

T-2922-91

T-2922-91

Ken Rubin (Applicant)**Ken Rubin (requérant)**

v.

c.

The Clerk of the Privy Council (Respondent)**a Greffier du Conseil privé (intimé)***INDEXED AS: RUBIN v. CANADA (CLERK OF THE PRIVY COUNCIL) (T.D.)**RÉPERTORIÉ: RUBIN c. CANADA (GREFFIER DU CONSEIL PRIVÉ) (1re INST.)*

Trial Division, Rothstein J.—Ottawa, January 13 and March 2, 1993.

Section de première instance, juge Rothstein—Ottawa, 13 janvier et 2 mars 1993.

Access to information — Application to review refusal, pursuant to Access to Information Act, ss. 35, 16(1)(c), to disclose communications between PCO and Information Commissioner concerning earlier complaints — Neither s. 35 nor s. 16(1)(c) valid basis for refusal to disclose herein — S. 35 applies “in the course of an investigation or complaint”, not after conclusion of Commissioner’s investigation — Meaning of “representations” in s. 35 — S. 16(1)(c) not justifying confidentiality of investigative process of Information Commissioner, but confidentiality relating to records arising in individual cases.

Accès à l’information — Demande de révision du refus, fondé sur les art. 35, 16(1)c) de la Loi sur l’accès à l’information, de divulguer les communications échangées entre le BCP et le Commissaire à l’information concernant des plaintes antérieures — Ni l’art. 35 ni l’art. 16(1)c) ne constituent des motifs valables du refus de communication en l’espèce — L’art. 35 s’applique «au cours de l’enquête [menée sur la plainte]» et non après la conclusion de l’enquête du Commissaire — Sens du terme «observations» figurant à l’art. 35 — L’art. 16(1)c) justifie non pas la confidentialité à l’égard du processus d’enquête du Commissaire à l’information mais la confidentialité qui se rapporte aux documents relatifs à des cas particuliers.

This was an application to review the refusal to disclose communications between the Privy Council Office (PCO) and the Information Commissioner and any internal memos regarding the applicant’s complaints about two earlier refusals of requests for information about remuneration of government appointees. The request was denied under *Access to Information Act*, subsection 35(2) which provides that “In the course of an investigation of a complaint . . . no one is entitled as of right . . . to have access to . . . representations made to the Commissioner by any other person”. In upholding that refusal, the Information Commissioner indicated that paragraph 16(1)(c) also applied. Paragraph 16(1)(c) provides that the head of a government institution may refuse to disclose any record that contains information, the disclosure of which could reasonably be expected to be injurious to the conduct of lawful investigations. The applicant argued that section 35 did not apply because it was not located within that part of the Act which lists specific grounds for refusing access to information under government control. He also submitted that once the Commissioner’s investigation is complete, section 35 does not afford any protection. It was further argued that “representations” means only the actual documents forwarded to the Commissioner by the government institution, and not any of the internal or draft documents that were generated before the representations were prepared in final form. He also objected to the “untimely citation” of paragraph 16(1)(c), as he had not been informed that it was to be relied upon as an alternative ground for refusing access until he received the Commissioner’s letter. He submitted that the government institution named in an access request was bound to rely only on the grounds it originally stated in its notice of refusal.

Il s’agit d’une demande de révision du refus de divulguer les communications échangées entre le Bureau du Conseil privé (BCP) et le Commissaire à l’information et les notes de service internes concernant les plaintes du requérant au sujet de deux rejets antérieurs des demandes de renseignements sur le traitement des personnes nommées par le gouvernement. La demande a été rejetée en vertu du paragraphe 35(2) de la *Loi sur l’accès à l’information* qui prévoit que «Au cours de l’enquête [menée sur la plainte] . . . nul n’ayant le droit absolu . . . lorsqu’une autre personne présente des observations au Commissaire à l’information, . . . d’en recevoir communication». En confirmant ce refus, le Commissaire à l’information a fait savoir que l’alinéa 16(1)c) s’appliquait également. Cet alinéa prévoit que le responsable d’une institution fédérale peut refuser la communication de documents contenant des renseignements dont la divulgation risquerait vraisemblablement de nuire au déroulement d’enquêtes licites. Le requérant prétend que l’article 35 ne s’applique pas parce qu’il ne fait pas partie de la section de la Loi qui énumère des motifs précis permettant de refuser de communiquer des renseignements de l’administration fédérale. Il soutient également que dès que le Commissaire a terminé son enquête, l’article 35 n’accorde plus aucune protection. Il est allégué en outre que le terme «observations» ne désigne que les documents effectivement transmis au Commissaire par l’institution fédérale et non les documents internes ou projets de documents qui ont été rédigés avant la rédaction de la version définitive des observations. Il s’oppose également à la «citation inopportune» de l’alinéa 16(1)c), parce qu’il n’a été mis au courant du fait que cet alinéa était invoqué comme moyen subsidiaire pour refuser l’accès demandé que lorsqu’il a reçu la lettre du Commissaire. Il fait

The issue was whether either section 35 or 16 provided a valid basis for refusing the access request.

Held, the application should be allowed. The record should be disclosed, except for three pages pertaining to applicant's prior disclosure application which was refused under other provisions of the Act.

Neither section 35 nor paragraph 16(1)(c) was a valid basis for refusing the access request. "Representations" must include the documents leading to the submissions that are ultimately made to the Information Commissioner. That term is wide enough to include all drafts and supporting documentation generated within the government institution for the purpose of communicating with the Information Commissioner. Communications from the Information Commissioner to a government institution would also be covered if they deal with submissions made by the government institution. Most proceedings are governed by the dictates of the rules of natural justice and procedural fairness. They must be open and parties should know the case of the other side to be able to respond to it. Access to information proceedings are different because they deal with whether or not information which is the subject of the proceeding should or should not be kept confidential. Open discussion of the merits of whether or not the information should be kept confidential could disclose the subject information. This is one reason for section 35. A second reason relates to the role of the Information Commissioner. A credible and effective Information Commissioner should have significant persuasive power to encourage voluntary resolution of requests for information under government control. An important aspect of the development of that credibility and effectiveness is the maintenance of strict confidentiality of information that is given to the Commissioner. Enhancing the persuasive influence of the Commissioner is consistent with the objective that access requests should be resolved quickly and at minimal cost. Forced disclosure of representations could result in the role of the Information Commissioner becoming more formal and the process less effective. This is not in the interest of timely access to information under government control which is the rationale for the legislation. In spite of these observations, and the perception that Parliament intended the Office of the Information Commissioner to be an efficient and effective mediator in disputes involving access to information under government control, section 35 clearly applies only "in the course of an investigation of a complaint", and not after the conclusion of the investigation. The prohibition to access is not limited to "sensitive" documents.

The confidentiality justified by paragraph 16(1)(c) relates to records that arise in individual cases. Paragraph 16(1)(c) is not

valoir que l'institution fédérale nommée dans une demande de communication n'est tenue de se fonder que sur les motifs qu'elle a initialement énoncés dans son avis de refus.

La question se pose de savoir si les articles 35 et 16 prévoient un motif valable pour rejeter la demande de communication.

Jugement: la demande doit être accueillie. Le document doit être communiqué, sauf trois pages se rapportant à la demande de communication antérieure du requérant qui a été rejetée en vertu d'autres dispositions de la Loi.

