

2001 FCA 254
A-824-99

2001 CAF 254
A-824-99

The Information Commissioner of Canada
(*Appellant*)

Le Commissaire à l'information du Canada
(*appelant*)

v.

c.

The Minister of Industry Canada (*Respondent*)

Le ministre d'Industrie Canada (*intimé*)

A-832-99

A-832-99

3430901 Canada Inc. and Telezone Inc. (*Appellants*)

3430901 Canada Inc. et Telezone Inc. (*appelantes*)

v.

c.

The Minister of Industry Canada (*Respondent*)

Le ministre d'Industrie Canada (*intimé*)

INDEXED AS: 3430901 CANADA INC. v. CANADA (MINISTER OF INDUSTRY) (C.A.)

RÉPERTORIÉ: 3430901 CANADA INC. c. CANADA (MINISTRE DE L'INDUSTRIE) (C.A.)

Court of Appeal, Strayer, Décary and Evans JJ.A.—
Ottawa, May 29 and August 29, 2001.

Cour d'appel, juges Strayer, Décary et Evans, J.C.A.—
Ottawa, 29 mai et 29 août 2001.

Access to Information — Appeals from dismissal of applications to review Minister's refusal to disclose records relating to licensing process pursuant to Access to Information Act, s. 21(1)(a) as "advice or recommendations developed by or for a government institution or a minister of the Crown" — (1) Meaning of "advice and recommendations" — By exempting "advice and recommendations" from disclosure, Parliament must have intended former to have broader meaning than latter, otherwise redundant — Exemption must be interpreted in light of purposes, namely removing impediments to free, frank, flow of communications with government departments, ensuring decision-making process not subject to kind of scrutiny that would undermine government's ability to discharge essential functions — S. 21(1)(a) reserved for opinion, policy, normative elements of advice and should not be extended to facts on which based — Factual component must be severed, disclosed wherever possible — Records containing percent weightings represented working group's view of relative importance of government objectives pursued through allocation of licences not factual, therefore within s. 21(1)(a) — S. 21(1)(a) speaking of advice "developed" by or for government institution — Personal notes, working papers prepared before group meeting within "advice" even if only intended to assist participants in decision-making process to formulate advice, recommendations would ultimately give to final decision-maker — Integral part of development of policy advice — Records not containing "recommendations" may still fall within s. 21(1)(a) — Documents implicitly containing author's view of what

Accès à l'information — Appels interjetés du rejet de demandes de contrôle judiciaire du refus du ministre de communiquer des documents relatifs au processus d'octroi de licence en vertu de l'art. 21(1)a) de la Loi sur l'accès à l'information parce qu'il s'agit d'avis ou recommandations élaborés par ou pour une institution fédérale ou un ministre» — 1) Sens des mots «avis ou recommandations» — En décidant d'inclure les «avis ou recommandations» dans une exception, le législateur voulait que le premier ait un sens plus général que le deuxième, sinon il y aurait redondance — Il faut interpréter l'exception en tenant compte de l'objectif visé, savoir supprimer les obstacles aux communications libres et spontanées entre les ministères et assurer que le processus décisionnel ne fasse pas l'objet d'un examen extérieur approfondi, susceptible de miner la capacité du gouvernement de s'acquitter de ses fonctions essentielles — L'art. 21(1)a) ne devrait s'appliquer qu'aux éléments normatifs, politiques ou consultatifs des avis, et ne devrait pas s'étendre aux faits sur lesquels ils reposent — Les éléments factuels des avis devraient être dissociés et communiqués dans la mesure du possible — Les documents contenant les pourcentages pondérés représentaient le point de vue du groupe de travail quant à l'importance relative des divers objectifs gouvernementaux poursuivis par l'octroi des licences; ils n'étaient pas essentiellement factuels et étaient donc visés par l'art. 21(1)a) — Il est question à l'art. 21(1)a) des avis «élaborés» pour une institution fédérale — Les notes personnelles et les documents de travail qui ont été préparés avant la réunion du groupe sont des «avis» même si ces documents n'avaient pour but que

Minister should do, how matter should be perceived, parameters for decision, normative and integral part of decision-making process — Nature of document not changing as result of adoption as basis of Minister's decision — S. 21(2)(a) exempting statements affecting "rights", meaning legal rights — As no legal right to award of discretionary licence, s. 21(2)(a) not removing from ambit of s. 21(1)(a) record otherwise exempt from disclosure because contains advice — (2) Burden of proof — When Minister discharging burden of establishing document within exemption, review proceeding must be dismissed unless applicant satisfying Court Minister failed lawfully to exercise discretion to refuse to disclose exempted document — Burden of proof on appellants to establish Minister failed to exercise according to law statutory discretion to disclose documents containing advice, recommendations within meaning of s. 21(1)(a) — (3) Exercise of discretion — In view of flexibility of content of duty to provide reasons, correspondence, memoranda regarded as reasons — Read as whole, in context, such materials provided sufficiently clear account of why officials opposed disclosure as to enable appellants to understand basis of decision and Court to perform review.

Construction of Statutes — Fundamental principles applicable to interpretation of Access to Information Act: right of public access to information under control of government institutions should be construed broadly in light of statutory purpose set out in s. 2(1); exceptions should be given as narrow a meaning as is consistent with purpose, statutory language in which expressed — Clear from reasons Judge not overlooking need to interpret statutory exceptions in light of both purpose of Act, countervailing values underlying exceptions relied on, especially s. 21(1)(a) (preservation of full, frank, flow of interchanges among public officials participating in decision-making process).

Administrative Law — Judicial Review — Certiorari — Appeals from dismissal of applications for judicial review of Minister's refusal to disclose records relating to licensing process — Motions Judge held duty to disclose reviewable

d'aider les participants au processus décisionnel à formuler des avis ou recommandations qu'ils feraient en fin de compte à l'ultime décideur — Ils font partie intégrante du processus par lequel les avis sur les politiques sont élaborés — Des documents qui ne contiennent pas des «recommandations» peuvent néanmoins être visés par l'art. 21(1)a — Les documents comportant implicitement le point de vue de l'auteur sur ce que devrait faire le ministre, la manière dont il devrait envisager une question ou les paramètres de la décision à prendre, sont de nature normative et font partie intégrante du processus décisionnel — La nature d'un document n'est pas modifiée parce que le ministre en a fait le fondement de sa décision — L'art. 21(2)a prévoit une exception quant à l'exposé des motifs qui touche des «droits», savoir les droits juridiques — Comme il n'y avait légalement aucun droit à l'octroi d'une licence discrétionnaire, l'art. 21(2)a ne soustrait pas à l'application de l'art. 21(1)a un document par ailleurs visé par une exception parce qu'il contient un avis — 2) Charge de la preuve — Lorsque le ministre a démontré comme il le lui incombait qu'un document est visé par une exception, le recours en révision doit être rejeté à moins que le demandeur ne convainque la Cour que le ministre n'a pas exercé légalement son pouvoir discrétionnaire de refuser la communication d'un document visé par une exception — Il incombait aux appelants d'établir que le ministre n'avait pas exercé conformément à la loi le pouvoir discrétionnaire de communiquer les documents contenant des avis et recommandations au sens de l'art. 21(1)a — 3) Exercice du pouvoir discrétionnaire — Compte tenu de la souplesse de l'obligation de motiver une décision, on peut considérer que la correspondance et les notes de service constituent des motifs — Lus dans leur contexte, ces documents ont fourni au sujet des motifs pour lesquels les fonctionnaires s'opposaient à la communication un exposé suffisamment clair pour que les appelants puissent comprendre le fondement de la décision et que la Cour effectue une révision.

Interprétation des lois — Les principes fondamentaux applicables à l'interprétation de la Loi sur l'accès à l'information sont les suivants: le droit du public d'avoir accès aux documents de l'administration fédérale doit recevoir une interprétation large tenant compte de l'objet de la loi énoncé à l'art. 2(1); les exceptions doivent faire l'objet d'une interprétation aussi restreinte que nécessaire pour respecter leur objet et le libellé utilisé pour les exprimer — Il ressort des motifs que le juge a tenu compte de la nécessité d'interpréter les exceptions prévues par la Loi en considérant à la fois l'objectif de la Loi et les valeurs qui sous-tendent les exceptions invoquées, en particulier l'art. 21(1)a (la préservation des échanges sans entraves de renseignements entre les fonctionnaires participant au processus décisionnel).

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Certiorari — Appels interjetés du rejet des demandes de contrôle judiciaire du refus du ministre de communiquer des documents relatifs au processus d'octroi de licence — Le juge qui a

on standard of correctness — Relying largely on Canadian Council of Christian Charities v. Canada (Minister of Finance) — Pragmatic or functional analysis path leading to same destination in this case — Analysis of factors of pragmatic analysis not expressly considered in Court below — Absence of privative clause, expertise of tribunal, nature of questions to be decided, purpose of Act, importance of independent scrutiny, indicating standard of review of interpretation, application of Act correctness — Exercise of Minister's statutory discretion subject to review for unreasonableness simpliciter — Expertise available to Minister, accountability to Parliament outweighed by importance ascribed by Act to right affected, and by case-specific nature of policy decision made.

These were appeals from the Applications Judge's dismissal of applications to review the Minister's refusal to disclose records requested by the Information Commissioner and Telezone relating to the licensing process. Telezone had applied to the Minister of Industry for a licence to provide personal communications services, principally wireless telephone services. A working group evaluated the applications against criteria and weightings approved by the Assistant Deputy Minister, and assigned scores to the applicants. It reported its findings to the selection panel, which ranked the applications according to the same criteria and weightings, and produced a spreadsheet showing the scores of the top four applicants. Thereafter, the Minister changed some of the weightings and announced the four successful applicants, which did not include Telezone. Telezone's request for disclosure of information about the decision-making process was in large part refused, on the ground that the material sought was exempted from the general duty to disclose imposed by the *Access to Information Act*. Telezone complained to the Information Commissioner, who investigated, and recommended that most of the information and records should be disclosed. After considering these recommendations the Minister made further disclosures, but continued to withhold some of the material requested, particularly that relating to the weight assigned to the various criteria by which licence applications had been assessed. The Applications Judge reviewed, on a standard of correctness, the Minister's claim that the disputed records were exempted from disclosure. After examining the documents, she held that Industry Canada had correctly concluded that the documents fell within the exemptions in paragraphs 21(1)(a) and (b). She further held that the applicants had the burden of proving that the Minister had unlawfully exercised his discretion not to disclose the exempted records. The records sought herein concerned the weighting percentages, documents identifying policy options and the methods of evaluating the licence applications and

entendu les requêtes a statué qu'il fallait examiner l'obligation de communiquer eu égard à la norme de la décision correcte — Il s'est appuyé en grande partie sur la décision Conseil canadien des œuvres de charité chrétiennes c. Canada (Ministre des Finances) — L'analyse pragmatique ou fonctionnelle a mené exactement au même point en l'espèce — La Section de première instance n'a pas expressément examiné des éléments de l'analyse pragmatique — L'absence de clause privative, l'expertise du tribunal, la nature des questions à trancher, l'objet de la Loi et l'importance d'effectuer un examen indépendant indiquent qu'il convient d'interpréter et d'appliquer la Loi en appliquant la norme de la décision correcte — On peut examiner l'exercice du pouvoir discrétionnaire conféré au ministre pour déterminer si sa décision était déraisonnable simpliciter — L'importance accordée par la Loi au droit touché et la nature particulière de la décision de principe prise l'emportent sur l'expertise dont disposait le ministre et sur son obligation de rendre compte au Parlement.

Il s'agissait des appels interjetés du rejet de demandes de contrôle judiciaire du refus du ministre de communiquer des documents relatifs au processus d'octroi de licence que lui avaient demandés le Commissaire à l'information et Telezone. Telezone avait demandé au ministre de l'Industrie une licence concernant la prestation de services de communications personnelles, principalement des services téléphoniques sans fil. Un groupe de travail a évalué les demandes présentées à l'aide des critères d'évaluation et de pondération approuvés par le sous-ministre adjoint, et a accordé des notes aux demandeurs. Le groupe a présenté ses conclusions au comité de sélection qui a classé les demandes en se servant des mêmes critères et pourcentages et qui a produit un tableau indiquant les notes accordées aux demandeurs qui s'étaient classés parmi les quatre premiers. Par la suite, le ministre a modifié certains des critères et a annoncé les noms des quatre demandeurs retenus, dont Telezone ne faisait pas partie. La demande de communication de renseignements sur le processus décisionnel a été en grande partie rejetée pour le motif que les documents demandés étaient soustraits à l'obligation générale de communication imposée par la *Loi sur l'accès à l'information*. Telezone a déposé une plainte auprès du Commissaire à l'information qui a fait enquête sur le refus et a recommandé la communication de la plupart des documents et renseignements demandés. Après avoir examiné ces recommandations, le ministre a communiqué d'autres renseignements, mais a continué de refuser certains des documents demandés, notamment ceux qui concernaient l'importance accordée aux divers critères ayant servi à l'évaluation des demandes de licence. Le juge qui a entendu les demandes a évalué, selon la norme de la décision correcte, la prétention du ministre selon laquelle les documents en litige étaient visés par une exception à la communication. Après avoir examiné les documents, le juge a statué qu'Industrie Canada avait conclu à juste titre que les documents étaient visés par les exceptions prévues aux alinéas 21(1)(a) et (b). Elle a en outre statué qu'il incombait

the scores assigned to the various criteria. The Minister relied on paragraph 21(1)(a) to justify the refusals. Paragraph 21(1)(a) permits the head of a government institution to refuse to disclose any record that contains advice or recommendations developed by or for a government institution or a minister of the Crown if it came into existence less than 20 years prior to the request.

The issues were: (1) whether the Applications Judge erred in her approach to the interpretation of the Act; (2) whether the Minister's interpretation of "advice and recommendations", and the exercise of the Minister's statutory discretion was reviewable on a standard of correctness; (3) whether the Applications Judge erred in treating certain of the records as containing "advice" for the purpose of paragraph 21(1)(a); (4) whether the Minister bears the burden of proving that the decision not to disclose the exempted documents was exercised in accordance with law; and (5) whether the Minister's discretion was exercised lawfully.

Held, the appeals should be dismissed.

(1) The two fundamental principles applicable to the interpretation of the *Access to Information Act* are that the right of public access to information under the control of government institutions should be construed broadly in light of the statutory purpose set out in subsection 2(1) and, correspondingly, that the exceptions should be given as narrow a meaning as is consistent with their purpose and the statutory language in which they are expressed. It was clear from the Applications Judge's reasons that she did not err in law by overlooking the need to interpret statutory exceptions in light of both the purpose of the Act, and the countervailing values that underlie the exceptions relied on, especially, in regard to paragraph 21(1)(a), the preservation of a full and frank flow of interchanges among public officials participating in the decision-making process.

(2) The Minister submitted that the Judge had selected the standard of correctness by considering a narrower range of factors than those prescribed in the pragmatic or functional approach, and argued that she had erred by relying for her conclusion almost exclusively on *Canadian Council of Christian Charities v. Canada (Minister of Finance)*. However, the pragmatic or functional analysis led, in this case, to the same destination as the path taken in *Canadian Council of Christian Charities*, which was explicitly directed towards the purposes of the statute and the nature of the decision-maker. Factors of the pragmatic or functional

aux demandeurs de prouver que le ministre n'avait pas exercé conformément à la loi son pouvoir discrétionnaire de refuser de communiquer des documents visés par une exception. Les documents demandés concernaient les pourcentages pondérés, les documents indiquant les options de politique et les méthodes d'évaluation des demandes de licence ainsi que les pourcentages pondérés attribués aux divers critères. Le ministre a invoqué l'alinéa 21(1)a pour justifier les refus. En vertu de l'alinéa 21(1)a, le responsable d'une institution fédérale peut refuser la communication de documents contenant des avis ou recommandations élaborés par ou pour une institution fédérale ou un ministre s'ils sont datés de moins de 20 ans lors de la demande.

Les questions en litige étaient les suivantes: 1) si le juge qui a entendu les demandes a commis une erreur dans son interprétation de la Loi; 2) si l'interprétation des mots «avis ou recommandations» par le ministre et son exercice du pouvoir discrétionnaire qui lui était conféré par la loi devaient être examinés selon la norme de la décision correcte; 3) si le juge qui a entendu les demandes a commis une erreur en considérant que certains des documents en cause contenaient des «avis» au sens de l'alinéa 21(1)a; 4) s'il incombe au ministre d'établir que la décision de refuser la communication des documents visés par l'exception a été prise régulièrement et 5) si le ministre a exercé son pouvoir discrétionnaire conformément à la loi.

Arrêt: les appels sont rejetés.

1) Les deux principes fondamentaux applicables à l'interprétation de la *Loi sur l'accès à l'information* sont les suivants: le droit du public d'avoir accès aux documents de l'administration fédérale doit recevoir une interprétation large tenant compte de l'objet de la loi énoncé au paragraphe 2(1) et, de ce fait, les exceptions doivent faire l'objet d'une interprétation aussi restreinte que nécessaire pour respecter leur objet et le libellé utilisé pour les exprimer. Il ressortait clairement de ses motifs que le juge qui a entendu les demandes n'a pas commis d'erreur en ne tenant pas compte de la nécessité d'interpréter les exceptions prévues par la Loi en considérant à la fois l'objectif de la Loi et les valeurs qui sous-tendent les exceptions invoquées, et en particulier, en ce qui concerne l'alinéa 21(1)a, la préservation des échanges sans entraves de renseignements entre les fonctionnaires participant au processus décisionnel.

2) Le ministre a soutenu que le juge avait choisi la norme de la décision correcte en consultant un éventail de facteurs plus restreints que ceux prescrits dans l'analyse pragmatique ou fonctionnelle et il a affirmé qu'elle avait commis une erreur en appuyant sa conclusion presque exclusivement sur la décision *Conseil canadien des œuvres de charité chrétiennes c. Canada (Ministre des Finances)*. Toutefois, l'analyse pragmatique ou fonctionnelle a mené, en l'espèce, exactement au même point que l'analyse faite dans la décision *Conseil canadien des œuvres de charité chrétiennes* qui portait expressément sur les objectifs de la loi et la

analysis not expressly considered in the Court below were considered. First, the absence of a privative clause, the explicit provision for the Court to review refusals, and the importance ascribed by the Act to independent review, are indicative of a Parliamentary intention that the Court should review, at the correctness end of the spectrum, the questions of law decided by the Minister. Second, the Minister of Industry has available the experience of the members of a specialized departmental unit who regularly have to interpret and apply the *Access to Information Act* in the course of their work. This expertise must, however, be balanced against the primary purpose of the Act, namely, the provision of a public right of access to government records, and the creation of mechanisms for independent review as the means by which the statutory purpose is pursued. The key to interpreting the scope of the right of access and of the exemptions is to strike an appropriate balance between the competing legislative policies that underlie them, a function for which a body independent of the Executive is better suited than the institution resisting the request for access. Third, the nature of the questions to be decided herein points to a standard of review at the correctness end of the spectrum. Determining whether documents, or portions of documents, fall within the exemption, properly interpreted, whether severability has been duly considered, and whether the evidence was sufficient to discharge the Minister's burden of proof, are specific to this case and contain factual elements. But when all other aspects of the pragmatic or functional analysis are considered, particularly the importance of an independent review, the nature of these questions is neither sufficiently within the expertise of the Minister, nor so outside that of the reviewing Court, as to indicate a deferential standard of review, particularly given the general importance of the right to which they relate. Fourth, the purpose of the *Access to Information Act*, and the importance of an independent scrutiny of access refusals favour the Court's reviewing the Minister's interpretation and application of the Act on a standard of correctness. Indeed, by virtue of the independence, legal powers, process and expertise of the Information Commissioner, the conclusions of law, and of law and fact, on which he bases his reports and recommendations have a greater claim to judicial deference than those of a minister. While the Court will consider the Commissioner's reports with care, the Court is entitled to differ from the Commissioner on questions of law, and of mixed law and fact, without having first to satisfy itself that the Commissioner's conclusion was unreasonable: the Court is charged with reviewing refusals by heads of government institutions, not the Commissioner's recommendations.

nature du décideur. Les éléments de l'analyse pragmatique ou fonctionnelle que la Section de première instance n'a pas expressément examinés ont été analysés. Premièrement, l'absence d'une clause privative, la disposition expresse prévoyant que la Cour peut réviser les refus et l'importance accordée par la Loi à un examen indépendant sont des indices de la volonté du législateur que la Cour puisse évaluer selon la norme de la décision correcte les questions de droit tranchées par le ministre. Deuxièmement, le ministre de l'Industrie pouvait avoir recours à l'expérience des membres d'un service ministériel spécialisé qui, dans le cadre de leurs fonctions, ont régulièrement à interpréter et à appliquer la *Loi sur l'accès à l'information*. Toutefois, il faut trouver un équilibre entre cette expertise et le principal objectif de la Loi, savoir conférer au public un droit d'accès aux documents de l'administration fédérale et créer des mécanismes indépendants de révision permettant d'atteindre cet objectif. La clé pour interpréter la portée du droit d'accès et des exceptions consiste à établir un juste équilibre avec les principes opposés consacrés par la loi qui les sous-tendent, une fonction qu'un organisme indépendant du pouvoir exécutif est plus apte à remplir que l'institution opposant son refus à une demande de communication. Troisièmement, en raison de la nature des questions à trancher en l'espèce, la norme applicable est une norme proche de celle de la décision correcte. Les questions de savoir si les documents ou des extraits de ceux-ci sont visés par l'exception, une fois que celle-ci a été correctement interprétée, si on a envisagé la dissociation et si la preuve était suffisante pour libérer le ministre de la charge de la preuve sont particulières à la présente espèce et comportent des éléments factuels. Néanmoins, une fois examinés tous les autres éléments de l'analyse pragmatique ou fonctionnelle, notamment l'importance d'un examen indépendant, ces questions, de par leur nature, ne relèvent pas suffisamment de l'expertise du ministre et échappent à la compétence de la Cour de révision de sorte qu'il y a lieu d'appliquer une norme d'examen fondée sur la retenue, vu en particulier l'importance du droit auquel elles se rapportent. Quatrièmement, en raison de l'objet de la *Loi sur l'accès à l'information* et de l'importance d'effectuer un examen indépendant des refus, il convient pour la Cour d'évaluer l'interprétation et l'application de la Loi par le ministre en appliquant la norme de la décision correcte. En fait, compte tenu de l'indépendance du Commissaire à l'information, des pouvoirs qui lui sont conférés par la loi, de son expertise et de la procédure qui doit être suivie, les tribunaux doivent faire preuve d'une plus grande retenue à l'égard des conclusions de droit et des conclusions de fait et de droit sur lesquels ils fondent ses rapports et recommandations qu'à l'égard de celles d'un ministre. Même si elle examinera attentivement les rapports du Commissaire, la Cour peut être en désaccord avec celui-ci sur les questions de droit et les questions mixtes de droit et de fait sans avoir à être tout d'abord convaincue que la conclusion du Commissaire était injustifiée: la Cour est chargée d'examiner les refus des responsables des institutions fédérales et non les recommandations du Commissaire.

