

A-163-14  
2015 FCA 56

A-163-14  
2015 CAF 56

**Information Commissioner of Canada** (*Appellant*)

**Commissaire à l'information du Canada** (*appelante*)

v.

c.

**Minister of National Defence** (*Respondent*)

**Ministre de la Défense nationale** (*intimé*)

and

et

**Information and Privacy Commissioner of Ontario** (*Intervener*)

**Commissaire à l'information et à la protection de la vie privée de l'Ontario** (*intervenant*)

**INDEXED AS: CANADA (INFORMATION COMMISSIONER)**  
**v. CANADA (NATIONAL DEFENCE)**

**RÉPERTORIÉ : CANADA (COMMISSAIRE À L'INFORMATION)**  
**c. CANADA (DÉFENSE NATIONALE)**

Federal Court of Appeal, Noël C.J., Stratas and Scott J.J.A.—Ottawa, November 19, 2014 and March 3, 2015.

Cour d'appel fédérale, juge en chef Noël et juges Stratas et Scott, J.C.A.—Ottawa, 19 novembre 2014 et 3 mars 2015.

*Access to Information — Appeal from Federal Court decision dismissing appellant's judicial review of respondent's decision asserting, in response to request for records under Access to Information Act, 1 110-day extension — Lawyer acting for clients requesting from respondent access to records relating to sale of certain military assets — Pursuant to Act, s. 9(1), respondent extending 30-day time limit under s. 7 to deal with request — Lawyer subsequently filing complaint with appellant — After conducting investigation, appellant finding respondent breaching duty under Act, s 4(2.1) since failing to make every effort to process lawyer's request in timely manner — Finding that respondent's asserted extension invalid since criteria for extension under Act, s. 9(1)(a) not all met, that time taken under s. 9(1)(b) unreasonably long — Also finding that given respondent's failure to respond to request within applicable time limit, respondent in state of deemed refusal pursuant to Act, s. 10(3) — In judicial review, appellant sought declaration that respondent in state of deemed refusal, order directing respondent to respond to access request within 30-day period — Since lawyer eventually obtaining access to requested documents, issue becoming moot before hearing — Federal Court exercising discretion to consider declaration request despite mootness — Concluding that, where government institution taking extension under Act, s. 9(1), institution will not enter state of deemed refusal unless failing to give access by date on which asserted extension expiring — Also holding that since respondent providing access to documents claimed within own deadlines asserted under Act, s. 9(1), Federal Court having no jurisdiction to issue declaration sought — Therefore, no need for Court to decide reasonability of extension taken — Whether*

*Accès à l'information — Appel interjeté à l'encontre de la décision par laquelle la Cour fédérale a rejeté la demande de contrôle judiciaire faite par l'appelante d'une décision de l'intimé déclarant une prorogation de délai de 1 110 jours en réponse à une demande présentée en vertu de la Loi sur l'accès à l'information — Un avocat agissant pour ses clients a demandé l'accès à des documents de l'intimé relatifs à la vente de certains articles de matériel militaire — L'intimé a, conformément à l'art. 9(1) de la Loi, prorogé le délai de 30 jours mentionné à l'art. 7 pour traiter la demande — L'avocat a par la suite déposé une plainte auprès de l'appelante — Après avoir mené son enquête, l'appelante a conclu que l'intimé avait manqué à son obligation aux termes de l'art. 4(2.1) de la Loi, parce qu'il n'avait pas fait tous les efforts raisonnables pour donner suite à la demande de l'avocat en temps utile — L'appelante a jugé que la prorogation de délai décidée par l'intimé était invalide, car les critères relatifs à une prorogation fondée sur l'art. 9(1)a) n'étaient pas tous réunis et que le délai décidé au titre de l'art. 9(1)b) était déraisonnable — Elle a également conclu que comme aucune réponse n'avait été reçue dans les délais applicables de la part de l'intimé, le défaut de communication de celui-ci valait décision de refus de communication en vertu de l'art. 10(3) de la Loi — Dans le cadre de la demande de contrôle judiciaire, l'appelante demandait un jugement déclarant que l'intimé était présumé avoir refusé la communication dans les délais prévus par la Loi, ainsi qu'une ordonnance enjoignant à l'intimé de répondre à la demande dans un délai de 30 jours — Comme l'intimé a communiqué les documents demandés à l'avocat, la question est devenue théorique avant la tenue de*

*Federal Court having jurisdiction under Act, s. 42 to hear appellant's application; if so, whether extension respondent taking valid — Appellant offering correct interpretation of Act, s. 10(3) — Government institution having power pursuant to Act, s. 9 to extend time subject to certain conditions — If conditions under ss. 9(1)(a) and/or 9(1)(b) not satisfied, time not validly extended — Under Act, s. 10(3) deemed refusal arising whenever initial 30-day time limit imposed by Act, s. 7 expiring without access being given in circumstances where no legally valid extension taken — Thus, right to judicially review validity of extension arising pursuant to Act, ss. 41, 42 upon expiration of 30-day time limit subject to filing of complaint, completion of investigation report — Therefore, Federal Court having jurisdiction to entertain appellant's judicial review of respondent's extension, to consider validity thereof — In order to claim time extension under Act, s. 9(1)(a), government institution required to demonstrate that large number of documents involved but that work required to provide access within lesser period of time ultimately interfering with institution's operations — Same type of rational linkage must be made pursuant to Act, 9(1)(b) regarding necessary consultations — When English, French texts of Act, ss. 9(1)(a),(b) read together, texts contemplating in particular that extension be reasonable or justified in circumstances — In case at bar, respondent estimating time taken under s. 9 (1)(b) using formula having deficient logic; treatment of matter falling short of establishing that serious effort or genuine attempt made to assess duration of extension — As such, extension respondent taking not meeting requirements of Act, s. 9(1) — Failure to meet requirements thereof sufficient to establish appellant's entitlement to declaration sought — Appeal allowed.*

*l'audience — La Cour fédérale a exercé son pouvoir discrétionnaire pour examiner malgré tout la demande de jugement déclaratoire malgré le caractère théorique de la question — La Cour fédérale a conclu que, lorsqu'une institution fédérale s'accorde une prorogation au titre de l'art. 9(1), elle n'est pas présumée avoir refusé la communication tant et aussi longtemps qu'elle n'est pas en défaut de communication à la date d'expiration de la prorogation décidée — Comme l'intimé a communiqué les documents demandés en respectant les délais qu'il s'était accordés au titre de l'art. 9(1), la Cour fédérale a déclaré ne pas avoir la compétence nécessaire pour rendre le jugement déclaratoire demandé — Par conséquent, la Cour n'avait pas à décider si la prorogation prise était raisonnable — Il s'agissait de savoir si la Cour fédérale avait compétence en vertu de l'art. 42 de la Loi pour entendre la demande de l'appelante et si, le cas échéant, la prorogation décidée par l'intimé était valide — La bonne interprétation de l'art. 10(3) de la Loi était celle présentée par l'appelante — Une institution fédérale peut exercer le pouvoir, conféré en vertu de l'art. 9 de la Loi, de proroger le délai, sous réserve de certaines conditions — Si les conditions énoncées aux art. 9(1)(a) et/ou 9(1)(b) ne sont pas respectées, la prorogation de délai n'est pas valable — En vertu de l'art. 10(3), une présomption de refus existe chaque fois que le délai de 30 jours initial imposé par l'art. 7 de la Loi expire sans qu'il y ait communication, dans les cas où la prorogation n'est pas légalement valide — Il s'ensuit que le droit de demander un contrôle judiciaire à l'égard de la validité d'une prorogation découle des art. 41 et/ou 42 à l'expiration du délai de 30 jours, dans la mesure où une plainte est déposée et un rapport d'enquête présenté — Par conséquent, la Cour fédérale avait compétence pour instruire la demande de contrôle judiciaire de l'appelante concernant la prorogation décidée par l'intimé et pour examiner la validité de cette prorogation — Pour qu'une institution fédérale puisse énoncer la prorogation retenue en vertu de l'art. 9(1)(a), elle doit démontrer qu'un grand nombre de documents sont mis en cause, mais aussi que l'ampleur du travail requis pour donner accès aux documents dans tout délai considérablement moindre que celui établi entraverait le fonctionnement de l'institution — Le même type de lien rationnel devrait être fait relativement à l'art. 9(1)(b) en ce qui concerne les consultations nécessaires — Lorsque les textes anglais et français des art. 9(1)(a) et b) sont interprétés comme un tout, ces deux textes prévoient que la prorogation doit être raisonnable ou justifiée par les circonstances — En l'espèce, l'intimé a estimé le délai décidé au titre de l'art. 9(1)(b) au moyen d'une formule qui repose sur une logique déficiente; son traitement de la question ne permet pas d'établir qu'un effort réel ou qu'une tentative réelle a été fait pour évaluer la durée de la prorogation — Par conséquent, la prorogation décidée par l'intimé ne satisfaisait pas aux exigences de l'art. 9(1) — Ce défaut suffisait pour établir le droit de l'appelante au jugement déclaratoire demandé — Appel accueilli.*

This was an appeal from a Federal Court decision dismissing the appellant's application for judicial review of the respondent's decision asserting, in response to a request for records under the *Access to Information Act*, an extension of 1 110 days. A lawyer acting for his clients requested from the respondent access to records relating to the sale of certain military assets. The respondent notified the lawyer that, pursuant to subsection 9(1) of the Act, it was extending the 30-day time limit set out in section 7 by 1 110 days to deal with the request. In response, the lawyer communicated his intent thereto to file a complaint with the appellant, which he did. During the investigation, the respondent informed the appellant that 230 of the 1 110 days had been taken under paragraph 9(1)(a) of the Act to deal with the large number of records involved and that the remaining 880 days had been taken under paragraph 9(1)(b) to complete the necessary consultations with third parties. It also pointed out that 2 400 pages required review and consultation, in particular with government departments. Later, the appellant reported the results of her investigation to the respondent, finding that it had breached its duty under subsection 4(2.1) of the Act since it had failed to make every effort to process the request in a timely manner. The appellant also found that the respondent's asserted extension was invalid since the criteria for an extension under paragraph 9(1)(a) were not all met and the time taken under paragraph 9(1)(b) was unreasonably long. The appellant found that because the respondent had not responded to the request within the initial applicable time limit, it was in a state of deemed refusal pursuant to subsection 10(3) of the Act. The appellant recommended that the respondent commit to responding by a specified date but the respondent notified the appellant that it could not do so since the consultations in question were external and beyond its control.