Ni l'article 35 ni l'alinéa 16(1)c ne constituent des motifs valables pour refuser la demande de communication. On doit assimiler aux «observations» les documents menant aux observations finalement présentées au Commissaire à l'information. Ce mot est suffisamment large pour comprendre toutes les versions provisoires et tous les documents d'appui qui sont rédigés au sein d'une institution fédérale dans le but de communiquer avec le Commissaire à l'information. Les communications préparées par le Commissaire à l'information à l'intention d'une institution fédérale seraient également visées si elles portaient sur des observations formulées par l'institution fédérale. La plupart des procédures sont régies par les règles de la justice naturelle et de l'équité procédurale. Elles doivent être publiques, et les parties devraient connaître les arguments de l'autre partie afin d'y répondre. Les procédures en matière d'accès à l'information sont différentes, parce qu'elles portent sur la question de savoir si les renseignements qui font l'objet de la procédure devraient ou non être gardés confidentiels. Une discussion ouverte sur l'opportunité de garder ou non les renseignements confidentiels pourrait révéler les renseignements confidentiels. C'est l'une des raisons qui explique l'existence de l'article 35. Une seconde raison se rapporte au rôle du Commissaire à l'information. Un commissaire crédible et efficace devrait avoir un pouvoir de persuasion suffisamment important pour encourager le règlement volontaire des demandes de renseignements qui se trouvent entre les mains de l'administration fédérale. Un aspect important du développement de cette crédibilité et de cette efficacité est le respect de la stricte confidentialité des renseignements qui sont communiqués au Commissaire. L'amélioration du pouvoir de persuasion du Commissaire à l'information s'accorde avec l'objectif qui veut que l'on règle rapidement et à peu de frais les demandes de communication. La divulgation forcée des observations pourrait rendre le rôle du Commissaire à l'information plus formel et diminuer l'efficacité du processus. Cela ne favorise pas l'accès rapide aux renseignements de l'administration fédérale, lequel accès constitue la raison d'être de la Loi. Malgré ces remarques et le fait que le législateur fédéral voulait que le Bureau du Commissaire à l'information soit un médiateur efficace et efficace dans les différends portant sur l'accès aux renseignements de l'administration fédérale, il est clair que l'article 35 s'applique seulement «au cours de l'enquête [menée sur la plainte]», et non après la conclusion de l'enquête. L'interdiction de communication n'est pas limitée aux documents «délicats».

La confidentialité justifiée par l'alinéa 16(1)c se rapporte aux documents relatifs à des cas particuliers. L'alinéa 16(1)c

a a procedural provision that justifies confidentiality in respect of the investigative process of the Information Commissioner. To so interpret paragraph 16(1)(c) would render much of section 35 redundant.

Three pages of the requested record appeared to contain confidential information pertaining to the subject-matter of the applicant's prior substantive access application respecting remuneration of government appointees. That matter had not yet been heard and determined by the Court. Disclosure of those pages as a result of these proceedings would result in the release of some information which may be the subject of the applicant's prior application without it being determined on its merits. An access request should not be a back-door means of obtaining access to information that is the subject of another proceeding. Nor should the process result in the same information having to be considered in three separate hearings. Access to information proceedings involving requests for representations to the Information Commissioner should not, unless special circumstances warrant, be heard and determined before determination on the substantive access request that gave rise to the Information Commissioner proceedings. This would not rule out consolidating the original application and the application for representations in an appropriate case.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Access to Information Act, R.S.C., 1985, c. A-1, ss. 4, 16(1)(c), 21(1), 35, 36 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 27, s. 187), 41, 61, 62, 64.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

American Airlines, Inc. v. Canada (Competition Tribunal), [1989] 2 F.C. 88; (1988), 54 D.L.R. (4th) 741; 33 Admin. L.R. 229; 23 C.P.R. (3d) 178; 89 N.R. 241 (C.A.).

CONSIDERED:

X v. Canada (Minister of National Defence), [1992] 1 F.C. 77; (1991), 46 F.T.R. 206 (T.D.); *Davidson v. Canada (Solicitor General)*, [1989] 2 F.C. 341; (1989), 36 Admin. L.R. 251; 47 C.C.C. (3d) 104; 24 C.P.R. (3d) 129; 98 N.R. 126 (C.A.).

APPLICATION to review the refusal under *Access to Information Act*, subsection 35(2) and paragraph 16(1)(c) to disclose communications between the Privy Council Office and the Information Commissioner and any internal memos regarding the applicant's complaints about two earlier refusals of requests for information. Application allowed, except

n'est pas une disposition procédurale qui justifie la confidentialité à l'égard du processus d'enquête du Commissaire à l'information. Interpréter ainsi l'alinéa 16(1)(c) rendrait superflues la plupart des dispositions de l'article 35.

Trois pages du document demandé semblent renfermer des renseignements confidentiels se rapportant à l'objet de la demande de communication que le requérant a présentée au sujet du traitement des personnes nommées par le gouvernement. Cette question doit d'abord être entendue et tranchée par la Cour. La divulgation de ces pages à la suite de la présente instance entraînerait la communication de certains renseignements qui peuvent faire l'objet de la demande antérieure du requérant sans que cette demande antérieure soit tranchée au fond. On ne devrait pas se servir d'une demande de communication comme moyen détourné pour obtenir la communication de renseignements qui font l'objet d'une autre procédure. Le processus ne devrait pas non plus se solder par l'examen des renseignements dans le cadre de trois audiences distinctes. Les procédures d'accès à l'information qui renferment des demandes de communication d'observations présentées au Commissaire à l'information ne devraient pas, à moins que des circonstances spéciales ne le justifient, être entendues et tranchées avant que ne soit jugée la demande substantielle d'accès à l'origine de l'instance qui se déroule devant le Commissaire à l'information. Cela n'exclut pas la possibilité de combiner la demande initiale et la demande de communication d'observations dans certaines circonstances.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi sur l'accès à l'information, L.R.C. (1985), ch. A-1, art. 4, 16(1)(c), 21(1), 35, 36 (mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 27, art. 187), 41, 61, 62, 64.

JURISPRUDENCE

DÉCISION APPLIQUÉE:

American Airlines, Inc. c. Canada (Tribunal de la concurrence), [1989] 2 C.F. 88; (1988), 54 D.L.R. (4th) 741; 33 Admin. L.R. 229; 23 C.P.R. (3d) 178; 89 N.R. 241 (C.A.).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

X c. Canada (Ministre de la Défense nationale), [1992] 1 C.F. 77; (1991), 46 F.T.R. 206 (1^{re} inst.); *Davidson c. Canada (Procureur général)*, [1989] 2 C.F. 341; (1989), 36 Admin. L.R. 251; 47 C.C.C. (3d) 104; 24 C.P.R. (3d) 129; 98 N.R. 126 (C.A.).

DEMANDE de révision du refus, fondé sur le paragraphe 35(2) et l'alinéa 16(1)(c) de la *Loi sur l'accès à l'information*, de divulguer les communications échangées entre le Bureau du Conseil privé et le Commissaire à l'information et les notes de service internes concernant les plaintes formulées par le requérant au sujet de deux rejets antérieurs de

for three pages relating to applicant's prior application.

APPEARANCE:

Ken Rubin on his own behalf.

COUNSEL:

Barbara McIsaac for respondent.

APPLICANT ON HIS OWN BEHALF:

Ken Rubin, Ottawa.

SOLICITORS:

Deputy Attorney General of Canada for respondent.

The following are the reasons for order rendered in English by

ROTHSTEIN J.: This application is made pursuant to section 41 of the *Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1 (the "Act"). In this application Ken Rubin has applied to this Court to review the refusal by the Privy Council Office (PCO) to accommodate his November 1, 1990 access to information request in which he sought:

correspondence/communications records between yourselves and the Information Commissioner or their office regarding my complaint re PCO request 108-2/896060 and request 108-2/886055, and any internal memos/briefing notes/correspondence.