In light of *Baker*, the Minister's exercise of discretion is now also subject to review for unreasonableness *simpliciter*, not patent unreasonableness. The expertise available to the Minister in making the decision, and his accountability to Parliament, are outweighed by the importance afforded by the Act to the right affected, namely the public right of access to government records secured by an independent review of refusals to disclose, and by the case-specific nature of the policy decision made.

(3) By exempting "advice and recommendations" from disclosure, Parliament must have intended the former to have a broader meaning than the latter, otherwise it would be redundant. In addition, the exemption must be interpreted in light of its purposes, namely removing impediments to the free and frank flow of communications within government departments, and ensuring that the decision-making process is not subject to the kind of outside scrutiny that would undermine the ability of government to discharge its essential functions. On the basis of these considerations, the benefit of paragraph 21(1)(a) should be reserved for the opinion, policy or normative elements of advice and should not be extended to the facts on which it is based. Whenever reasonably practicable, the factual component of advice must be severed under section 25 and disclosed, although advice and facts may be so intertwined as to preclude this.

The categories of document that were alleged to contain advice were dealt with separately. The records containing the percentage weightings emanating from the working group were created to suggest to the Minister the appropriate rankings of the applications. They represented the working group's view of the relative importance of the various government objectives being pursued through the allocation of the licences. The content of the documents was normative, rather than factual and thus within paragraph 21(1)(a).

Personal notes made by a member of the working group in preparation for the meeting of the group, and working papers prepared by members of the group prior to the meeting, which were communicated only to other members of the group for the purpose of providing an update on the progress of the evaluation of the applications, were also within paragraph 21(1)(a), which speaks of advice "developed by or for a government institution or a minister of the Crown". It follows that a record otherwise falling within the category of "advice" still contains advice even if it was only intended to assist participants in the decision-making process to formulate the advice or recommendations that they would ultimately give to the final decision-maker. Such documents formed an integral part of the process by which policy advice was developed within Industry Canada on the selection of the successful applicants for licences.

Compte tenu de l'arrêt *Baker*, on peut également examiner l'exercice du pouvoir discrétionnaire conféré au ministre pour déterminer s'il était déraisonnable *simpliciter* et non s'il était manifestement déraisonnable. L'importance accordée par la Loi au droit touché, savoir le droit du public d'avoir accès aux documents de l'administration fédérale garanti par un examen indépendant du refus de les communiquer, et la nature particulière de la décision de principe prise l'emportent sur l'expertise dont disposait le ministre lorsqu'il a pris la décision et sur son obligation de rendre compte au Parlement.

3) On peut penser qu'en décidant d'inclure les «avis ou recommandations» dans une exception, le législateur voulait que le premier ait un sens plus général que le deuxième, sinon il y aurait redondance. De plus, il faut interpréter l'exception en tenant compte de l'objectif visé, savoir supprimer les obstacles aux communications libres et spontanées entre les ministères et assurer que le processus décisionnel ne fasse pas l'objet d'un examen extérieur approfondi, susceptible de miner la capacité du gouvernement de s'acquitter de ses fonctions essentielles. Compte tenu de ces considérations, l'alinéa 21(1)a) ne devrait s'appliquer qu'aux éléments normatifs, politiques ou consultatifs des avis, et ne devrait pas s'étendre aux faits sur lesquels ils reposent. Chaque fois que cela est raisonnablement possible, les éléments factuels des avis devraient être dissociés en vertu de l'article 25 et communiqués, même si les avis et les faits peuvent être si entremêlés qu'il est impossible de le faire.

Les diverses catégories de documents qui contiendraient des avis ont été examinées séparément. Les documents provenant des membres du groupe de travail avaient pour but de recommander au ministre le classement approprié des demandes. Ils représentaient le point de vue du groupe de travail quant à l'importance relative des divers objectifs gouvernementaux poursuivis par l'octroi des licences. Le contenu des documents était normatif plutôt que factuel, de sorte qu'ils étaient visés par l'alinéa 21(1)a).

Les notes personnelles prises par un membre du groupe de travail dans le cadre de la préparation de la réunion du groupe ainsi que les documents de travail qui ont été préparés par des membres du groupe avant la réunion et n'ont été communiqués qu'aux autres membres du groupe afin de les informer de la progression de l'évaluation des demandes par le groupe étaient également visés par l'alinéa 21(1)a) où il est question des avis «élaborés par ou pour une institution fédérale ou un ministre». Il s'ensuit qu'un document entrant par ailleurs dans la catégorie des «avis» contient également un avis, même s'il n'avait pour but que d'aider les participants au processus décisionnel à formuler les avis ou recommandations qu'ils feraient en fin de compte à l'ultime décideur. Ces documents faisaient partie intégrante du processus par lequel les avis sur les politiques ont été élaborés au sein d'Industrie Canada relativement à la sélection des demandeurs de licence dont les demandes devaient être retenues.

Records identifying for the Minister the most important aspects of the licence applications, informing the Minister of issues that required a decision and setting out the options available in making the decision, together with the arguments for and against adopting them are within paragraph 21(1)(a). Insisting that advice must urge a specific course of action equates “advice” with “recommendations”, even though, by using both words in paragraph 21(1)(a), Parliament clearly indicated that records that do not contain “recommendations” may still fall within the exemption. Also, a memorandum to the Minister stating that something needs to be decided, identifying the most salient aspects of an application, or presenting a range of policy options on an issue, implicitly contains the writer’s view of what the Minister should do, how the Minister should view the matter, or what are the parameters within which a decision should be made. All are normative in nature and are an integral part of an institutional decision-making process. They do not merely inform the Minister of matters that are largely factual. The use of “avis” in French, which is generally translated as “opinion” does not convey a narrower meaning.

Paragraph 21(1)(a) exempted from disclosure the documents containing the final weightings, the undisclosed nomenclature of the criteria and Telezone’s scores. The nature of a document does not change as a result of the Minister adopting it as the basis of his decision. Otherwise, it would be inferred from a minister’s refusal to disclose the document on which he or she had based a decision that it was not in accordance with official advice. This is the type of mischief at which paragraph 21(1)(a) is aimed.

Paragraph 21(2)(a) excludes from the exemptions in subsection (1) “an account of, or a statement of reasons for, a decision that is made in the exercise of a discretionary power . . . and that affects the rights of a person.” The word “rights” in paragraph 21(2)(a) means “legal rights”. And, since Telezone had no legal right to be awarded a discretionary licence, paragraph 21(2)(a) did not remove from the ambit of paragraph 21(1)(a) a record otherwise exempt from disclosure because it contained “advice”. Since the information was prepared for the purpose of assisting the Minister to make a decision, it was undoubtedly “advice”.

(4) The reasoning of La Forest J. in *Dagg v. Canada (Minister of Finance)* indicates that when the Minister has discharged the burden of establishing that a document falls within an exemption, the review proceeding must be dismissed unless the applicant satisfies the Court that the Minister failed lawfully to exercise the discretion to refuse to disclose an exempted document. La Forest J. stated that the words in section 49 “is not authorized to refuse to disclose” refer only to the question of whether a document

Les documents précisant au ministre les éléments les plus importants des demandes de licence, l’informant des questions qui nécessitent une décision et exposant les options qui s’offraient à lui quant à la décision, ainsi que les arguments pour et contre ces options, sont visés par l’alinéa 21(1)a). En insistant pour dire que l’avis doit conseiller une mesure précise, on semble assimiler les «avis» aux «recommandations» même si, en employant ces deux mots à l’alinéa 21(1)a), le législateur a clairement indiqué que des documents qui ne contiennent pas des «recommandations» peuvent néanmoins être visés par l’exception. De plus, une note de service à l’intention du ministre indiquant qu’une décision doit être prise, précisant les points saillants d’une demande ou présentant une gamme d’options de politique sur une question, comporte implicitement le point de vue de l’auteur sur ce que devrait faire le ministre, la manière dont il devrait envisager une question ou les paramètres de la décision à prendre. Tous ces éléments sont de nature normative et font partie intégrante du processus décisionnel d’une institution. Ils ne servent pas simplement à informer le ministre de questions qui sont largement factuelles. L’emploi dans le texte français du mot «avis» qui est généralement traduit en anglais par le mot «*opinion*» ne confère pas un sens plus limité.

L’alinéa 21(1)a) empêchait la communication des documents contenant les pourcentages finals, la nomenclature des critères et les notes de Telezone. La nature d’un document n’est pas modifiée parce que le ministre en a fait le fondement de sa décision. Autrement, on pourrait conclure du refus d’un ministre de communiquer un document sur lequel il a fondé une décision que celle-ci ne va pas dans le même sens que l’avis officiel. C’est exactement le genre de problème auquel l’alinéa 21(1)a) vise à remédier.

L’alinéa 21(2)a) prévoit que l’exception prévue au paragraphe (1) ne s’applique pas pour «le compte rendu ou l’exposé des motifs d’une décision qui est prise dans l’exercice d’un pouvoir discrétionnaire [. . .] et qui touche les droits d’une personne». Le mot «droits» à l’alinéa 21(2)a) s’entend des «droits juridiques». Et vu que Telezone n’avait légalement aucun droit de se voir accorder une licence discrétionnaire, l’alinéa 21(2)a) n’a pas soustrait à l’application de l’alinéa 21(1)a) un document par ailleurs visé par une exception parce qu’il contenait un «avis». Comme les renseignements ont été préparés afin d’aider le ministre à prendre une décision, il s’agissait incontestablement d’«avis».

4) Il ressort du raisonnement du juge La Forest dans l’arrêt *Dagg c. Canada (Ministre des Finances)* que lorsque le ministre a démontré, comme il le lui incombait, qu’un document est visé par une exception, le recours en révision doit être rejeté à moins que le demandeur ne convainque la Cour que le ministre n’a pas exercé légalement son pouvoir discrétionnaire de refuser la communication d’un document visé par une exception. Le juge La Forest a dit que les mots «*is not authorized to refuse to disclose*» («au bon droit de

falls within an exemption, and not also to whether the head of the government institution lawfully exercised the discretion to withhold. While section 49 concerns the standard of review and section 48 deals with the burden of proof in review proceedings, Parliament cannot have intended the same phrase, "authorized to refuse to disclose" in adjacent sections of the same Act, both dealing with aspects of the review process, to have different meanings. The burden of proof was on the appellants to establish that the Minister had failed to exercise according to law the statutory discretion to disclose the documents containing advice and recommendations within the meaning of paragraph 21(1)(a).

(5) Assuming that Industry Canada was obliged to provide reasons for its discretionary refusal to disclose the documents requested, the question was whether that duty was discharged. The answer depended on whether the documents relied on by the Minister were capable of constituting reasons and, if so, whether they were sufficient to enable the Court to determine whether the Minister's discretion to disclose had been lawfully exercised. In view of the flexibility of the content of the duty to provide reasons, the internal documents describing why disclosure would be damaging and letters from departmental officials, should be regarded as the reasons for the refusal to disclose the documents in the exercise of the Minister's discretion. The material was provided in the course of advising the person responsible for making the final decision. Disclosure was not a one-time decision, but took place over several months as Industry Canada released more documents in response to submissions from the Information Commissioner and to advice from various departmental officials. Hence, the fact that some of the memoranda in the record were written after the Commissioner started his investigation should not preclude them from being regarded as part of the reasons for the decision. Nor did the absence of a supporting affidavit by the authors of the memoranda prevent them from constituting reasons.

When read as a whole and in context, the correspondence and memoranda provided a sufficiently clear account of why the officials were opposed to disclosure as to enable the appellants to understand the basis of the decision and the Court to perform its review function. The reasons need not state explicitly that the Minister or his delegate considered the purposes of the Act and determined that the harm of disclosure outweighed the public interest in disclosure. It was inferred from the materials and the ongoing disclosures that the officials were in fact balancing the competing

la personne qui a exercé un recours en révision d'une décision de refus de communication») à l'article 49 ne concernent que la question de savoir si un document est visé par une exception et non celle de savoir si le responsable de l'institution fédérale a exercé légalement son pouvoir discrétionnaire de refuser le document. Alors que l'article 49 concerne la norme de révision, l'article 48 traite de la question de la charge de la preuve dans un recours en révision. On ne peut pas conclure que le législateur voulait que les mêmes mots «*authorized to refuse to disclose*» («le bien-fondé du refus») et «au bon droit de la personne») dans des articles voisins de la même Loi, traitant tous les deux des éléments du recours en révision, aient des sens différents. Il incombait aux appelants d'établir que le ministre n'avait pas exercé conformément à la loi le pouvoir discrétionnaire de communiquer des documents contenant des avis et recommandations au sens de l'alinéa 21(1)a).

5) Si on présume qu'Industrie Canada était tenu de motiver son refus discrétionnaire de communiquer les documents demandés, la question qui se posait était celle de savoir s'il s'était acquitté de cette obligation. La réponse à cette question dépendait de celle de savoir si les documents invoqués par le ministre étaient susceptibles de constituer des motifs et, le cas échéant, s'ils étaient suffisants pour permettre à la Cour de déterminer si le ministre avait exercé légalement son pouvoir discrétionnaire de communiquer. Compte tenu de la souplesse de l'obligation de motiver une décision, les documents internes qui décrivaient avec certains détails pourquoi la communication serait préjudiciable et les lettres des représentants du Ministère devraient être considérés comme les motifs du refus de communiquer les documents dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire du ministre. Les documents ont été produits pour donner des avis à la personne chargée de prendre la décision finale. La décision de donner communication des documents n'était pas une décision unique, mais son exécution a pris plusieurs mois au cours desquels Industrie Canada a communiqué d'autres documents en réponse aux observations faites par le Commissaire à l'information et aux avis reçus de divers fonctionnaires du Ministère. C'est pourquoi le fait que certaines des notes de service versées au dossier aient été rédigées après que le Commissaire eut commencé son enquête ne devrait pas empêcher de considérer qu'elles font partie des motifs de la décision. Pas plus d'ailleurs que l'absence d'un affidavit justificatif des auteurs des notes de service n'empêche celles-ci de faire partie des motifs.

Lues dans leur contexte, la correspondance et les notes de service fournissent au sujet des motifs pour lesquels les fonctionnaires s'opposaient à la communication un exposé suffisamment clair pour que les appelants puissent comprendre le fondement de la décision et que la Cour effectue une révision. Il n'est pas nécessaire que les motifs indiquent clairement que le ministre ou son délégué ont tenu compte de l'objet de la Loi et ont déterminé que le préjudice découlant de la communication l'emportait sur l'intérêt public dans la communication. La Cour a conclu, à partir de

interests. At least two of the letters expressly referred to the principles of the Act, albeit in general terms, while another stated that the exercise of the discretion to withhold involved a balancing exercise. The refusal to disclose the final weightings was not an unlawful exercise of discretion.

la documentation et de la poursuite de la communication des documents, que les fonctionnaires cherchaient en réalité à établir un équilibre entre les intérêts opposés. Au moins deux des lettres renvoyaient expressément aux principes de la Loi, quoique en termes généraux, tandis qu'une autre indiquait que l'exercice du pouvoir discrétionnaire de refuser la communication exigeait la recherche d'un équilibre. Le refus de communiquer les pourcentages finals ne constituait pas un exercice irrégulier du pouvoir discrétionnaire.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Access to Information Act, R.S.C., 1985, c. A-1, ss. 2(1), 4(1), 19(1),(2), 21(1)(a),(b),(2)(a), 25, 41, 42(1)(a), 48, 49.
Privacy Act, R.S.C., 1985, c. P-21, ss. 3, 8(2)(m)(i), 47, 48.
Radiocommunication Act, R.S.C., 1985, c. R-2 (as am. by S.C. 1989, c. 17, s. 2), s. 5(1)(a)(i.1) (as am. *idem*, s. 4; 1996, c. 18, s. 61).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Dagg v. Canada (Minister of Finance), [1997] 2 S.C.R. 403; (1997), 148 D.L.R. (4th) 385; 46 Admin. L.R. (2d) 155; 213 N.R. 161; *Canada Post Corp. v. Canada (Minister of Public Works)*, [1995] 2 F.C. 110; (1995), 30 Admin. L.R. (2d) 242; 60 C.P.R. (3d) 441; 179 N.R. 350 (C.A.); *Rubin v. Canada (Minister of Transport)*, [1998] 2 F.C. 430; (1997), 154 D.L.R. (4th) 414; 221 N.R. 145 (C.A.); *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982; (1998), 160 D.L.R. (4th) 193; 11 Admin. L.R. (3d) 1; 43 Imm. L.R. (2d) 117; 226 N.R. 201; amended reasons [1998] 1 S.C.R. 1222; (1998), 11 Admin. L.R. (3d) 130; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817; (1999), 174 D.L.R. (4th) 193; 14 Admin. L.R. (3d) 173; 1 Imm. L.R. (3d) 1; 243 N.R. 22; *Canadian Council of Christian Charities v. Canada (Minister of Finance)*, [1999] 4 F.C. 245; (1999), 99 DTC 5337; 168 F.T.R. 49 (T.D.); *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Minister of Industry)*, 2001 FCA 253; [2001] F.C.J. No. 1326 (C.A.) (QL).

DISTINGUISHED:

Nanaimo (City) v. Rascal Trucking Ltd., [2000] 1 S.C.R. 342; (2000), 143 D.L.R. (4th) 1; [2000] 6 W.W.R. 403; 76 B.C.L.R. (3d) 201; 132 B.C.A.C. 298; 9 M.P.L.R. (3d) 1; 251 N.R. 42; *Rubin v. Canada (Canada Mortgage and Housing Corp.)*, [1989] 1 F.C. 265; (1988), 52 D.L.R. (4th) 671; 32 Admin. L.R. 196;

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, ann. VII, art. 1), 19(1),(2), 21(1)a),b),2)a), 25, 41, 42(1)a), 48, 49.
Loi sur la protection des renseignements personnels, L.R.C. (1985), ch. P-21, art. 3 (mod. par L.C. 1992, ch. 1, art. 144, ann. VII, art. 47), 8(2)m)(i), 47, 48.
Loi sur la radiocommunication, L.R.C. (1985), ch. R-2 (mod. par L.C. 1989, ch. 17, art. 2), art. 5(1)a)(i.1) (mod., *idem*, art. 4; 1996, ch. 18, art. 61).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Dagg c. Canada (Ministre des Finances), [1997] 2 R.C.S. 403; (1997), 148 D.L.R. (4th) 385; 46 Admin. L.R. (2d) 155; 213 N.R. 161; *Société canadienne des postes c. Canada (Ministre des Travaux publics)*, [1995] 2 C.F. 110; (1995), 30 Admin. L.R. (2d) 242; 60 C.P.R. (3d) 441; 179 N.R. 350 (C.A.); *Rubin c. Canada (Ministre des Transports)*, [1998] 2 C.F. 430; (1997), 154 D.L.R. (4th) 414; 221 N.R. 145 (C.A.); *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982; (1998), 160 D.L.R. (4th) 193; 11 Admin. L.R. (3d) 1; 43 Imm. L.R. (2d) 117; 226 N.R. 201; motifs modifiés [1998] 1 R.C.S. 1222; (1998), 11 Admin. L.R. (3d) 130; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; (1999), 174 D.L.R. (4th) 193; 14 Admin. L.R. (3d) 173; 1 Imm. L.R. (3d) 1; 243 N.R. 22; *Conseil canadien des œuvres de charité chrétiennes c. Canada (Ministre des Finances)*, [1999] 4 C.F. 245; (1999), 99 DTC 5337; 168 F.T.R. 49 (1^{re} inst.); *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Ministre de l'Industrie)*, 2001 CAF 253; [2001] A.C.F. n° 1326 (C.A.) (QL).

DISTINCTION FAITE D'AVEC:

Nanaimo (Ville) c. Rascal Trucking Ltd., [2000] 1 R.C.S. 342; (2000), 143 D.L.R. (4th) 1; [2000] 6 W.W.R. 403; 76 B.C.L.R. (3d) 201; 132 B.C.A.C. 298; 9 M.P.L.R. (3d) 1; 251 N.R. 42; *Rubin c. Canada (Société canadienne d'hypothèques et de logement)*, [1989] 1 C.F. 265; (1988), 52 D.L.R. (4th) 671; 32

21 C.P.R. (3d) 1; 86 N.R. 186 (C.A.); *Ruby v. Canada (Solicitor General)*, [2000] 3 F.C. 589; (2000), 187 D.L.R. (4th) 675; 6 C.P.R. (4th) 289; 256 N.R. 278 (C.A.).

