

A-245-93

A-245-93

**The Clerk of the Privy Council** (*Appellant*)**Greffier du Conseil privé** (*appellant*)

v.

a  
c.**Ken Rubin** (*Respondent*)**Ken Rubin** (*intimé*)*INDEXED AS: RUBIN v. CANADA (CLERK OF THE PRIVY COUNCIL) (C.A.)**RÉPERTORIÉ: RUBIN c. CANADA (GREFFIER DU CONSEIL PRIVÉ) (C.A.)*Court of Appeal, Stone, Linden and Robertson JJ.A.  
—Ottawa, February 15 and March 14, 1994.c  
Cour d'appel, juges Stone, Linden et Robertson,  
J.C.A.—Ottawa, 15 février et 14 mars 1994.

*Access to information — Appeal from F.C.T.D. order granting application for judicial review of refusal to disclose communication between Clerk of Privy Council and Information Commissioner regarding complaint re: denial of information as to per diem remuneration paid to Chairman of Canada Council — Respondent denied access to representations made to Information Commissioner during investigation of complaint — Refusal based on Access to Information Act, s. 35 — Motions Judge finding provision inapplicable where investigation completed — Right of access under Act not absolute — Information Commissioner must preserve confidentiality of representations made during and subsequent to investigation — S. 35(2) to be construed in light of whole Act — Underlying policy preserving confidentiality of information at all times — Complainant having no right of access to representations under appellant's control — Motions Judge wrong in restricting application of confidentiality requirements in s. 35 to duration of investigative process.*

*Accès à l'information — Appel d'une ordonnance de la Section de première instance de la Cour fédérale faisant droit à une demande de contrôle judiciaire relativement au refus de divulguer les communications entre le Greffier du conseil privé et le Commissaire à l'information concernant une plainte au sujet de la non-divulgence du taux quotidien de rémunération du président du Conseil des arts du Canada — La communication des observations faites au Commissaire au cours de l'enquête menée sur la plainte a été refusée à l'intimé — Refus fondé sur l'art. 35 de la Loi sur l'accès à l'information — Le juge des requêtes a conclu que cet article ne s'appliquait pas une fois l'enquête terminée — Le droit d'accès prévu par la Loi n'est pas absolu — Le Commissaire à l'information doit assurer la confidentialité des observations faites non seulement pendant l'enquête, mais après — L'art. 35(2) est à interpréter à la lumière de la Loi dans son ensemble — Politique sous-jacente consistant à toujours respecter la confidentialité des renseignements — Le plaignant n'a aucun droit de recevoir la communication des observations se trouvant en la possession de l'appellant — C'est à tort que le juge des requêtes a conclu que les exigences en matière de confidentialité posées à l'art. 35 ne s'appliquaient que pendant la durée de l'enquête.*

## STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1, ss. 13, 14, 15, 16(1)(c), 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 27, s. 187), 37, 41, 61, 62, 63 (as am. *idem*), 64, 65 (as am. *idem*).

h

## LOIS ET RÈGLEMENTS

*Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), ch. A-1, art. 13, 14, 15, 16(1)c), 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36 (mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 27, art. 187), 37, 41, 61, 62, 63 (mod., *idem*), 64, 65 (mod., *idem*).

i

## CASES JUDICIALLY CONSIDERED

## REFERRED TO:

*R. v. Compagnie Immobilière BCN Ltée*, [1979] 1 S.C.R. 865; [1979] C.T.C. 71; (1979), 79 DTC 5068; 25 N.R. 361.

j

## JURISPRUDENCE

## DÉCISION CITÉE:

*R. c. Compagnie Immobilière BCN Ltée*, [1979] 1 R.C.S. 865; [1979] C.T.C. 71; (1979), 79 DTC 5068; 25 N.R. 361.

## AUTHORS CITED

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.

APPEAL from a Trial Division order ([1993] 2 F.C. 391) granting an application under section 41 of the *Access to Information Act* for judicial review of the appellant's refusal to disclose information requested by the respondent. Appeal allowed.

## COUNSEL:

*Barbara A. McIsaac, Q.C.*, for appellant.

## APPEARANCE:

Ken Rubin on his own behalf.

## SOLICITORS:

*Deputy Attorney General of Canada* for appellant.

## RESPONDENT ON HIS OWN BEHALF:

Ken Rubin, Ottawa.

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

STONE J.A.: This is an appeal from an order of the Trial Division made March 2, 1993 [[1993] 2 F.C. 391] which granted the respondent's application under section 41 of the *Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1, for judicial review of the appellant's refusal to disclose information that had been requested by the respondent.

The request for information grew out of two earlier requests under the Act, one (108-2/896060) by the respondent and the other (108-2/886055) by Mr. Don Sellar. Both requests sought to have disclosed the *per diem* remuneration paid to Allan Gotlieb, the Chairman of the Canada Council, who had been appointed by order in council [P.C. 1988-2584]. The refusal of both requests led the respondent and Mr. Sellar to lodge complaints with the Information Commissioner pursuant to section 30 of the Act. After investigating the complaint, the Information Commissioner found the appellant's refusal to be well-founded. Mr. Sellar did not pursue the matter further. The respondent, however, brought an application pursuant to section

## DOCTRINE

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.