In its judicial review, the appellant sought a declaration that the respondent was in a state of deemed refusal for having failed to give access within the time limits set out in the Act and an order directing the respondent to respond to the request within a 30-day period. About a month before the Federal Court hearing, the respondent gave the lawyer access to the requested documents. Because of this, it moved to dismiss the appellant's application claiming that the issue had become moot.

The Federal Court decided to exercise its discretion to consider the appellant's request for a declaration despite that the dispute was moot. As to the issue of whether it had jurisdiction pursuant to section 42 of the Act to issue the requested declaration, it concluded that, where a government institution takes an extension under subsection 9(1), it will not enter a state of deemed refusal unless and until it fails to give access

Il s'agissait d'un appel interjeté à l'encontre de la décision par laquelle la Cour fédérale a rejeté la demande de contrôle judiciaire faite par l'appelante d'une décision de l'intimé de déclarer une prorogation de délai de 1 110 jours en réponse à une demande présentée en vertu de la *Loi sur l'accès à l'information*. Un avocat agissant pour ses clients a demandé l'accès à des documents relatifs à la vente de certains articles de matériel militaire. L'intimé a avisé l'avocat que, conformément au paragraphe 9(1) de la Loi, il prorogeait le délai de 30 jours mentionné à l'article 7 de 1 110 jours pour traiter la demande. En réponse, l'avocat a fait part de son intention de déposer une plainte auprès de l'appelante, ce qu'il a fait. Au cours de l'enquête, l'intimé a informé l'appelante que 230 jours de prorogation de délai sur 1 110 jours étaient requis, au titre de l'alinéa 9(1)a) de la Loi, pour traiter le grand nombre de documents mis en cause et que les autres 880 jours étaient requis, au titre de l'alinéa 9(1)b), pour mener les consultations nécessaires auprès de tiers. L'intimé a également souligné que 2 400 pages devaient être examinées et faire l'objet de consultations, plus particulièrement auprès de ministères. Plus tard, l'appelante a informé l'intimé des résultats de son enquête, ayant conclu que l'intimé avait manqué à son obligation aux termes du paragraphe 4(2.1) de la Loi, parce qu'il n'avait pas fait tous les efforts raisonnables pour donner suite à la demande en temps utile. L'appelante a également conclu que la prorogation de délai décidée par l'intimé était invalide, car les critères relatifs à une prorogation fondée sur l'alinéa 9(1)a) n'étaient pas tous réunis et que le délai décidé au titre de l'alinéa 9(1)b) était déraisonnable. L'appelante a conclu que comme aucune réponse n'avait été reçue dans les délais initiaux applicables de la part de l'intimé, le défaut de communication valait décision de refus de communication en vertu du paragraphe 10(3) de la Loi. L'appelante a recommandé que l'intimé s'engage à répondre au plus tard à une date précise, mais l'intimé a informé l'appelante qu'il ne pouvait pas prendre un tel engagement, car les consultations en question étaient externes et échappaient à son contrôle.

Dans sa demande de contrôle judiciaire, l'appelante sollicitait un jugement déclarant que l'intimé était présumé avoir refusé la communication dans les délais prévus par la Loi, ainsi qu'une ordonnance enjoignant à l'intimé de répondre à la demande dans un délai de 30 jours. Environ un mois avant l'audience devant la Cour fédérale, l'intimé a communiqué les documents demandés à l'avocat. Pour cette raison, l'intimé a présenté une requête en rejet de la demande de l'appelante au motif que la question était devenue théorique.

Bien qu'elle reconnût que le litige était théorique, la Cour fédérale a décidé d'exercer son pouvoir discrétionnaire pour examiner la demande de jugement déclaratoire de l'appelante. Quant à la question de savoir si elle avait compétence en vertu de l'article 42 de la Loi pour rendre le jugement déclaratoire demandé, la Cour fédérale a conclu que, lorsqu'une institution fédérale s'accorde une prorogation au titre du

by the date on which the asserted extension expires. Since the respondent provided access to the documents claimed within its own deadlines as asserted under subsection 9(1) of the Act, the Federal Court held that it had no jurisdiction to issue the declaration sought. Therefore, there was no need for it to decide whether the 110-day extension was reasonable.

The issues were whether the Federal Court had jurisdiction under section 42 of the Act to hear the appellant's application and, if it did, whether the extension taken by the respondent was valid.

*Held*, the appeal should be allowed.

A reading of subsection 10(3) of the Act which would prevent judicial review of an extension, as was proposed in this case, fell short of what Parliament intended. Part of the statutory scheme are the time limits set out in the Act which, when breached, give rise to a deemed refusal pursuant to subsection 10(3). Only two such limits exist: the 30-day time limit that arises by operation of section 7 following a request for access and the extended time limit that arises as a result of a notice of extension issued pursuant to section 9 of the Act. Based on the Federal Court's interpretation, the length of this last time limit would rest exclusively in the hands of the government institution asserting it and escape judicial review regardless of its duration. For the purpose of applying subsection 10(3) of the Act, construing subsection 9(1) as allowing for whatever period of time the institution may wish to take reads out of the Act the requirement that the extension be "reasonable ... having regard to the circumstances" and the criteria set out in paragraphs 9(1)(a) and 9(1)(b) thereof. Moreover, the extended time limit that the Federal Court accepts as falling within the time limits set out in the Act is not a time limit at all. If a government institution is free to choose the deadline of its choice, without regard to the statutory conditions set out in subsection 9(1), there are no limits on the deadline it may choose. The Federal Court's comparison of section 30 to sections 41 and 42 of the Act did not support its interpretation wherein it found that, had Parliament intended unreasonable time limits to be judicially reviewed, it would have set this out expressly as it did in subsection 30(1) regarding complaints. The appellant offered the correct interpretation of subsection 10(3). Section 7 of the Act requires a government institution to respond to an information request within 30 days. This requirement is subject to several exceptions, one of which is the power that may be exercised by a government institution pursuant to section 9 of the Act to extend the time. A government institution may avail itself of this power subject to certain conditions, one of which is that the period taken be reasonable when regard is had to the circumstances set out in paragraphs 9(1)(a) and/or 9(1)(b). If this

paragraphe 9(1), elle n'est pas présumée avoir refusé la communication tant et aussi longtemps qu'elle n'est pas en défaut de communication à la date d'expiration de la prorogation décidée. Comme l'intimé a communiqué les documents demandés en respectant les délais qu'il s'était accordés au titre du paragraphe 9(1) de la Loi, la Cour fédérale a déclaré ne pas avoir la compétence nécessaire pour rendre le jugement déclaratoire demandé. Par conséquent, la Cour n'avait pas à décider si la prorogation de 110 jours était raisonnable.

Il s'agissait de savoir si la Cour fédérale avait compétence en vertu de l'article 42 de la Loi pour entendre la demande de l'appelante et si, le cas échéant, la prorogation décidée par l'intimé était valide.

*Arrêt* : l'appel doit être accueilli.