REFERRED TO:

Committee for Equal Treatment of Asbestos Minority Shareholders v. Ontario (Securities Commission) (2001), 199 D.L.R. (4th) 577; 29 Admin. L.R. (3d) 1; 14 B.L.R. (3d) 1; 269 N.R. 311 (S.C.C.); *Canada (Deputy Minister of National Revenue—M.N.R.) v. Mattel Canada Inc.* (2001), 199 D.L.R. (4th) 598; 29 Admin. L.R. (3d) 56; 12 C.P.R. (4th) 417; 270 N.R. 153 (S.C.C.); *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554; (1993), 100 D.L.R. (4th) 658; 13 Admin. L.R. (2d) 1; 46 C.C.E.L. 1; 17 C.H.R.R. D/349; 93 CLLC 17,006; 149 N.R. 1; *John Doe v. Ontario (Information and Privacy Commissioner)* (1993), 13 O.R. (3d) 767; 106 D.L.R. (4th) 140; 19 Admin. L.R. (2d) 251; 64 O.A.C. 248 (Div. Ct.); *Walmsley v. Ontario (Attorney General)* (1997), 34 O.R. (3d) 611; 3 Admin. L.R. (3d) 42; 101 O.A.C. 140 (C.A.); *Kelly v. Canada (Solicitor General)* (1992), 53 F.T.R. 147; 6 Admin. L.R. (2d) 54 (F.C.T.D.); affd (1993), 154 N.R. 319; 13 Admin. L.R. (2d) 304 (F.C.A.); *Cardinal et al. v. Director of Kent Institution*, [1985] 2 S.C.R. 643; (1985), 24 D.L.R. (4th) 44; [1986] 1 W.W.R. 577; 69 B.C.L.R. 255; 16 Admin. L.R. 233; 23 C.C.C. (3d) 118; 49 C.R. (3d) 35; 63 N.R. 353.

APPEALS from the Trial Judge's dismissal of applications to review the Minister's refusal to disclose records relating to the licensing process that were requested by the Information Commissioner and Telezone (*3430901 Canada Inc. v. Canada (Minister of Industry)* (1999), 177 F.T.R. 161 (F.C.T.D.)). Appeals dismissed.

APPEARANCES:

Lawrence A. Elliot for appellants 3430901 Canada Inc. and Telezone Inc.
Michael L. Phelan and *Daniel Brunet* for appellant Information Commissioner of Canada.
Christopher M. Rupar for respondent.

SOLICITORS OF RECORD:

Borden Ladner Gervais LLP, Ottawa, for appellants 3430901 Canada Inc. and Telezone Inc.
Office of the Information Commissioner, Ottawa, for appellant Information Commissioner of Canada.

Admin. L.R. 196; 21 C.P.R. (3d) 1; 86 N.R. 186 (C.A.); *Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, [2000] 3 C.F. 589; (2000), 187 D.L.R. (4th) 675; 6 C.P.R. (4th) 289; 256 N.R. 278 (C.A.).

DÉCISIONS CITÉES:

Comité pour le traitement égal des actionnaires minoritaires de la société Asbestos Ltée c. Ontario (Commission des valeurs mobilières) (2001), 199 D.L.R. (4th) 577; 29 Admin. L.R. (3d) 1; 14 B.L.R. (3d) 1; 269 N.R. 311 (C.S.C.); *Canada (Sous-ministre du Revenu national—M.R.N.) c. Mattel Canada Inc.* (2001), 199 D.L.R. (4th) 598; 29 Admin. L.R. (3d) 56; 12 C.P.R. (4th) 417; 270 N.R. 153 (C.S.C.); *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554; (1993), 100 D.L.R. (4th) 658; 13 Admin. L.R. (2d) 1; 46 C.C.E.L. 1; 17 C.H.R.R. D/349; 93 CLLC 17,006; 149 N.R. 1; *John Doe v. Ontario (Information and Privacy Commissioner)* (1993), 13 O.R. (3d) 767; 106 D.L.R. (4th) 140; 19 Admin. L.R. (2d) 251; 64 O.A.C. 248 (C. div.); *Walmsley v. Ontario (Attorney General)* (1997), 34 O.R. (3d) 611; 3 Admin. L.R. (3d) 42; 101 O.A.C. 140 (C.A.); *Kelly c. Canada (Solliciteur général)* (1992), 53 F.T.R. 147; 6 Admin. L.R. (2d) 54 (C.F. 1^{re} inst.); conf. par (1993), 154 N.R. 319; 13 Admin. L.R. (2d) 304 (C.A.F.); *Cardinal et autre c. Directeur de l'établissement Kent*, [1985] 2 R.C.S. 643; (1985), 24 D.L.R. (4th) 44; [1986] 1 W.W.R. 577; 69 B.C.L.R. 255; 16 Admin. L.R. 233; 23 C.C.C. (3d) 118; 49 C.R. (3d) 35; 63 N.R. 353.

APPELS du rejet par le juge de première instance des demandes de contrôle judiciaire du refus du ministre de communiquer les documents relatifs au processus d'octroi que lui avait demandés le Commissaire à l'information et Telezone (*3430901 Canada Inc. c. Canada (Ministre de l'Industrie)* (1999), 177 F.T.R. 161 (C.F. 1^{re} inst.)). Appels rejetés.

ONT COMPARU:

Lawrence A. Elliot pour les appelantes 3430901 Canada Inc. et Telezone Inc.
Michael L. Phelan et *Daniel Brunet* pour l'appelant le Commissaire à l'information du Canada.
Christopher M. Rupar pour l'intimé.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Borden Ladner Gervais LLP, Ottawa, pour les appelantes 3430901 Canada Inc. et Telezone Inc.
Commissariat à l'information, Ottawa, pour l'appelant le Commissaire à l'information du Canada.

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

EVANS J.A.:

LE JUGE EVANS, J.C.A.:

A. INTRODUCTION

A. INTRODUCTION

[1] In response to a general invitation, Telezone Inc. and its successor, 3430901 Canada Inc., (Telezone) applied to the Minister of Industry for a licence to provide personal communications services, principally wireless telephone services. Four licences were issued, but not to Telezone.

[1] En réponse à un appel d'offres, Telezone Inc. et son successeur, 3430901 Canada Inc. (Telezone), ont présenté au ministre de l'Industrie une demande de licence concernant des services de communications personnelles, principalement des services téléphoniques sans fil. Quatre licences ont été octroyées, mais aucune n'a été accordée à Telezone.

[2] Telezone requested Industry Canada to disclose information about the decision-making process. The request was in large part refused, on the ground that the material sought was exempted from the general duty to disclose imposed by the *Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1. Telezone complained to the Information Commissioner, who investigated the refusal, and recommended that most of the information and records sought by Telezone should be disclosed. After considering these recommendations, the Minister made further disclosures, but continued to withhold some of the material requested, particularly that relating to the weight assigned to the various criteria by which licence applications had been assessed.

[2] Telezone a demandé à Industrie Canada de lui communiquer des renseignements sur le processus décisionnel. Sa demande a été en grande partie rejetée pour le motif que les documents demandés étaient soustraits à l'obligation générale de communication imposée par la *Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), ch. A-1. Telezone a déposé une plainte auprès du Commissaire à l'information qui a fait enquête sur le refus et a recommandé la communication de la plupart des documents et renseignements demandés. Après avoir examiné ces recommandations, le ministre a communiqué d'autres renseignements, mais a continué de refuser certains des documents demandés, notamment ceux qui concernaient l'importance accordée aux divers critères ayant servi à l'évaluation des demandes de licence.

[3] The Information Commissioner and Telezone applied to the Federal Court to review the Minister's refusal. The Trial Division Judge, Sharlow J., as she then was, dismissed the applications: (1999), 177 F.T.R. 161 (F.C.T.D.). The appellants have appealed from this decision.

[3] Le Commissaire à l'information et Telezone ont présenté à la Cour fédérale une demande de contrôle judiciaire du refus du ministre. Le juge Sharlow de la Section de première instance, aujourd'hui juge à la Cour d'appel, a rejeté les demandes: (1999), 177 F.T.R. 161 (C.F. 1^{re} inst.). Les appelants interjettent appel de cette décision.

[4] Telezone has never instituted judicial review proceedings to challenge the Minister's decision not to award it a licence and that is not a matter that is before us. Rather, these consolidated appeals arise out

[4] Telezone n'a jamais demandé le contrôle judiciaire de la décision du ministre de ne pas lui accorder de licence et cette question ne nous a pas été soumise. Les appels réunis en l'espèce résultent plutôt du refus

of the Minister's refusal to disclose records relating to the licensing process that were requested by the Commissioner and Telezone. They raise three issues of importance to the administration of the *Access to Information Act* and, in particular, to the scope of paragraph 21(1)(a) which exempts "advice and recommendations developed . . . for a . . . minister of the Crown" from the duty of the heads of government institutions to disclose records requested under the Act.

[5] First, were the weightings initially assigned to the criteria on which the discretionary award of the licences was based, properly characterized as "advice and recommendations", or as the factual basis of the conclusions of the officials who assessed the applications?

[6] Second, when the Minister rejected some of those weightings and directed a reassessment in the light of the weightings approved by the Minister, did those final weightings cease to be "advice and recommendations" and become, instead, the basis or reasons for the decision?

[7] Third, if the weightings were properly characterized at all material times as "advice and recommendations", was the burden of establishing that the institutional head lawfully exercised the statutory discretion to disclose them borne by the person seeking disclosure or by the head of the government institution?

[8] These reasons will be filed in both appeal files and will dispose of both appeals.

B. FACTUAL BACKGROUND

[9] In June 1995, the Minister of Industry called for applications for licences from those interested in providing public personal communications services in the 2 GHz frequency range. The announcement stated that the Minister expected to issue as many as six licences, although he might issue fewer. Applicants were provided with information about the policy and process frameworks within which Industry Canada

du ministre de communiquer les documents relatifs au processus d'octroi de licence que lui ont demandés le Commissaire et Telezone. Ils soulèvent trois questions importantes quant à l'administration de la *Loi sur l'accès à l'information* et, notamment, quant à la portée de l'alinéa 21(1)a qui soustrait les «avis ou recommandations élaborés [. . .] pour [. . .] un ministre» à l'obligation pour les responsables des institutions fédérales de communiquer les documents demandés en vertu de la Loi.

[5] Premièrement, les pourcentages attribués à l'origine aux critères sur lesquels reposait l'octroi discrétionnaire des licences ont-ils été qualifiés à juste titre d'«avis ou recommandations», ou s'agissait-il du fondement factuel des conclusions des fonctionnaires qui ont évalué les demandes?

[6] Deuxièmement, lorsque le ministre a rejeté certains de ces pourcentages et a ordonné une nouvelle évaluation tenant compte des pourcentages pondérés qu'il avait approuvés, ces pourcentages finals ont-ils cessé d'être des «avis ou recommandations» et sont-ils plutôt devenus les motifs de la décision?

[7] Troisièmement, si les pourcentages étaient considérés à juste titre comme des «avis ou recommandations», était-ce à la personne demandant la communication ou au responsable de l'institution fédérale qu'il incombait d'établir que le responsable de l'institution fédérale avait exercé son pouvoir discrétionnaire conformément à la loi?

[8] Les présents motifs seront déposés dans les deux dossiers d'appel et constitueront la décision dans les deux cas.

B. LES FAITS

[9] En juin 1995, le ministre de l'Industrie a invité les parties intéressées à fournir des services de communications personnelles sur une gamme de fréquences de 2 GHz à présenter des demandes de licences. L'annonce indiquait que le ministre prévoyait octroyer six licences, mais que ce nombre pourrait être inférieur. Les demandeurs ont été informés de la politique et du cadre dans lequel Industrie Canada prendrait les

would make the decisions, including the objectives of the Department's spectrum and communications program which comprised some of the criteria by which applications would be assessed. Seventeen applications were received, including one from Telezone.

[10] The first stage of the decision-making process was a review of all the applications by a working group that was composed of officials from the spectrum and communications program at Industry Canada who consulted with experts from elsewhere in the Government of Canada and from the private sector. Its task was to evaluate the applications against the evaluation criteria and weightings approved by the Assistant Deputy Minister in a document dated September 14, 1995, to assign scores to the applications and to report its findings to the selection panel, including its recommendations of the applicants to whom the Minister should grant a licence.

[11] Over the course of a few days in mid-November 1995, the working group orally reported its conclusions to a second body, the selection panel, and provided it with a document containing the scores assigned to each of the applicants by the working group.

[12] The selection panel, which consisted of senior managers from the spectrum and communications program at Industry Canada, met for two days at the end of November or beginning of December, and prepared notes and memoranda for the Minister. The panel ranked the applications according to the same criteria and weightings that had been used by the working group and, based on this material, produced a spreadsheet showing the scores of the top four applicants.

[13] The Minister was given the spreadsheet early in December at a meeting with senior departmental officials; after asking to see the evaluation criteria, he directed that the terminology of some of the criteria be changed and that some of the weightings be altered. An official was asked to adjust the scores so as to

décisions, notamment les objectifs du programme du spectre et des communications du Ministère qui comportaient certains des critères qui serviraient à évaluer les demandes. Dix-sept demandes ont été présentées, dont une par Telezone.

[10] La première étape du processus décisionnel était une analyse de toutes les demandes par un groupe de travail formé de gestionnaires du programme du spectre et des télécommunications d'Industrie Canada, qui ont consulté des experts d'autres ministères fédéraux et du secteur privé. La tâche du groupe consistait à évaluer les demandes à l'aide des critères d'évaluation et de pondération approuvés par le sous-ministre adjoint dans un document daté du 14 septembre 1995 afin de noter les demandes et de présenter ses conclusions au comité de sélection, notamment ses recommandations quant aux demandeurs auxquels le ministre devrait octroyer une licence.

[11] Pendant quelques jours à la mi-novembre 1995, le groupe de travail a présenté de vive voix ses conclusions à un deuxième organisme, le comité de sélection, et lui a remis un document indiquant les notes accordées à chacun des demandeurs.

[12] Le comité de sélection, qui était formé de gestionnaires supérieurs du programme du spectre et des télécommunications d'Industrie Canada, s'est réuni pendant deux jours fin novembre ou début décembre, et a préparé des notes ainsi que des notes de service à l'intention du ministre. Le comité a classé les demandes en se servant des mêmes critères et pourcentages qu'avait utilisés le groupe de travail et, à l'aide de ces documents, a produit un tableau indiquant les notes accordées aux demandeurs qui s'étaient classés parmi les quatre premiers.

[13] Le tableau a été remis au ministre au début du mois de décembre, lors d'une rencontre avec des gestionnaires supérieurs du Ministère; après avoir demandé à voir les critères d'évaluation, le ministre a ordonné que le texte de certains des critères ainsi que certains pourcentages soient modifiés. On a demandé

reflect the new weightings. It is conceded that the changes made by the Minister to the percentages assigned to the factors in question affected the outcome. Soon after giving these instructions, the Minister announced the four successful applicants, who did not include Telezone.

[14] Dissatisfied with the decision not to award it a licence, Telezone commenced a letter-writing campaign and contacted several officials of Industry Canada. In January 1996, it made a request under the *Access to Information Act* for the disclosure of records relating to the award of the licences.

[15] The request was handled by Mr. Pierre Trottier, the Co-ordinator of the Access to Information and Privacy (ATIP) office of Industry Canada, and by Ms. Micheline Payant, a senior advisor in that office. Mr. Trottier had been delegated the power to exercise any statutory discretion vested in the Minister to disclose records falling within an exemption. In March 1997, some 14 months after Telezone's request, Industry Canada released portions of the requested records, but continued to withhold others.

[16] Following a complaint by Telezone, the Information Commissioner investigated the refusal and, after receiving written representations from the complainant and the Department, issued a report to the Deputy Minister in November 1997. The report upheld the complaint in part and recommended that the Department should exercise its statutory discretion to disclose more of the material that fell within the exemptions.

[17] As a result, the Department released more information in December 1997, and in February and March 1998. However, it still did not release all the information recommended by the Information Commissioner. After receiving the Information Commissioner's report in February 1998, Telezone authorized the Commissioner to institute a proceeding for judicial

à un fonctionnaire d'ajuster les notes afin de tenir compte des nouveaux pourcentages. Il est admis que les modifications apportées par le ministre aux pourcentages attribués aux facteurs en question ont eu une incidence sur le résultat. Peu de temps après avoir donné ces instructions, le ministre a annoncé les noms des quatre demandeurs retenus, dont Telezone ne faisait pas partie.

[14] Insatisfaite de la décision de ne pas lui accorder de licence, Telezone a envoyé une série de lettres et a communiqué avec divers fonctionnaires d'Industrie Canada. En janvier 1996, elle a présenté une demande en vertu de la *Loi sur l'accès à l'information* afin d'obtenir la communication des documents relatifs à l'octroi des licences.

[15] Ce sont M. Pierre Trottier, le coordonnateur du bureau Accès à l'information et protection des renseignements personnels (AIPRP) d'Industrie Canada, et M^{me} Micheline Payant, conseillère principale au sein de ce bureau, qui se sont occupés de la demande. Le pouvoir discrétionnaire du ministre de communiquer des documents visés par une exception a été délégué à M. Trottier. En mars 1997, soit environ 14 mois après le dépôt de la demande de Telezone, Industrie Canada a donné communication d'une partie des documents demandés, mais a continué de refuser de communiquer les autres.

[16] Après avoir reçu une plainte de Telezone, le Commissaire à l'information a fait enquête sur le refus et, après avoir reçu les observations écrites de la plaignante et du Ministère, a présenté un rapport au sous-ministre en novembre 1997. Le rapport maintenait en partie la plainte et recommandait au Ministère d'exercer son pouvoir discrétionnaire afin de faire une communication plus poussée des documents visés par les exceptions.

[17] En conséquence, le Ministère a communiqué d'autres documents en décembre 1997 ainsi qu'en février et en mars 1998. Toutefois, il n'a pas communiqué tous les renseignements recommandés par le Commissaire à l'information. Après avoir reçu le rapport du Commissaire à l'information en février 1998, Telezone a autorisé celui-ci à demander

review of the Department's refusal to disclose all the records that it had requested.

C. DECISION OF THE TRIAL DIVISION

[18] The Applications Judge reviewed on a standard of correctness the Minister's claim that the disputed records were exempted from disclosure either as "advice or recommendations developed by or for a government institution or a minister of the Crown", or as "an account of consultations or deliberations involving officers or employees of a government institution, . . . or . . . a minister of the Crown" within the meaning of paragraphs 21(1)(a) and (b). After examining the documents, she held that Industry Canada had correctly concluded that the documents fell within these exemptions.

[19] The Judge further held that the applicants had the burden of proving that the Minister had unlawfully exercised his discretion not to disclose the exempted records. However, the Judge considered the propriety of the Minister's exercise of discretion on the basis of all the material in the record on this issue, including hearsay evidence that came into the record through the Commissioner. She concluded that the evidence was sufficient to justify the exercise of the Minister's discretion not to disclose.

D. LEGISLATIVE FRAMEWORK

Access to Information Act, R.S.C., 1985,
c. A-1 [ss. 2(1), 4(1), 21(1)(a),
(2)(a), 25, 41, 42(1)(a), 48, 49]

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.

. . .

le contrôle judiciaire du refus du Ministère de lui donner communication de tous les documents qu'elle avait demandés.

C. DÉCISION DE LA SECTION DE PREMIÈRE INSTANCE

[18] Le juge qui a entendu les demandes a évalué selon la norme de la décision correcte la prétention du ministre selon laquelle les documents en litige étaient visés par une exception à la communication soit en tant qu'«avis ou recommandations élaborés par ou pour une institution fédérale ou un ministre» ou en tant que «comptes rendus de consultations ou délibérations où sont concernés des cadres ou employés d'une institution fédérale, un ministre ou son personnel» au sens des alinéas 21(1)a) et b). Après avoir examiné les documents, elle a statué qu'Industrie Canada avait conclu à juste titre qu'ils étaient visés par ces exceptions.

[19] Le juge a en outre statué qu'il incombait aux demandeurs de prouver que le ministre n'avait pas exercé conformément à la loi son pouvoir discrétionnaire de refuser de communiquer des documents visés par des exceptions. Elle a toutefois examiné si l'exercice du pouvoir discrétionnaire du ministre était approprié compte tenu de tous les éléments contenus dans le dossier sur cette question, y compris la preuve par ouï-dire versée au dossier par le Commissaire. Elle a conclu que la preuve était suffisante pour justifier l'exercice par le ministre de son pouvoir discrétionnaire de refuser la communication.

D. CADRE LÉGISLATIF

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), 21(1)a),
(2)a), 25, 41, 42(1)a), 48, 49]

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

[. . .]

4. (1) Subject to this Act, but notwithstanding any other Act of Parliament, every person . . . has a right to and shall, on request, be given access to any record under the control of a government institution.

. . .

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,

. . .

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

(2) Subsection (1) does not apply in respect of a record that contains

(a) an account of, or a statement of reasons for, a decision that is made in the exercise of a discretionary power or an adjudicative function and that affects the rights of a person; or

. . .

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.

. . .

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

42. (1) The Information Commissioner may

(a) apply to the Court, . . . for a review of any refusal to disclose a record requested under this Act or a part thereof in respect of which an investigation has been carried out by the Information Commissioner, if the Commissioner has the consent of the person who requested access to the record;

. . .

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.

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.

[. . .]

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;

[. . .]