APPEL contre une ordonnance de la Section de première instance ([1993] 2 C.F. 391) faisant droit à une demande, fondée sur l'article 41 de la *Loi sur l'accès à l'information*, visant à obtenir le contrôle judiciaire du refus de l'appelant de divulguer les renseignements demandés par l'intimé. Appel accueilli.

## AVOCATS:

*Barbara A. McIsaac, c.r.*, pour l'appelant.

## A COMPARU:

Ken Rubin pour lui-même.

## PROCUREURS:

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

## L'INTIMÉ POUR LUI-MÊME:

Ken Rubin, Ottawa.

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

LE JUGE STONE, J.C.A.: Il s'agit d'un appel interjeté contre une ordonnance du 2 mars 1993 [[1993] 2 C.F. 391] par laquelle la Section de première instance a fait droit à la demande de l'intimé fondée sur l'article 41 de la *Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), ch. A-1, et visant à obtenir le contrôle judiciaire du refus de l'appelant de lui communiquer les renseignements qu'il avait demandés.

La demande de renseignements en cause a résulté de deux précédentes demandes faites en vertu de la Loi, l'une (108-2/896060) par l'intimé et l'autre (108-2/886055) par M. Don Sellar. L'une et l'autre visaient à faire divulguer le taux quotidien de rémunération d'Allan Gotlieb, qui avait été nommé président du Conseil des arts du Canada par décret [C.P. 1988-2584]. Le refus opposé à ces deux demandes a amené l'intimé et M. Sellar à déposer des plaintes devant le Commissaire à l'information en vertu de l'article 30 de la Loi. Le Commissaire, ayant fait enquête sur les plaintes, a conclu que c'est à bon droit que l'appelant avait refusé. M. Sellar en est resté là. L'intimé a toutefois présenté une demande de révi-

41 of the Act for a review of the matter. At the date the impugned order was made, that application had not been disposed of in the Trial Division.<sup>1</sup>

The request for the information in issue in this appeal was made November 1, 1990. It sought the following information from the appellant:

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

On December 17, 1990 the request was refused on the ground that by virtue of section 35 of the Act the respondent was not entitled to have access to representations made to the Information Commissioner in the course of the investigation of a complaint. On December 20, 1990, the respondent submitted a complaint to the Information Commissioner with respect to this second refusal. The complaint was duly investigated by the Information Commissioner after which the respondent was informed by letter of October 8, 1991, that the appellant had lawful authority to deny the request and accordingly that the refusal was well-founded. In arriving at his conclusion the Information Commissioner considered whether the refusal properly fell within the exceptions contained in either paragraph 16(1)(c) or section 35 of the Act. He canvassed arguments for and against disclosure and laid particular emphasis on the integrity of the investigative process which he saw as requiring that parties to a complaint "be assured that the representations made to the Commissioner will remain confidential" and stated that "[t]he process of complaint investigation and resolution cannot function effectively without the candour and confidence which such an assurance serves". He then concluded:

In my view, the department's decision to rely upon s. 35 does not taint its decision to deny you access to the requested records. While it could be argued that s. 35 provides only a reason for withholding and that invocation of paragraph

<sup>1</sup> In the meantime, on March 23, 1993, the Trial Division dismissed the application and thereby upheld the refusal of the appellant to disclose the sought-after information on the ground that the subject-matter of the request was "personal information" which was protected from disclosure by s. 19 of the Act.

sion fondée sur l'article 41 de la Loi. Au moment où a été rendue l'ordonnance contestée, la Section de première instance n'avait pas encore statué sur cette demande<sup>1</sup>.

<sup>a</sup> La demande de renseignements en cause dans le cadre du présent appel a été présentée le 1<sup>er</sup> novembre 1990 et visait à obtenir de l'appellant:

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

<sup>c</sup> Le 17 décembre 1990, la demande a été refusée au motif que, suivant l'article 35 de la Loi, l'intimé n'avait aucun droit à la communication des observations faites au Commissaire à l'information au cours de l'enquête menée sur une plainte. Le 20 décembre 1990, l'intimé a déposé devant le Commissaire une plainte relative à ce second refus. Le Commissaire à l'information a dûment fait enquête sur la plainte et, par lettre datée du 8 octobre 1991, a informé l'intimé que la Loi autorisait l'appellant à refuser la demande et que le refus était en conséquence bien fondé. Pour tirer cette conclusion, le Commissaire à l'information s'est demandé si le refus relevait légitimement des exceptions énoncées à l'alinéa 16(1)c) et à l'article 35 de la Loi. Il a examiné les arguments en faveur de la communication ainsi que ceux militant contre la communication, en insistant particulièrement sur l'intégrité du processus d'enquête, laquelle, d'après lui, exigeait que les personnes concernées par une plainte [TRADUCTION] «aient la certitude que les observations présentées au Commissaire restent confidentielles». D'ajouter le Commissaire, [TRADUCTION] «le processus d'enquête sur les plaintes et de règlement de celles-ci serait inefficace sans la franchise et la confiance qu'inspire cette certitude». Puis, le Commissaire a conclu en disant:

[TRADUCTION] À mon avis, le fait que le ministère s'est appuyé sur l'article 35 ne vicie aucunement son refus de vous communiquer les documents que vous avez demandés. On pourrait certes soutenir que l'article 35 ne fait qu'énoncer un motif de

<sup>1</sup> Entre-temps, soit le 23 mars 1993, la Section de première instance a rejeté la demande, confirmant par là la décision de l'appellant, qui a refusé la divulgation de l'information recherchée au motif que la demande portait sur des «renseignements personnels» que l'art. 19 de la Loi protégeait contre la communication.

16(1)(c) is the proper means to that end, I can see no useful purpose in quibbling over which section of the Act to invoke when I have no doubt that the records have been lawfully withheld.

In the Trial Division, the applicability of both paragraph 16(1)(c) and section 35 of the Act as grounds for sheltering the requested information from disclosure, were in issue. These read as follows:

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

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

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

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

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

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

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

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

The learned Motions Judge considered the possible application of both paragraph 16(1)(c) and of section

refus et qu'il convient en fait que ce refus soit opposé en vertu de l'alinéa 16(1)c), mais je ne vois pas l'utilité d'ergoter sur l'article à invoquer alors que je n'ai aucun doute que la communication des documents a été légalement refusée.

Était en litige devant la Section de première instance la question de l'applicabilité de l'alinéa 16(1)c) et de l'article 35 de la Loi pour justifier la non-divulgence des renseignements demandés. Ces dispositions sont ainsi conçues:

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

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

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

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

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

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

Le juge des requêtes a fait un examen assez approfondi de l'application possible de l'alinéa 16(1)c) et

35 in some detail. He found paragraph 16(1)(c) to be inapplicable because, in his view, it “relates to records that arise in individual cases”. Section 35 did not entitle the respondent to disclosure of “representations” made to the Information Commissioner in the course of an investigation, but had no application after the investigation had been completed. Despite that view, the Motions Judge acknowledged the importance of preserving the credibility and effectiveness of the Information Commissioner and the need of maintaining strict confidentiality on a continuing basis of information given to him in the course of an investigation of a complaint. As he put it, at page 403: “Parties must have confidence that the Information Commissioner will not divulge the information given to him.” In his view, section 35 was inapplicable to the subject request for the following reasons, which appear at page 404:

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

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

The issues in this appeal are whether the Motions Judge erred in restricting the application of the confidentiality requirements in section 35 of the Act to the duration of the investigative process and, secondly, whether he erred in refusing to apply the provisions of paragraph 16(1)(c) of the Act to the investigative process of the Information Commissioner as a whole.

In approaching these issues it is well to bear in mind the general scheme of the Act in so far as it relates to the issues raised for decision. The purpose of the Act is set forth in subsection 2(1):

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 accor-

de l’article 35. Il a conclu a l’inapplicabilité de l’alinéa 16(1)c) parce que, selon lui, il «se rapporte aux documents relatifs à des cas particuliers». Quant à l’article 35, il ne conférait à l’intimé aucun droit à la divulgation d’«observations» présentées au Commissaire à l’information au cours d’une enquête, mais, d’après le juge, l’article 35 ne s’appliquait pas une fois l’enquête terminée. Malgré cette opinion, le juge des requêtes a reconnu l’importance de maintenir la crédibilité et l’efficacité du Commissaire à l’information et la nécessité d’assurer en permanence la stricte confidentialité de renseignements fournis à ce dernier dans le cadre de l’enquête sur une plainte. Comme le dit le juge, à la page 403: «Les intéressés doivent être assurés que le Commissaire à l’information ne divulguera pas les renseignements qui lui sont communiqués». Selon le juge, l’article 35 était inapplicable à la demande en cause pour les raisons suivantes, énoncées à la page 404:

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

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

Les questions qui se posent dans le cadre du présent appel sont d’abord celle de savoir si le juge des requêtes a commis une erreur en limitant à la période que dure l’enquête l’application des exigences en matière de confidentialité posées à l’article 35 de la Loi, et, ensuite, celle de savoir s’il a commis une erreur en refusant d’appliquer l’alinéa 16(1)c) de la Loi à l’ensemble de l’enquête menée par le Commissaire à l’information.

En abordant ces questions, il convient de se rappeler le régime général établi par la Loi dans la mesure où il se rapporte aux questions en litige. L’objet de la Loi se trouve énoncé au paragraphe 2(1):

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 indispen-

dance 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.