Une interprétation du paragraphe 10(3) qui ferait obstacle au contrôle judiciaire d'une prorogation, comme il a été proposé en l'espèce, ne correspondait pas à l'intention du législateur. Les délais prévus par la présente loi constituent une partie du régime législatif. Ces délais, s'ils ne sont pas respectés, donnent lieu à une présomption de refus en vertu du paragraphe 10(3). Seuls deux délais sont mentionnés : le délai de 30 jours, visé à l'article 7, pour faire suite à une demande d'accès, et le délai prorogé qui découle de l'avis de prorogation donné en vertu de l'article 9. Selon l'interprétation de la Cour fédérale, la durée de ce dernier délai relève exclusivement de l'institution fédérale qui se prévaut de la prorogation et est soustraite au contrôle judiciaire, peu importe son ampleur. L'interprétation du paragraphe 9(1) aux fins de l'application du paragraphe 10(3) comme autorisant toute prorogation que l'institution souhaite s'accorder fait abstraction de l'exigence de la Loi selon laquelle la prorogation doit être « d'une période que justifient les circonstances » et des critères énoncés aux alinéas 9(1)(a) et 9(1)(b). De surcroît, le délai prorogé qui, selon la Cour fédérale, s'inscrit dans les délais prévus par la Loi, ne constitue nullement une limite de temps. Si une institution fédérale est libre de choisir l'échéance qui lui convient, sans égard aux conditions énoncées au paragraphe 9(1), aucune limite ne s'applique à cette échéance. La comparaison faite par la Cour fédérale entre l'article 30 et les articles 41 et 42 de la Loi ne lui était d'aucune utilité pour étayer son interprétation lui ayant permis de conclure que, si le législateur avait voulu que les délais déraisonnables soient susceptibles de contrôle judiciaire, il l'aurait mentionné expressément, comme il l'a fait au paragraphe 30(1) en ce qui a trait aux plaintes. La bonne interprétation du paragraphe 10(3) était celle présentée par l'appelante. L'article 7 de la Loi exige que les institutions fédérales répondent à une demande d'information dans un délai de 30 jours. Cette exigence est assujettie à plusieurs exceptions, l'une étant le pouvoir conféré aux institutions fédérales, en vertu de l'article 9 de la Loi, de proroger le délai. Une institution fédérale peut exercer ce pouvoir, sous réserve de certaines conditions,

condition is not satisfied, the time is not validly extended with the result that the 30-day time limit imposed by operation of section 7 remains the applicable limit. Thus, under subsection 10(3) of the Act, a deemed refusal arises whenever the initial 30-day time limit has expired without access being given in circumstances where no legally valid extension has been taken. As a result, a right to judicially review the validity of an extension arises pursuant to sections 41 and/or 42 upon the expiration of the 30-day time limit subject to a complaint being filed and an investigation report being completed. Therefore, the Federal Court had the jurisdiction to entertain the appellant's application for judicial review of the extension taken by the respondent and to consider the validity of the extension of time asserted thereby.

It is not enough for a government institution to simply assert the existence of a statutory justification for an extension and claim an extension of its choice. An effort must be made to demonstrate the link between the justification advanced and the length of the extension taken. In the case of paragraph 9(1)(a), this will mean not only demonstrating that a large number of documents are involved but that the work required to provide access within any materially lesser period of time than the one asserted would interfere with operations. The same type of rational linkage must be made pursuant to paragraph 9(1)(b) regarding necessary consultations. Read together, the English and the French version of these two texts contemplate that the extension be reasonable or justified in the circumstances and that a demonstration be made that unless the extension is taken, providing access will result in unreasonable or undue interference with the "operations of the government institution" in the case of paragraph 9(1)(a) and that it is not reasonable or practically possible to expect that the necessary consultations can be completed in the case of paragraph 9(1)(b). A government institution confronted with a request involving a great number of documents and/or necessitating broad consultation must make a serious effort to assess the required duration and the estimated calculation must be sufficiently rigorous, logical and supportable to pass muster under reasonableness review.

In the case at bar, the respondent originally claimed to have estimated the time taken under paragraph 9(1)(b) by using a formula which, on its face, had a deficient logic and fell short of demonstrating that a genuine attempt was made to assess the required duration. While the respondent later claimed that other variables were taken into account, it could not explain why, if such other variables were accounted for, they had no impact whatsoever on the amount of time required under the formula disclosed in its original explanation. This type of perfunctory treatment showed that the respondent acted as

dont celle que la prorogation soit raisonnable eu égard aux circonstances exposées aux alinéas 9(1)a) et/ou 9(1)b). Si cette condition n'est pas respectée, la prorogation de délai n'est pas valable et le délai de 30 jours imposé en application de l'article 7 demeure donc le délai applicable. Par conséquent, en vertu du paragraphe 10(3), une présomption de refus existe chaque fois que le délai de 30 jours initial expire sans qu'il y ait communication, dans les cas où la prorogation n'est pas légalement valide. Il s'ensuit que le droit de demander un contrôle judiciaire à l'égard de la validité d'une prorogation découle des articles 41 et/ou 42 à l'expiration du délai de 30 jours, dans la mesure où une plainte est déposée et un rapport d'enquête présenté. Par conséquent, la Cour fédérale avait compétence pour instruire la demande de contrôle judiciaire de l'appelante concernant la prorogation décidée par l'intimé et pour examiner la validité de cette prorogation.

Une institution fédérale ne peut pas simplement faire valoir l'existence d'une justification législative à l'appui d'une prorogation et énoncer la prorogation retenue. Elle doit s'efforcer de démontrer le lien entre la justification mise de l'avant et la durée de la prorogation qu'elle s'accorde. En ce qui concerne l'alinéa 9(1)a), cela signifie qu'il faut non seulement démontrer qu'un grand nombre de documents sont mis en cause, mais aussi que l'ampleur du travail requis pour donner accès aux documents dans tout délai considérablement moindre que celui établi entraverait le fonctionnement de l'institution. Le même type de lien rationnel devrait être fait relativement à l'alinéa 9(1)b) en ce qui concerne les consultations nécessaires. Interprétées comme un tout, les versions anglaise et française de ces deux textes prévoient que la prorogation doit être raisonnable ou justifiée par les circonstances et qu'il faut démontrer que, sans la prorogation, la communication des documents entraverait de manière déraisonnable ou indue le « fonctionnement de l'institution » dans le cas de l'alinéa 9(1)a), et qu'il n'est pas raisonnable, ou en pratique possible, de s'attendre à ce que les consultations nécessaires soient menées à bien, dans le cas de l'alinéa 9(1)b). Les institutions fédérales qui reçoivent une demande visant un grand nombre de documents ou nécessitant de vastes consultations doivent sérieusement s'employer à évaluer le délai requis et s'assurer que le calcul estimatif est suffisamment rigoureux, logique et soutenable pour tenir la route lors d'un examen de son caractère raisonnable.

En l'espèce, l'intimé a prétendu initialement avoir évalué le délai décidé au titre de l'alinéa 9(1)b) au moyen d'une formule qui reposait manifestement sur une logique déficiente et ne démontrait pas qu'une tentative réelle avait été faite pour évaluer la durée nécessaire. Bien que l'intimé ait par la suite déclaré que d'autres variables avaient été prises en compte, il ne pouvait pas expliquer pourquoi, si ces autres variables ont été comptabilisées, elles n'ont eu aucune incidence sur le temps nécessaire d'après la formule décrite dans son explication initiale. Ce type de traitement superficiel de la

though it was accountable to no one but itself in asserting its extension. Its treatment of the matter fell short of establishing that a serious effort was made to assess the duration of the extension. As such, the extension the respondent took did not meet the requirements of subsection 9(1) of the Act, which was sufficient to establish the appellant's entitlement to the declaration sought.

question démontre que l'intimé a agi comme s'il n'avait de comptes à rendre à personne d'autre qu'à lui-même lorsqu'il a décidé de la prorogation. Son traitement de la question ne permettait pas d'établir qu'un effort réel avait été fait pour évaluer la durée de la prorogation. Par conséquent, la prorogation décidée par l'intimé ne satisfaisait pas aux exigences du paragraphe 9(1) de la Loi, ce qui suffisait pour établir le droit de la commissaire au jugement déclaratoire demandé.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

*Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1, ss. 2, 4(2.1), 6, 7, 9, 10(3), 30, 32, 37(1), 41, 42.  
*Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, R.S.O. 1990, c. F.31.

#### CASES CITED

##### NOT FOLLOWED:

*Public Service Alliance of Canada v. Canada (Attorney General)*, 2011 FC 649, 391 F.T.R. 28; *Canada (Attorney General) v. Canada (Information Commissioner)*, 2002 FCT 136, [2002] 4 F.C. 110; *X v. Canada (Minister of National Defence)*, [1991] 1 F.C. 670, (1990), 41 F.T.R. 73 (T.D.).

##### APPLIED:

*Canada (Information Commissioner) v. Canada (Minister of External Affairs)*, [1989] 1 F.C. 3, (1988), 32 Admin. L.R. 265 (T.D.); *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Minister of External Affairs)*, [1990] 3 F.C. 514, (1990), 3 T.C.T. 5297 (T.D.); *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 SCC 36, [2013] 2 S.C.R. 559; *Thibodeau v. Air Canada*, 2014 SCC 67, [2014] 3 S.C.R. 340.

##### REFERRED TO:

*Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342, (1989), 57 D.L.R. (4th) 231; *Clearwater v. Canada (Minister of Canadian Heritage)*, 1999 CanLII 8836, 177 F.T.R. 103 (F.C.T.D.); *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Minister of National Defence)*, [1990] 3 F.C. 22, (1990), 67 D.L.R. (4th) 585 (T.D.); *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Canada (Transport, Infrastructure and Communities) v. Farwaha*, 2014 FCA 56, [2015] 2 F.C.R. 1006; *Canada (Attorney General) v. Abraham*, 2012 FCA 266, [2013] 1 C.T.C. 69; *Apotex Inc. v. Allergan Inc.*, 2012 FCA 308, 105 C.P.R. (4th) 371; *Apotex Inc. v. Pfizer Canada Inc.*, 2014 FCA 250, 125 C.P.R. (4th) 81; *Statham v. Canadian Broadcasting Corporation*, 2010 FCA 315, [2012] 2 F.C.R. 421.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), ch. A-1, art. 2, 4(2.1), 6, 7, 9, 10(3), 30, 32, 37(1), 41, 42.  
*Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée*, L.R.O. 1990, ch. F.31.