(2) Le paragraphe (1) ne s'applique pas aux documents contenant:

a) le compte rendu ou l'exposé des motifs d'une décision qui est prise dans l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire ou rendue dans l'exercice d'une fonction judiciaire ou quasi-judiciaire et qui touche les droits d'une personne;

[. . .]

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.

[. . .]

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 [. . .] exercer un recours en révision de la décision de refus devant la Cour. [. . .]

42. (1) Le Commissaire à l'information a qualité pour:

a) exercer lui-même, à l'issue de son enquête [. . .] le recours en révision pour refus de communication totale ou partielle d'un document, avec le consentement de la personne qui avait demandé le document;

[. . .]

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.

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.

Radiocommunication Act, R.S.C., 1985, c. R-2
 [(as am. by S.C. 1989, c. 17, s. 2),
 s. 5(1)(a)(i.1) (as am. *idem*, s. 4;
 1996, c. 18, s. 61)]

5. (1) Subject to any regulations made under section 6, the Minister may, taking into account all matters that the Minister considers relevant for ensuring the orderly establishment or modification of radio stations and the orderly development and efficient operation of radiocommunication in Canada,

(a) issue

. . .

(i.1) spectrum licences in respect of the utilization of specified radio frequencies within a defined geographic area,

E. ANALYSIS

[20] In the Court below, Telezone made various complaints about the manner in which Industry Canada had handled its access request. The Judge did not regard these complaints as relevant to any of the issues before her. I agree and need say no more about them.

[21] By the time that the appeal was heard, the appellants had reduced the number of documents that they were requesting. The records or portions of the records that the Information Commissioner sought concern: (i) the weighting percentages attributed to the evaluation criteria used by the working group in the initial evaluation of the licence applications; (ii) the weighting percentages attributed to the final evaluation criteria used by the Department to rank and select the successful applicants; and (iii) portions of four other documents identifying for the Minister the policy options available to him. Telezone's list was substan-

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 indiquée.

Loi sur la radiocommunication, L.R.C. (1985), ch. R-2 [(mod. par L.C. 1989, ch. 17, art. 2), art. 5(1)(a)(i.1) (mod., *idem*, art. 4; 1996, ch. 18, art. 61)]

5. (1) Sous réserve de tout règlement pris en application de l'article 6, le ministre peut, compte tenu des questions qu'il juge pertinentes afin d'assurer la constitution ou les modifications ordonnées de stations de radiocommunication ainsi que le développement ordonné et l'exploitation efficace de la radiocommunication au Canada:

a) délivrer et assortir de conditions:

[. . .]

(i.1) les licences de spectre à l'égard de l'utilisation de fréquences de radiocommunication définies dans une zone géographique déterminée,

E. ANALYSE

[20] Devant la Section de première instance, Telezone a fait part de ses doléances quant à la manière dont Industrie Canada avait traité sa demande de communication. Le juge a considéré que ces plaintes n'étaient nullement pertinentes aux questions dont elle avait été saisie. Je suis d'accord avec le juge et je n'ai rien d'autre à dire à ce sujet.

[21] Au moment où l'appel a été entendu, les appelants avaient diminué le nombre de documents dont ils demandaient communication. Les documents ou parties de documents dont le Commissaire à l'information a demandé communication concernent: (i) les pourcentages pondérés attribués aux critères utilisés par le groupe de travail dans l'évaluation initiale des demandes de licence; (ii) les pourcentages pondérés attribués aux critères d'évaluation finals utilisés par le Ministère pour classer et choisir les demandeurs retenus; et (iii) des extraits de quatre autres documents indiquant au ministre les options de

tially longer, but largely focussed on the methods of evaluating the licence applications and the scores assigned for the various criteria.

[22] On the other side, counsel for the Minister was able to narrow the issues by advising the Court that he intended to justify the refusals by relying only on paragraph 21(1)(a).

Issue 1 Interpreting the *Access to Information Act*

[23] The appellants argue that the Applications Judge erred by failing to follow the approach to the interpretation of the Act that has been established in the jurisprudence of both this Court and the Supreme Court of Canada. In particular, they say, the Judge did not frame her analysis by reference to the two fundamental principles applicable to the interpretation of the *Access to Information Act*: the right of public access to information under the control of government institutions should be construed broadly in light of the statutory purpose set out in subsection 2(1) and, correspondingly, the exceptions should be given as narrow a meaning as is consistent with their purpose and the statutory language in which they are expressed.

[24] In my opinion, it is clear from paragraph 44 of her reasons that the Judge did not err in law by overlooking the need to interpret statutory exceptions in light of both the purpose of the Act, and the countervailing values that underlie the exceptions relied on, especially, in regard to paragraph 21(1)(a), the preservation of a full and frank flow of interchanges among public officials participating in the decision-making process. However, given the importance of the interpretative framework to the interpretation of specific provisions in the Act, it is appropriate to refer briefly here to some pertinent judicial observations.

[25] First, in *Dagg v. Canada (Minister of Finance)*, [1997] 2 S.C.R. 403, at paragraph 63, La Forest J. articulated the constitutional nature of the Act when he said:

politique qui s'offraient à lui. La liste de Telezone était considérablement plus longue, mais portait principalement sur les méthodes d'évaluation des demandes de licence et les notes attribuées pour les divers critères.

[22] L'avocat du ministre a pour sa part été en mesure de limiter les questions en litige en faisant part à la Cour de son intention d'invoquer uniquement l'alinéa 21(1)a pour justifier les refus.

Question 1: Interprétation de la *Loi sur l'accès à l'information*

[23] Les appelants soutiennent que le juge qui a entendu les demandes a commis une erreur en ne suivant pas pour interpréter la Loi la méthode établie tant dans la jurisprudence de notre Cour que dans celle de la Cour suprême du Canada. Ils affirment notamment que le juge n'a pas tenu compte dans son analyse des deux principes fondamentaux applicables à l'interprétation de la *Loi sur l'accès à l'information*: le droit du public d'avoir accès aux documents de l'administration fédérale doit recevoir une interprétation large tenant compte de l'objet de la loi énoncé au paragraphe 2(1) et, de ce fait, les exceptions doivent faire l'objet d'une interprétation aussi restreinte que nécessaire pour respecter leur objet et le libellé utilisé pour les exprimer.

[24] À mon avis, il ressort clairement du paragraphe 44 de ses motifs que le juge n'a pas commis d'erreur de droit en ne tenant pas compte de la nécessité d'interpréter les exceptions prévues par la Loi en considérant à la fois l'objectif de la Loi et les valeurs qui sous-tendent les exceptions invoquées, et en particulier, en ce qui concerne l'alinéa 21(1)a, la préservation des échanges sans entraves de renseignements entre les fonctionnaires participant au processus décisionnel. Toutefois, vu l'importance du cadre d'interprétation des dispositions précises de la Loi, il convient de rappeler ici brièvement certaines remarques pertinentes faites par les tribunaux.

[25] Premièrement, dans l'arrêt *Dagg c. Canada (Ministre des Finances)*, [1997] 2 R.C.S. 403, au paragraphe 63, le juge La Forest a exposé le caractère constitutionnel de la Loi lorsqu'il a dit:

Rights to state-held information are designed to improve the workings of government; to make it more effective, responsive and accountable. Consequently, while the *Access to Information Act* recognizes a broad right of access to “any record under the control of a government institution” (s. 4(1)), it is important to have regard to the overarching purposes of the Act in determining whether an exemption to that general right should be granted.

[26] Second, in *Canada Post Corp. v. Canada (Minister of Public Works)*, [1995] 2 F.C. 110 (C.A.), at page 128, Létourneau J.A. said that it was the duty of the courts to give the same kind of “liberal and purposive construction” to the interpretation of the public right to access that they give to statutory rights to be free from discrimination. Hence, he added (at page 129), relying also on the notwithstanding clause contained in subsection 4(1), which gives the Act priority over any conflicting legislation:

... Parliament intended the Act to apply liberally and broadly with the citizen’s right of access to such information being denied only in limited and specific exceptions. [Emphasis added.]

[27] Third, addressing the interpretation of the exceptions to the general right of disclosure, McDonald J.A. said in *Rubin v. Canada (Minister of Transport)*, [1998] 2 F.C. 430 (C.A.), at paragraph 24:

It is important to emphasize that this does not mean that the Court is to redraft the exemptions found in the Act in order to create more narrow exemptions. A court must always work within the language it has been given. If the meaning is plain, it is not for this Court, or any other court, to alter it. Where, however, there is ambiguity within a section, that is, it is open to two interpretations (as paragraph 16(1)(c) is here), then this Court must, given the presence of section 2, choose the interpretation that infringes on the public’s stated right to access to information contained in section 4 of the Act the least.

Issue 2 Standard of review

(i) “advice and recommendations”: interpretation and application

[28] Counsel for the Minister argued that the Judge erred in holding that the Minister’s interpretation of the scope of a statutory exemption to the duty to

Les droits aux renseignements détenus par l’État visent à améliorer les rouages du gouvernement, de manière à le rendre plus efficace, plus réceptif et plus responsable. En conséquence, bien que la *Loi sur l’accès à l’information* reconnaisse un droit d’accès général aux «documents des institutions fédérales» (par. 4(1)), il importe de tenir compte de l’objectif général de cette loi pour déterminer s’il y a lieu de reconnaître une exception à ce droit général.

[26] Deuxièmement, dans l’arrêt *Société canadienne des postes c. Canada (Ministre des Travaux publics)*, [1995] 2 C.F. 110 (C.A.), à la page 128, le juge Létourneau a dit qu’il incombait aux cours de justice de donner au droit d’accès du public la même sorte d’«interprétation libérale et fondée sur l’objet visé» qu’aux droits de ne faire l’objet d’aucune discrimination. C’est pourquoi, invoquant aussi la clause dérogatoire contenue au paragraphe 4(1) qui fait en sorte que la Loi l’emporte sur toute autre loi incompatible, il a ajouté (à la page 129):

[...] le législateur fédéral voulait que la Loi ait une application libérale et large et que les exceptions au droit du public à la communication de ces documents soient précises et limitées. [Soulignement ajouté.]

[27] Troisièmement, examinant l’interprétation des exceptions au droit général à la communication, le juge McDonald a dit dans l’arrêt *Rubin c. Canada (Ministre des Transports)*, [1998] 2 C.F. 430 (C.A.), au paragraphe 24:

Il importe de souligner que cela ne signifie pas que la Cour doit remanier les exceptions prévues par la Loi afin de créer des exceptions plus limitées. Un tribunal doit toujours travailler avec le libellé qui lui a été soumis. Si le sens est manifeste, il n’appartient pas à la Cour ou à un autre tribunal de le modifier. Toutefois, si une disposition renferme une ambiguïté, c’est-à-dire qu’elle peut être interprétée de deux façons (comme l’alinéa 16(1)c) en l’espèce), alors la Cour doit, vu la présence de l’article 2, choisir l’interprétation qui porte le moins atteinte au droit du public à l’accès à des documents qui est prévu à l’article 4 de la Loi.

Question 2: Norme de contrôle

(i) «avis ou recommandations»: interprétation et application

[28] L’avocat du ministre a soutenu que le juge avait commis une erreur en statuant qu’il fallait examiner selon la norme de la décision correcte l’interprétation

disclose was reviewable on a standard of correctness. He noted that the Judge had selected the standard by consulting a narrower range of factors than those prescribed in the pragmatic or functional analysis elaborated by the Supreme Court of Canada, especially in *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982; and *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817.

[29] More recently, the Court has confirmed the parameters of the inquiry into the appropriate standard of review approved in these cases, observing also, however, that *Pushpanathan, supra*, should be understood as a synopsis, not a modification, of its previous jurisprudence: *Committee for Equal Treatment of Asbestos Minority Shareholders v. Ontario (Securities Commission)* (2001), 199 D.L.R. (4th) 577 (S.C.C.), at paragraph 48; *Canada (Deputy Minister of National Revenue—M.N.R.) v. Mattel Canada Inc.* (2001), 199 D.L.R. (4th) 598 (S.C.C.), at paragraphs 23-33.

[30] Counsel argued that the Judge had erred by relying for her conclusion almost exclusively on *Canadian Council of Christian Charities v. Canada (Minister of Finance)*, [1999] 4 F.C. 245 (T.D). I had held in that case (at paragraphs 12-13) that correctness was the applicable standard of review because, unlike the situation under many provincial access to information statutes, the administrative action typically reviewed in the federal scheme is the refusal of a head of a government institution to disclose a document, not of the Information Commissioner, an officer of Parliament who is independent of the Executive. Heads of government institutions are not disinterested in the interpretation and application of the *Access to Information Act* and are likely to have an institutional predisposition towards restricting the public right of access and construing the exemptions broadly.

[31] However, the somewhat meandering trail of the pragmatic or functional analysis leads, in this case, to

par le ministre de la portée d'une exception prévue par la loi à l'obligation de communiquer. Il a souligné que le juge avait choisi la norme en consultant un éventail de facteurs plus restreints que ceux prescrits dans l'analyse pragmatique ou fonctionnelle conçue par la Cour suprême du Canada, notamment dans les arrêts *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982; et *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817.

[29] Plus récemment, la Cour a confirmé les paramètres de l'examen de la norme de contrôle approuvée dans ces arrêts, faisant toutefois aussi remarquer que l'on devrait considérer l'arrêt *Pushpanathan*, précité, comme un synopsis et non comme une modification de la jurisprudence antérieure: *Comité pour le traitement égal des actionnaires minoritaires de la société Asbestos Ltée c. Ontario (Commission des valeurs mobilières)* (2001), 199 D.L.R. (4th) 577 (C.S.C.), au paragraphe 48; *Canada (Sous-ministre du Revenu national—M.R.N.) c. Mattel Canada Inc.* (2001), 199 D.L.R. (4th) 598 (C.S.C.), aux paragraphes 23 à 33.

[30] L'avocat a soutenu que le juge avait commis une erreur en appuyant sa conclusion presque exclusivement sur la décision *Conseil canadien des œuvres de charité chrétiennes c. Canada (Ministre des Finances)*, [1999] 4 C.F. 245 (1^{re} inst.). J'ai statué dans cette affaire (aux paragraphes 12 et 13) que la norme de contrôle applicable était celle de la décision correcte parce que, contrairement à ce qui se produit dans le cas de nombreuses lois provinciales sur l'accès à l'information, l'acte administratif habituellement contrôlé dans le cadre fédéral est le refus d'un responsable d'une institution fédérale de communiquer un document et non celui du Commissaire à l'information, un haut fonctionnaire du Parlement, indépendant du pouvoir exécutif. Les responsables des institutions fédérales ne sont pas neutres dans l'interprétation et l'application de la *Loi sur l'accès à l'information* et ils sont susceptibles d'avoir un parti-pris institutionnel les incitant à restreindre le droit d'accès du public et à interpréter libéralement les exceptions.

[31] Toutefois, le raisonnement quelque peu sinueux suivi dans l'analyse pragmatique ou fonctionnelle

exactly the same destination as the shorter path taken in *Canadian Council of Christian Charities, supra*, which was explicitly directed towards the purposes of the statute and the nature of the decision-maker.

[32] As to the factors of the pragmatic or functional analysis not expressly considered in the Court below, I note, first, that the Act contains neither a privative clause protecting from review, nor a right of appeal from, a refusal of an institutional head to disclose information in response to a request. The absence of the former has been said to be an indication that Parliament intended the Court to retain its “general supervisory jurisdiction” (*Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554, at page 583).

[33] It could, of course, equally be said that the absence of a statutory right of appeal is indicative of a deferential standard of review, just as a glass filled to half its capacity may be described as either half-full or half-empty. However, in subsection 2(1), the purpose clause of the *Access to Information Act*, Parliament has expressly provided for a review of refusals of access “independently of government.” I take this to refer both to review by the Information Commissioner, and by the Court under section 41.

[34] Hence, the absence of a privative clause, the explicit provision for the Court to review refusals, and the importance ascribed by the Act to independent review, are indicative of a Parliamentary intention that the Court should review at the correctness end of the spectrum questions of law decided by the Minister.

[35] Second, turning to the expertise of the decision-maker, I acknowledge that, like other institutional heads handling access requests, the Minister of Industry has available the experience of the members of a specialized departmental unit who regularly have to interpret and apply the *Access to Information Act* in the course of their work. Further, the Minister and his

mène, en l’espèce, exactement au même point que l’analyse très concise faite dans la décision *Conseil canadien des œuvres de charité chrétiennes*, précitée, qui portait expressément sur les objectifs de la loi et la nature du décideur.

[32] Pour ce qui est des éléments de l’analyse pragmatique ou fonctionnelle que la Section de première instance n’a pas expressément examinés en l’espèce, je signale tout d’abord que la Loi ne contient aucune clause privative assurant une protection contre un recours en révision et ne prévoit aucun droit d’appel du refus du responsable d’une institution de communiquer des renseignements en réponse à une demande. On a dit que l’absence d’une telle clause montrait l’intention du législateur de permettre à la Cour de conserver son «pouvoir général de surveillance» (*Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554, à la page 584).

[33] On pourrait certes aussi affirmer que l’absence d’un droit d’appel prévu par la loi dénote une norme d’examen fondée sur la retenue, tout comme l’on peut dire d’un verre à moitié rempli qu’il est à moitié plein ou à moitié vide. Toutefois, au paragraphe 2(1), qui expose l’objet de la *Loi sur l’accès à l’information*, le législateur a expressément prévu des recours «indépendants du pouvoir exécutif» à l’encontre des refus de communication. À mon avis, il s’agit à la fois de l’examen par le Commissaire à l’information et de la révision par la Cour fédérale en vertu de l’article 41.

[34] Ainsi, l’absence d’une clause privative, la disposition expresse prévoyant que la Cour peut réviser les refus et l’importance accordée par la Loi à un examen indépendant sont des indices de la volonté du législateur que la Cour puisse évaluer selon la norme de la décision correcte les questions de droit tranchées par le ministre.

[35] Si on examine maintenant l’expertise du décideur, je reconnais que, comme les autres responsables des institutions traitant des demandes de communication, le ministre de l’Industrie peut avoir recours à l’expérience des membres d’un service ministériel spécialisé qui, dans le cadre de leurs fonctions, ont régulièrement à interpréter et à appliquer la *Loi sur*

advisers are well placed to assess whether, if government is to operate effectively to advance the public interest, it is necessary for the effective working of the internal processes of government to maintain a measure of secrecy for communications between officials, and between officials and the Minister, in the course of developing policy.

[36] However, this expertise must be balanced against the primary purpose of the Act, namely, the provision of a public right of access to government records, albeit one that is limited by other considerations, and the creation of mechanisms for independent review as the means by which the statutory purpose is pursued. The key to interpreting the scope of the right of access and of the exemptions is to be found in striking an appropriate balance between the competing legislative policies that underlie them, a function for which a body independent of the Executive is better suited than the institution resisting the request for access. As counsel for the Information Commissioner pithily put it in the course of argument, if the Court were to confine its duty under section 41 to review ministerial refusals of access requests by deferring to ministerial interpretations and applications of the Act, it would, in effect, be putting the fox in charge of guarding the henhouse.

[37] Third, I am satisfied that the nature of the questions to be decided in this case points to a standard of review at the correctness end of the spectrum. The principal argument made by the appellants in attacking the Minister's refusal to disclose was that, in light of the interpretative framework within which this legislation should be construed, the Minister had interpreted the words "advice and recommendations" in a way that failed to give an appropriately narrow scope to the exemption in paragraph 21(1)(a). In addition, it was said, the affidavit sworn by an official who had no firsthand knowledge of the handling of Telezone's access request was insufficient to discharge the burden on the Minister to demonstrate that he had lawfully exercised his discretion not to disclose material falling within the exemption.

l'accès à l'information. De plus, le ministre et ses conseillers sont bien placés pour évaluer si, pour permettre au gouvernement de fonctionner efficacement afin de promouvoir l'intérêt public, il est nécessaire pour assurer le fonctionnement efficace interne du gouvernement de préserver un certain degré de confidentialité dans les communications entre les fonctionnaires ainsi qu'entre les fonctionnaires et le ministre dans l'élaboration des politiques.

[36] Toutefois, il faut trouver un équilibre entre cette expertise et le principal objectif de la Loi, savoir conférer au public un droit d'avoir accès aux documents de l'administration fédérale, bien que ce droit soit limité par d'autres considérations, et créer des mécanismes indépendants de révision permettant d'atteindre cet objectif. La clé pour interpréter la portée du droit d'accès et des exceptions consiste à établir un juste équilibre avec les principes opposés consacrés par la loi qui les sous-tendent, une fonction qu'un organisme indépendant du pouvoir exécutif est plus apte à remplir que l'institution opposant son refus à une demande de communication. Comme l'avocat du Commissaire à l'information l'a exprimé avec concision au cours des débats, si la Cour devait limiter l'obligation qui lui est imposée par l'article 41 à la révision des demandes de communication refusées par le ministre en se fondant sur les interprétations et les applications de la Loi faites par le Ministère, cela équivaldrait à confier la garde du poulailler au renard.

[37] Troisièmement, je suis convaincu qu'en raison de la nature des questions à trancher en l'espèce, la norme applicable est une norme proche de celle de la décision correcte. Le principal argument invoqué par les appelants pour contester le refus du ministre était qu'étant donné le cadre d'interprétation à appliquer aux dispositions législatives, le ministre a interprété les mots «avis ou recommandations» sans accorder la portée restreinte qui convenait à l'exception prévue à l'alinéa 21(1)a). De plus, il est allégué que l'affidavit souscrit par un fonctionnaire qui n'avait pas une connaissance directe du traitement accordé à la demande de communication présentée par Telezone était insuffisant pour libérer le ministre de l'obligation de démontrer qu'il avait exercé régulièrement son pouvoir discrétionnaire de refuser de communiquer des documents visés par l'exception.