Mr. Rubin's November 1, 1990, request makes reference to two earlier access to information requests. One is a previous request of his (#896060) and the other, that of another individual, Don Sellar (#886055). These previous requests sought information relating to *per diem* rates/ranges for government appointees and specifically, the remuneration of Allan Gotlieb, Chairman of the Canada Council under order in council P.C. 1988-2584. Both of these previous access requests were refused by the PCO. Following these refusals, Mr. Rubin and Mr. Sellar filed complaints with the Office of the Information Commissioner ("the Commissioner"). That office found that the refusals by the PCO were well founded. While it appears that Mr. Sellar did not pur-

demandes de renseignements. Demande accueillie, excepté trois pages se rapportant à la demande antérieure du requérant.

a ONT COMPARU:

Ken Rubin pour son propre compte.

AVOCATS:

b *Barbara McIsaac* pour l'intimé.

LE REQUÉRANT POUR SON PROPRE COMPTE:

Ken Rubin, Ottawa.

c PROCUREURS:

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

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

LE JUGE ROTHSTEIN: La présente requête est fondée sur l'article 41 de la *Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), ch. A-1 (la «Loi»). Dans la présente requête, Ken Rubin demande à notre Cour de réviser la décision par laquelle le Bureau du Conseil privé (BCP) a refusé la demande d'accès à l'information qu'il a présentée le 1^{er} novembre 1990 en vue d'obtenir:

f [TRADUCTION] les documents contenant la correspondance et les communications échangées entre vous-mêmes et le Commissaire à l'information ou votre bureau relativement à la plainte que j'ai déposée au sujet des demandes 108-2/896060 et 108-2/886055 du BCP, ainsi que toute note de service, note d'information et correspondance internes.

Dans sa demande du 1^{er} novembre, M. Rubin mentionne deux demandes antérieures d'accès à l'information. L'une d'entre elles concerne une demande qu'il a déjà présentée (la demande n^o 896060) et l'autre, celle d'une autre personne, Don Sellar (demande n^o 886055). Ces demandes antérieures visaient à obtenir des renseignements concernant les échelles et les taux quotidiens de rémunération de personnes nommées par le gouvernement et, plus précisément, le traitement que touchait Allan Gotlieb, le président du Conseil des arts du Canada, aux termes du décret C.P. 1988-2584. Ces deux demandes antérieures d'accès à l'information ont été refusées par le BCP. À la suite de ces refus, M. Rubin et M. Sellar ont déposé une plainte auprès du Bureau du Commis-

sue his request further, Mr. Rubin, following the procedure as laid out in the Act, took a further step and filed an application for a review of the PCO's denial of his request (#896060), with this Court. (That application for review has not yet come before the Court).

On November 1, 1990, Mr. Rubin filed a fresh request with the PCO in which he sought the communications between the PCO and the Commissioner with respect to his and Mr. Sellar's prior requests.

By letter dated December 17, 1990, the PCO advised Mr. Rubin that his request was being denied by virtue of section 35 of the Act. Upon receipt of this letter, Mr. Rubin filed a complaint with the Commissioner. On October 8, 1991, the Commissioner wrote to Mr. Rubin to advise him that it was the Commissioner's opinion that the PCO's refusal, based on section 35 of the Act, was well founded. The Commissioner also indicated that paragraph 16(1)(c) of the Act was a "proper means" for withholding disclosure. It is a review of this November 1, 1990 request which is now before the Court.

ISSUES

This application for review raises two issues:

(a) Is section 35 of the Act a valid basis for refusing the access request in this case?

(b) Is section 16 of the Act a valid basis for refusing the access request in this case?

STATUTORY REFERENCES

The relevant portion of section 16 of the Act provides:

16. (1) The head of a government institution may refuse to disclose any record requested under this Act that contains

. . .

saire à l'information («le Commissaire»). Ce bureau a conclu que les refus formulés par le BCP étaient bien fondés. Bien qu'il semble que M. Sellar n'ait pas poussé sa demande plus loin, M. Rubin, suivant la procédure énoncée dans la Loi, a entrepris une autre démarche et a déposé devant notre Cour une demande de révision de la décision par laquelle le BCP avait refusé sa demande (n° 896060) (la Cour n'a pas encore été saisie de cette demande de révision).

Le 1^{er} novembre 1990, M. Rubin a déposé auprès du BCP une nouvelle demande dans laquelle il a réclamé les communications échangées entre le BCP et le Commissaire au sujet de sa première demande et de celle de M. Sellar.

Par lettre datée du 17 décembre 1990, le BCP a informé M. Rubin que sa demande était refusée en vertu de l'article 35 de la Loi. Sur réception de cette lettre, M. Rubin a déposé une plainte auprès du Commissaire. Le 8 octobre 1991, le Commissaire a écrit à M. Rubin pour l'informer que le Commissaire était d'avis que le refus du BCP, qui reposait sur l'article 35 de la Loi, était bien fondé. Le Commissaire a également précisé que l'alinéa 16(1)c) de la Loi était un [TRADUCTION] «moyen approprié» de refuser la communication. La Cour est maintenant saisie d'une demande de révision de cette demande du 1^{er} novembre 1990.

QUESTIONS EN LITIGE

La présente demande de révision soulève deux points litigieux:

a) Peut-on valablement invoquer l'article 35 de la Loi dans le cas qui nous occupe pour refuser une demande de communication?

b) Peut-on valablement invoquer l'article 16 de la Loi dans le cas qui nous occupe pour refuser une demande de communication?

DISPOSITIONS LÉGISLATIVES

Voici les dispositions pertinentes de l'article 16 de la Loi:

16. (1) Le responsable d'une institution fédérale peut refuser la communication de documents:

. . .

(c) information the disclosure of which could reasonably be expected to be injurious to the enforcement of any law of Canada or a province or the conduct of lawful investigations, including, without restricting the generality of the foregoing, any such information

- (i) relating to the existence or nature of a particular investigation,
- (ii) that would reveal the identity of a confidential source of information, or
- (iii) that was obtained or prepared in the course of an investigation;

Section 35 of the Act provides:

35. (1) Every investigation of a complaint under this Act by the Information Commissioner shall be conducted in private.

(2) In the course of an investigation of a complaint under this Act by the Information Commissioner, a reasonable opportunity to make representations shall be given to

- (a) the person who made the complaint,
- (b) the head of the government institution concerned, and
- (c) where the Information Commissioner intends to recommend under subsection 37(1) that a record or a part thereof be disclosed that contains or that the Information Commissioner has reason to believe might contain

- (i) trade secrets of a third party
- (ii) information described in paragraph 20(1)(b) that was supplied by a third party, or
- (iii) information the disclosure of which the Information Commissioner could reasonably foresee might effect a result described in paragraph 20(1)(c) or (d) in respect of a third party,

the third party, if the third party can reasonably be located,

but no one is entitled as of right to be present during, to have access to or to comment on representations made to the Commissioner by any other person.

POSITION OF THE PARTIES

Mr. Rubin

Mr. Rubin raised a number of separate points which, in my view, may be summarized by the two issues of this application.