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISIONS NON SUIVIES :

*Alliance de la fonction publique du Canada c. Canada (Procureur général)*, 2011 CF 649; *Canada (Procureur général) c. Canada (Commissaire à l'information)*, 2002 CFPI 136, [2002] 4 C.F. 110; *X c. Canada (Ministre de la Défense nationale)*, [1991] 1 C.F. 670 (1<sup>re</sup> inst.).

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Ministre des Affaires extérieures)*, [1989] 1 C.F. 3 (1<sup>re</sup> inst.); *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Ministre des Affaires extérieures)*, [1990] 3 C.F. 514 (1<sup>re</sup> inst.); *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 36, [2013] 2 R.C.S. 559; *Thibodeau c. Air Canada*, 2014 CSC 67, [2014] 3 R.C.S. 340.

##### DÉCISIONS CITÉES :

*Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342; *Clearwater c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, 1999 CanLII 8836 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Ministre de la Défense nationale)*, [1990] 3 C.F. 22 (1<sup>re</sup> inst.); *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Canada (Transports, Infrastructure et Collectivités) c. Farwaha*, 2014 CAF 56, [2015] 2 R.C.F. 1006; *Canada (Procureur général) c. Abraham*, 2012 CAF 266; *Apotex Inc. c. Allergan Inc.*, 2012 CAF 308; *Apotex Inc. v. Pfizer Canada Inc.*, 2014 CAF 250; *Statham c. Société Radio-Canada*, 2010 CAF 315, [2012] 2 R.C.F. 421.

## AUTHORS CITED

Treasury Board of Canada. *Policy on Access to Information*, online: <<http://www.tbs-sct.gc.ca/pol/doc-eng.aspx?id=12453>>.

APPEAL from a Federal Court decision (2014 FC 205, [2015] 2 F.C.R. 786) dismissing the appellant's application for judicial review of the respondent's decision asserting, in response to a request for records under the *Access to Information Act*, an extension of 110 days pursuant to subsection 9(1) of the Act. Appeal allowed.

## APPEARANCES

*Marlys Edwardh* and *Daniel Sheppard* for appellant.

*Diane Therrien* and *Michael De Santis* for appellant.

*Sharon Johnston* for respondent.

*William S. Challis* for intervener.

## SOLICITORS OF RECORD

*Sack Goldblatt Mitchell LLP*, Toronto, and *Office of the Information Commissioner of Canada*, Gatineau, Quebec, for appellant.

*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

*Information and Privacy Commissioner of Ontario*, Toronto, for intervener.

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

[1] NOËL C.J.: This is an appeal brought by the Information Commissioner of Canada (the Commissioner) from a decision of the Federal Court (2014 FC 205, [2015] 2 F.C.R. 786) wherein Kane J. (the Federal Court Judge) dismissed her application for judicial review of a decision by the Department of National Defence (DND) to assert, in response to a request for records under the *Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1 (the Act), an extension of 110 days.

## DOCTRINE CITÉE

Conseil du Trésor du Canada. *Politique sur l'accès à l'information*, en ligne : <<http://www.tbs-sct.gc.ca/pol/doc-fra.aspx?id=12453>>.

APPEL interjeté à l'encontre d'une décision de la Cour fédérale (2014 CF 205, [2015] 2 R.C.F. 786) qui a rejeté la demande de contrôle judiciaire faite par l'appelante d'une décision de l'intimé de déclarer une prorogation de délai de 110 jours en réponse à une demande présentée en vertu du paragraphe 9(1) de la *Loi sur l'accès à l'information*. Appel accueilli.

## ONT COMPARU

*Marlys Edwardh* et *Daniel Sheppard* pour l'appelante.

*Diane Therrien* et *Michael De Santis* pour l'appelante.

*Sharon Johnston* pour l'intimé.

*William S. Challis* pour l'intervenant.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Sack Goldblatt Mitchell LLP*, Toronto, et *Commissariat à l'information du Canada*, Gatineau (Québec), pour l'appelante.

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

*Commissaire à l'information et à la protection de la vie privée de l'Ontario*, Toronto, pour l'intervenant.

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

[1] LE JUGE EN CHEF NOËL : La Cour est saisie d'un appel interjeté par la commissaire à l'information du Canada (la commissaire) à l'encontre de la décision (2014 CF 205, [2015] 2 R.C.F. 786) par laquelle la juge Kane de la Cour fédérale (la juge de la Cour fédérale) a rejeté sa demande de contrôle judiciaire d'une décision du ministère de la Défense nationale (le MDN) de déclarer une prorogation de délai de 110 jours en réponse à une demande présentée en vertu de la *Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), ch. A-1 (la Loi).

[2] The Information and Privacy Commissioner of Ontario (the intervener) was granted leave to intervene in the present appeal.

[3] At issue is whether the Federal Court has jurisdiction under section 42 of the Act to review a decision by a government institution under subsection 9(1) to extend the time limit set out in section 7. The Federal Court Judge answered this question in the negative.

[4] For the reasons that follow, I would propose that the appeal be allowed.

[5] The legislative provisions which are relevant to the analysis are set out in the Annex to these reasons.

## BACKGROUND

[6] On February 3, 2011, a lawyer acting for his clients (the requester) requested from DND access to records relating to the sale of certain military assets.

[7] On March 4, 2011, DND notified the requester that, pursuant to subsection 9(1) of the Act, it was extending the 30-day time limit set out in section 7 by 1 110 days in order to deal with the request. In response, the requester communicated his intent to file a complaint with the Commissioner and proceeded to do so on or about March 22, 2011.

[8] On March 29, 2011, the Commissioner provided notice of her intention to investigate pursuant to section 32 of the Act. During the course of the investigation, DND informed the Commissioner that 230 of the 1 110 days had been taken under paragraph 9(1)(a) to deal with the large number of records involved and that the remaining 880 days had been taken under paragraph 9(1)(b) to complete the necessary consultations with third parties.

[2] Le commissaire à l'information et à la protection de la vie privée de l'Ontario (l'intervenant) a obtenu l'autorisation d'intervenir dans le présent appel.

[3] La question en litige est de savoir si la Cour fédérale a compétence, en vertu de l'article 42 de la Loi, pour examiner la décision d'une institution fédérale prise en application du paragraphe 9(1) de proroger le délai mentionné à l'article 7. La juge de la Cour fédérale a répondu à cette question par la négative.

[4] Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis que l'appel doit être accueilli.

[5] Les dispositions législatives pertinentes quant à l'analyse sont reproduites dans l'annexe jointe aux présents motifs.

## CONTEXTE

[6] Le 3 février 2011, un avocat agissant pour ses clients (le demandeur) a demandé l'accès à des documents du MDN relatifs à la vente de certains articles de matériel militaire.

[7] Le 4 mars 2011, le MDN a avisé le demandeur que, conformément au paragraphe 9(1) de la Loi, il prorogait le délai de 30 jours mentionné à l'article 7 de 1 110 jours pour traiter la demande. En réponse, le demandeur a fait part de son intention de déposer une plainte auprès de la commissaire, ce qu'il a fait le 22 mars 2011 ou vers cette date.

[8] Le 29 mars 2011, la commissaire a donné avis de son intention de faire enquête, conformément à l'article 32 de la Loi. Au cours de l'enquête, le MDN a informé la commissaire que 230 jours de prorogation de délai sur 1 110 étaient requis, au titre de l'alinéa 9(1)a), pour traiter le grand nombre de documents mis en cause et que les autres 880 jours étaient requis, au titre de l'alinéa 9(1)b), pour mener les consultations nécessaires auprès de tiers.



[9] In May 2012, DND informed the Commissioner that it had identified 2 400 pages requiring review and consultation. DND also provided several reasons for the length of the extension taken, citing among other things the need to review the documents for matters of solicitor-client and litigation privilege, the occurrence of a major and unprecedented software malfunction in the department's access to information unit, and the need to consult with three government departments, being Public Works and Government Services Canada (PWGSC), the Department of Justice (DOJ), and the Department of Foreign Affairs and International Trade (DFAIT). DND advised that DFAIT might in turn be required to consult with foreign governments.

[10] On July 9, 2012, DND sent the relevant records to the three consulting departments. While PWGSC and DOJ provided a response to DND by August 15, 2012, DFAIT responded only on August 31, 2012, and notified DND that it would need another 120 days to complete its consultations.

[11] On October 18, 2012, the Commissioner reported the results of her investigation to DND. DND was found to have breached its duty under subsection 4(2.1) of the Act, as it failed to make every effort to process the request in a timely manner. DND's asserted extension was also found to be invalid, as the criteria for an extension under paragraph 9(1)(a) were not all met, and the time taken under paragraph 9(1)(b) was unreasonably long. Given the Commissioner's finding of invalidity, she concluded that the applicable time limit for meeting the requester's request remained March 4, 2011, 30 days past the point in time at which the original request had been made. Because no response had been received by that date, DND was found to have been in a state of deemed refusal pursuant to subsection 10(3) of the Act.