[38] The meaning of the words “advice and recommendations” is a question of statutory interpretation that turns on an understanding of the fundamental principles underlying the statutory scheme. The same is true, although to a somewhat lesser degree, of the question of whether the appellants or the Minister bear the burden of proving the propriety of the Minister’s exercise of discretion not to disclose records exempted by paragraph 21(1)(a). These questions respecting the operation of the statute seem to me to possess a sufficient degree of generality to indicate that, in the absence of factors pointing to a different conclusion, correctness is the appropriate standard of review, especially given that the decision under review is that of a protagonist, not of an independent agency.

[39] I accept that determining whether documents, or portions of documents, fall within the exemption, properly interpreted, whether severability has been duly considered, and whether the evidence was sufficient to discharge the Minister’s burden of proof, are specific to this case and contain factual elements. Nonetheless, when all the other aspects of the pragmatic or functional analysis are considered, particularly the importance of an independent review, I am not satisfied that the nature of these questions is either sufficiently within the expertise of the Minister, or so outside that of the reviewing Court, as to indicate a deferential standard of review, particularly given the general importance of the right to which they relate.

[40] I need only add that the fact that courts have applied a deferential standard of review under Ontario’s freedom of information statute (see, for example, *John Doe v. Ontario (Information and Privacy Commissioner)* (1993), 13 O.R. (3d) 767 (Div. Ct.)) has little relevance, if any, to the federal access statute because, as already noted, under the Ontario Act, the decisions being reviewed are those of the independent Information Commissioner, not of the institution head. Indeed, even under Ontario’s statutory scheme, the courts have sometimes subjected the

[38] Le sens qu’il faut accorder aux mots «avis ou recommandations» est une question d’interprétation législative qui repose sur la compréhension des principes fondamentaux sous-tendant le cadre législatif. Cela est également vrai, bien que dans une moindre mesure, de la question de savoir s’il incombe aux appelants ou au ministre de prouver l’exercice approprié par le ministre du pouvoir discrétionnaire de refuser de communiquer des documents visés par l’exception de l’alinéa 21(1)a). Ces questions concernant l’application de la loi semblent, selon moi, être suffisamment générales pour indiquer que, en l’absence des facteurs pouvant mener à une conclusion différente, l’évaluation doit être faite selon la norme de la décision correcte, notamment parce que la décision faisant l’objet du contrôle est celle d’une institution protagoniste et non d’une institution indépendante.

[39] Je reconnais que les questions de savoir si les documents ou des extraits de ceux-ci sont visés par l’exception, une fois que celle-ci a été correctement interprétée, si on a envisagé la dissociation et si la preuve était suffisante pour libérer le ministre de la charge de la preuve, sont particulières à la présente espèce et comportent des éléments factuels. Néanmoins, une fois examinés tous les autres éléments de l’analyse pragmatique ou fonctionnelle, notamment l’importance d’un examen indépendant, je ne suis pas convaincu que ces questions soit relèvent suffisamment de l’expertise du ministre soit échappent à la compétence de la cour de révision de sorte qu’il y a lieu d’appliquer une norme d’examen fondée sur la retenue, vu en particulier l’importance du droit auquel elles se rapportent.

[40] Il ne me reste qu’à ajouter que le fait que des tribunaux aient appliqué une norme d’examen fondée sur la retenue en vertu de la loi ontarienne sur l’accès à l’information (voir, par exemple, *John Doe v. Ontario (Information and Privacy Commissioner)* (1993), 13 O.R. (3d) 767 (C. div.)) est peu ou pas pertinent à la loi fédérale sur l’accès à l’information parce que, comme on l’a vu précédemment, en vertu de la loi ontarienne, les décisions examinées sont celles du Commissaire à l’information et non celles du responsable d’une institution. En fait, même en vertu

Commissioner's interpretation of the Act to review for correctness: see, for example, *Walmsley v. Ontario (Attorney General)* (1997), 34 O.R. (3d) 611 (C.A.).

[41] Fourth, for the reasons already canvassed, the purpose of the *Access to Information Act*, and the importance of an independent scrutiny of access refusals identified in subsection 2(1) for furthering the statutory purpose, favour the Court's reviewing the Minister's interpretation and application of the Act on a standard of correctness. Indeed, by virtue of the independence, legal powers, process and expertise of the Information Commissioner, the conclusions of law, and of law and fact, on which he bases his reports and recommendations have a greater claim to judicial deference than those of a minister.

[42] Nonetheless, while the Court will consider the Commissioner's reports with care, the Court is entitled to differ from the Commissioner on questions of law, and of mixed law and fact, without having first to satisfy itself that the Commissioner's conclusion was unreasonable: the Court is charged with reviewing refusals by heads of government institutions, not the Commissioner's recommendations.

(ii) exercice de discrétion

[43] Another question to be decided concerns the exercise of the Minister's statutory discretion. Since the *Access to Information Act* leaves the disclosure of records falling within paragraph 21(1)(a) to the discretion of the Minister, and imposes no express limitations on its exercise, it is not for the Court to substitute its view for that of the Minister on how the discretion should be exercised: *Canadian Council of Christian Charities*, *supra*, at paragraphs 18-19; and, on analogous provisions under the *Privacy Act*, R.S.C., 1985, c. P-21, see *Kelly v. Canada (Solicitor General)* (1992), 53 F.T.R. 147 (F.C.T.D.), at page 149 (*per Strayer J.*), approved in *Dagg v. Canada (Minister of Finance)*, [1997] 2 S.C.R. 403, at paragraph 110 (*per*

du cadre législatif ontarien, les tribunaux ont parfois examiné en fonction de la norme de la décision correcte l'interprétation de la Loi faite par le Commissaire: voir, par exemple, *Walmsley v. Ontario (Attorney General)* (1997), 34 O.R. (3d) 611 (C.A.).

[41] Quatrièmement, pour les motifs déjà examinés, il convient pour la Cour, en raison de l'objet de la *Loi sur l'accès à l'information* et de l'importance d'effectuer un examen indépendant des refus aux fins de l'objectif de la Loi, d'évaluer l'interprétation et l'application de la Loi par le ministre en appliquant la norme de la décision correcte. En fait, compte tenu de l'indépendance du Commissaire à l'information, des pouvoirs qui lui sont conférés par la loi, de son expertise et de la procédure qui doit être suivie, les tribunaux doivent faire preuve d'une plus grande retenue à l'égard des conclusions de droit et des conclusions de fait et de droit sur lesquelles il fonde ses rapports et recommandations qu'à l'égard de celles d'un ministre.

[42] Néanmoins, même si elle examine attentivement les rapports du Commissaire, la Cour peut être en désaccord avec celui-ci sur les questions de droit et les questions mixtes de droit et de fait sans avoir à être tout d'abord convaincue que la conclusion du Commissaire était injustifiée: la Cour est chargée d'examiner les refus des responsables des institutions fédérales et non les recommandations du Commissaire.

(ii) exercice du pouvoir discrétionnaire

[43] L'exercice du pouvoir discrétionnaire conféré au ministre fait partie des questions à trancher. Comme la *Loi sur l'accès à l'information* laisse au ministre le soin de déterminer s'il y a lieu de communiquer des documents visés par l'alinéa 21(1)a) et ne limite pas expressément l'exercice de ce pouvoir, la Cour ne peut pas décider en lieu et place du ministre comment ce pouvoir discrétionnaire devrait être exercé: *Conseil canadien des œuvres de charité chrétiennes*, précité, aux paragraphes 18 et 19; en ce qui concerne des dispositions similaires de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. (1985), ch. P-21, voir *Kelly c. Canada (Solliciteur général)* (1992), 53 F.T.R. 147 (C.F. 1^{re} inst.), à la page 149 (le juge

La Forest J.).

[44] However, in light of *Baker, supra*, the grounds on which the legality of the Minister's discretionary decision not to disclose records is reviewable must be considered to have been expanded from those set out in *Dagg, supra*, at paragraph 111, where they were limited to bad faith, breach of natural justice and the relevancy of the considerations relied on by the decision-maker.

[45] In my opinion, the Minister's exercise of discretion under paragraph 21(1)(a) is now also subject to review for unreasonableness. Further, "unreasonableness *simpliciter*", not patent unreasonableness, is the relevant variant of rationality review applicable to the discretionary decision in this case. The expertise available to the Minister in making the decision, and his accountability to Parliament, are outweighed by the importance afforded by the Act to the right affected, namely, the public right of access to government records secured by an independent review of refusals to disclose, and by the case-specific nature of the policy decision made.

[46] In my opinion, this case is readily distinguishable from *Nanaimo (City) v. Rascal Trucking Ltd.*, [2000] 1 S.C.R. 342, where the Court held that the exercise by a municipality of a power to order the removal of a nuisance could only be set aside for irrationality if shown to have been patently unreasonable, and not merely unreasonable *simpliciter*. Thus, the Court observed (at paragraph 35) that, in making this discretionary decision, councillors would have taken into account local circumstances and that, since they were better placed in this regard than the Court, their decision should be afforded maximum curial deference. The fact that municipal legislation commonly precludes the review of bylaws and resolutions for unreasonableness was another indication to the Court (at paragraph 39) that the legislature should be

Strayer), approuvé dans *Dagg c. Canada (Ministre des Finances)*, [1997] 2 R.C.S. 403, au paragraphe 110 (le juge La Forest).

[44] Toutefois, compte tenu de l'arrêt *Baker*, précité, on doit considérer que les motifs qui permettent de contrôler la légalité de l'exercice par le ministre de son pouvoir discrétionnaire de refuser de communiquer des documents sont plus nombreux que ceux qui ont été énoncés dans l'arrêt *Dagg*, précité, au paragraphe 111, où ils se limitaient à la mauvaise foi, au manquement aux principes de justice naturelle et à la pertinence des considérations sur lesquelles s'est fondé le décideur.

[45] À mon avis, on peut également examiner l'exercice du pouvoir discrétionnaire conféré au ministre par l'alinéa 21(1)a) pour déterminer s'il était déraisonnable. De plus, c'est la norme de la «décision déraisonnable *simpliciter*», et non celle de la décision manifestement déraisonnable, qui est la variante pertinente de l'examen de la rationalité applicable à la décision discrétionnaire en l'espèce. L'importance accordée par la Loi au droit touché, savoir le droit du public d'avoir accès aux documents de l'administration fédérale garanti par un examen indépendant du refus de les communiquer, et la nature particulière de la décision de principe prise l'emportent sur l'expertise dont disposait le ministre lorsqu'il a pris la décision et son obligation de rendre compte au Parlement.

[46] À mon avis, la présente espèce se distingue facilement de l'arrêt *Nanaimo (Ville) c. Rascal Trucking Ltd.*, [2000] 1 R.C.S. 342, où la Cour a statué que l'exercice par une municipalité de son pouvoir d'ordonner l'enlèvement d'une nuisance ne pouvait être annulé pour irrationalité que s'il était démontré que cette décision était manifestement déraisonnable et non simplement déraisonnable *simpliciter*. La Cour a fait remarquer (au paragraphe 35) qu'en prenant cette décision discrétionnaire, les conseillers ont tenu compte des circonstances locales et qu'étant donné qu'ils étaient mieux placés à cet égard que la Cour, il fallait faire preuve de la plus grande retenue à l'égard de leur décision. Le fait que les règlements et arrêtés municipaux empêchent habituellement la contestation des règlements ou résolutions fondée sur la question

understood to have limited rationality review to review for patent unreasonableness. Finally, the property rights affected by a decision to order the removal of a pile of soil hardly rise to the same level of quasi-constitutional significance as the limitation imposed on the right of public access to government information by a discretionary refusal to disclose.

(iii) conclusions

[47] In reviewing the refusal of a head of a government institution to disclose a record, the Court must determine on a standard of correctness whether the record requested falls within an exemption. However, when the Act confers on the head of a government institution a discretion to refuse to disclose an exempted record, the lawfulness of its exercise is reviewed on the grounds normally available in administrative law for the review of administrative discretion, including unreasonableness. I would only note that these conclusions are identical to those of La Forest J. in *Dagg*, *supra*, without conducting a functional or pragmatic analysis.

Issue 3 “Advice and recommendations”

[48] The appellants argue that the Judge erred in law in treating certain of the records in question as containing “advice” for the purpose of paragraph 21(1)(a). It will be convenient to deal separately with the different categories of document that are alleged to contain advice. However, counsel for the appellants submitted that, with respect to all the documents, the Court should ascribe a meaning to “advice” that is consistent with the statutory context in which the word is used.

[49] In other words, because “advice” appears in a paragraph limiting the right of access to government records, it should be given a narrow meaning in accordance with the provision in subsection 2(1) that

du caractère déraisonnable constituait un autre signe pour la Cour (au paragraphe 39) que l’on devait considérer que la province avait limité l’examen de la rationalité aux décisions manifestement déraisonnables. Enfin, les droits de propriété touchés par la décision d’ordonner l’enlèvement d’un tas de terre ne soulèvent certes pas une question quasi constitutionnelle aussi importante que la limite qu’impose au droit du public d’avoir accès aux documents de l’administration fédérale le pouvoir discrétionnaire de refuser d’en donner communication.

(iii) conclusions

[47] Lorsqu’elle examine le refus du responsable d’une institution fédérale de communiquer un document, la Cour doit déterminer, en appliquant la norme de la décision correcte, si le document demandé est visé par une exception. Toutefois, lorsque la Loi confère au responsable d’une institution fédérale le pouvoir discrétionnaire de refuser de communiquer un document visé par une exception, la légalité de l’exercice de ce pouvoir doit faire l’objet d’un examen s’appuyant sur les motifs qui permettent normalement, en droit administratif, de revoir l’exercice d’un pouvoir discrétionnaire administratif, notamment le caractère déraisonnable. Je soulignerai simplement sans faire une analyse fonctionnelle ou pragmatique que ces conclusions sont identiques à celles du juge La Forest dans l’arrêt *Dagg*, précité.

Question 3: «Avis ou recommandations»

[48] Les appelants soutiennent que le juge a commis une erreur de droit en considérant que certains des documents en cause contenaient des «avis» au sens de l’alinéa 21(1)a). Il convient d’examiner séparément les diverses catégories de documents qui contiendraient des avis. L’avocat des appelants a toutefois prétendu qu’en ce qui concerne tous les documents, la Cour devrait attribuer au mot «avis» un sens correspondant au contexte législatif dans lequel il est utilisé.

[49] Autrement dit, étant donné que le mot «avis» se trouve dans un alinéa limitant le droit d’accès aux documents de l’administration fédérale, on devrait lui donner un sens étroit concordant avec le paragra-

exemptions from the right of access “should be limited and specific”. It is irrelevant that, in other contexts, including everyday speech, “advice” is capable of a broader connotation.

[50] I certainly have no difficulty with this proposition as a matter of general principle. However, an examination of the statutory context in which the word “advice” is used is not altogether helpful to the appellants. For example, by exempting “advice and recommendations” from disclosure, Parliament must be taken to have intended the former to have a broader meaning than the latter, otherwise it would be redundant.

[51] In addition, the exemption must be interpreted in light of its purposes, namely, removing impediments to the free and frank flow of communications within government departments, and ensuring that the decision-making process is not subject to the kind of intense outside scrutiny that would undermine the ability of government to discharge its essential functions: *Canadian Council of Christian Charities, supra*, at paragraphs 30-32.

[52] On the basis of these considerations, I would include within the word “advice”, an expression of opinion on policy-related matters, but exclude information of a largely factual nature, even though the verb “advise” is sometimes used in ordinary speech in respect of a communication that is neither normative, nor in the nature of an opinion. Thus, a police officer may say that she advised the suspect of his legal rights or, when the person in custody asked her the time, the officer advised him that it was two o’clock.

[53] I turn now to consider the arguments made in connection with the different categories of document that the Minister says are exempt, in whole or in part, because they contain “advice or recommendations” within the meaning of paragraph 21(1)(a).

(i) weightings of the working group

[54] Counsel for the appellants submitted that the records containing the percentage weightings ascribed

phe 2(1) qui prévoit que les exceptions au droit d’accès doivent être «précises et limitées». Il importe peu que, dans d’autres contextes, notamment dans la langue de tous les jours, le mot «avis» puisse avoir une connotation plus large.

[50] Je n’ai certes rien à redire à cette affirmation en tant que principe général. Toutefois, un examen du contexte législatif dans lequel le mot «avis» est employé n’est absolument d’aucun secours pour les appelants. Par exemple, on peut penser qu’en décidant d’inclure les «avis ou recommandations» dans une exception, le législateur voulait que le premier ait un sens plus général que le deuxième, sinon il y aurait redondance.

[51] De plus, il faut interpréter l’exception en tenant compte de l’objectif visé, savoir supprimer les obstacles aux communications libres et spontanées entre les ministères et assurer que le processus décisionnel ne fasse pas l’objet d’un examen extérieur approfondi, susceptible de miner la capacité du gouvernement de s’acquitter de ses fonctions essentielles: *Conseil canadien des œuvres de charité chrétiennes*, précité, aux paragraphes 30 à 32.

[52] Compte tenu de ces considérations, j’inclurais dans le mot anglais *advice* (avis) l’expression d’une opinion sur des questions de politique, mais j’en exclurais les renseignements de nature très factuelle, même si le verbe *advise* est parfois utilisé dans la langue courante relativement à une communication qui n’est pas normative et n’a pas la nature d’une opinion. Ainsi, un policier peut dire qu’il a *advised* (informé) le suspect de ses droits juridiques ou, lorsque la personne détenue lui a demandé l’heure, qu’il l’a *advised* (informée) qu’il était deux heures.

[53] J’examinerai maintenant les arguments invoqués relativement aux diverses catégories de documents qui, de l’avis du ministre, sont visés, en tout ou en partie, par l’exception parce qu’ils contiennent des «avis ou recommandations» au sens de l’alinéa 21(1)a).

(i) pourcentages attribués par le groupe de travail

[54] L’avocat des appelants a soutenu que les documents contenant les pourcentages attribués par le

by the working group to the various criteria for evaluating the licence applications were no more than a factual account of how the group had gone about its task, and that facts are not advice.

[55] As I have already indicated, I accept that the benefit of paragraph 21(1)(a) should be reserved for the opinion, policy or normative elements of advice, and should not be extended to the facts on which it is based. I also accept that, whenever reasonably practicable, the factual component of advice must be severed under section 25 and disclosed, although, as the Judge observed at paragraph 58 of her reasons, advice and facts may be so intertwined as to preclude this.

[56] However, it is in my view untenable to characterize as essentially factual the documents emanating from members of the working group that deal with the percentage weightings. The reason for the group's informing the selection panel, and ultimately the Minister, of the bases of their evaluations was to suggest to the Minister the appropriate rankings of the applications, and not just to give an account of how they had gone about their work. The percentages represented the working group's view, approved by the Assistant Deputy Minister, of the relative importance of the various government objectives being pursued through the allocation of the licences.

[57] In my opinion, the content of the documents is predominantly normative, rather than merely factual, and thus brings them within the rationales underlying paragraph 21(1)(a) for exempting records from disclosure. This conclusion is not affected by the fact that the working group was implicitly, rather than expressly, advising the Minister of the relative importance that should be attached to the various evaluative factors in making the ultimate decision.

[58] Accordingly, the Minister was correct to treat as falling within paragraph 21(1)(a) any records or parts of records emanating from the working group and selection panel that contain the percentages ascribed

groupe de travail aux divers critères permettant d'évaluer les demandes de licence n'étaient rien d'autre qu'un compte rendu de la manière dont le groupe s'était acquitté de sa tâche, et que les faits ne sont pas des avis.

[55] Comme je l'ai déjà indiqué, je reconnais que l'alinéa 21(1)a ne devrait s'appliquer qu'aux éléments normatifs, politiques ou consultatifs des avis, et ne devrait pas s'étendre aux faits sur lesquels ils reposent. Je reconnais également que, chaque fois que cela est raisonnablement possible, les éléments factuels des avis devraient être dissociés en vertu de l'article 25 et communiqués, même si, comme l'a fait observer le juge au paragraphe 58 de ses motifs, les avis et les faits peuvent être si entremêlés qu'il est impossible de le faire.

[56] Il est toutefois à mon avis impossible de soutenir que les documents provenant des membres du groupe de travail qui ont examiné les pourcentages pondérés sont essentiellement factuels. Le groupe a informé le comité de sélection, et ultimement le ministre, des bases de l'évaluation afin de recommander au ministre le classement approprié des demandes et non pour faire un simple compte rendu de la manière dont il s'était acquitté de son travail. Les pourcentages représentaient le point de vue du groupe de travail, approuvé par le sous-ministre adjoint, quant à l'importance relative des divers objectifs gouvernementaux poursuivis par l'octroi des licences.

[57] À mon avis, le contenu des documents est principalement normatif plutôt que simplement factuel, de sorte qu'ils sont visés par les motifs qui permettent de refuser de communiquer des documents en vertu de l'exception prévue à l'alinéa 21(1)a. Le fait que le groupe de travail informait implicitement, plutôt qu'expressément, le ministre de l'importance relative qui devait être accordée aux divers facteurs d'évaluation dans la décision finale n'a aucune incidence sur cette conclusion.

[58] Par conséquent, le ministre a considéré à juste titre qu'étaient visés par l'alinéa 21(1)a les documents ou extraits de documents provenant du groupe de travail et du comité de sélection qui contiennent les

by the working group to the various evaluative criteria, the descriptions of the criteria that have not been disclosed by the Minister, and the numerical scoring of Telezone's application.

(ii) uncommunicated advice

[59] Counsel for Telezone also argued that, at least for the purpose of this Act, the content of a record could only constitute advice if it was communicated for the purpose of advising another person. The Minister was therefore wrong to exempt under paragraph 21(1)(a) documents containing personal notes made by a member of the working group in preparation for the meeting of the group and working papers prepared by members of the group prior to the meeting, which, if communicated at all, were communicated only to other members of the group for the purpose of providing an update on the progress of the group's evaluation of the applications.