SECTION 35:

As to section 35 of the Act, Mr. Rubin argued that the PCO had erred by invoking the section as the reason for not allowing him access to the requested records. He submitted that section 35 could not be used in such a manner because it was not located

c) contenant des renseignements dont la divulgation risquerait vraisemblablement de nuire aux activités destinées à faire respecter les lois fédérales ou provinciales ou au déroulement d'enquêtes licites, notamment:

- (i) des renseignements relatifs à l'existence ou à la nature d'une enquête déterminée,
- (ii) des renseignements qui permettraient de remonter à une source de renseignements confidentielle,
- (iii) des renseignements obtenus ou préparés au cours d'une enquête;

L'article 35 de la Loi dispose:

35. (1) Les enquêtes menées sur les plaintes par le Commissaire à l'information sont secrètes.

(2) Au cours de l'enquête, les personnes suivantes doivent avoir la possibilité de présenter leurs observations au Commissaire à l'information, nul n'ayant toutefois le droit absolu d'être présent lorsqu'une autre personne présente des observations au Commissaire à l'information, ni d'en recevoir communication ou de faire des commentaires à leur sujet:

- a) la personne qui a déposé la plainte;
- b) le responsable de l'institution fédérale concernée;
- c) le tiers visé au paragraphe 27(1), si le Commissaire à l'information a l'intention de recommander, en vertu du paragraphe 37(1), la communication d'un document visé au paragraphe 27(1).

THÈSE DES PARTIES

M. Rubin

M. Rubin a soulevé plusieurs points distincts qui, à mon avis, peuvent être résumés par les deux questions en litige dans la présente demande.

L'ARTICLE 35:

En ce qui concerne l'article 35 de la Loi, M. Rubin fait valoir que le BCP a commis une erreur en invoquant cet article pour justifier son refus de lui communiquer les documents demandés. Il prétend que l'article 35 ne pouvait être utilisé de cette manière

within the “EXEMPTIONS” part of the Act, this being a reference to sections 13 to 26 of the Act which list specific grounds for refusing access to information under government control. In his oral submission, he did allow that section 35 could be used as a ground for refusing to disclose “sensitive” records. However, he added that any material of a “sensitive” nature could also be exempted under one of the specific exemptions provided for in the Act.

In addition, he said that the term “[i]n the course of an investigation of a complaint” in section 35 must be interpreted such that once the Commissioner’s investigation is complete, any protection afforded submissions made during that investigation is ended. Further, he argued that the term “representations” must be interpreted as meaning only the actual documents forwarded to the Commissioner by the government institution and not any of the internal or draft documents that were generated before the representations were prepared in final form.

Mr. Rubin also asserted that by accepting the PCO’s invocation of section 35 as a proper ground for refusing his access request, the Commissioner was reversing the previous policy of that Office, and that by doing so, it would inhibit future access to information under government control. He produced a letter from the previous Commissioner in which she, in a case in which the government had invoked section 35 to resist disclosure, did not support the government’s use of section 35 as a ground for refusing an access request for representations made to the Commissioner.

PARAGRAPH 16(1)(c):

Mr. Rubin focused on what he called the “untimely citation” of paragraph 16(1)(c) of the Act. It was his position that the use of paragraph 16(1)(c) to resist disclosure was not initially indicated as the basis for the PCO’s refusal and that he was not informed of its use as an alternative ground for refusing access to the requested records until he received the Commissioner’s letter of October 8, 1991 supporting the PCO’s position refusing access.

parce qu’il ne fait pas partie de la section intitulée «EXCEPTIONS» de la Loi, c’est-à-dire des articles 13 à 26 de la Loi, qui énumèrent des motifs précis qui permettent de refuser de communiquer des renseignements de l’administration fédérale. Dans sa plaidoirie, il a effectivement reconnu que l’article 35 pouvait être invoqué comme motif de refus de communication de documents «délicats». Il a toutefois ajouté que tout élément d’information «délicat» pouvait également être exempté en vertu de l’une des exceptions spécifiques prévues par la Loi.

En outre, il affirme que l’expression «au cours de l’enquête [menée sur la plainte]» contenue à l’article 35 devait être interprétée de telle manière que dès que le Commissaire a terminé son enquête, toute protection dont bénéficient les observations présentées au cours de cette enquête prend fin. Il soutient aussi que l’on doit interpréter le terme «observations» comme ne désignant que les documents effectivement transmis au Commissaire par l’institution fédérale et non les documents internes ou projets de documents qui ont été rédigés avant la rédaction de la version définitive des observations.

M. Rubin affirme également qu’en acceptant que le BCP a eu raison d’invoquer l’article 35 pour refuser sa demande de communication, le Commissaire faisait volte-face en ce qui concerne la politique suivie jusque là par ce bureau, et que, ce faisant, il entraverait à l’avenir la communication de renseignements de l’administration fédérale. Il a produit une lettre de l’ancienne Commissaire dans laquelle celle-ci, dans un cas où le gouvernement avait invoqué l’article 35 pour s’opposer à la communication, n’avait pas considéré que le BCP avait raison d’invoquer l’article 35 pour refuser une demande de communication d’observations présentées à la Commissaire.

L’ALINÉA 16(1)(c):

M. Rubin s’est concentré sur ce qu’il a appelé la [TRADUCTION] «citation inopportune» de l’alinéa 16(1)(c) de la Loi. Il s’est dit d’avis que le BCP n’avait pas précisé au départ qu’il invoquait l’alinéa 16(1)(c) de la Loi pour s’opposer à la communication. M. Rubin a ajouté qu’il n’avait été mis au courant du fait que cet alinéa était invoqué comme moyen subsidiaire pour refuser la communication des documents demandés que lorsqu’il a reçu la lettre du 8 octobre

In support of this assertion, Mr. Rubin relied on *X v. Canada (Minister of National Defence)*, [1992] 1 F.C. 77 (T.D.) and *Davidson v. Canada (Solicitor General)*, [1989] 2 F.C. 341 (C.A.). The main thrust of these authorities is found in the *Davidson* case, which, it was submitted, held that the government institution named in an access request is bound to rely only on the grounds it originally stated in its notice of refusal.

Mr. Rubin further contended that even if the use of paragraph 16(1)(c) is timely, the PCO had failed to discharge the onus of showing probable injury if the information were released.

THE PCO

SECTION 35:

Counsel for the PCO took the position that the words of section 35 are clear and provide that no one is entitled to representations made to the Information Commissioner. She provided the following rationale for this position:

i) In representations made to the Commissioner to justify denial of an access request, the records to which access is sought may be referred to in some detail. The release of representations made to the Commissioner would defeat the original refusal by the government institution and would deny the government institution the right to maintain confidentiality until a decision of the Court was made on the original refusal.

ii) The position of Commissioner is similar to that of an ombudsman or mediator. For him to effectively function in this capacity, candour of all parties is essential. Such candour will not be achieved unless the parties have complete confidence that information provided to the Commissioner will remain confidential.

Counsel for the PCO also submitted that the term "[i]n the course of an investigation of a complaint",

1991 dans laquelle le Commissaire a appuyé le BCP dans son refus de communiquer les renseignements demandés.

À l'appui de cette prétention, M. Rubin invoque le jugement *X c. Canada (Ministre de la Défense nationale)*, [1992] 1 C.F. 77 (1^{re} inst.) et l'arrêt *Davidson c. Canada (Procureur général)*, [1989] 2 C.F. 341 (C.A.). L'idée maîtresse de ces précédents se trouve dans l'arrêt *Davidson*, dans lequel, prétend M. Rubin, il a été jugé que l'institution fédérale nommée dans une demande de communication n'est tenue de se fonder que sur les motifs qu'elle a initialement énoncés dans son avis de refus.