Subsection 4(1) provides a basic right of access, as follows:

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

(a) a Canadian citizen, or

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

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

Thus it will be seen from the provisions of these two sections, that although the Act creates a right of access, the right is not absolute. It must be examined in the light of other provisions of the Act and the exemptions therein contained. Several such exemptions are grouped together in sections 13-26 of the Act.

Sections 30-37 provide for the making, investigation and disposition of complaints from a refusal of access. The right of a person to complain is provided for in subsection 30(1). According to section 31, a complaint must be made within one year from the time when the request for information was received. Section 32 requires the Information Commissioner to notify the head of the government institution concerned of the intention to carry out the investigation and of the substance of the complaint. The powers of the Information Commissioner in relation to his investigation of a complaint are set forth in section 36 [as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 27, s. 187]. These include the summoning and enforcing the attendance of persons and their compellability to give evidence on oath and to produce documents and things; and the administration of oaths and the reception of evidence and other information "whether on oath or by affidavit or otherwise" as the Information Commissioner sees fit, whether the evidence is or would be admissible in a court of law. Section 37 of the Act specifies the duties of the Information Commissioner following the disposition of a complaint. Generally speaking, these are to report to the head of the government institution concerned pursuant to

sables à ce droit étant précises et limitées et les décisions quant à la communication étant susceptibles de recours indépendants du pouvoir exécutif.

<sup>a</sup> Le paragraphe 4(1) confère, dans les termes suivants, un droit fondamental à l'accès aux documents:

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

<sup>b</sup> a) les citoyens canadiens;

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

<sup>c</sup> Il se dégage donc de ces deux paragraphes que la Loi crée un droit d'accès, mais que ce droit n'est pas absolu. Il doit en effet être examiné à la lumière d'autres dispositions de la Loi et des exceptions y prévues, certaines desquelles se trouvent regroupées aux articles 13 à 26.

<sup>e</sup> Les articles 30 à 37 prévoient le dépôt d'une plainte à la suite du refus de communiquer un document, la tenue d'une enquête relativement à cette plainte et le prononcé d'une décision sur celle-ci. C'est le paragraphe 30(1) qui est attributif du droit de formuler une plainte. Aux termes de l'article 31, la plainte doit être déposée dans un délai d'un an à compter de la réception de la demande de communication des renseignements. L'article 32 oblige le Commissaire à l'information à aviser le responsable de l'institution fédérale concernée de son intention d'enquêter et à lui faire connaître l'objet de la plainte. Pour l'instruction des plaintes, le Commissaire à l'information est investi des pouvoirs énumérés à l'article 36 [mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 27, art. 187], à savoir, entre autres, le pouvoir d'assigner et de contraindre des témoins à comparaître, à déposer sous serment et à produire des pièces; le pouvoir de faire prêter serment et de recevoir des éléments de preuve ou des renseignements «par déclaration verbale ou écrite sous serment ou par tout autre moyen» qu'il estime indiqué, indépendamment de leur admissibilité devant les tribunaux. À l'article 37 se trouvent énoncées les obligations du Commissaire à l'information après qu'il a rendu sa décision sur une plainte.

subsection 37(1) and to a complainant pursuant to subsection 37(2). Nothing in this section appears to bind the head of a government institution to implement any recommendation of the Information Commissioner. The recourse left to a complainant is to apply to the Trial Division for review of the matter, pursuant to section 41 of the Act, whenever the head of a government institution persists in denying a request despite a recommendation made by the Information Commissioner to the contrary.

While the primary task facing the Court with respect to section 35 is the construction of the language in which it is cast, the Act does contain provisions which appear to be of assistance in performing this task. The appellant directs the Court's attention to sections 61-65 as evincing an underlying policy that, subject to some exceptions, information received by or on behalf of the Information Commissioner must not be disclosed at any time, either while an investigation is underway or after it has been completed. Thus by section 61, Parliament was at pains to ensure that the Commissioner and persons acting on behalf or under his direction maintain the secrecy of information relating to any investigation under the Act. That section reads:

**61.** The Information Commissioner and every person acting on behalf or under the direction of the Commissioner who receives or obtains information relating to any investigation under this or any other Act of Parliament shall, with respect to access to and the use of that information, satisfy any security requirements applicable to, and take any oath of secrecy required to be taken by, persons who normally have access to and use of that information.

Section 62 appears even more explicit in proscribing the disclosure of information that is received by the Information Commissioner or by others acting on his behalf or under his direction in the performance of their duties and functions. It reads:

**62.** Subject to this Act, the Information Commissioner and every person acting on behalf or under the direction of the Commission shall not disclose any information that comes to

D'une manière générale, il est tenu, suivant le paragraphe 37(1), de faire un rapport au responsable de l'institution fédérale concernée, et, suivant le paragraphe 37(2), de donner au plaignant un compte rendu. L'article 37 ne semble imposer au responsable de l'institution fédérale aucune obligation de donner suite aux recommandations du Commissaire à l'information. Lorsque le responsable de l'institution fédérale s'obstine à refuser la communication de renseignements dont le Commissaire à l'information a recommandé la divulgation, le plaignant ne peut donc rien faire d'autre que d'exercer un recours en révision devant la Section de première instance en vertu de l'article 41 de la Loi.