[60] I do not accept this argument. Paragraph 21(1)(a) speaks of advice "developed by or for a government institution or a minister of the Crown" [underlining added]. It follows, in my view, that a record otherwise falling within the category of "advice", still contains advice even if it was only intended to assist participants in the decision-making process to formulate the advice or recommendations that they would ultimately give to the final decision-maker. These documents form an integral part of the process by which policy advice was developed within Industry Canada on the selection of the successful applicants for licences.

(iii) inconclusive advice

[61] Other records sought by Telezone identify for the Minister the most important aspects of the licence applications, inform the Minister of issues that require a decision, and set out the options available to him in making a decision, together with the arguments for and against adopting them. It was argued that a public official is not giving "advice" when she simply identifies a matter for decision and sets out the

pourcentages attribués par le groupe de travail aux divers critères d'évaluation, les descriptions des critères qui n'ont pas été communiquées par le ministre et la notation numérique de la demande de Telezone.

(ii) avis non communiqués

[59] L'avocat de Telezone a également soutenu qu'aux fins de la Loi à tout le moins, le contenu d'un document ne peut constituer un avis que s'il est communiqué dans le but de conseiller une autre personne. Le ministre a donc eu tort de refuser, en vertu de l'exception prévue à l'alinéa 21(1)a), de communiquer les documents contenant les notes personnelles prises par un membre du groupe de travail dans le cadre de la préparation de la réunion du groupe ainsi que les documents de travail qui ont été préparés par les membres du groupe avant la réunion et n'ont été communiqués, s'il y a bel et bien eu communication, qu'aux autres membres du groupe afin de les informer de la progression de l'évaluation des demandes par le groupe.

[60] Je n'accepte pas cet argument. Il est question à l'alinéa 21(1)a) des avis «élaborés par ou pour une institution fédérale ou un ministre» [soulignement ajouté]. Il s'ensuit à mon avis qu'un document entrant par ailleurs dans la catégorie des «avis» contient néanmoins un avis, même s'il n'avait pour but que d'aider les participants au processus décisionnel à formuler les avis ou recommandations qu'ils feraient en fin de compte à l'ultime décideur. Ces documents font partie intégrante du processus par lequel les avis sur les politiques ont été élaborés au sein d'Industrie Canada relativement à la sélection des demandeurs de licence dont les demandes devaient être retenues.

(iii) avis non concluants

[61] D'autres documents demandés par Telezone précisent au ministre les éléments les plus importants des demandes de licence, l'informent des questions qui nécessitent une décision et exposent les options qui s'offrent à lui quant à la décision, ainsi que les arguments pour et contre ces options. On a soutenu qu'un fonctionnaire ne donne pas un «avis» lorsqu'il précise simplement la question qui doit faire l'objet

options, without reaching a conclusion as to how the matter should be decided or which of the options should be selected.

[62] I do not agree. First, in insisting that advice must urge a specific course of action, counsel seems to be equating “advice” with “recommendations”, even though, by using both words in paragraph 21(1)(a), Parliament clearly indicated that records that do not contain “recommendations” may still fall within the exemption.

[63] Second, a memorandum to the Minister stating that something needs to be decided, identifying the most salient aspects of an application, or presenting a range of policy options on an issue, implicitly contains the writer’s view of what the Minister should do, how the Minister should view a matter, or what are the parameters within which a decision should be made. All are normative in nature and are an integral part of an institutional decision-making process. They cannot be characterized as merely informing the Minister of matters that are largely factual in nature. Nor do I think that the use in the French text of paragraph 21(1)(a) of the word “avis”, which is generally translated into English as “opinion”, conveys a narrower meaning in this context than the word “advice” in the English version.

[64] Hence, the records sought fall within the mischiefs at which paragraph 21(1)(a) are aimed, namely the danger that disclosure would endanger the unimpeded flow of discussion within government that is essential to effective decision-making, and would erode the ability of government to govern.

(iv) final weightings

[65] The appellants also argued that “advice” for the purpose of paragraph 21(1)(a) does not include the content of a document prepared by an official after the Minister had instructed him to recalculate the scores and rankings of the applicants by using percentage weightings for some of the evaluative criteria different

d’une décision et expose les options qui s’offrent, sans tirer de conclusion quant à la décision qui devrait être rendue ou à l’option qui devrait être choisie.

[62] Je ne suis pas d’accord avec cet argument. Premièrement, en insistant pour dire que l’avis doit conseiller une mesure précise, l’avocat semble assimiler les «avis» aux «recommandations» même si, en employant les deux mots à l’alinéa 21(1)a, le législateur a clairement indiqué que des documents qui ne contiennent pas des «recommandations» peuvent néanmoins être visés par l’exception.

[63] Deuxièmement, une note de service à l’intention du ministre indiquant qu’une décision doit être prise sur une question, précisant les points saillants d’une demande ou présentant une gamme d’options de politique sur une question comporte implicitement le point de vue de l’auteur sur ce que devrait faire le ministre, la manière dont il devrait envisager une question ou les paramètres de la décision à prendre. Tous ces éléments sont de nature normative et font partie intégrante du processus décisionnel d’une institution. On ne peut pas dire qu’ils servent simplement à informer le ministre de questions qui, par leur nature, sont largement factuelles. Je ne pense pas non plus que le mot «avis», qui est généralement traduit en anglais par le mot «*opinion*», dans le texte français de l’alinéa 21(1)a a un sens plus limité dans ce contexte que le mot «*advice*» dans le texte anglais.

[64] C’est pourquoi les documents demandés font partie des problèmes que l’alinéa 21(1)a vise à régler, savoir le risque que la communication mette en péril l’échange sans entraves de renseignements au sein du gouvernement qui est essentiel à la prise des décisions, ce qui minerait la capacité du gouvernement d’exercer le pouvoir.

(iv) pondération finale

[65] Les appelants ont également soutenu que le mot «avis» ne s’entend pas aux fins de l’alinéa 21(1)a du contenu d’un document préparé par un fonctionnaire après que le ministre lui a donné comme instructions de recalculer les notes et de revoir le classement des demandeurs en utilisant les pourcentages pondérés

from those used by the selection panel. The argument was that, by accepting the rankings produced by the official and allocating the licences accordingly, the Minister converted what may previously have been “advice” into the basis of the decision. Hence, an applicant, such as Telezone, should have access to the record, or to the relevant part of it, containing its final scores on the various evaluative criteria, along with the percentage weightings that were finally ascribed to them.

[66] The Applications Judge rejected this argument at paragraph 79 of her reasons, on the ground that the principal document containing this information, a memorandum dated December 15, 1995 from the Assistant Deputy Minister to the Minister, was, when considered in its entirety, “intended to convey advice and recommendations to the Minister” on the allocation of licences. She did not accept that the nature of the document changed as a result of the Minister’s adopting it as the basis of his decision.

[67] I agree. Were it otherwise, it would be inferred from a minister’s refusal to disclose the document on which she or he had based a decision that it was not in accordance with official advice. This is precisely the kind of mischief at which paragraph 21(1)(a) is aimed.

[68] In an attempt to recharacterize the content of the documents, counsel relied on paragraph 21(2)(a). This excludes from the exemptions in subsection (1) “an account of, or a statement of reasons for, a decision that is made in the exercise of a discretionary power . . . and that affects the rights of a person” [underlining added]. Hence, it was argued, Telezone is entitled to access to any records sought that can be characterized as an account or statement of the reasons for the exercise of the Minister’s allocation of the licences within the meaning of paragraph 21(2)(a).

[69] In my opinion, this argument cannot succeed. Paragraph 21(2)(a) only applies when a decision has been made that affects the rights of a person. As an

pour certains des critères d’évaluation différents de ceux utilisés par le comité de sélection. Suivant cet argument, en acceptant le classement produit par le fonctionnaire et en accordant les licences en conséquence, le ministre a fait de ce qui pouvait auparavant être des «avis» le fondement de sa décision. C’est pourquoi un demandeur, comme Telezone, devrait avoir accès au document, ou à l’extrait pertinent de celui-ci, contenant ses notes finales quant aux divers critères d’évaluation, ainsi que les pourcentages pondérés qui leur ont finalement été attribués.

[66] Le juge qui a entendu les demandes a rejeté cet argument au paragraphe 79 de ses motifs parce que le principal document contenant ces renseignements, une note de service datée du 15 décembre 1995 adressée au ministre par le sous-ministre adjoint, avait «pour objet de présenter des avis et recommandations au ministre» sur l’octroi de licences. Le juge n’a pas considéré que la nature du document avait été modifiée parce que le ministre en avait fait le fondement de sa décision.

[67] Je suis d’accord avec sa position. S’il en était autrement, on pourrait conclure du refus d’un ministre de communiquer un document sur lequel il a fondé une décision que celle-ci ne va pas dans le même sens que l’avis officiel. C’est exactement le genre de problème auquel l’alinéa 21(1)a) vise à remédier.

[68] Dans une tentative de donner une nouvelle qualification au contenu des documents, l’avocat a invoqué l’alinéa 21(2)a). Cette disposition prévoit que l’exception prévue au paragraphe (1) ne s’applique pas pour «le compte rendu ou l’exposé des motifs d’une décision qui est prise dans l’exercice d’un pouvoir discrétionnaire [. . .] et qui touche les droits d’une personne» [soulignement ajouté]. C’est pourquoi, a-t-il allégué, Telezone a le droit d’obtenir communication de tous les documents demandés qui peuvent être qualifiés de compte rendu ou d’exposé des motifs de l’octroi des licences par le ministre au sens de l’alinéa 21(2)a).

[69] À mon avis, cet argument ne peut pas être retenu. L’alinéa 21(2)a) ne s’applique que lorsqu’une décision est prise et touche les droits d’une personne.

applicant for a licence, Telezone no doubt had an interest in the decision to award licences that might well have entitled it to the benefit of procedural fairness, an entitlement that is no longer confined to those whose legal rights are adversely affected by administrative action: *Cardinal et al. v. Director of Kent Institution*, [1985] 2 S.C.R. 643, at page 653. Telezone's interest in the matter may also have been sufficient to have conferred standing on it to challenge the legality of the Minister's decision. However, this appeal does not arise from an application by Telezone for judicial review of the Minister's decision to award licences to other applicants.

[70] I cannot interpret the word "rights" in paragraph 21(2)(a) as meaning anything other than "legal rights". And, since Telezone had no legal right to be awarded a discretionary licence, and it cannot be said that it had any other rights that were adversely affected by the decision, paragraph 21(2)(a) does not remove from the ambit of paragraph 21(1)(a) a record otherwise exempt from disclosure because it contains "advice".

[71] In paragraph 21(2)(a) Parliament has expressly provided that a record otherwise falling within paragraph 21(1)(a) must be disclosed if it contains a statement of reasons for a decision that affects the rights of a person. It is not open to the courts to expand the scope of paragraph 21(2)(a) by applying it to a document that contains a statement of the reasons for a discretionary decision that does not affect the rights of a person, even though, as a disappointed applicant for a discretionary licence, the person may be regarded as sufficiently adversely affected for the purpose of the duty of fairness or the law of standing.

[72] Indeed, the inclusion of paragraph 21(2)(a) in the statutory scheme lends support to the Minister's contention that a document containing advice when created does not cease to contain advice once it is accepted by a decision-maker as the basis of a decision. Statements of reasons for decisions would only have to be exempted from the scope of paragraph 21(1)(a) if they otherwise would have fallen within that paragraph because they constituted "advice".

En tant que partie demandant une licence, Telezone avait indubitablement dans la décision d'octroyer des licences un intérêt qui aurait pu lui donner droit au bénéfice de l'équité procédurale, droit qui n'est désormais plus restreint aux personnes dont les droits juridiques sont lésés par une décision administrative: *Cardinal et autre c. Directeur de l'établissement Kent*, [1985] 2 R.C.S. 643, à la page 653. L'intérêt de Telezone pourrait aussi avoir été suffisant pour lui conférer la qualité requise pour contester la légalité de la décision du ministre. Toutefois, le présent appel ne découle pas d'une demande de contrôle judiciaire présentée par Telezone de la décision du ministre d'octroyer des licences à d'autres demandeurs.

[70] À mon sens, le mot «droits» à l'alinéa 21(2)a) ne peut s'entendre que des «droits juridiques». Et vu que Telezone n'avait légalement aucun droit de se voir accorder une licence discrétionnaire et qu'on ne peut pas affirmer que la décision a porté atteinte à d'autres droits qu'elle possédait, l'alinéa 21(2)a) ne soustrait pas à l'application de l'alinéa 21(1)a) un document par ailleurs visé par une exception parce qu'il contient un «avis».

[71] À l'alinéa 21(2)a), le législateur a expressément prévu qu'un document par ailleurs visé par l'alinéa 21(1)a) doit être communiqué s'il contient l'exposé des motifs d'une décision qui touche les droits d'une personne. Il n'est pas loisible aux cours de justice d'élargir la portée de l'alinéa 21(2)a) en l'appliquant à un document qui contient un exposé des motifs d'une décision discrétionnaire qui ne touche pas les droits d'une personne, même si, comme c'est le cas d'un demandeur qui s'est vu refuser une licence discrétionnaire, on peut considérer que la personne est suffisamment lésée en ce qui a trait à l'obligation d'agir équitablement ou à la qualité pour agir.

[72] En fait, l'inclusion de l'alinéa 21(2)a) dans la Loi étaye la prétention du ministre selon lequel un document contenant un avis lorsqu'il a été créé ne cesse pas de contenir un avis une fois que le décideur s'en est servi comme fondement d'une décision. L'exposé des motifs d'une décision ne saurait être visé par l'exception prévue à l'alinéa 21(1)a) que s'il tombait par ailleurs sous le coup de cet alinéa parce qu'il constitue un «avis».

[73] In my view, the appellants can only succeed by establishing that the content of the document containing the final weightings, the undisclosed evaluation criteria, and the applicants' scores, never brought it within paragraph 21(1)(a). The documents in dispute in this case all emanated from the official who was charged with the responsibility for carrying out the Minister's instructions by reworking the scores on the basis of the amended weightings and by revising the terminology used to describe some of the criteria. Since the information in these documents was prepared for the purpose of assisting the Minister to make a decision, it was undoubtedly "advice".

[74] The situation might well have been different if, after the receipt of the official's report, a separate document had been created setting out the bases of the Minister's decision, including the weightings of the various criteria and the scores of the applicants. Even if a separate document containing the decision and its bases had been entirely based on advice given by an official, it might well not have been "advice" within the meaning of paragraph 21(1)(a), so that the limitation on the scope of paragraph 21(2)(a) would have been irrelevant.

[75] In my opinion, the relaxed view taken in *Baker*, *supra*, toward what can constitute reasons for an administrative decision does not assist the appellants. The problem in the present case is not whether the document in question contained "reasons" for the Minister's decision to grant licences, but whether that decision "affected the rights of a person" for the purpose of paragraph 21(2)(a), or the content of the document ever brought it within subsection 21(1).

[76] Accordingly, I have concluded that the Applications Judge was correct to hold that paragraph 21(1)(a) exempted from disclosure the documents containing the final weightings, the undisclosed nomenclature of the criteria and Telezone's scores. Further, having examined the documents containing information exempted by paragraph 21(1)(a), I am satisfied that, in not severing any of the documents in question, the Applications Judge committed no error that would warrant the intervention of this Court.

[73] À mon avis, les appelants ne peuvent obtenir gain de cause qu'en établissant que le contenu du document, qui indiquait les pourcentages finals, les critères d'évaluation non communiqués et les notes des demandeurs, n'est jamais tombé sous le coup de l'alinéa 21(1)a). Les documents en litige en l'espèce provenaient tous du fonctionnaire qui avait été chargé de donner suite aux instructions du ministre en modifiant les notes en fonction des pourcentages révisés et en revoyant la terminologie employée pour décrire certains des critères. Comme les renseignements contenus dans ces documents ont été préparés afin d'aider le ministre à prendre une décision, il s'agissait incontestablement d'«avis».

[74] La situation aurait fort bien pu être différente si, après réception du rapport du fonctionnaire, un document distinct avait été préparé afin de préciser les motifs de la décision du ministre, notamment la pondération des divers critères et les notes des demandeurs. Même si un document distinct contenant la décision et les motifs de celle-ci avait reposé entièrement sur un avis donné par un fonctionnaire, il aurait très bien pu ne pas s'agir d'un «avis» au sens de l'alinéa 21(1)a), de sorte que la restriction apportée par l'alinéa 21(2)a) n'aurait pas été pertinente.

[75] À mon avis, l'attitude souple adoptée dans l'arrêt *Baker*, précité, en ce qui a trait aux motifs d'une décision administrative n'est d'aucun secours pour les appelants. En effet, le problème en l'espèce n'est pas de savoir si le document en cause contenait les «motifs» de la décision du ministre d'octroyer les licences, mais plutôt si la décision «touchait les droits d'une personne» aux fins de l'alinéa 21(2)a), ou si, en raison de son contenu, le document était visé par le paragraphe 21(1).

[76] Par conséquent, j'estime que le juge qui a entendu les demandes a eu raison de conclure que l'alinéa 21(1)a) empêchait la communication des documents contenant les pourcentages finals, la nomenclature des critères et les notes de Telezone. De plus, après avoir examiné les documents contenant les renseignements visés par l'exception de l'alinéa 21(1)a), je suis convaincu qu'en ne dissociant pas les documents en question, le juge n'a commis aucune erreur qui justifierait l'intervention de la Cour.

Issue 4 Exercise of discretion and burden of proof

[77] The head of a government institution has a discretion to disclose records exempted from the right of access by paragraph 21(1)(a). The appellants argue that the Minister bears the burden of proving that the discretion was exercised in accordance with law. They allege that the Minister's discretion had been exercised improperly because no account appears to have been taken of the purposes of the Act and no attempt made to balance the harm likely to be caused to the public right to disclosure, against that likely to be caused to the effective operation of government as a result of disclosure.

[78] The Minister, on the other hand, takes the position that the burden is on the appellants to demonstrate that the discretion was exercised unlawfully. In any event, counsel submitted, material in the record shows that no impropriety occurred.

[79] In support of their contention that the Minister has the burden of proving that the discretion was exercised lawfully, the appellants rely on section 48 of the *Access to Information Act*. This provides that, in review proceedings such as these, the head of the government institution bears the burden of proving that she or he "is authorized to refuse to disclose" a record requested under the Act.

[80] It is agreed that section 48 places on the head of the government institution the burden of proving that a record is within an exemption, because, for example, it contains advice or recommendations for the purpose of paragraph 21(1)(a). The issue in dispute is whether the head of the government institution also has the burden of proving that the decision not to disclose the exempted documents was made lawfully in the exercise of the statutory discretion.

[81] Counsel for the Commissioner referred us to statements in *Rubin v. Canada (Canada Mortgage and Housing Corp.)*, [1989] 1 F.C. 265 (C.A.), at pages 276-277 which, he submitted, support him on this

Question 4: Exercice du pouvoir discrétionnaire et charge de la preuve

[77] Le responsable d'une institution fédérale peut, à sa discrétion, communiquer des documents visés par l'exception prévue à l'alinéa 21(1)a). Les appellants soutiennent qu'il incombe au ministre de prouver qu'il a exercé ce pouvoir discrétionnaire conformément à la loi. Ils affirment que le ministre a exercé son pouvoir discrétionnaire irrégulièrement parce qu'il ne semble pas avoir tenu compte de l'objet de la Loi ni essayé d'établir un juste équilibre entre le préjudice susceptible d'être causé au droit d'accès du public et celui susceptible d'être causé au fonctionnement efficace du gouvernement par suite de la communication.

[78] Le ministre fait valoir pour sa part qu'il incombe aux appelants de démontrer que le pouvoir discrétionnaire a été exercé irrégulièrement. Quoi qu'il en soit, l'avocat a fait valoir que les documents au dossier indiquent qu'il n'y a eu aucune irrégularité.

[79] Les appelants invoquent l'article 48 de la *Loi sur l'accès à l'information* pour étayer leur prétention que la charge d'établir que le pouvoir discrétionnaire a été exercé conformément à la loi incombe au ministre. Cet article prévoit que, dans les procédures de contrôle comme celle dont il est question en l'espèce, la charge d'établir le «bien-fondé du refus de communication» d'un document incombe à l'institution fédérale.

[80] Il est admis que l'article 48 impose au responsable d'une institution fédérale la charge d'établir qu'un document est visé par une exception, par exemple, parce qu'il contient des avis ou recommandations aux fins de l'alinéa 21(1)a). La question en litige est de savoir si le responsable de l'institution fédérale a également la charge d'établir que la décision de refuser la communication des documents visés par l'exception a été prise régulièrement, dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire conféré par la loi.

[81] L'avocat du Commissaire a invoqué des remarques faites dans l'arrêt *Rubin c. Canada (Société canadienne d'hypothèques et de logement)*, [1989] 1 C.F. 265 (C.A.), aux pages 276 et 277, qui, a-t-il fait

issue. However, I am not satisfied that they were really directed to the point that has arisen here. Moreover, the usefulness of *Rubin, supra*, on this issue is weakened by the fact that it was decided before *Kelly v. Canada (Solicitor General), supra*; affirmed by (1993), 13 Admin. L.R. (2d) 304 (F.C.A.) and *Dagg, supra*. In those cases it was held that, in determining whether a document had properly been withheld pursuant to a permissive exemption, the reviewing Court must answer two distinct questions: did the record fall within the exemption and, if it did, was the discretion to disclose it lawfully exercised?