M. Rubin soutient en outre que même s'il a raison d'invoquer l'alinéa 16(1)c), le BCP ne s'est pas acquitté du fardeau qui lui incombait de démontrer qu'il subirait probablement un préjudice si les renseignements étaient divulgués.

LE BCP

L'ARTICLE 35:

L'avocate du BCP s'est dite d'avis que le libellé de l'article 35 est clair et qu'il énonce que nul n'a le droit absolu de recevoir communication des observations présentées au Commissaire à l'information. Elle a justifié sa prétention de la façon suivante:

[TRADUCTION] (i) Il arrive que, dans les observations présentées au Commissaire pour justifier la décision de refuser une demande de communication, les documents dont on demande communication soient cités en détail. La communication d'observations présentées au Commissaire mettrait en échec le refus initial formulé par l'institution fédérale et nierait à celle-ci le droit de protéger la confidentialité jusqu'à ce que la Cour rende une décision sur le refus initial.

(ii) Le rôle du Commissaire est semblable à celui d'un protecteur du citoyen ou d'un médiateur. Pour qu'il puisse effectivement agir à ce titre, il est essentiel que tous fassent preuve de franchise. On ne pourra obtenir cette franchise que si les intéressés sont entièrement assurés que les renseignements fournis au Commissaire demeureront confidentiels.

L'avocate du BCP prétend également que l'expression «au cours de l'enquête [menée sur la plainte]» ne

does not limit the period of confidentiality solely to the time during which the investigation of the complaint by the Commissioner is being made. Rather, confidentiality of representations to the Information Commissioner must be permanently maintained.

As for the term “representations”, it was submitted that this must include all of the material created in the preparation of the government institution’s response to the Commissioner and any communications from the Commissioner to the government institution.

In response to the argument that exemptions from disclosure had to be justified by one of the provisions in the “EXEMPTIONS” part of the Act, counsel for the PCO submitted that the purpose of section 35 was not to protect specific substantive material but was to protect the process of the Commissioner’s investigation. It was, therefore, not intended to be invoked on the same basis as the specific exemptions in sections 13 to 26. In support of this position, counsel relied on section 4 of the Act which states that the right of access is “[s]ubject to this Act”. Section 35 of the Act is thus a legitimate constraint on the right of access to information under government control.

To further support her position, counsel for the PCO referred to a number of sections in the Act which require the maintenance of confidentiality by the Commissioner e.g., subsections 36(3) [as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 27, s. 187], 36(5), sections 61, 62 and 64. The result of these provisions, it was said, was that Parliament has gone to great lengths to ensure that information provided to the Commissioner over the course of an investigation remains confidential. To allow an individual access to the same material by simply initiating an access request, would be inconsistent with these provisions of the Act.

Counsel for the PCO also asserted that the Commissioner, based on the traditional ombudsman role, has extremely wide powers of investigation, but only the power of persuasion to effect his recommendations. Therefore, to be effective, the Commissioner must foster a sense of trust, candour and respect

limite pas la période de confidentialité à la seule période au cours de laquelle le Commissaire mène son enquête sur une plainte. La confidentialité des observations présentées au Commissaire à l’information doit plutôt être maintenue de façon permanente.

Quant au terme «observations», l’avocate prétend que doivent y être assimilés tous les éléments d’information que crée l’institution fédérale pour se préparer à répondre au Commissaire, ainsi que les communications envoyées par le Commissaire à l’institution fédérale.

En réponse à la prétention que les exceptions à la communication doivent être justifiées par l’une des dispositions de la partie de la Loi relative aux «EXCEPTIONS», l’avocate du BCP soutient que l’article 35 n’a pas pour objet de protéger des éléments d’information substantiels déterminés, mais de protéger le déroulement de l’enquête du Commissaire. Il n’est donc pas conçu de manière à être invoqué de la même manière que les exceptions précises énoncées aux articles 13 à 26. À l’appui de cette prétention, l’avocate invoque l’article 4 de la Loi, qui dispose que le droit d’accès est accordé «[s]ous réserve des autres dispositions de la présente loi». L’article 35 de la Loi constitue donc une restriction légitime au droit d’accès aux renseignements de l’administration fédérale.

Pour étayer davantage sa thèse, l’avocate du BCP cite plusieurs articles de la Loi, qui obligent le Commissaire à préserver la confidentialité, par exemple les paragraphes 36(3) [mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 27, art. 187] et 36(5) et les articles 61, 62 et 64. Elle affirme qu’il ressort de ces dispositions que le législateur fédéral a bien pris soin de s’assurer que les renseignements fournis au Commissaire au cours d’une enquête demeurent confidentiels. Permettre à une personne d’avoir accès aux mêmes éléments d’information par le simple dépôt d’une demande de communication irait à l’encontre des dispositions en question de la Loi.

L’avocate du BCP affirme également que, conformément au rôle traditionnel de protecteur du citoyen, le Commissaire possède des pouvoirs d’enquête extrêmement étendus, mais qu’il n’a qu’un pouvoir de persuasion pour donner effet à ses recommandations. En conséquence, pour être efficace, le Commis-

between his office and the parties. This sort of relationship could only be achieved if the Commissioner could guarantee confidentiality to all parties involved. An expansive interpretation of section 35 was consistent with this objective.

PARAGRAPH 16(1)(c):

In response to Mr. Rubin's contention that paragraph 16(1)(c) of the Act was invoked in an "untimely" manner, counsel for the PCO argued that the rationale in *Davidson*, (*supra*), was that all defences to disclosure should be fully considered at all stages of proceedings (see page 348). Since paragraph 16(1)(c) was first raised as a ground for exemption by the Commissioner himself in this case, the issue must have been fully considered at the Information Commissioner stage.

As to the argument that there was no direct evidence of probable harm from disclosure of the specific representations in this case, counsel for the PCO said that paragraph 16(1)(c) was invoked to protect the Information Commissioner's process and for this reason it was not necessary to justify confidentiality on the basis of specific references to material in the record.

ANALYSIS

The *Access to Information Act* has as its purpose the creation of a right of access to information under government control. Exemptions are recognized but they are limited and specific. Under section 4, the right of access is made "[s]ubject to this Act". The right is thus not absolute.

Subsection 35(2) of the Act commences with the words:

35. . . .

(2) In the course of an investigation of a complaint under this Act by the Information Commissioner . . .

and concludes with the words:

saire doit favoriser l'existence d'un climat de confiance, de franchise et de respect entre son bureau et les personnes intéressées. On ne peut obtenir ce type de relation que si le Commissaire peut garantir la confidentialité à tous les intéressés. Une interprétation libérale de l'article 35 s'accorde selon elle avec cet objectif.

L'ALINÉA 16(1)c):

En réponse à la prétention de M. Rubin suivant laquelle l'alinéa 16(1)c) de la Loi a été invoqué de manière «inopportune», l'avocate du BCP fait valoir que le raisonnement suivi dans l'arrêt *Davidson*, précité, est que tous les motifs invoqués pour s'opposer à la communication devraient être examinés à fond à toutes les étapes de la procédure (voir page 348). Étant donné que l'alinéa 16(1)c) a été invoqué la première fois en l'espèce comme motif d'exemption par le Commissaire lui-même, la question doit avoir été examinée à fond à l'étape où le Commissaire à l'information était saisi de la question.

Quant à la prétention qu'il n'y a pas de preuve directe démontrant que la communication des observations précises causera probablement un préjudice en l'espèce, l'avocate du BCP affirme que l'alinéa 16(1)c) a été invoqué pour protéger le processus du Commissaire à l'information et que, pour cette raison, il n'est pas nécessaire de justifier la confidentialité en se fondant sur des éléments d'information déterminés contenus dans le document.