[12] The Commissioner recommended that DND commit to respond by February 28, 2013. On November 6, 2012, DND informed the Commissioner that it could not so commit, as the consultations in question were external and beyond its control.

[9] En mai 2012, le MDN a informé la commissaire que 2 400 pages devaient être examinées et faire l'objet de consultations. Le MDN a également fourni plusieurs raisons pour expliquer l'ampleur de la prorogation, mentionnant notamment la nécessité d'examiner les documents en raison de questions liées au secret professionnel de l'avocat et au privilège relatif au litige, le problème logiciel majeur et sans précédent dont avait été victime l'unité de l'accès à l'information et la nécessité de consulter trois ministères, à savoir Travaux publics et Services gouvernementaux Canada (TPSGC), le ministère de la Justice (Justice) et le ministère des Affaires extérieures et du Commerce international (MAECI). Le MDN a indiqué que le MAECI pourrait également devoir consulter des gouvernements étrangers.

[10] Le 9 juillet 2012, le MDN a envoyé les documents pertinents aux trois ministères menant des consultations. Le 15 août 2012, le MDN avait déjà reçu la réponse de TPSGC et de Justice, mais le MAECI n'a répondu que le 31 août 2012 en avisant le MDN qu'il lui faudrait 120 autres jours pour terminer ses consultations.

[11] Le 18 octobre 2012, la commissaire a informé le MDN des résultats de son enquête. Elle a conclu que le MDN avait manqué à son obligation aux termes du paragraphe 4(2.1) de la Loi, parce qu'il n'avait pas fait tous les efforts raisonnables pour donner suite à la demande en temps utile. La prorogation de délai décidée par le MDN a été jugée invalide, car les critères relatifs à une prorogation fondée sur l'alinéa 9(1)a) n'étaient pas tous réunis et que le délai décidé au titre de l'alinéa 9(1)b) était déraisonnable. Ayant conclu à l'invalidité de la prorogation, la commissaire a déclaré que la date de réponse pour répondre à la demande du demandeur demeurait le 4 mars 2011, soit 30 jours après le dépôt de la demande initiale. Comme aucune réponse n'avait été reçue à cette date, la commissaire a conclu que le défaut de communication du MDN valait décision de refus de communication en vertu du paragraphe 10(3) de la Loi.

[12] La commissaire a recommandé que le MDN s'engage à répondre au plus tard le 28 février 2013. Le 6 novembre 2012, le MDN a informé la commissaire qu'il ne pouvait pas prendre un tel engagement, car les consultations en question étaient externes et échappaient à son contrôle.

[13] On January 11, 2013, acting under section 42 of the Act, the Commissioner filed an application for judicial review in Federal Court. The Commissioner sought a declaration that DND was in a state of deemed refusal for having failed to give access within the time limits set out in the Act and an order directing DND to respond to the request within a 30-day period.

[14] On September 11, 2013, 27 days before the Federal Court hearing, DND gave the requester access to the requested documents. Given this development, DND moved to dismiss the Commissioner's application on the basis that the underlying issue had become moot.

[15] The motion to dismiss was heard on October 8, 2013, in conjunction with the judicial review application.

#### DECISION OF THE FEDERAL COURT

[16] By decision rendered on March 3, 2014, the Federal Court Judge disposed of both the motion to dismiss and the judicial review application. Though she agreed that the dispute was moot, consideration of the factors set out in *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342, led her to exercise her discretion to nevertheless consider the Commissioner's request for a declaration.

[17] Before considering the reasonableness of the extension taken by DND, the Federal Court Judge first considered whether the Federal Court had jurisdiction pursuant to section 42 of the Act to issue the requested declaration.

[18] According to the Federal Court Judge, the answer to this question turned on whether and when a time extension taken by a government institution pursuant to subsection 9(1) of the Act can amount to a deemed refusal under subsection 10(3). Because the Federal Court's jurisdiction is limited to instances of refusal (sections 41 and 42), a deemed refusal is the only route by which to challenge a government institution which

[13] Le 11 janvier 2013, la commissaire a, conformément à l'article 42 de la Loi, déposé une demande de contrôle judiciaire devant la Cour fédérale. Elle demandait un jugement déclarant que le MDN était présumé avoir refusé la communication dans les délais prévus par la Loi, ainsi qu'une ordonnance enjoignant au MDN de répondre à la demande dans un délai de 30 jours.

[14] Le 11 septembre 2013, soit 27 jours avant l'audience devant la Cour fédérale, le MDN a communiqué les documents demandés au demandeur. Le MDN a par la suite présenté une requête en rejet de la demande de la commissaire au motif que la question sous-jacente était devenue théorique.

[15] La requête en rejet a été entendue le 8 octobre 2013, conjointement avec la demande de contrôle judiciaire.

#### DÉCISION DE LA COUR FÉDÉRALE

[16] Dans une décision rendue le 3 mars 2014, la juge de la Cour fédérale a statué tant sur la requête en rejet que sur la demande de contrôle judiciaire. Bien qu'elle reconnaissait que le litige était théorique, l'examen des facteurs énoncés dans l'arrêt *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342, l'a amené à exercer son pouvoir discrétionnaire pour examiner malgré tout la demande de jugement déclaratoire de la commissaire.

[17] Avant d'examiner le caractère raisonnable de la prorogation décidée par le MDN, la juge de la Cour fédérale s'est d'abord demandé si la Cour fédérale avait compétence en vertu de l'article 42 de la Loi pour rendre le jugement déclaratoire demandé.

[18] Selon la juge de la Cour fédérale, pour répondre à cette question, il fallait chercher à savoir si et quand une prorogation prise par une institution fédérale en vertu du paragraphe 9(1) de la Loi peut être assimilable à une présomption de refus aux termes du paragraphe 10(3). Comme la compétence de la Cour fédérale se limite aux cas de refus (articles 41 et 42), la présomption de refus est le seul moyen de contester la prorogation

extends the time under subsection 9(1), without actually refusing to provide the requested records.

[19] The Federal Court Judge ultimately concluded that, where a government institution takes an extension under subsection 9(1), it will not enter a state of deemed refusal unless and until it fails to give access by the date on which the asserted extension expires (reasons, at paragraphs 97 to 99).

[20] The Federal Court Judge supported this conclusion on several grounds. First, she pointed to the language of the Act. Under section 7 of the Act, the head of a government institution has 30 days to respond to an access request. Subsection 9(1) of the Act allows for the extension of this 30-day limit “for a reasonable period of time, having regard to the circumstances”. Subsection 10(3) of the Act deems a refusal to have taken place where the records requested are not provided within the time limits provided by the Act. According to the Federal Court Judge, this last provision provides in effect that “where there is no outright notice of refusal, if the requested records are not provided within 30 days or within the period of time claimed as an extension under section 9, there is a deemed refusal” (reasons, at paragraph 66).

[21] The Federal Court Judge also contrasted the language in section 30 of the Act with that in sections 41 and 42. Section 30, in setting out when the Commissioner shall investigate complaints, distinguishes between complaints following a refusal of access (paragraph 30(1)(a)) and those following an asserted extension that the requester believes to be unreasonable (paragraph 30(1)(c)). Sections 41 and 42, however, in setting out the grounds for judicial review, speak only of refusals. Had Parliament intended to grant the Federal Court jurisdiction to review the reasonableness of extensions, it would have done so expressly, as it did in setting out the grounds for complaints to the Commissioner (reasons, at paragraphs 96, 105 and 106). Read together, the provisions make it clear that, ultimately, the only remedy available for an allegedly unreasonable extension is to invite the Commissioner to investigate, make

que veut s’accorder une institution fédérale en vertu du paragraphe 9(1), lorsque celle-ci ne refuse pas à proprement parler de communiquer les documents demandés.

[19] La juge de la Cour fédérale a conclu que, lorsqu’une institution fédérale s’accorde une prorogation au titre du paragraphe 9(1), elle n’est pas présumée avoir refusé la communication tant et aussi longtemps qu’elle n’est pas en défaut de communication à la date d’expiration de la prorogation décidée (aux paragraphes 97 à 99 des motifs).

[20] La juge de la Cour fédérale a mentionné plusieurs motifs à l’appui de cette conclusion. Premièrement, elle a invoqué le libellé de la Loi. Aux termes de l’article 7 de la Loi, le responsable de l’institution fédérale dispose de 30 jours pour répondre à une demande d’accès. Le paragraphe 9(1) de la Loi permet de proroger ce délai de 30 jours « d’une période que justifient les circonstances ». Le paragraphe 10(3) de la Loi dispose que le défaut de communiquer les documents demandés dans les délais prévus par la Loi vaut décision de refus de communication. Selon la juge de la Cour fédérale, cette dernière disposition prévoit en effet que « lorsqu’il n’y a pas eu avis de refus catégorique de communication, le défaut de communication des documents demandés dans le délai de 30 jours ou avant l’expiration du délai prorogé en vertu de l’article 9, vaut décision de refus de communication » (au paragraphe 66 des motifs).