[82] The opinion of La Forest J. in *Dagg, supra*, has an immediate relevance to the location of the burden of proof. The principal issue in that case was whether certain records contained “personal information” as defined by section 3 of the *Privacy Act*, R.S.C., 1985, c. P-21, and, as such, were exempt from disclosure by virtue of subsection 19(1) of the *Access to Information Act*. Subsection 19(2) sets out the circumstances in which the head of a government institution may disclose a record containing personal information, including information that may be disclosed pursuant to section 8 of the *Privacy Act*. Subparagraph 8(2)(m)(i) of that Act provides that personal information may be disclosed where, in the opinion of the head of a government institution, the public interest in disclosure clearly outweighs any invasion of privacy that could result from disclosure.

[83] Writing for the majority of the Court, Cory J. held that the information in the requested documents was not “personal” and ordered disclosure of the disputed documents. Having reached the opposite conclusion, La Forest J. proceeded to consider whether the Minister had lawfully exercised the discretion contained in subparagraph 8(2)(m)(i) of the *Privacy Act*.

valoir, étayaient ses affirmations. Je ne suis toutefois pas convaincu que ces remarques concernaient directement la question soulevée en l’espèce. Qui plus est, l’utilité de l’arrêt *Rubin*, précité, sur ce point est affaiblie du fait que cet arrêt a été rendu avant la décision *Kelly c. Canada (Solliciteur général)*, précité; confirmée par (1993), 13 Admin. L.R. (2d) 304 (C.A.F.) et l’arrêt *Dagg*, précité. Ces deux affaires ont établi que, pour déterminer si la communication d’un document a été correctement refusée en vertu d’une exception facultative, le tribunal de révision doit répondre à deux questions: le document était-il visé par l’exception et, le cas échéant, le pouvoir discrétionnaire de le communiquer a-t-il été exercé conformément à la loi?

[82] L’avis du juge La Forest dans l’arrêt *Dagg*, précité, concerne directement la question de savoir qui a la charge de la preuve. La principale question en litige dans cette affaire était de savoir si certains documents contenaient des «renseignements personnels» au sens de la définition de l’article 3 [mod. par L.C. 1992, ch. 1, art. 144, ann. VII, art. 47] de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. (1985), ch. P-21, et, à ce titre, étaient visés par l’exception de communication prévue au paragraphe 19(1) de la *Loi sur l’accès à l’information*. Le paragraphe 19(2) indique les cas où le responsable d’une institution fédérale peut communiquer des documents contenant des renseignements personnels, notamment des renseignements qui peuvent être communiqués en vertu de l’article 8 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. Le sous-alinéa 8(2)(m)(i) de cette même Loi prévoit que la communication des renseignements personnels est autorisée dans les cas où, de l’avis du responsable de l’institution, des raisons d’intérêt public justifieraient nettement une éventuelle violation de la vie privée.

[83] Rédigeant les motifs majoritaires de la Cour, le juge Cory a statué que les renseignements contenus dans les documents demandés n’étaient pas «personnels» et a ordonné la communication des documents en litige. Étant arrivé à la conclusion contraire, le juge La Forest a examiné si le ministre avait régulièrement exercé le pouvoir discrétionnaire prévu au sous-alinéa 8(2)(m)(i) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*.

[84] La Forest J.'s principal conclusion on this aspect of the case, with which Cory J. agreed "[i]n general" (paragraph 16), was that, while it was the function of the reviewing Court to determine for itself whether the information contained in the requested document was "personal information" within the meaning of section 3 of the *Privacy Act*, the Court was not also to review *de novo* the exercise of the Minister's discretion not to disclose a document containing personal information. Since he was satisfied that the Minister had weighed the conflicting interests, La Forest J. held that there were no grounds on which the Court could impugn the discretionary refusal to disclose.

[85] La Forest J. interpreted section 49 of the *Access to Information Act* as expressly mandating the Court to undertake a *de novo* review of whether the document fell within the exempted class. This provision empowers the reviewing Court to order the disclosure of a record or part of a record, or to make any other order that it deems appropriate, "if it determines that the head of the institution is not authorized to refuse to disclose the record or part thereof". However, La Forest J. stated (at paragraph 107) that section 49 did not apply to the review of the Minister's discretion to disclose exempted documents:

Section 49 of the *Access to Information Act*, then, only permits the court to overturn the decision of the head of the institution where that person is "not authorized" to withhold a record. Where, as in the present case, the requested record constitutes personal information, the head of the institution is authorized to refuse and the *de novo* review power set out in s. 49 is exhausted.

[86] La Forest J. also considered whether the Minister had erred in law when he replied to the appellant's request to disclose the documents in the exercise of his discretion by saying: "I do not believe that you have demonstrated that if there were any public interest that it clearly overrides the individual's right

[84] La principale conclusion du juge La Forest sur cet aspect de l'affaire, à laquelle le juge Cory a souscrit «[e]n général» (paragraphe 16), était que, même si le rôle du tribunal de révision était de déterminer pour lui-même si les renseignements contenus dans le document demandé étaient des «renseignements personnels» au sens de l'article 3 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, la Cour ne devait pas en outre examiner selon une norme de révision *de novo* l'exercice par le ministre de son pouvoir discrétionnaire de ne pas donner communication d'un document contenant des renseignements personnels. Comme il était convaincu que le ministre avait évalué les intérêts opposés, le juge La Forest a statué qu'il n'existait aucun motif permettant à la Cour d'attaquer le refus discrétionnaire de communiquer les documents.

[85] Le juge La Forest a considéré que l'article 49 de la *Loi sur l'accès à l'information* enjoignait expressément à la Cour d'effectuer un examen *de novo* pour savoir si le document faisait partie d'une catégorie visée par une exception. Cette disposition habilite la cour de révision à ordonner la communication totale ou partielle d'un document, ou à rendre une autre ordonnance si elle l'estime indiqué, «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». Le juge La Forest a toutefois dit (au paragraphe 107) que l'article 49 ne s'appliquait pas pour revoir la décision du ministre de communiquer des documents visés par une exception:

Il s'ensuit que l'art. 49 de la même loi n'autorise la cour à écarter la décision du responsable de l'institution fédérale que dans le cas où celui-ci n'est pas autorisé à refuser la communication d'un document. Dans les cas où, comme en l'espèce, le document demandé contient des renseignements personnels, le responsable de l'institution fédérale est autorisé à en refuser la communication, et le pouvoir de révision *de novo*, énoncé à l'art. 49, est épuisé.

[86] Le juge La Forest a aussi examiné si le ministre avait commis une erreur de droit lorsqu'il a répondu à la demande de communication des documents présentée par l'appelant: [TRADUCTION] «Je ne pense pas que vous ayez démontré que, s'il y avait un intérêt public en jeu, il l'emporte clairement sur le droit du

to privacy.” In concluding that section 48 was inapplicable to the Minister’s exercise of discretion in response to a request to disclose, La Forest J. said (at paragraph 115):

That provision states that the head of government institution has the burden of establishing that he or she is “authorized to refuse” to disclose a requested record. As I have discussed in relation to s. 49 of the Act, the Minister satisfied this burden when he showed that the information in the sign-in-logs constituted “personal information”. Once that fact is established, the Minister’s decision to refuse to disclose pursuant to s. 8(2)(m)(i) of the *Privacy Act* may only be reviewed on the basis that it constituted an abuse of discretion. The Minister did not have a “burden” to show that his decision was correct because that decision is not reviewable by a court on the correctness standard.

[87] On the basis of the material before him, La Forest J. was satisfied that the Minister had discharged his statutory duty by carefully weighing the conflicting interests. He concluded that, in essence, the appellant’s complaint was that the Minister had failed to give reasons for his decision not to disclose, but that since the absence of detailed reasons “did not work any unfairness upon the appellant” (paragraph 114), judicial intervention on this ground was not warranted.

[88] Because he had held that the documents did not fall within the exemption for personal information, Cory J. did not have to address the legality of the Minister’s exercise of discretion. However, he said (at paragraph 17) that the terms in which the Minister had replied to the request for disclosure could have led to the conclusion that he had “committed an error in principle resulting in a loss of jurisdiction” by imposing an onus on the requester to demonstrate that the public interest in disclosure outweighed that in privacy. He observed that section 8 of the *Privacy Act* did not mention onus, but simply required the Minister to be satisfied that the public interest in disclosure outweighed the privacy interest.

particulier à la protection de sa vie privée». Concluant que l’article 48 ne s’appliquait pas à l’exercice par le ministre de son pouvoir discrétionnaire en réponse à une demande de communication, le juge La Forest a dit (au paragraphe 115):

Cette disposition prévoit qu’il incombe au responsable d’une institution fédérale d’établir «le bien-fondé du refus» de communiquer un document demandé. Comme nous l’avons vu au sujet de l’art. 49 de la même loi, le Ministre s’est acquitté de cette obligation en démontrant que les feuilles de présences constituaient des «renseignements personnels». Une fois cela établi, la décision du Ministre de refuser de communiquer en application du sous-al. 8(2)m(i) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* ne peut être susceptible de révision que pour le motif qu’elle constitue un abus de pouvoir discrétionnaire. Il n’«incombe» pas au Ministre de démontrer que sa décision était correcte, parce que sa décision ne peut pas faire l’objet d’un examen judiciaire selon la norme de la décision correcte.

[87] Compte tenu de la documentation dont il avait été saisi, le juge La Forest était convaincu qu’en soupesant soigneusement les intérêts opposés, le ministre s’était acquitté de l’obligation que lui imposait la loi. Il a conclu que, pour l’essentiel, l’appelant se plaignait du fait que le ministre n’avait pas motivé son refus de communiquer, mais qu’étant donné que l’omission de produire des motifs détaillés «n’a causé aucune iniquité à l’appelant» (paragraphe 114), aucune intervention de la Cour n’était justifiée pour ce motif.

[88] Comme il avait statué que les documents n’étaient pas visés par l’exception concernant les renseignements personnels, le juge Cory n’avait pas à examiner la légalité de l’exercice par le ministre de son pouvoir discrétionnaire. Il a toutefois dit (au paragraphe 17) que les termes employés par le ministre dans sa réponse à la demande de communication auraient pu permettre de conclure qu’il avait «commis une erreur de principe qui lui a fait perdre compétence» en imposant au demandeur l’obligation de démontrer que l’intérêt public dans la communication de documents l’emportait sur le droit à la vie privée. Il a fait remarquer que l’article 8 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* ne fait pas état de la charge de preuve, mais exige simplement que le ministre soit convaincu que l’intérêt public dans la communication l’emporte sur le droit à la vie privée.

[89] In my opinion, it is an inescapable conclusion from the reasoning of La Forest J. in *Dagg, supra*, with which the majority agreed, that, when in review proceedings instituted under section 41 or 42 the Minister has discharged the burden of establishing that a document falls within an exemption, the proceeding must be dismissed unless the applicant satisfies the Court that the Minister failed lawfully to exercise the discretion to refuse to disclose an exempted document. This is because La Forest J. stated that the words in section 49, “is not authorized to refuse to disclose”, refer only to the question of whether a document falls within an exemption, and not also to whether the head of the government institution lawfully exercised the discretion to withhold.

[90] I recognize that the meaning of words can vary according to the context in which they are used, and that while section 49 concerns the standard of review, section 48 deals with the different matter of the burden of proof in review proceedings. Nonetheless, I cannot conclude that the very same phrase, “authorized to refuse to disclose”, in adjacent sections of the same Act, both dealing with aspects of the review process, were intended by Parliament to have different meanings. Indeed, La Forest J. clearly treated the sections as similar, in that he relied on his interpretation of “not authorized to refuse to disclose” in section 49 to support his conclusion that section 48 did not reverse the onus of proof and require the Minister to satisfy himself that the interest in privacy outweighed that in the disclosure of an exempt document when he was requested to disclose it in the exercise of his discretion.

[91] In contrast, Cory J. thought that the Minister could have erred if he had imposed the burden of proof on the person requesting disclosure to demonstrate that the public interest in disclosure outweighs the privacy interest. However, this was not because he

[89] À mon avis, il faut inévitablement conclure, du raisonnement du juge La Forest dans l'arrêt *Dagg*, précité, auquel les juges de la majorité ont souscrit, que, lorsque dans un recours en révision exercé en vertu des articles 41 ou 42, le ministre a démontré comme il le lui incombait qu'un document est visé par une exception, le recours doit être rejeté à moins que le demandeur ne convainque la Cour que le ministre n'a pas exercé légalement son pouvoir discrétionnaire de refuser la communication d'un document visé par une exception. Il en est ainsi parce que le juge La Forest a dit que les mots «*is not authorized to refuse to disclose*» («au bon droit de la personne qui a exercé un recours en révision d'une décision de refus de communication») à l'article 49, ne concernent que la question de savoir si un document est visé par une exception et non si le responsable de l'institution fédérale a exercé légalement son pouvoir discrétionnaire de refuser le document.

[90] Je reconnais que le sens des mots peut changer selon le contexte dans lequel ils sont utilisés et que, tandis que l'article 49 concerne la norme de révision, l'article 48 traite de la question de la charge de la preuve dans un recours en révision. Je ne peux néanmoins pas conclure que le législateur désirait que les mêmes mots «*authorized to refuse to disclose*» («le bien-fondé du refus») et «au bon droit de la personne») dans des articles voisins de la même loi, traitant tous les deux des éléments du recours en révision, aient des sens différents. En fait, le juge La Forest a nettement considéré que ces articles étaient similaires puisqu'il a invoqué son interprétation des mots «*not authorized to refuse to disclose*» («au bon droit de la personne») de l'article 49 pour conclure que l'article 48 n'a pas inversé la charge de la preuve et n'exige pas que le ministre soit convaincu que le droit à la vie privée l'emporte sur le droit à la communication d'un document visé par une exception lorsqu'on lui a demandé de le communiquer dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire.

[91] Par contre, le juge Cory a estimé que le ministre aurait pu commettre une erreur s'il avait imposé à la personne demandant la communication l'obligation de démontrer que l'intérêt public dans la communication l'emporte sur le droit à la vie privée. Il était

took a different view of section 48 from that advanced by La Forest J., but because, in his opinion, section 8 of the *Privacy Act* did not address the burden of proof issue, but simply required the Minister to be satisfied that the interest in disclosure outweighed that in privacy before exercising his discretion to disclose. Hence, I do not regard Cory J. as disagreeing with La Forest J. on any issue pertinent to the disposition of this appeal.

[92] Counsel for the Commissioner relied on the more recent decision by this Court in *Ruby v. Canada (Solicitor General)*, [2000] 3 F.C. 589 (C.A.) to support his position on the burden of proof. He argued that in *Ruby, supra*, the Court decided that a person challenging a discretionary refusal to disclose personal information about the requester “cannot be made to assume an evidential burden of proof” (paragraph 38). Further, the Court stated (at paragraph 39), such a person “by definition, questions the validity of the exercise of discretion by that institution and nothing more is required from him or her.”

[93] In reasons concurred in by Sexton J.A., Létourneau and Robertson J.J.A. explained (at paragraph 30) why the normal rule imposing the burden of proof on the party seeking judicial review did not apply to the case before them:

However, the situation is different in matters of access to confidential information since section 47 of the Act puts on the head of a government institution the burden of proving an exemption. We shall come back to the scope of this burden later on. Suffice it to say for the time being that, in our view, it encompasses both the burden of proving that the conditions of the exemptions are met and that the discretion conferred on the head of a government institution was properly exercised.

Sections 47 and 48 of the *Privacy Act* are not materially different from sections 48 and 49 of the *Access to Information Act*.

toutefois de cet avis non pas parce que son point de vue différerait de celui du juge La Forest en ce qui concerne l'article 48, mais plutôt parce que, selon lui, l'article 8 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* ne concerne pas la question de la charge de la preuve, mais exige simplement que le ministre soit convaincu que l'intérêt public dans la communication de documents l'emporte sur le droit à la vie privée avant de pouvoir exercer son pouvoir discrétionnaire de communiquer. C'est pourquoi je ne considère pas que le juge Cory avait un point de vue différent de celui du juge La Forest sur toute question pertinente à la décision dans le présent appel.

[92] Pour étayer sa position quant à la charge de la preuve, l'avocat du Commissaire a invoqué la décision plus récente de notre Cour *Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, [2000] 3 C.F. 589 (C.A.). Il a soutenu que, dans l'arrêt *Ruby*, précité, la Cour a décidé qu'«on ne saurait imposer la charge de la preuve au demandeur» (paragraphe 38) qui conteste le pouvoir discrétionnaire de refuser des renseignements personnels le concernant. De plus, elle a dit (au paragraphe 39) qu'un tel demandeur «remet par définition en question le bien-fondé de l'exercice du pouvoir discrétionnaire en question; il n'a pas à en faire plus».

[93] Dans des motifs auxquels a souscrit le juge Sexton, les juges Létourneau et Robertson ont expliqué (au paragraphe 30) pourquoi la règle imposant normalement la charge de la preuve à la partie demandant le contrôle judiciaire ne s'appliquait pas dans l'affaire dont ils avaient été saisis:

Toutefois, la situation est différente dans des affaires de communication de renseignements confidentiels étant donné que l'article 47 de la *Loi* impose au responsable de l'institution fédérale la charge de prouver l'existence d'une exception. Nous reviendrons ci-dessous sur la portée de cette obligation. Il suffit pour le moment de dire que, à notre avis, cela comprend tant la charge de prouver que les conditions applicables à l'exception sont remplies que la charge de prouver que le pouvoir discrétionnaire conféré au responsable de l'institution a été exercé d'une façon régulière.

Les articles 47 et 48 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* ne diffèrent pas sensiblement des articles 48 et 49 de la *Loi sur l'accès à l'information*.

[94] After noting that the appellant in that case had not been told whether the personal information banks to which he had requested access contained information about him, the Court stated (at paragraph 36) the rationale for its conclusion on the burden of proof:

Even if a person is informed that a bank does contain personal information about him or her, how can that person, who does not know what the information is, meet an evidential burden of questioning the exercise of discretion by the government authority who refuses access to it?

[95] In my opinion, however, the statements in *Ruby, supra*, on the burden of proof must be read in light of what the Court regarded (at paragraph 38) as the “peculiar circumstances” of the case, namely,

. . . where accessibility to personal information is the rule and confidentiality the exception, where an applicant has no knowledge of the personal information withheld, no access to the record before the court and no adequate means of verifying how the discretion to refuse disclosure was exercised by the authorities, and where section 47 of the [Privacy] Act clearly puts on the head of a government institution the burden of establishing that it was authorized to refuse to disclose the personal information requested and, therefore, that it properly exercised its discretion in respect of a specific exemption it invoked . . .

[96] Some of these circumstances are not present in the case before us. In particular, the Commissioner and Telezone are well aware of the nature of the information about the decision-making process that Industry Canada has refused to disclose. In addition, the Commissioner and counsel for Telezone know the content of the material filed in confidence with the Court, including explanations by officials of Industry Canada of the factors considered in the exercise of the discretion to disclose. The essence of the appellants’ complaint is that, in the absence of an affidavit by the Minister’s delegate who decided not to disclose the requested documents, they have effectively been deprived of an opportunity to conduct a cross-examination.

[94] Après avoir souligné qu’on n’avait pas dit à l’appelant dans cette affaire si les fichiers auxquels l’accès était demandé contenaient des renseignements personnels le concernant, la Cour a énoncé (au paragraphe 36) les motifs de sa conclusion sur la charge de la preuve:

Même si une personne est mise au courant du fait qu’un fichier contient de fait des renseignements personnels la concernant, comment peut-elle, puisqu’elle ne sait pas quels renseignements sont en cause, satisfaire à la charge de la preuve si elle veut contester l’exercice du pouvoir discrétionnaire de l’autorité fédérale qui refuse de communiquer les renseignements?

[95] À mon avis toutefois, il faut examiner les remarques faites dans l’arrêt *Ruby*, précité, sur la charge de la preuve à la lumière de ce que la Cour a considéré (au paragraphe 38) comme les «circonstances de l’espèce», savoir:

[. . .] où l’accessibilité à des renseignements personnels est la règle et la confidentialité l’exception, où le demandeur ne sait pas quels renseignements personnels ne sont pas communiqués, où le demandeur n’a pas accès au dossier dont dispose la Cour et où il n’a pas de moyens adéquats lui permettant de vérifier la façon dont le pouvoir discrétionnaire de refuser la communication a été exercé par les autorités, et où l’article 47 de la Loi [*Loi sur la protection des renseignements personnels*] impose clairement au responsable de l’institution fédérale la charge d’établir le bien-fondé du refus de communication de renseignements personnels et, par conséquent, d’établir qu’elle a exercé d’une façon régulière son pouvoir discrétionnaire à l’égard d’une exception précise invoquée [. . .]

[96] Certaines de ces circonstances ne sont pas présentes en l’espèce. Notamment, le Commissaire et Telezone étaient parfaitement au courant de la nature des renseignements concernant le processus décisionnel qu’Industrie Canada a refusé de communiquer. De plus, le Commissaire et l’avocat de Telezone connaissaient le contenu des documents déposés confidentiellement devant la Cour, notamment les explications par les fonctionnaires d’Industrie Canada des facteurs examinés dans l’exercice du pouvoir discrétionnaire de communiquer. La plainte des appelants porte essentiellement qu’en l’absence d’un affidavit du délégué du ministre, qui a décidé de refuser de communiquer les documents demandés, ils ont été effectivement privés de l’occasion de faire un contre-interrogatoire.

[97] Moreover, after considering the approach to the exercise of the statutory discretion by heads of government institutions (at paragraphs 118-123), the Court in *Ruby, supra*, referred the matter back to the Trial Division because it could not determine from the Judge's decision whether the institution had attempted to balance the public interest in disclosure and privacy (at paragraphs 124-125). In our case, in contrast, it is quite clear that the Trial Division Judge found that Industry Canada had considered the exercise of discretion: the issue in dispute was whether, in so doing, the responsible officials had considered all the factors that they were obliged by law to consider.