Quoique la tâche principale de la Cour en ce qui concerne l'article 35 consiste dans l'interprétation de ses termes, la Loi contient quand même des dispositions qui semblent pouvoir l'aider à s'acquitter de cette tâche. L'appelant attire notre attention sur les articles 61 à 65 qui, d'après lui, traduisent une politique sous-jacente selon laquelle, sauf quelques exceptions, les renseignements reçus par le Commissaire à l'information ou en son nom ne doivent jamais être divulgués, ni pendant qu'une enquête est en cours ni après qu'elle est terminée. Le Parlement s'est donc attaché, à l'article 61, à s'assurer que le Commissaire et les personnes agissant en son nom ou sous son autorité gardent secrets les renseignements se rapportant à une enquête menée en vertu de la Loi. L'article 61 est ainsi conçu:

**61.** Le Commissaire à l'information et les personnes agissant en son nom ou sous son autorité qui reçoivent ou recueillent des renseignements dans le cadre des enquêtes prévues par la présente loi ou une autre loi fédérale sont tenus, quant à l'accès à ces renseignements et leur utilisation, de satisfaire aux normes applicables en matière de sécurité et de prêter les serments imposés à leurs usagers habituels.

L'article 62 paraît interdire encore plus formellement la communication de renseignements reçus, dans l'exercice de leurs pouvoirs et fonctions, par le Commissaire à l'information ou d'autres personnes agissant en son nom ou sous son autorité. L'article 62 dispose comme suit:

**62.** Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, le Commissaire à l'information et les personnes agissant en son nom ou sous son autorité sont tenus au secret en ce qui con-

their knowledge in the performance of their duties and functions under this Act.

A limited discretion is allowed to the Information Commissioner of disclosing information with respect to matters of administration, offences related to the enforcement of the Act, certain kinds of criminal prosecutions and review proceedings under the Act. This is provided for in section 63 [as am. *idem*] which reads:

**63.** (1) The Information Commissioner may disclose or may authorize any person acting on behalf or under the direction of the Commissioner to disclose information

(a) that, in the opinion of the Commissioner, is necessary to

- (i) carry out an investigation under this Act, or
- (ii) establish the grounds for findings and recommendations contained in any report under this Act; or

(b) in the course of a prosecution for an offence under this Act, a prosecution for an offence under section 131 of the *Criminal Code* (perjury) in respect of a statement made under this Act, a review before the Court under this Act or an appeal therefrom.

(2) The Information Commissioner may disclose to the Attorney General of Canada information relating to the commission of an offence against any law of Canada or a province on the part of any officer or employee of a government institution if in the opinion of the Commissioner there is evidence thereof.

The care with which the Information Commissioner and others are required to deal with information in carrying out an investigation under the Act is again highlighted in section 64. That section instructs the Information Commissioner to take reasonable precautions not to disclose information in the following circumstances:

**64.** In carrying out an investigation under this Act and in any report made to Parliament under section 38 or 39, the Information Commissioner and any person acting on behalf or under the direction of the Information Commissioner shall take every reasonable precaution to avoid the disclosure of, and shall not disclose,

- (a) any information or other material on the basis of which the head of a government institution would be authorized to refuse to disclose a part of a record requested under this Act; or

cerne les renseignements dont ils prennent connaissance dans l'exercice des pouvoirs et fonctions que leur confère la présente loi.

Le Commissaire à l'information détient un pouvoir discrétionnaire limité pour ce qui est de la divulgation de renseignements relatifs à des questions administratives, à des infractions liées à l'application de la Loi, à certains types de poursuites pénales et à des recours en révision exercés en vertu de la Loi. C'est ce que prévoit l'article 63 [mod., *idem*], dont voici le texte:

**63.** (1) Le Commissaire à l'information peut divulguer, ou autoriser les personnes agissant en son nom ou sous son autorité à divulguer, les renseignements:

a) qui, à son avis, sont nécessaires pour:

- (i) mener une enquête prévue par la présente loi,
- (ii) motiver les conclusions et recommandations contenues dans les rapports et comptes rendus prévus par la présente loi;

b) dont la divulgation est nécessaire, soit dans le cadre des procédures intentées pour infraction à la présente loi ou pour une infraction à l'article 131 du *Code criminel* (parjure) se rapportant à une déclaration faite en vertu de la présente loi, soit lors d'un recours en révision prévu par la présente loi devant la Cour ou lors de l'appel de la décision rendue par celle-ci.

(2) Dans les cas où, à son avis, il existe des éléments de preuve touchant la perpétration d'infractions fédérales ou provinciales par un cadre ou employé d'une institution fédérale, le Commissaire à l'information peut faire part au procureur général du Canada des renseignements qu'il détient à cet égard.

