canadien c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1995] F.C.J. n<sup>o</sup> 362 (1<sup>re</sup> inst.) (QL), à la p. 11.

<sup>50</sup> Dossier de la demande de l'intimé, annexe A de l'affidavit souscrit par M<sup>me</sup> Kathy Wesley le 11 août 1995.

<sup>51</sup> L'art. 6 dispose:

6. La demande de communication d'un document se fait par écrit auprès de l'institution fédérale dont relève le document; elle doit être rédigée en des termes suffisamment précis pour permettre à un fonctionnaire expérimenté de l'institution de trouver le document sans problèmes sérieux.

<sup>52</sup> *X*, précité, note 12, à la p. 87.

<sup>53</sup> *Ibid.*, à la p. 108.

<sup>54</sup> Dossier de la demande du requérant, onglet 7.