[21] La juge de la Cour fédérale a également comparé le libellé de l’article 30 de la Loi avec celui des articles 41 et 42. L’article 30, qui énonce quand le commissaire doit enquêter sur des plaintes, établit une distinction entre les plaintes suivant un refus de communication (alinéa 30(1)a)) et les plaintes relatives à une prorogation que le demandeur estime être excessive (alinéa 30(1)c)). Cependant, les articles 41 et 42, qui énoncent les motifs de contrôle judiciaire, traitent uniquement des refus. Si le législateur avait voulu accorder à la Cour fédérale la compétence nécessaire pour se prononcer sur le caractère raisonnable des prorogations, il l’aurait fait de manière expresse, comme il l’a fait à l’égard de la commissaire en mentionnant les motifs de plaintes (aux paragraphes 96, 105 et 106 des motifs). Interprétées comme un tout, les dispositions indiquent clairement que le seul recours possible en cas

recommendations to the government institution concerned and, if necessary, make note of the behaviour in her annual or special report (reasons, at paragraphs 105 and 109).

[22] The Federal Court Judge further based her conclusion on several earlier Federal Court decisions. She relied in particular on *Public Service Alliance of Canada v. Canada (Attorney General)*, 2011 FC 649, 391 F.T.R. 28 (PSAC) wherein Beaudry J. stated (at paragraph 21):

In my view, there can be no refusal and therefore no review pursuant to section 41 of the Act until the deadline for processing a request has passed. The language of the Act clearly limits this Court's jurisdiction to the review of refusals, whether actual or deemed, and leaves no room for the review of extensions.

[23] The Federal Court Judge also cited another Federal Court decision (*Canada (Attorney General) v. Canada (Information Commissioner)*, 2002 FCT 136, [2002] 4 F.C. 110 (*Attorney General*)) wherein Kelen J. held that (at paragraph 26):

In the case at bar, the time limit for giving access has been extended to three years and that time period has not yet passed. Accordingly, there is no "deemed refusal to give access" since the government institution has not refused to give access within the extended time limit.

[24] The Federal Court Judge took note of two other Federal Court decisions which, according to the Commissioner, went the other way (reasons, at paragraph 89, citing *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Minister of External Affairs)*, [1989] 1 F.C. 3 (T.D.) (*External Affairs I*) and *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Minister of External Affairs)*, [1990] 3 F.C. 514 (T.D.) (*External Affairs II*)), but held nevertheless that the jurisprudence has not been shown to be inconsistent (reasons, at paragraph 101).

[25] The Federal Court Judge further supported her conclusion on the basis of policy reasons. If the Commissioner's position were accepted, the asserted

de prorogation jugée abusive est de demander au commissaire de faire enquête, de formuler des recommandations à l'institution fédérale et, s'il y a lieu, de signaler le comportement dans son rapport annuel ou un rapport spécial (aux paragraphes 105 et 109 des motifs).

[22] La juge de la Cour fédérale a aussi fondé sa conclusion sur différentes décisions de la Cour fédérale. Elle a notamment invoqué la décision *Alliance de la fonction publique du Canada c. Canada (Procureur général)*, 2011 CF 649 (AFPC) dans laquelle le juge Beaudry a déclaré (au paragraphe 21) :

À mon sens, il ne peut y avoir de refus, ni, par conséquent, de révision au titre de l'article 41 de la Loi avant que n'expire le délai de traitement de la demande de communication. Le libellé de la Loi limite clairement la compétence de révision de la Cour aux refus, réels ou présumés, et n'admet pas la révision des prorogations.

[23] La juge de la Cour fédérale a également cité une autre décision de la Cour fédérale, *Canada (Procureur général) c. Canada (Commissaire à l'information)*, 2002 CFPI 136, [2002] 4 C.F. 110 (*Procureur général*), dans laquelle le juge Kelen a déclaré ce qui suit (au paragraphe 26) :

En l'espèce, le délai de communication a été prorogé à trois ans et ce délai n'est pas encore écoulé. Il n'y a donc aucune « présomption de refus de communication » puisque l'institution fédérale n'a pas refusé de communiquer les documents dans le délai prorogé.

[24] La juge de la Cour fédérale a tenu compte de deux autres décisions de la Cour fédérale qui, selon la commissaire, allaient dans le sens contraire (au paragraphe 89 des motifs, où elle cite la décision *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Ministre des Affaires extérieures)*, [1989] 1 C.F. 3 (1<sup>re</sup> inst.) (*Affaires extérieures I*) et la décision *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Ministre des Affaires extérieures)*, [1990] 3 C.F. 514 (1<sup>re</sup> inst.) (*Affaires extérieures II*)), mais a néanmoins jugé que rien ne permet d'affirmer que la jurisprudence est contradictoire (au paragraphe 101 des motifs).

[25] La juge de la Cour fédérale a également fondé sa conclusion sur des raisons de principe. Si la thèse de la commissaire était acceptée, la prorogation décidée aurait

extension would have been held to be invalid and DND would therefore have been deemed to have refused access following the expiry of the 30-day time limit provided for under section 7 of the Act. In the Federal Court Judge's view, such a decision would not necessarily have sped up the provision of the requested records in the case at bar (reasons, at paragraph 112). Moreover, the Court might not be best positioned to determine what the appropriate time to comply would be (reasons, at paragraph 112). Finally, DND would be required to respond at once to both the judicial review application and the access request, potentially "duplicat[ing] efforts and spread[ing] resources even thinner" (reasons, at paragraph 112). According to the Federal Court Judge, if government institutions are to make the 30-day time limit without extensions, they will simply need greater resources (reasons, at paragraphs 126 to 127).

[26] As DND provided access to the documents claimed within its own deadlines as asserted under subsection 9(1), the Federal Court Judge held that she had no jurisdiction to issue the declaration sought. Hence, there was no need for the Court to decide whether the 110-day extension was reasonable (reasons, at paragraph 122).

#### POSITION OF THE APPELLANT

[27] The Commissioner argues that an extension under section 9 of the Act represents a conditional exception to the 30-day time limit set out in section 7 (Commissioner's memorandum, at paragraphs 42, 45, and 51). Where a government institution asserts an extension under section 9, but fails to meet the conditions, the extension is void *ab initio* (Commissioner's memorandum, at paragraph 63). One of the conditions under section 9 is that the extension be for "a reasonable period of time, having regard to the circumstances" (Commissioner's memorandum, at paragraphs 42, 45, and 51).

[28] Subsection 10(3) provides that a deemed refusal occurs where a government institution fails to give

été jugée invalide et le MDN aurait été réputé avoir refusé la communication à l'expiration du délai de 30 jours mentionné à l'article 7 de la Loi. Or, de l'avis de la juge de la Cour fédérale, une telle décision n'aurait pas nécessairement eu pour effet d'accélérer la communication des documents demandés en l'espèce (au paragraphe 112 des motifs). Par ailleurs, la Cour n'est peut-être pas l'organisme le mieux placé pour se prononcer sur ce qui constitue un délai approprié (au paragraphe 112 des motifs). Enfin, le MDN serait tenu de répondre immédiatement à la demande de contrôle judiciaire et à la demande d'accès, ce qui serait susceptible de l'obliger à « redoubler ses efforts et à répartir encore plus parcimonieusement les ressources judiciaires » (au paragraphe 112 des motifs). Selon la juge de la Cour fédérale, si les institutions fédérales sont tenues de respecter le délai de 30 jours sans prorogation, elles auront tout simplement besoin de plus de ressources (aux paragraphes 126 et 127 des motifs).

[26] Comme le MDN a communiqué les documents demandés en respectant les délais qu'il s'était accordés au titre du paragraphe 9(1), la juge de la Cour fédérale a déclaré ne pas avoir la compétence nécessaire pour rendre le jugement déclaratoire demandé. Par conséquent, la Cour n'avait pas à décider si la prorogation de 110 jours était raisonnable (au paragraphe 122 des motifs).

#### THÈSE DE L'APPELANTE

[27] La commissaire fait valoir qu'une prorogation décidée en vertu de l'article 9 de la Loi représente une exception conditionnelle au délai de 30 jours mentionné à l'article 7 (aux paragraphes 42, 45 et 51 du mémoire de la commissaire). Lorsqu'une institution fédérale décide une prorogation en vertu de l'article 9, mais omet de respecter les conditions, la prorogation est nulle *ab initio* (au paragraphe 63 du mémoire de la commissaire). L'une des conditions mentionnées à l'article 9 est que la prorogation soit d'une « période que justifient les circonstances » (aux paragraphes 42, 45 et 51 du mémoire de la commissaire).

[28] Le paragraphe 10(3) dispose que l'institution fédérale qui ne communique pas les documents

access to a requested record “within the time limits set out in [the] Act”. Read together, sections 7 and 9 set out these time limits (Commissioner’s memorandum, at paragraph 61). A deemed refusal will therefore occur after 30 days if a government institution has given neither an actual refusal nor access in response to a request and has taken no valid extension (Commissioner’s memorandum, at paragraphs 49 and 63).