L'article 64 insiste sur le soin avec lequel le Commissaire à l'information et d'autres personnes doivent traiter les renseignements lors d'une enquête tenue en vertu de la Loi. Ainsi, l'article 64 oblige le Commissaire à l'information à prendre des précautions raisonnables pour éviter la divulgation de renseignements dans les circonstances suivantes:

**64.** Lors des enquêtes prévues par la présente loi et dans la préparation des rapports au Parlement prévus aux articles 38 ou 39, le Commissaire à l'information et les personnes agissant en son nom ou sous son autorité ne peuvent divulguer et prennent toutes les précautions pour éviter que ne soient divulgués:

- a) des renseignements qui, par leur nature, justifient, en vertu de la présente loi, un refus de communication totale ou partielle d'un document;

(b) any information as to whether a record exists where the head of a government institution, in refusing to give access to the record under this Act, does not indicate whether it exists.

Finally, but significantly, the competency or compellability of the Information Commissioner or any person acting on his behalf or under his direction as witnesses is severely qualified by the provisions of section 65 [as am. *idem*] of the Act, which read:

65. The Information Commissioner or any person acting on behalf or under the direction of the Commissioner is not a competent or compellable witness, in respect of any matter coming to the knowledge of the Commissioner or that person as a result of performing any duties or functions under this Act during an investigation, in any proceedings other than a prosecution for an offence under this Act, a prosecution for an offence under section 131 of the *Criminal Code* (perjury) in respect of a statement made under this Act, a review before the Court under this Act or an appeal therefrom.

The Motions Judge was able to conclude that paragraph 16(1)(c) and section 35 were inapplicable by examining the language in which they were cast. I agree that it is this language which requires interpretation and that it is the interpretation of this language which must remain the primary focus of inquiry. Subsection 35(1) could not be plainer in setting forth Parliament's intention: the investigation of the complaint "shall be conducted in private". On the other hand, the Motions Judge thought that the purpose of the concluding words of subsection 35(2) was to protect from disclosure any "representations" made to the Information Commissioner only if they were so made, as the opening words state, "[i]n the course of an investigation" itself. This allowed him to conclude that such "representations" were not by the subsection shielded from disclosure once the Information Commissioner's investigation of a complaint had been completed.

The appellant submits that when the internal structure of the subsection is examined, it will be seen that its opening words were not intended to qualify its closing words but only to demarcate the period during which the "reasonable opportunity to make representations shall be given" to persons falling within paragraphs (a) to (c). As counsel put it, because the concluding words are introduced by the conjunction

b) des renseignements faisant état de l'existence d'un document que le responsable d'une institution fédérale a refusé de communiquer sans indiquer s'il existait ou non.

a En dernier lieu—mais c'est un point qui est tout de même important—, l'article 65 [mod., *idem*] établit des limites strictes en ce qui concerne la qualité du Commissaire à l'information et des personnes agissant en son nom ou sur son ordre pour témoigner, et en ce qui concerne la possibilité de les y contraindre. L'article 65 dispose en effet:

65. En ce qui concerne les questions venues à leur connaissance dans l'exercice, au cours d'une enquête, des pouvoirs et fonctions qui leur sont conférés en vertu de la présente loi, le Commissaire à l'information et les personnes qui agissent en son nom ou sur son ordre n'ont qualité pour témoigner ou ne peuvent y être contraints que dans les procédures intentées pour infraction à la présente loi ou pour une infraction à l'article 131 du *Code criminel* (parjure) se rapportant à une déclaration faite en vertu de la présente loi, ou que lors d'un recours en révision prévu par la présente loi devant la Cour ou lors de l'appel de la décision rendue par celle-ci.

L'examen du texte de l'alinéa 16(1)c) et de l'article 35 a permis au juge des requêtes de conclure à leur inapplicabilité. Or, je conviens que c'est le texte de ces dispositions qu'il y a lieu d'interpréter et que l'analyse doit porter principalement sur cette interprétation. Le paragraphe 35(1) énonce on ne peut plus clairement l'intention du législateur: les enquêtes sur les plaintes «sont secrètes». Par ailleurs, le juge des requêtes a estimé que le paragraphe 35(2) visait à protéger les «observations» présentées au Commissaire à l'information contre la divulgation seulement si elles ont été faites «au cours de l'enquête» elle-même, comme on lit au début de ce paragraphe. Sur ce fondement, le juge des requêtes a pu conclure que le paragraphe en question ne mettait pas ces «observations» à l'abri de la divulgation une fois terminée l'enquête du Commissaire à l'information sur la plainte.

Selon l'appellant, en examinant la construction de la version anglaise du paragraphe 35(2), on se rend compte que les mots par lesquels il commence ne sont pas censés apporter une restriction à la dernière partie du paragraphe, mais servent uniquement à fixer la période pendant laquelle les personnes visées aux alinéas a) à c) «doivent avoir la possibilité de présenter leurs observations». Comme l'a dit l'avocat, la

“but”, they were meant to qualify the first portion of the subsection because that word marks the introduction of an independent sentence connected in sense though not in form with that portion. In short, the words in the second portion, “but no one is entitled as of right . . . to have access to . . . representations made to the Commissioner by any other person”, evince a clear intention that no right of access to representations made in the course of an investigation was intended at any time.