[98] In view of La Forest J.'s reasoning in *Dagg, supra*, the Court in *Ruby, supra*, should not be taken to have intended to establish the broader proposition that, in all cases, section 47 of the *Privacy Act* and, by implication, section 48 of the *Access to Information Act*, reverse the normal burden of proof when the validity of the exercise of an administrative discretion is challenged in review proceedings by imposing it on the institutional head.

[99] Accordingly, while I do not agree with the Applications Judge's statement (at paragraph 97) that to interpret section 48 as extending to the exercise of discretion would involve circular reasoning, I agree with her conclusion that the burden of proof was on the appellants to establish that the Minister had failed to exercise according to law the statutory discretion to disclose the documents containing advice and recommendations within the meaning of paragraph 21(1)(a).

Issue 5 Was the Minister's discretion exercised lawfully?

[100] Nonetheless, I am sensitive to the concern expressed in *Ruby, supra*, that the Court cannot effectively exercise its statutory function of reviewing refusals to disclose information without some knowl-

[97] Qui plus est, après avoir analysé l'exercice du pouvoir discrétionnaire conféré par la loi aux responsables des institutions fédérales (aux paragraphes 118 à 123), la Cour a décidé dans l'arrêt *Ruby*, précité, de renvoyer l'affaire à la Section de première instance parce qu'elle ne pouvait pas déterminer à partir de la décision du juge si l'institution avait essayé d'établir un équilibre entre l'intérêt public dans la communication et le droit à la vie privée (aux paragraphes 124 et 125). Par contre, il est très évident en l'espèce que le juge de la Section de première instance a conclu qu'Industrie Canada avait examiné l'exercice du pouvoir discrétionnaire: la question en litige était de savoir si, ce faisant, les fonctionnaires responsables avaient tenu compte de tous les facteurs qu'ils étaient tenus d'examiner en vertu de la loi.

[98] Compte tenu du raisonnement du juge La Forest dans l'arrêt *Dagg*, précité, on ne devrait pas considérer que, dans l'arrêt *Ruby*, précité, la Cour voulait établir un principe plus général selon lequel, dans tous les cas, l'article 47 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* et, par le fait même, l'article 48 de la *Loi sur l'accès à l'information* inversent la charge normale de la preuve en l'imposant au responsable de l'institution lorsque la validité de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire administratif est contestée dans le cadre d'un recours en révision.

[99] Par conséquent, bien que je ne sois pas d'accord avec le juge qui a entendu les demandes lorsqu'elle affirme (au paragraphe 97) que considérer que l'article 48 étend l'exercice du pouvoir discrétionnaire constituerait un argument tautologique, je souscris à sa conclusion qu'il incombait aux appelants d'établir que le ministre n'avait pas exercé conformément à la loi le pouvoir discrétionnaire de communiquer des documents contenant des avis et recommandations au sens de l'alinéa 21(1)a).

Question 5: Le ministre a-t-il exercé son pouvoir discrétionnaire conformément à la loi?

[100] Je suis néanmoins réceptif à la remarque faite dans l'arrêt *Ruby*, précité, selon laquelle la Cour ne peut pas jouer efficacement son rôle de révision des refus de communiquer des renseignements sans avoir

edge of the discretionary decision-making process. In my opinion, this concern can be met by imposing on the head of the government institution concerned a legal obligation to give reasons for the discretionary refusal to disclose, when reasons are requested and fairness requires that they be given.

[101] Indeed, in *Dagg, supra*, La Forest J., canvassed this possibility (at paragraph 114), but concluded that, even if, in the absence of a statutory requirement, the Court could require reasons as part of the duty of fairness, “the Minister’s failure to give extensive, detailed reasons for his decision did not work any unfairness upon the appellant.” Of course, since *Dagg, supra*, was decided, the Supreme Court of Canada has held in *Baker, supra*, that the duty of fairness can indeed include an obligation to give reasons: as L’Heureux-Dubé J. noted (at paragraph 39), an important benefit of reasons is that they:

. . . allow parties to see that the applicable issues have been carefully considered, and are invaluable if a decision is to be appealed, questioned, or considered on judicial review.

[102] In determining whether the duty of fairness requires that reasons for decision be given, a Court must consider the significance of the interests adversely affected by the administrative decision under review and the existence of a statutory right of appeal: *Baker, supra*, paragraph 43. Since the right of access to information under the control of the government has been compared in importance to the quasi-constitutional statutory rights created by human rights legislation (*Canada Post Corp., supra*), it is certainly arguable that an institution head is obliged to give reasons for the exercise of the discretion not to disclose when, without reasons, the Court could not effectively discharge its statutory duty to review the legality of the refusal.

[103] I am willing to assume for the purpose of this appeal, but need not decide, that Industry Canada was obliged to provide reasons for its discretionary refusal to disclose the documents requested by Telezone and

une certaine connaissance du processus décisionnel discrétionnaire. À mon avis, il est possible de répondre à cette préoccupation en imposant au responsable de l’institution fédérale concernée l’obligation légale de motiver son refus discrétionnaire de communiquer, lorsque des motifs sont requis et que l’équité exige qu’ils soient fournis.

[101] En fait, dans l’arrêt *Dagg*, précité, le juge La Forest a analysé cette possibilité (au paragraphe 114), mais a conclu que, même si, en l’absence d’une obligation légale de le faire, la Cour pouvait exiger des motifs pour satisfaire à l’obligation d’équité, «l’omission du Ministre d’exposer des motifs complets et détaillés à l’appui de sa décision n’a causé aucune iniquité à l’appelant». Certes, depuis l’arrêt *Dagg*, précité, la Cour suprême du Canada a statué dans l’arrêt *Baker*, précité, que l’obligation d’équité peut comprendre celle de motiver une décision: comme le juge L’Heureux-Dubé l’a fait remarquer (au paragraphe 39), un important avantage des motifs est qu’ils:

[. . .] permettent [. . .] aux parties de voir que les considérations applicables ont été soigneusement étudiées, et ils sont de valeur inestimable si la décision est portée en appel, contestée ou soumise au contrôle judiciaire.

[102] Pour déterminer si l’obligation d’équité exige qu’une décision soit motivée, la Cour doit examiner l’importance des droits touchés par la décision administrative faisant l’objet d’une révision et l’existence d’un droit d’appel prévu par la loi: *Baker*, précité, au paragraphe 43. Comme on a dit que le droit d’accès aux documents de l’administration fédérale est aussi important que les droits quasi constitutionnels créés par la législation sur les droits de la personne (*Société canadienne des postes*, précité), on peut certes avancer que le responsable d’une institution est tenu de motiver l’exercice de son pouvoir discrétionnaire de refuser de communiquer des documents lorsque, sans ces motifs, la Cour ne serait pas en mesure de s’acquitter de son obligation d’examiner la légalité du refus.

[103] Je suis disposé à présumer pour les fins du présent appel, mais je n’ai pas à le décider, qu’Industrie Canada était tenu de motiver son refus discrétionnaire de communiquer les documents demandés par

the Information Commissioner. The question is whether that duty has been discharged. The answer to this question depends, in turn, on the answers to two other questions: were the documents relied on by the Minister capable of constituting reasons and, if so, were they sufficient to enable the Court to determine whether the Minister's discretion to disclose had been lawfully exercised?

(i) are there reasons for the refusal?

[104] The record does not contain an affidavit in which Mr. Trottier, the official in Industry Canada responsible for exercising the Minister's discretion with respect to the documents in dispute in this case, explained the basis of the decision. Mr. Trottier appears to have been indisposed at the times scheduled for the cross-examinations.

[105] Instead, in order to demonstrate the basis on which the discretion to refuse disclosure had been exercised, the Minister relied on documents attached as exhibits to the public and confidential affidavits of the investigator with the Office of the Information Commissioner assigned to the Telezone complaint. The public documents consist of letters written by departmental officials, including Mr. Trottier, to Telezone and to the Commissioner in the course of the investigator's inquiries into Telezone's complaint. The confidential documents are internal Industry Canada memoranda relating to Telezone's request for disclosure and to the Information Commissioner's investigation, as well as additional letters to the Commissioner.

[106] An affidavit by Mr. Trottier's successor provided background information about departmental practice on the exercise of discretion. However, because the affiant did not purport to know the basis of Mr. Trottier's refusal in this case, I have excluded her affidavit from consideration.

[107] In *Baker, supra*, the Court emphasized (at paragraph 44) that to require a decision-maker to

Telezone et par le Commissaire à l'information. La question qui se pose est de savoir si le Ministère s'est acquitté de cette obligation. La réponse à cette question dépend de celle que l'on doit donner à deux autres questions: les documents invoqués par le ministre étaient-ils susceptibles de constituer des motifs et, le cas échéant, étaient-ils suffisants pour permettre à la Cour de déterminer si le ministre avait exercé légalement son pouvoir discrétionnaire de communiquer?

(i) le refus est-il motivé?

[104] Le dossier ne contient aucun affidavit dans lequel M. Trottier, le fonctionnaire d'Industrie Canada chargé d'exercer le pouvoir discrétionnaire du ministre relativement aux documents en litige en l'espèce, a expliqué les motifs de la décision. M. Trottier était souffrant aux dates fixées pour les contre-interrogatoires.

[105] Pour indiquer les motifs sur lesquels reposait le refus discrétionnaire, le ministre a plutôt invoqué les documents joints à titre de pièces aux affidavits publics et confidentiels de l'enquêteur chargé au Commissariat à l'information de s'occuper de la plainte de Telezone. Les documents publics sont des lettres adressées par des fonctionnaires du Ministère, notamment M. Trottier, à Telezone et au Commissaire dans le cadre de l'enquête effectuée par l'enquêteur sur la plainte de Telezone. Les documents confidentiels sont des notes de service internes d'Industrie Canada concernant la demande de communication présentée par Telezone et l'enquête du Commissaire à l'information ainsi que des lettres additionnelles adressées au Commissaire.

[106] Un affidavit du successeur de M. Trottier contenait des informations générales sur la pratique suivie au Ministère quant à l'exercice du pouvoir discrétionnaire. Toutefois, comme le souscripteur de l'affidavit ne prétendait pas connaître les motifs du refus de M. Trottier en l'espèce, j'ai écarté son affidavit.

[107] Dans l'arrêt *Baker*, précité, la Cour a fait remarquer (au paragraphe 44) qu'on ne tiendrait pas

provide a formal statement of reasons for administrative decisions taken outside relatively formal adjudicative contexts would be to ignore the realities of the day-to-day working of public administration. Thus, the Court in that case attributed to the decision-maker as the reasons for decision the notes of the immigration official who had recommended that he refuse the appellant's request for a humanitarian and compassionate exemption from normal immigration requirements.

[108] The formal letters in the case at bar, including those by Mr. Trottier, are not very specific about the basis on which the discretion to refuse was exercised. In my view, the key documents are the internal documents describing with some particularity why disclosure would be damaging. Perhaps the most significant of the memoranda are dated early in March 1996, some two months after Telezone requested the disclosure of documents, but before Telezone complained to the Commissioner in July. They are addressed to Mr. Trottier, and contain specific explanations and recommendations with respect to the disclosure of the requested documents, as does a position paper from Ms. Payant.

[109] In view of the flexibility of the content of the duty to provide reasons that the Court mandated in *Baker, supra*, I am satisfied that these materials should together be regarded as the reasons for Mr. Trottier's refusal to disclose the documents in the exercise of the Minister's discretion that had been delegated to him. Like the notes of the recommending officer in *Baker, supra*, the material in the case at bar was provided in the course of advising the person responsible for making the final decision.

[110] It is also important to note that disclosure was not a one-time decision, but took place over several months as Industry Canada released more documents in response to submissions from the Commissioner and to advice from various departmental officials. Hence, the fact that some of the memoranda in the record were written after the Commissioner started his

compte de la réalité quotidienne de l'administration publique si on exigeait qu'un décideur fasse un exposé formel des motifs d'une décision administrative prise à l'extérieur d'un contexte juridictionnel relativement formel. Ainsi, dans cette affaire, la Cour a considéré que les motifs de la décision du décideur étaient les notes de l'agent d'immigration qui lui avait recommandé de refuser la dispense des exigences normales en matière d'immigration demandée par l'appelante pour des raisons d'ordre humanitaire.

[108] En l'espèce, les lettres officielles, dont celles de M. Trottier, ne précisent pas vraiment les motifs à l'origine de l'exercice du pouvoir discrétionnaire de refuser la communication. À mon avis, les documents essentiels sont les documents internes qui décrivent avec certains détails pourquoi la communication serait préjudiciable. Les notes de service les plus importantes sont peut-être celles datées du début de mars 1996, environ deux mois après la demande de communication des documents de Telezone, mais avant le dépôt de sa plainte auprès du Commissaire en juillet. Elles sont adressées à M. Trottier et elles contiennent des explications précises et des recommandations quant à la communication des documents demandés, tout comme c'est le cas d'ailleurs d'un exposé de position de M^{me} Payant.

[109] Compte tenu de la souplesse que la Cour a donnée dans l'arrêt *Baker*, précité, à l'obligation de motiver une décision, je suis convaincu qu'on pourrait considérer que ces documents sont les motifs du refus de M. Trottier de communiquer les documents dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire que le ministre lui avait délégué. Tout comme les notes de l'agent qui avait fait la recommandation dans l'arrêt *Baker*, précité, les documents dont il est question en l'espèce ont été produits pour donner des avis à la personne chargée de prendre la décision finale.

[110] Il est également important de souligner que la décision de donner communication des documents n'était pas une décision unique, mais que son exécution a pris plusieurs mois au cours desquels Industrie Canada a communiqué d'autres documents en réponse aux observations faites par le Commissaire et aux avis reçus de divers fonctionnaires du Ministère. C'est

investigation should not preclude them from being regarded as part of the reasons for the decision.

[111] Nor does the absence of a supporting affidavit from the authors of the memoranda prevent them from constituting reasons. It would appear that the officer's notes in *Baker, supra*, came before the Court as part of the decision-maker's record and were not supported by an affidavit on which the officer could be cross-examined. I would also note that the memoranda in the case at bar had been produced to the Commissioner during his investigation, and they, together with the correspondence with the appellants, were included in the common appeal book as attachments to an affidavit of one of the Commissioner's investigators. I therefore do not accept the appellants' objection that these documents are inadmissible as hearsay.

(ii) sufficiency of the reasons

[112] The question here is whether the reasons provide a sufficient explanation for the refusal to disclose so as to enable the Court to perform its reviewing function, or reveal that the Minister's discretion to withhold documents exempted under paragraph 21(1)(a) was not exercised according to law.

[113] The documents on which the Minister relies are directed generally to the harm that the writers believe was likely to flow from disclosure. It is not altogether clear whether these explanations are being put forward as a rationale for why the documents fall within exempted categories, or as the basis of the exercise of discretion to withhold exempt documents. However, on reading the documents, I am satisfied that the writers understood that there was a discretion to disclose and that their recommendations encompassed that issue.

[114] Further, when they are read as a whole and in context, the correspondence and memoranda provide

pourquoi le fait que certaines des notes de service versées au dossier aient été rédigées après que le Commissaire eût commencé son enquête ne devrait pas empêcher de considérer qu'elles font partie des motifs de la décision.

[111] Pas plus d'ailleurs que l'absence d'un affidavit justificatif des auteurs des notes de service n'empêche celles-ci de faire partie des motifs. Dans l'arrêt *Baker*, précité, les notes de l'agent ont été soumises à la Cour avec le dossier du décideur et n'étaient pas étayées par un affidavit au sujet duquel l'agent aurait pu être contre-interrogé. J'aimerais également souligner que les notes de service ont été produites en l'espèce au Commissaire pendant son enquête et que celles-ci, ainsi que la correspondance échangée avec les appellants, ont été incluses dans le dossier d'appel commun à titre de pièces jointes à l'affidavit de l'un des enquêteurs du Commissaire. Je n'accepte donc pas l'argument des appelants que ces documents sont irrecevables parce qu'ils constituent du ouï-dire.

(ii) caractère suffisant des motifs

[112] La question qui se pose est de savoir si les motifs fournissaient une explication suffisante au refus de communiquer permettant ainsi à la Cour d'effectuer une révision ou s'ils révèlent que le ministre n'a pas exercé conformément à la loi son pouvoir discrétionnaire de refuser de communiquer les documents visés par l'exception prévue à l'alinéa 21(1)a).

[113] Les documents qu'invoque le ministre concernent directement le préjudice que leurs auteurs croient susceptible de découler de la communication. Il n'est pas totalement clair si ces explications ont pour but de préciser pourquoi les documents entrent dans la catégorie des documents visés par une exception ou de justifier l'exercice du pouvoir discrétionnaire de refuser la communication des documents visés par l'exception. Toutefois, après avoir lu les documents, je suis convaincu que leurs auteurs ont compris que la communication faisait l'objet d'un pouvoir discrétionnaire et que leurs recommandations englobaient cette question.

[114] Qui plus est, lues dans leur contexte, la correspondance et les notes de service fournissent au

a sufficiently clear account of why the officials were opposed to disclosure as to enable the appellants to understand the basis of the decision and the Court to perform its review function.

[115] I do not accept the submission of the Commissioner that the reasons must state explicitly that the Minister or his delegate considered the purposes of the Act and determined that the harm of disclosure outweighed the public interest in disclosure. In my view, this is not what Heald J. required when he stated in *Rubin, supra*, at page 274, that the Minister must have regard to the policy and objects of the Act. Moreover, to insist on such language as a legal requirement to the valid exercise of the discretion conferred by subsection 21(1) would be unduly formalistic and contrary to the contextual approach to the adequacy of reasons sanctioned in *Baker, supra*.

[116] I am prepared to infer from the materials and from the ongoing disclosures that the officials were in fact balancing the competing interests. Further, at least two of the letters expressly referred to the principles of the Act, albeit in general terms, while another stated that the exercise of the discretion to withhold involved a balancing exercise. Consequently, having had regard to the materials in the record, I find that adequate reasons for the refusal to disclose the exempt documents were given and that the appellants have failed to establish that the Minister's discretion was exercised unlawfully.

[117] Finally, I note that it is not apparent from the record that Mr. Trottier specifically turned his mind to whether the final weightings could be disclosed in the exercise of his discretion. Counsel did not argue that this vitiated the refusal. Accordingly, I have assumed that the factors considered by Mr. Trottier in connection with the same issue in *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Minister of Industry)*, 2001 FCA 253; [2001] F.C.J. No. 1326 (C.A.) (QL)

sujet des motifs pour lesquels les fonctionnaires s'opposaient à la communication un exposé suffisamment clair pour que les appelants puissent comprendre le fondement de la décision et que la Cour effectue une révision.

[115] Je n'accepte pas l'argument du Commissaire selon lequel les motifs doivent clairement indiquer que le ministre ou son délégué ont tenu compte de l'objet de la Loi et ont déterminé que le préjudice découlant de la communication l'emportait sur l'intérêt public dans la communication. À mon avis, ce n'est pas ce que le juge Heald a exigé lorsqu'il a dit dans l'arrêt *Rubin*, précité, à la page 274, que le ministre doit tenir compte de la politique et de l'objet de la Loi. De plus, insister sur l'obligation d'une exigence légale relativement à l'exercice valide du pouvoir discrétionnaire conféré par le paragraphe 21(1) est trop simpliste et est contraire à l'approche contextuelle du caractère suffisant des motifs qu'a sanctionnée l'arrêt *Baker*, précité.

[116] Je suis disposé à conclure, à partir de la documentation et de la poursuite de la communication des documents, que les fonctionnaires cherchaient en réalité à établir un équilibre entre les intérêts opposés. Qui plus est, au moins deux des lettres renvoient expressément aux principes de la Loi, quoiqu'en termes généraux, tandis qu'une autre indique que l'exercice du pouvoir discrétionnaire de refuser la communication exige la recherche d'un équilibre. Par conséquent, compte tenu des documents versés au dossier, je conclus que le refus de communiquer les documents visés par l'exception a été correctement motivé et que les appelants n'ont pas établi que le ministre a exercé irrégulièrement son pouvoir discrétionnaire.

[117] Enfin, je note que le dossier ne permet pas de savoir si M. Trottier s'est spécifiquement demandé si les pourcentages finals pouvaient être communiqués dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire. L'avocat n'a pas allégué que cela avait vicié le refus. Par conséquent, j'ai présumé que les facteurs dont a tenu compte M. Trottier relativement à la même question dans la décision *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Ministre de l'Industrie)*, 2001 CAF

(hereinafter referred to “*McIntyre*”), formed the basis of his refusal in the case at bar and that for the reasons given in *McIntyre, supra*, at paragraphs 14-22, the refusal to disclose the final weightings was not an unlawful exercise of discretion.

F. CONCLUSIONS

[118] For these reasons, I would dismiss both appeals with costs.

STRAYER J.A.: I agree.

DÉCARY J.A.: I agree.

253; [2001] A.C.F. n° 1326 (C.A.) (QL) (ci-après «*McIntyre*»), constituait le fondement de son refus en l’espèce et que, pour les motifs donnés dans l’arrêt *McIntyre*, précité, aux paragraphes 14 à 22, le refus de communiquer les pourcentages finals ne constituait pas un exercice irrégulier du pouvoir discrétionnaire.

F. CONCLUSIONS

[118] Pour ces motifs, je rejetterais les deux appels avec dépens.

LE JUGE STRAYER, J.C.A.: Je souscris.

LE JUGE DÉCARY, J.C.A.: Je souscris.