[29] The Commissioner argues that the Federal Court Judge erred in her comparison of section 30 to sections 41 and 42. Specifically, she ignored several cases which show that these latter sections are to be broadly construed, and contemplate grounds of judicial review not expressly set out in their language (Commissioner’s memorandum, at paragraphs 67 and 68, citing *Clearwater v. Canada (Minister of Canadian Heritage)*, 1999 CanLII 8836, 177 F.T.R. 103 (F.C.T.D.) and *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Minister of National Defence)*, [1990] 3 F.C. 22 (T.D)).

[30] The Commissioner further submits that the Federal Court Judge’s interpretation conflicts with the principle, enshrined in section 2 of the Act, that “decisions on the disclosure of government information should be reviewed independently of government” (Commissioner’s memorandum, at paragraph 69, citing section 2 of the Act). The decision of the Federal Court Judge would, if allowed to stand, permit government institutions to immunize themselves from judicial review (Commissioner’s memorandum, at paragraph 72).

[31] The Commissioner argues that the Federal Court Judge erred in her assessment of earlier Federal Court decisions. The Commissioner maintains that *PSAC* and *Attorney General* dealt with an entirely different set of facts (Commissioner’s memorandum, at paragraph 78). Moreover, *Attorney General* was decided before subsection 4(2.1) was added to the Act in 2006, and the Judge deciding *PSAC* did not consider this amendment, which requires government institutions to assist requesters and provide timely access to sought records (Commissioner’s

demandés « dans les délais prévus par la présente loi » vaut décision de refus de communication. Interprétés comme un tout, les articles 7 et 9 énoncent ces délais (au paragraphe 61 du mémoire de la commissaire). Il y a donc présomption de refus au terme du délai de 30 jours lorsque l’institution fédérale n’a ni signifié à proprement parler un refus effectif ni communiqué les documents en réponse à une demande et qu’elle ne s’est pas accordé une prorogation de délai valide (aux paragraphes 49 et 63 du mémoire de la commissaire).

[29] La commissaire affirme que la juge de la Cour fédérale a commis une erreur en comparant l’article 30 aux articles 41 et 42. Plus précisément, elle a fait abstraction de plusieurs affaires qui démontrent qu’il faut interpréter de façon large ces articles de manière à englober des motifs de contrôle judiciaire qui ne sont pas énoncés expressément (aux paragraphes 67 et 68 du mémoire de la commissaire, où elle cite la décision *Clearwater c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, 1999 CanLII 8836 (C.F. 1<sup>er</sup> inst.), et la décision *Canada (Commissaire à l’information) c. Canada (Ministre de la Défense nationale)*, [1990] 3 C.F. 22 (1<sup>er</sup> inst.)).

[30] La commissaire soutient également que l’interprétation de la juge de la Cour fédérale contredit le principe, enchâssé dans l’article 2 de la Loi, selon lequel « les décisions quant à la communication [sont] susceptibles de recours indépendants du pouvoir exécutif » (au paragraphe 69 du mémoire de la commissaire, où elle cite l’article 2 de la Loi). Si elle était confirmée, la décision de la juge de la Cour fédérale aurait pour effet de permettre aux institutions fédérales de s’immuniser contre le contrôle judiciaire (au paragraphe 72 du mémoire de la commissaire).

[31] La commissaire estime que l’examen des décisions antérieures de la Cour fédérale effectué par la juge de la Cour fédérale était erroné. À son avis, les décisions *AFPC* et *Procureur général* portaient sur un ensemble de faits entièrement différents (au paragraphe 78 du mémoire de la commissaire). Par ailleurs, la décision *Procureur général* a été rendue avant l’ajout du paragraphe 4(2.1) à la Loi en 2006, et le juge qui a rendu la décision *AFPC* n’a pas tenu compte de cette modification, qui prévoit que les institutions fédérales doivent

memorandum, at paragraph 80). Finally, the Commissioner argues that the Federal Court Judge erred in failing to confront the statement made in *External Affairs I* to the effect that (*per Jerome A.C.J.*, at page 13):

Where the application is based on an allegedly unauthorized extension taken under section 9, that enquiry consists of determining ... whether it amounts to a deemed refusal. To perform that task, it is inescapable that the Court must be able to review the extension itself and reasons given therefor.

[32] The Commissioner also takes issue with the Federal Court Judge's suggestion that the Court may not be well-placed to determine whether an extension of time is reasonable. The Act empowers the Commissioner to investigate extensions of time and assemble a factual record that may be brought before the Federal Court for adjudication (Commissioner's memorandum, at paragraphs 84 and 88). Concerns that the courts should avoid "second-guessing" government institutions evince a concern that the courts will micro-manage extensions. This concern can be seen to be misplaced given the deferential standard to be applied (i.e. reasonableness) (Commissioner's memorandum, at paragraph 91).

[33] In this instance, the Commissioner says, the asserted extension was invalid and, for purposes of efficiency, this Court should exercise its discretion to rule on the matter. Because the evidentiary record is in writing, this Court is in no worse a position than the court below to decide this question.

[34] According to the Commissioner, the asserted extension was invalid on three accounts. First, it claims that the 230-day portion of the extension taken pursuant to paragraph 9(1)(a) was not taken in compliance with the statutory conditions, as DND could not show, as required by the provision in question, that meeting the

prêter assistance aux demandeurs et leur communiquer les documents sollicités en temps utile (au paragraphe 80 du mémoire de la commissaire). Enfin, la commissaire fait valoir que la juge de la Cour fédérale a commis une erreur en omettant de tenir compte de la déclaration faite dans la décision *Affaires extérieures I* (le juge en chef adjoint Jerome, à la page 13) voulant que :

Lorsque la demande vise une prorogation de délai supposément non autorisée par l'article 9, cette enquête consiste à établir si la prorogation [...] pourrait constituer un refus présumé. Pour ce faire, la Cour doit nécessairement pouvoir examiner la prorogation elle-même, ainsi que les raisons invoquées à son appui.

[32] La commissaire est également en désaccord avec l'affirmation de la juge de la Cour fédérale selon laquelle la Cour ne serait pas l'organisme le mieux placé pour se prononcer sur ce qui constitue un délai raisonnable. La Loi confère au commissaire le pouvoir d'enquêter sur les prorogations de délai et de constituer un dossier factuel qui peut être présenté à la Cour fédérale aux fins de décision (aux paragraphes 84 et 88 du mémoire de la commissaire). La préoccupation relative au fait que les tribunaux devraient éviter de « remettre en question » les décisions des institutions fédérales témoigne d'une crainte que les tribunaux n'exercent de la microgestion en ce qui a trait aux prorogations. On pourrait penser que cette crainte n'est pas justifiée étant donné la norme empreinte de déférence devant être appliquée (c.-à-d. caractère raisonnable) (au paragraphe 91 du mémoire de la commissaire).

[33] Dans le cas qui nous occupe, la commissaire dit que la prorogation décidée était invalide et que, par souci d'efficacité, la Cour devrait exercer son pouvoir discrétionnaire pour trancher la question. Comme le dossier de la preuve est par écrit, la Cour n'est pas plus mal placée que la cour de première instance pour se prononcer sur la question.

[34] De l'avis de la commissaire, la prorogation décidée était invalide pour trois motifs. Premièrement, elle soutient que les 230 jours alloués au titre de l'alinéa 9(1)a) ne respectaient pas les conditions législatives, parce que le MDN n'a pas pu démontrer, comme l'exige la disposition en question, que l'observation du délai de

request within the 30-day time limit would unreasonably interfere with its operations (Commissioner's memorandum, at paragraphs 96 to 98).

[35] Second, the Commissioner claims that the remaining period, being the 880 days asserted pursuant to paragraph 9(1)(b), was unreasonably long. DND's initial explanation was that it had merely calculated the average DFAIT response time (110 days) and multiplied it by eight, because the requester had sought approximately eight times the number of records typically sent to DFAIT for consultation (Commissioner's memorandum, at paragraph 102). Such an exercise ignores many factors, such as the nature and accessibility of records (Commissioner's memorandum, at paragraph 103). Though DND later amended its answer to suggest that such factors were accounted for, it could not explain why the number had then remained exactly 880 days (Commissioner's memorandum, at paragraph 104). That the actual consultations took no longer than 173 days further supports the unreasonableness of this estimate (Commissioner's memorandum, at paragraphs 105 and 106).

[36] Third, the Commissioner claims generally that DND exercised its discretion unreasonably in asserting the extension it did. First, it failed to consider such relevant factors as its duty to assist under subsection 4(2.1) of the Act, the quasi-constitutional status of the Act, and relevant government policies (Commissioner's memorandum, at paragraphs 108 to 110, citing Treasury Board of Canada, *Policy on Access to Information*, subsections 3.1, 6.2.1 and 6.2.2). Second, it considered irrelevant factors such as potential causes of delay and abdicated all responsibility by asserting that it had no control over the responses of other institutions (Commissioner's memorandum, at paragraphs 111 to 113).

30 jours entraverait de façon sérieuse son fonctionnement (aux paragraphes 96 à 98 du mémoire de la commissaire).