The soundness of the argument may be tested in two ways. The first is by considering the peculiar role of the Information Commissioner, standing as he does on neutral ground between disputing parties—the one who asserts a right of disclosure and the other who denies it. The uniqueness of his role was alluded to by the Motions Judge at pages 403-404 of his reasons, where he stated:

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

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

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

conjonction «*but*» (toutefois) dans la disposition finale indique que c’est celle-ci qui est destinée à limiter la portée des mots liminaires du paragraphe, parce que cette conjonction introduit en fait une phrase indépendante liée par le sens, mais non par la forme, aux mots liminaires. Bref, les mots «*but no one is entitled as of right . . . to have access to . . . representations made to the Commissioner by any other person*» (nul n’ayant toutefois le droit absolu . . . [de] recevoir communication) [des observations présentées au Commissaire par une autre personne]» figurant dans la seconde partie du texte anglais du paragraphe révèlent clairement que le législateur n’a pas voulu qu’il y ait, à quelque moment que ce soit, un droit à la communication des observations faites au cours d’une enquête.

Il existe deux façons de vérifier le bien-fondé de cet argument. La première consiste à considérer le rôle particulier du Commissaire à l’information, qui observe la neutralité vis-à-vis des parties au différend, dont l’une invoque le droit à la divulgation et l’autre en nie l’existence. Le caractère unique du rôle du Commissaire est évoqué par le juge des requêtes, aux pages 403 et 404 de ses motifs:

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

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

L’amélioration du pouvoir de persuasion du Commissaire à l’information s’accorde avec l’objectif qui veut que l’on règle rapidement et à peu de frais les demandes de communication. Évidemment, dans le cas où un différend ne pourrait être résolu à l’étape où le Commissaire à l’information est saisi de la question, l’auteur de la plainte peut toujours s’adresser à notre

be as satisfactory as a resolution at the Information Commissioner stage, because of the additional time and expense involved.

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

I respectfully agree with these views. In my view, this reasoning also argues for preserving the confidentiality of representations made in the course of an investigation during as well as subsequent to the investigation unless, of course, the statute requires or permits disclosure.

The second way of testing the appellant's argument is to consider subsection 35(2) in the light of the Act as a whole. I have already recited several provisions as appearing to reflect an underlying policy of at all times preserving the confidentiality of information received from a disputing party during an investigation. These are sections 61-65. Sections 61, 62 and 65, in particular, lend considerable force to the appellant's submission. The operation of section 61 is not limited to any particular period of time. Section 62 requires that, subject to the Act, the Information Commissioner and every person acting on behalf of or under the direction of the Commissioner "shall not disclose any information that comes to their knowledge in the performance of their duties and functions under this Act." Section 65 renders the Information Commissioner or any person acting on behalf of or under the direction of the Commissioner "not a competent or compellable witness, in respect of any matter coming to the knowledge of the Commissioner or that person as a result of performing any duties or functions under this Act during an investigation" except in proceedings of the sort therein mentioned.

I find merit in the appellant's argument. Subsection 35(2) appears to have two distinct purposes. It ensures in its opening portion that the persons referred to in paragraphs (a) to (c) must have a rea-

Cour. Cependant, c'est une solution de dernier recours qui ne donnerait probablement pas un résultat aussi satisfaisant qu'un règlement à l'étape de la procédure qui se déroule devant le Commissaire à l'information, à cause du temps et des dépenses supplémentaires que cela supposerait.

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

b Je partage ces points de vue. Selon moi, ce même raisonnement milite également en faveur du maintien de la confidentialité des observations faites au cours d'une enquête, cette confidentialité devant être assurée non seulement pendant l'enquête, mais après aussi. Il ne peut évidemment en être autrement que si la Loi prescrit ou autorise la divulgation.

c d La seconde façon de vérifier le bien-fondé de l'argument de l'appelant consiste à examiner le paragraphe 35(2) à la lumière de la Loi dans son ensemble. Or, j'ai déjà évoqué plusieurs dispositions qui semblent traduire une politique sous-jacente consistant à toujours respecter la confidentialité des renseignements reçus, au cours d'une enquête, d'une partie au différend. Il s'agit des articles 61 à 65. Les articles 61, 62 et 65 en particulier donnent une force considérable à l'argument de l'appelant. L'application de l'article 61 ne se limite pas à une période déterminée. L'article 62 exige que, sous réserve des autres dispositions de la Loi, le Commissaire à l'information et les personnes agissant en son nom ou sous son autorité soient «tenus au secret en ce qui concerne les renseignements dont ils prennent connaissance dans l'exercice des pouvoirs et fonctions que leur confère la présente loi». Suivant l'article 65, «[e]n ce qui concerne les questions venues à leur connaissance dans l'exercice, au cours d'une enquête, des pouvoirs et fonctions qui leur sont conférés en vertu de la présente loi», le Commissaire à l'information et les personnes qui agissent en son nom ou sur son ordre «n'ont qualité pour témoigner ou ne peuvent y être contraints» que dans les procédures mentionnées dans l'article.