ANALYSE

La *Loi sur l'accès à l'information* a pour objet de créer le droit à la communication des renseignements de l'administration fédérale. Des exceptions sont reconnues mais elles sont limitées et précises. Aux termes de l'article 4, le droit d'accès est accordé «[s]ous réserve des autres dispositions de la présente loi». Le droit n'est donc pas absolu.

Le paragraphe 35(2) de la Loi commence par les mots suivants:

35. . . .

(2) Au cours de l'enquête [menée sur la plainte par le Commissaire à l'information], . . .

Ce paragraphe renferme aussi la disposition suivante:

but no one is entitled as of right to be present during, to have access to or to comment on representations made to the Commissioner by any other person.

The plain meaning of these words is that no person may have access as of right to representations made to the Commissioner in the course of an investigation.

As to Mr. Rubin's argument that this section only restricts access to sensitive documents, there are no words such as "sensitive" to limit the prohibition to access. It is clear that section 35 contemplates a private investigation by the Commissioner with no right of access by any person to representations made by any party.

Mr. Rubin also argued that the term "representations" does not cover the government institution's internal documents that may be generated in the process of preparing submissions to the Information Commissioner. In his view, there would be a right of access to draft submissions and internal memoranda commenting on the submissions. I do not find this to be a reasonable interpretation of the term representations in the context of, and having regard to the objectives of, section 35. In *American Airlines, Inc. v. Canada (Competition Tribunal)*, [1989] 2 F.C. 88 (C.A.), Iacobucci C.J. (as he then was) stated, with respect to ascertaining the meaning of the words in a section, at page 96:

To ascertain the meaning of the words in the section one should look not only at the dictionary definition and the context but also at the nature of the matters being dealt with in the action as well as the overall objectives of the underlying legislation.

In my view, the term representations must, by necessary implication, include the documents leading to the submissions that are ultimately made to the Information Commissioner. Any other interpretation would defeat the purpose of section 35.

I am of the opinion that the term representations in section 35 is wide enough to include all drafts and

nul n'ayant toutefois le droit absolu d'être présent lorsqu'une autre personne présente des observations au Commissaire à l'information, ni d'en recevoir communication ou de faire des commentaires à leur sujet.

a Le sens de ces mots ne fait aucun doute: nul n'a de plein droit accès aux observations présentées au Commissaire au cours d'une enquête.

b Quant à la prétention de M. Rubin suivant laquelle cet article restreint uniquement l'accès aux documents délicats, l'interdiction de communication n'est restreinte par aucun mot comme le mot «délicat». Il est manifeste que l'article 35 envisage la situation dans laquelle le Commissaire mène une enquête secrète dans le cadre de laquelle nul n'a le droit de recevoir communication des observations présentées par qui que ce soit.

d M. Rubin fait également valoir que le mot «observations» n'englobe pas les documents internes d'une institution fédérale qui peuvent être produits à l'occasion de la préparation d'observations destinées à être présentées au Commissaire à l'information. Il existerait selon lui un droit d'accès à la version provisoire des observations et aux notes de service internes qui contiennent des commentaires sur les observations en question. Cela ne constitue pas selon moi une interprétation raisonnable du mot «observations» dans le contexte de l'article 35, compte tenu également des objectifs de l'article 35. Dans l'arrêt *American Airlines, Inc. c. Canada (Tribunal de la concurrence)*, [1989] 2 C.F. 88 (C.A.), voici ce qu'a déclaré le juge en chef Iacobucci (maintenant juge à la Cour suprême du Canada), au sujet de la détermination de la signification des mots utilisés dans une disposition, à la page 96:

h Pour connaître la signification des mots utilisés dans cette disposition, il y a lieu non seulement d'en vérifier la définition dans le dictionnaire et d'en examiner le contexte, mais également de tenir compte de la nature des questions soulevées dans l'action, ainsi que des objectifs globaux de la loi.

i À mon avis, on doit, par déduction nécessaire, assimiler aux «observations» les documents menant aux observations qui sont finalement présentées au Commissaire à l'information. Toute autre interprétation irait à l'encontre de l'objectif visé par l'article 35.

j Je suis d'avis que le mot «observations» à l'article 35 est suffisamment large pour comprendre toutes les

supporting documentation generated within the government institution for the purpose of communicating with the Information Commissioner. By the same reasoning, communications prepared by the Information Commissioner for a government institution would also be covered by the restriction to access in section 35 if they deal with submissions made by the government institution.¹

Having said this, it must still be determined whether section 35 is to be interpreted as restricting access to representations only during the course of the investigation by the Information Commissioner or whether the restriction continues beyond that time.

Section 35 is an unusual provision. In most proceedings, rules of natural justice or procedural fairness dictate that, *inter alia*, the proceedings are open, that parties are entitled to know the case of the other side, to comment on it and respond to it. Access to information proceedings are different because the proceedings deal with whether or not information which is the subject of the proceeding should or should not be confidential. Open discussion of the merits of whether or not information should be kept confidential could itself, reasonably be expected to disclose the subject information. This is clearly one reason for section 35.

¹ S. 21(1) of the Act also pertains to such drafts and supporting documentation. S. 21(1) states:

21. (1) The head of a government institution may refuse to disclose any record requested under this Act that contains

- (a) advice or recommendations developed by or for a government institution or a minister of the Crown,
- (b) an account of consultations or deliberations involving officers or employees of a government institution, a minister of the Crown or the staff of a minister of the Crown,
- (c) positions or plans developed for the purpose of negotiations carried on or to be carried on by or on behalf of the Government of Canada and considerations relating thereto,
- (d) plans relating to the management of personnel or the administration of a government institution that have not yet been put into operation,

if the record came into existence less than twenty years prior to the request.

versions provisoires et documents d'appui qui sont rédigés au sein d'une institution fédérale dans le but de communiquer avec le Commissaire à l'information. Suivant le même raisonnement, les communications préparées par le Commissaire à l'information à l'intention d'une institution fédérale seraient également visées par la restriction à l'accès prévue par l'article 35 si elles portaient sur des observations formulées par l'institution fédérale¹.

Ceci étant dit, il nous reste encore à déterminer si l'article 35 doit être interprété comme limitant l'accès aux observations uniquement au cours de l'enquête menée par le Commissaire à l'information, ou si la restriction se poursuit au-delà de cette période.

L'article 35 est une disposition inusitée. Dans la plupart des procédures, les règles de la justice naturelle ou de l'équité procédurale exigent notamment que la procédure soit publique, que les parties aient le droit de connaître les arguments de l'autre partie, de formuler leurs commentaires au sujet de ceux-ci et d'y répondre. Les procédures en matière d'accès à l'information sont différentes parce qu'elles portent sur la question de savoir si les renseignements qui font l'objet de la procédure devraient ou non être confidentiels. On pourrait raisonnablement s'attendre à ce qu'une discussion ouverte sur l'opportunité de garder ou non les renseignements confidentiels puisse elle-même révéler les renseignements confidentiels.

¹ L'art. 21(1) de la Loi vise aussi les versions provisoires et les documents d'appui en question. L'art. 21(1) dispose:

21. (1) Le responsable d'une institution fédérale peut refuser la communication de documents datés de moins de vingt ans lors de la demande et contenant:

- a) des avis ou recommandations élaborés par ou pour une institution fédérale ou un ministre;
- b) des comptes rendus de consultations ou délibérations où sont concernés des cadres ou employés d'une institution fédérale, un ministre ou son personnel;
- c) des projets préparés ou des renseignements portant sur des positions envisagées dans le cadre de négociations menées ou à mener par le gouvernement du Canada ou en son nom, ainsi que des renseignements portant sur les considérations qui y sont liées;
- d) des projets relatifs à la gestion du personnel ou à l'administration d'une institution fédérale et qui n'ont pas encore été mis en œuvre.

A second reason for section 35 would appear to relate to the role of the Information Commissioner. While he has no power to order disclosure, a credible and effective Commissioner should have significant persuasive power to encourage voluntary resolution of requests for information under government control. In this context, it should be remembered that such information may be either government information, or information of private individuals or others that is under government control.

An important aspect of the development of that credibility and effectiveness is, in my view, the maintenance of strict confidentiality of information that is given to the Commissioner. Indeed, the provisions of the Act that require that the Information Commissioner maintain strict confidentiality on a continuing basis over information given to him, support this conclusion. Parties must have confidence that the Information Commissioner will not divulge the information given to him.

Enhancing the persuasive influence of the Information Commissioner is consistent with the objective that access requests should be resolved quickly and at minimal costs. Of course, in the event a dispute cannot be resolved at the Information Commissioner stage, a complainant can always have recourse to this Court. However, that is his last resort and would not likely be as satisfactory as a resolution at the Information Commissioner stage, because of the additional time and expense involved.

Forced disclosure of representations, it seems to me, may well result in the role of the Information Commissioner becoming more formal and the process thereby becoming less effective. This is not in the interest of the promotion of timely access to

C'est de toute évidence l'une des raisons qui explique l'existence de l'article 35.

Une seconde raison qui explique l'existence de l'article 35 semblerait se rapporter au rôle du Commissaire à l'information. Bien qu'il n'ait pas le pouvoir d'ordonner la communication, un Commissaire crédible et efficace devrait avoir un pouvoir de persuasion suffisamment important pour encourager le règlement volontaire des demandes de renseignements qui se trouvent entre les mains de l'administration fédérale. Dans ce contexte, on doit se rappeler que ces renseignements peuvent être soit des renseignements sur l'administration fédérale, soit des renseignements qui concernent des particuliers ou d'autres personnes et qui se trouvent entre les mains de l'administration fédérale.

Un aspect important du développement de cette crédibilité et de cette efficacité est, à mon avis, le respect de la stricte confidentialité des renseignements qui sont communiqués au Commissaire. D'ailleurs, les dispositions de la Loi qui exigent que le Commissaire à l'information assure de façon permanente la stricte confidentialité des renseignements qui lui sont communiqués appuient cette conclusion. Les intéressés doivent être assurés que le Commissaire à l'information ne divulguera pas les renseignements qui lui sont communiqués.

L'amélioration du pouvoir de persuasion du Commissaire à l'information s'accorde avec l'objectif qui veut que l'on règle rapidement et à peu de frais les demandes de communication. Évidemment, dans le cas où un différend ne pourrait être résolu à l'étape où le Commissaire à l'information est saisi de la question, l'auteur de la plainte peut toujours s'adresser à notre Cour. Cependant, c'est une solution de dernier recours qui ne donnerait probablement pas un résultat aussi satisfaisant qu'un règlement à l'étape de la procédure qui se déroule devant le Commissaire à l'information, à cause du temps et des dépenses supplémentaires que cela supposerait.

La divulgation forcée des observations pourrait fort bien, selon moi, rendre le rôle du Commissaire à l'information plus formel et diminuer en conséquence l'efficacité du processus. Cela ne favorise pas l'accès rapide aux renseignements de l'administration

information under government control which is the rationale for the legislation.

In spite of these observations and my perception that Parliament intended the Office of the Information Commissioner to be an efficient and effective mediator in disputes involving access to information under government control, I cannot accede to the argument made by counsel for the PCO in this case.

The words of section 35 are clear. Section 35 only applies “[i]n the course of an investigation of a complaint”. There is nothing express or implied in section 35 that would suggest that it has application after the conclusion of an investigation by the Commissioner. For me to hold that section 35 is broad enough to require confidentiality even after the conclusion of the Commissioner’s investigation would be tantamount to my adding words to the section.

Further, in my view, the confidentiality justified by paragraph 16(1)(c) relates to records that arise in individual cases. Subparagraphs 16(1)(c)(i) and (ii) refer to information:

16. (1)(c) . . .

. . .

- (i) relating to the existence or nature of a particular investigation;
- (ii) that would reveal the identity of a confidential source of information; or

It is clear that these provisions are intended to be invoked in particular investigations or where a specific confidential source may be revealed. Similarly, in subparagraph 16(1)(c)(iii) the investigation referred to, in my view, is a specific investigation where the disclosure of particular information would be injurious to the conduct of that specific investigation.

I do not read paragraph 16(1)(c) to be a procedural provision that justifies confidentiality in respect of the investigative process of the Information Commissioner. To interpret paragraph 16(1)(c) as an all-encompassing procedural exemption justifying confidentiality in all cases where representations are

fédérale, lequel accès constitue la raison d’être de la Loi.

Malgré ces remarques et le fait que j’estime que le législateur fédéral voulait que le Bureau du Commissaire à l’information soit un médiateur efficace et efficace dans les différends portant sur l’accès aux renseignements de l’administration fédérale, je ne peux retenir la prétention formulée par l’avocate du BCP en l’espèce.

Le libellé de l’article 35 est clair. L’article 35 ne s’applique qu’«[a]u cours d’une enquête [menée au sujet d’une plainte]». Il ne renferme aucune disposition expresse ou implicite qui permettrait de penser qu’il s’applique après la clôture d’une enquête menée par le Commissaire. Statuer que l’article 35 est suffisamment large pour exiger la confidentialité même après la conclusion de l’enquête menée par le Commissaire reviendrait à ajouter des mots à l’article en question.

J’estime en outre que la confidentialité justifiée par l’alinéa 16(1)c) se rapporte aux documents relatifs à des cas particuliers. Les sous-alinéas 16(1)c)(i) et (ii) s’appliquent à:

16. (1)c) . . .

. . .

- (i) des renseignements relatifs à l’existence ou à la nature d’une enquête déterminée,
- (ii) des renseignements qui permettraient de remonter à une source de renseignements confidentielle;

Il est manifeste que le législateur voulait que ces dispositions soient invoquées dans le cas d’enquêtes déterminées ou lorsque la communication des renseignements risquerait de permettre de remonter à une source de renseignements confidentielle. De même, l’enquête visée au sous-alinéa 16(1)c)(iii) est, à mon avis, une enquête déterminée dans le cas où la divulgation de renseignements déterminés nuirait au déroulement de cette enquête déterminée.

Je n’interprète pas l’alinéa 16(1)c) comme une disposition procédurale qui justifie la confidentialité à l’égard du processus d’enquête du Commissaire à l’information. Interpréter l’alinéa 16(1)c) comme une exception procédurale qui engloberait tous les cas et qui justifierait la confidentialité dans tous les cas où

sought would, to all intents and purposes, render much of section 35 redundant.

Had Parliament intended that representations made to the Information Commissioner indefinitely remain confidential, it could have removed such representations from the ambit of the Act or, it could have provided in section 35 that there would be no access to representations either during or after an investigation by the Information Commissioner. It did not do so. As I have stated, I do not think it is open to me to add words to, or delete words from, section 35. This would be the effect of interpreting section 35 or paragraph 16(1)(c) in the manner urged by counsel for the PCO.