e f g h i j Je tiens pour bien fondé l'argument de l'appelant. Le paragraphe 35(2) paraît avoir deux objets distincts. D'une part, ses mots liminaires assurent aux personnes visées aux alinéas a) à c) la possibilité de

sonable opportunity to make representations “[i]n the course of an investigation of a complaint”. The words which follow the paragraphs expressly deny the right of “access to . . . representations made to the Commissioner”. I am unable to see that the opening words qualify this denial of access. In my view, sections 61, 62 and 65 reinforce this construction. On their face, sections 61 and 62 create on-going obligations which bind those to whom they are directed at all times. Similarly, section 65 shields information acquired during an investigation from disclosure in legal proceedings except in the types of proceedings which are specifically mentioned. Section 63, on the other hand, enables the Commissioner and the others to whom section 65 is addressed, to disclose information in very limited circumstances. To construe subsection 35(2) as protecting against the disclosure of information to the respondent during the course of an investigation but not afterwards would produce inconsistency and disharmony between that subsection and other sections of the Act to which I have just referred. I do not think Parliament should be taken as having intended this to be so. (See e.g., *R. v. Compagnie Immobilière BCN Ltée*, [1979] 1 S.C.R. 865, at page 872; E. A. Driedger, *Construction of Statutes*, 2nd ed. (Toronto, 1983), at pages 34-35.) In my view, the fact that the confidentiality of representations made to the Information Commissioner during an investigation of a complaint must be preserved, save in limited circumstances, indicates that the complainant was given no right of access to any such representations under the appellant’s control in the circumstances of this case. I so construe the provisions of subsection 35(2) of the Act.

As I have concluded that subsection 35(2) does deny a right of access to the requested information, there is no need to examine the further argument that it is protected from disclosure by virtue of paragraph 16(1)(c) of the Act.

I would allow the appeal with costs, set aside the order of the Trial Division of March 2, 1993 and dismiss the respondent’s application for judicial review.

présenter leurs observations «au cours de l’enquête» menée sur une plainte. D’autre part, les mots qui précèdent les alinéas en question refusent expressément le droit de «recevoir communication» des observations faites au Commissaire. Or, je conçois mal que les mots liminaires viennent limiter la portée du refus de ce droit. Les articles 61, 62 et 65 me semblent renforcer cette interprétation. À première vue, les articles 61 et 62 créent des obligations permanentes qui lient en tout temps les personnes auxquelles elles incombent. De même, l’article 65 met les renseignements obtenus au cours d’une enquête à l’abri de la divulgation dans le cadre de procédures judiciaires autres que celles expressément visées par cet article. L’article 63, par contre, habilite le Commissaire et les autres personnes auxquelles s’applique l’article 65 à divulguer des renseignements dans certaines circonstances très limitées. Interpréter le paragraphe 35(2) comme interdisant la divulgation de renseignements à l’intimé pendant l’enquête, mais non après, serait donc cause d’incohérence et d’incompatibilité entre ce paragraphe et les articles de la Loi que je viens de mentionner. Je ne crois pas qu’il faille prêter au législateur l’intention de produire un tel résultat. (Voir, par exemple, *R. c. Compagnie Immobilière BCN Ltée*, [1979] 1 R.C.S. 865, à la page 872; E. A. Driedger, *Construction of Statutes*, 2<sup>e</sup> éd. (Toronto, 1983), aux pages 34 et 35.) À mon avis, l’obligation d’assurer, sauf dans des circonstances limitées, la confidentialité des observations faites au Commissaire à l’information au cours d’une enquête sur une plainte indique qu’il n’est conféré au plaignant aucun droit de recevoir la communication de telles observations pouvant se trouver en la possession de l’appelant dans les circonstances de la présente affaire. C’est ainsi que j’interprète les dispositions du paragraphe 35(2) de la Loi.

Vu ma conclusion que le paragraphe 35(2) n’accorde aucun droit à la communication des renseignements demandés, point n’est besoin que je me penche sur l’argument selon lequel l’alinéa 16(1)(c) de la Loi joue de manière à les protéger contre la divulgation.

J’accueillerais l’appel avec dépens, j’annulerais l’ordonnance en date du 2 mars 1993 rendue par la Section de première instance et je rejetterais la demande de contrôle judiciaire présentée par l’intimé.

LINDEN J.A.: I agree.

LE JUGE LINDEN, J.C.A.: J'y souscris.

ROBERTSON J.A.: I agree.

LE JUGE ROBERTSON, J.C.A.: J'y souscris.