I conclude that neither section 35 nor paragraph 16(1)(c) of the *Access to Information Act* are valid bases for refusing the access request in this case.

I have reviewed the thirty-two pages of the requested record. They consist of file memoranda, correspondence and attachments to some of the correspondence.

The first two pages of a September 19, 1989 letter from the Office of the Commissioner to the PCO and the second page of a memorandum for Marc Rochon dated October 5, 1989, appear to contain confidential information pertaining to the subject-matter of Mr. Rubin's prior substantive access application respecting remuneration of government appointees. That matter has yet to be heard and determined by this Court.

It is not for me in these proceedings to determine the merits of Mr. Rubin's prior application to this Court. However, it appears that if the three pages to which I have referred are disclosed as a result of these proceedings, some information which may be the subject of Mr. Rubin's prior application will be released without that prior application being determined on its merits.

Mr. Rubin said that disclosure of representations constitutes an inexpensive form of discovery respecting a previous access request. In my view, an access

la communication d'observations est demandée rendrait à toutes fins utiles la plupart des dispositions de l'article 35 superflues.

Si le législateur fédéral avait voulu que les observations présentées au Commissaire à l'information demeurent indéfiniment confidentielles, il aurait pu soustraire les observations en question à l'application de la Loi ou il aurait pu, à l'article 35, interdire la communication des observations pendant ou après la durée de l'enquête menée par le Commissaire. Or, il ne l'a pas fait. Ainsi que je l'ai déjà déclaré, je ne crois pas qu'il me soit loisible d'ajouter ou de retrancher des mots à l'article 35. C'est ce qui arriverait si j'interprétais l'article 35 ou l'alinéa 16(1)c) comme l'avocate du BCP m'exhorte à le faire.

Je conclus que ni l'article 35 ni l'alinéa 16(1)c) de la *Loi sur l'accès à l'information* ne constituent des motifs valables pour refuser la demande de communication dans le cas qui nous occupe.

J'ai examiné les trente-deux pages du document demandé. Il est constitué de notes de service, de lettres et des pièces jointes à certaines de celles-ci.

Les deux premières pages d'une lettre adressée le 19 septembre 1989 par le Bureau du Commissaire au BCP et la deuxième page d'une note de service rédigée le 5 octobre 1989 par Marc Rochon semblent renfermer des renseignements confidentiels se rapportant à l'objet de la demande de communication que M. Rubin a déjà présentée au sujet du traitement des personnes nommées par le gouvernement. Cette question doit d'abord être entendue et tranchée par notre Cour.

Il ne m'appartient pas, dans le cadre de la présente instance, de statuer sur le fond de la demande que M. Rubin a déjà présentée à notre Cour. Il semble toutefois que si les trois pages que j'ai mentionnées sont divulguées à la suite de la présente instance, certains des renseignements qui peuvent faire l'objet de la demande antérieure de M. Rubin seront communiqués sans que cette demande antérieure ne soit tranchée au fond.

M. Rubin affirme que la divulgation des observations constitue une forme peu dispendieuse de communication préalable concernant une demande antérieure.

request for representations should not be a back-door means of obtaining access to information that is the subject of another proceeding. I do not think the process under the *Access to Information Act* was intended to be used in such manner or for such purpose. Nor should the process result in the same information having to be considered in three separate hearings.

Where an application for disclosure of representations to the Information Commissioner is being determined before the substantive application which gave rise to the Commissioner's proceedings, the Court hearing the application for representations to the Commissioner may be faced with the problem, as in this case, of having to deal with information that will be the subject of a substantive decision in another proceeding.

In my opinion, access to information proceedings involving requests for representations to the Information Commissioner should not, unless special circumstances warrant, be heard and determined before determination on the substantive access request that gave rise to the Information Commissioner proceedings. This, of course, would not rule out consolidating the original application and the application for representations in an appropriate case.

While I have found that the PCO was not justified in refusing to disclose the record in this case on the basis of section 35 and paragraph 16(1)(c) of the Act, I have not made a determination in respect of any other provision of the Act. The three pages to which I have referred appear to me to pertain to Mr. Rubin's prior application to which the PCO has refused disclosure under other provisions of the Act. In order to permit Mr. Rubin's prior application to be heard and determined on its merits by this Court, the three pages to which I have referred shall be dealt with in the following manner:

1. The PCO may, within fourteen (14) days of the date of this decision, move to have the three pages added to the record in Mr. Rubin's substantive appli-

riure d'information. À mon avis, on ne devrait pas se servir d'une demande de communication d'observations comme moyen détourné pour obtenir la communication de renseignements qui font l'objet d'une autre procédure. Je ne pense pas que le législateur voulait que la procédure prévue par la *Loi sur l'accès à l'information* soit utilisée d'une telle façon ou dans un tel but. Le processus ne devrait pas non plus se solder par l'examen des renseignements dans le cadre de trois audiences distinctes.

Lorsqu'une demande de communication d'observations présentées au Commissaire à l'information est tranchée avant la demande substantielle qui est à l'origine de l'instance qui se déroule devant le Commissaire, le tribunal qui entend la demande de communication des observations présentées au Commissaire peut être aux prises, comme en l'espèce, avec le problème de devoir examiner des renseignements qui feront l'objet de la décision rendue au fond dans le cadre d'une autre instance.

À mon avis, les procédures d'accès à l'information qui renferment des demandes de communication d'observations présentées au Commissaire à l'information ne devraient pas, à moins que des circonstances spéciales ne le justifient, être entendues et tranchées avant que ne soit jugée la demande substantielle d'accès à l'origine de l'instance qui se déroule devant le Commissaire à l'information. Cela n'exclut évidemment pas la possibilité de combiner la demande initiale et la demande de communication d'observations dans certaines circonstances.

Même si j'ai conclu que le BCP n'était pas justifié en l'espèce de refuser de communiquer le document en invoquant l'article 35 et l'alinéa 16(1)c) de la Loi, je ne me suis pas prononcé sur les autres dispositions de la Loi. Les trois pages que j'ai mentionnées semblent se rapporter à la demande antérieure de renseignements de M. Rubin dont le BCP a refusé la communication en invoquant d'autres dispositions de la Loi. Pour permettre à la demande antérieure de M. Rubin d'être entendue et tranchée par notre Cour, voici comment il sera disposé des trois pages que j'ai mentionnées:

1. Le BCP est autorisé, dans les quatorze (14) jours de la date de la présente décision, à présenter une demande en vue de faire ajouter les trois pages au

cation T-2651-90 for their disclosure to be resolved in that proceeding;

2. Should the PCO not choose to make such motion within fourteen (14) days of the date of this decision, the three pages shall be disclosed in accordance with the terms of this decision.

In respect of the balance of the record, the Clerk of the Privy Council is ordered to make disclosure to Mr. Rubin. The operation of the order is suspended pending appeal, in order not to render an appeal futile by immediate disclosure.

dossier de la demande substantielle présentée par M. Rubin dans la cause T-2651-90;

2. Dans le cas où le BCP ne déciderait pas de présenter cette requête dans les quatorze (14) jours de la date de la présente décision, les trois pages seront communiquées conformément aux conditions de la présente décision.

En ce qui concerne le reste du dossier, la Cour enjoint au greffier du Conseil privé de le communiquer à M. Rubin. L'application de l'ordonnance est suspendue jusqu'à l'expiration du délai imparti pour interjeter appel, afin que la communication immédiate rende tout appel inutile.