[35] Deuxièmement, la commissaire prétend que la période restante, c'est-à-dire les 880 jours alloués en vertu de l'alinéa 9(1)b, était déraisonnablement longue. Le MDN a d'abord expliqué avoir simplement calculé la moyenne du temps d'exécution du MAECI (110 jours), qu'il a multipliée par huit, parce que le demandeur avait demandé environ huit fois le nombre de documents habituellement envoyés au MAECI aux fins de consultation (au paragraphe 102 du mémoire de la commissaire). Un tel exercice fait fi de plusieurs facteurs, notamment de la nature et de l'accessibilité des documents (au paragraphe 103 du mémoire de la commissaire). Le MDN a par la suite modifié sa réponse en précisant qu'il avait été tenu compte de ces facteurs, mais il n'a pas pu expliquer pourquoi le nombre de jours est demeuré exactement le même, soit 880 (au paragraphe 104 du mémoire de la commissaire). Le fait que les consultations n'ont pas pris plus de 173 jours vient également démontrer le caractère déraisonnable de cette estimation (aux paragraphes 105 et 106 du mémoire de la commissaire).

[36] Troisièmement, la commissaire soutient de façon générale que le MDN a exercé son pouvoir discrétionnaire de manière déraisonnable en s'accordant cette prorogation. Premièrement, il a omis de tenir compte de facteurs pertinents, tels que l'obligation de prêter assistance conformément à ce que prévoit le paragraphe 4(2.1) de la Loi, du statut quasi constitutionnel de la Loi et des politiques pertinentes du gouvernement (aux paragraphes 108 à 110 du mémoire de la commissaire, citant les paragraphes 3.1, 6.2.1 et 6.2.2 de la *Politique sur l'accès à l'information* du Conseil du Trésor du Canada). Deuxièmement, il a tenu compte de facteurs non pertinents, tels que d'éventuelles causes du retard, et s'est déchargé de toutes ses responsabilités en prétendant n'avoir aucun contrôle sur les réponses des autres institutions (aux paragraphes 111 à 113 du mémoire de la commissaire).



## POSITION OF THE INTERVENER

[37] In his submissions, the intervener undertook to illustrate that, in Ontario, the reasonableness of an extension to respond to an access to information request has proven to be a justiciable question (intervener's memorandum, at paragraph 35). In support of this effort, the intervener canvassed the evidentiary factors considered in determining whether a government institution has proven its claim that a given extension was required for the reasons set out in the intervener's enabling statute (intervener's memorandum, at paragraphs 22 to 25).

[38] Though the intervener took no formal position on the disposition of the case at bar, he took issue with the duration of the extension claimed. In particular, he questioned the validity of the formula originally offered by DND in support of the 880-day portion of the extension taken (intervener's memorandum, at paragraphs 9 and 23). More generally, the intervener noted that, in the Ontario setting, no extension exceeding 10 months has ever been found to be reasonable (intervener's memorandum, at paragraph 25).

## POSITION OF THE RESPONDENT

[39] DND argues that the Federal Court Judge correctly construed the Act and properly assessed the case law, essentially for the reasons that she gave. Significant sections of the written submissions repeat the Judge's own language (see for instance DND's memorandum, at paragraphs 35 and 70).

[40] In addition to reiterating the Federal Court Judge's reasoning, DND argues that the Commissioner's proposed interpretation of the Act is flawed. DND argues that, in reviewing the Minutes of Proceedings and Evidence of the Standing Committee on Justice and Legal Affairs, it can be seen that the government was not prepared to impose a definitive time limit for extensions under subsection 9(1) of the Act (DND's memorandum, at paragraph 47). Furthermore, if Parliament had intended the Federal Court to have the jurisdiction to review

## THÈSE DE L'INTERVENANT

[37] Dans ses observations, l'intervenant a cherché à démontrer qu'en Ontario, la question du caractère raisonnable d'une prorogation de délai pour répondre à une demande d'accès à l'information se révélait être une question pouvant être tranchée par les tribunaux (au paragraphe 35 du mémoire de l'intervenant). À l'appui, l'intervenant a examiné les facteurs dont il faut tenir compte pour déterminer si une institution fédérale a démontré qu'une prorogation était nécessaire pour les motifs énoncés dans la loi habilitante de l'intervenant (aux paragraphes 22 à 25 du mémoire de l'intervenant).

[38] Bien que l'intervenant n'ait adopté aucune thèse formelle quant au règlement de l'affaire, il n'était pas d'accord avec la durée de la prorogation décidée. Il a mis en doute tout particulièrement la validité de la formule initialement proposée par le MDN pour expliquer les 880 jours de la prorogation (aux paragraphes 9 et 23 du mémoire de l'intervenant). De façon plus générale, l'intervenant a indiqué que, dans le contexte ontarien, aucune prorogation excédant 10 mois n'a jamais été jugée raisonnable (au paragraphe 25 du mémoire de l'intervenant).

## THÈSE DE L'INTIMÉ

[39] Le MDN soutient que la juge de la Cour fédérale a correctement interprété la Loi et qu'elle a bien tenu compte de la jurisprudence, essentiellement pour les motifs qu'elle a donnés. Les observations écrites reprennent en grande partie les mots de la juge (voir, par exemple, les paragraphes 35 et 70 du mémoire du MDN).

[40] En plus de reprendre le raisonnement de la juge de la Cour fédérale, le MDN soutient que l'interprétation de la Loi que propose la commissaire est erronée. À son avis, l'examen des procès-verbaux et témoignages du Comité permanent de la justice et des questions juridiques démontre que le gouvernement n'était pas disposé à imposer un délai précis pour les prorogations au titre du paragraphe 9(1) de la Loi (au paragraphe 47 du mémoire du MDN). Par ailleurs, si le législateur avait voulu que la Cour fédérale ait compétence pour examiner

extensions, it would have used more specific language rather than simply requiring that extensions be “reasonable ... having regard to the circumstances” (DND’s memorandum, at paragraph 48). For instance, it could have elected to provide for clear deadlines defined in days (DND’s memorandum, at paragraph 48). Finally, if Parliament had intended for deemed refusals under subsection 10(3) of the Act to include instances in which the government institution takes an unreasonable extension under section 9 or an extension beyond a defined length, it could have specified this (DND’s memorandum, at paragraph 49).

[41] DND reiterates its argument, accepted by the Federal Court Judge, that while the paragraphs of subsection 30(1) of the Act clearly distinguish between refusals and unreasonable extensions in setting out the grounds of complaint to the Commissioner, sections 41 and 42 are limited to refusals (DND’s memorandum, at paragraphs 51 and 52). Had Parliament wished to grant the Federal Court jurisdiction to decide the reasonableness of extensions, it could have included in the judicial review section of the Act a provision like the one included in the complaint section (DND’s memorandum, at paragraph 52).

[42] DND further argues that, contrary to some equivalent provincial statutory schemes, Parliament expressly limited the Commissioner to an ombudsman role, declining to vest her with the powers to compel compliance with the Act (DND’s memorandum, at paragraph 55). The Commissioner’s findings are therefore not “decisions” that may be judicially reviewed. This undermines the Commissioner’s argument that, the moment she finds that an unreasonable extension has been asserted, she may initiate a judicial review application (DND’s memorandum, at paragraph 56).

[43] Finally, DND argues that the Federal Court Judge’s ruling is not inconsistent with the section 2 principle that decisions on the disclosure of government information should be reviewed independently of government. Simply put, this principle does not require that

les prorogations, il aurait utilisé un libellé plus précis au lieu de simplement exiger que les prorogations soient « d’une période que justifient les circonstances » (au paragraphe 48 du mémoire du MDN). Par exemple, il aurait pu prévoir des délais clairement définis en jours (au paragraphe 48 du mémoire du MDN). Enfin, si le législateur avait voulu que les présomptions de refus visées au paragraphe 10(3) de la Loi englobent les cas où une institution fédérale s’accorde une prorogation abusive au titre de l’article 9 ou une prorogation dépassant une durée déterminée, il aurait pu le spécifier (au paragraphe 49 du mémoire du MDN).

[41] Le MDN réitère son argument, accepté par la juge de la Cour fédérale, selon lequel, bien que le paragraphe 30(1) de la Loi établisse une distinction claire entre les refus et les prorogations abusives en énonçant les motifs des plaintes pouvant être déposées devant le commissaire, les articles 41 et 42 se limitent aux refus (aux paragraphes 51 et 52 du mémoire du MDN). Si le législateur avait voulu conférer à la Cour fédérale compétence pour se prononcer sur le caractère raisonnable des prorogations, il aurait pu inclure dans l’article de la Loi sur le contrôle judiciaire une disposition semblable à celle se trouvant à l’article sur les plaintes (au paragraphe 52 du mémoire du MDN).

[42] Le MDN soutient également que, contrairement à certains régimes législatifs provinciaux équivalents, le législateur a expressément limité le rôle du commissaire à celui d’un ombudsman, refusant de lui conférer le pouvoir d’imposer la conformité à la Loi (au paragraphe 55 du mémoire du MDN). Les conclusions du commissaire ne sont donc pas des « décisions » pouvant faire l’objet d’un contrôle judiciaire, ce qui affaiblit l’argument de la commissaire selon lequel elle peut présenter une demande de contrôle judiciaire dès lors qu’elle conclut qu’une prorogation est abusive (au paragraphe 56 du mémoire du MDN).

[43] Enfin, le MDN fait valoir que la décision de la juge de la Cour fédérale n’est pas incompatible avec le principe de l’article 2, qui prévoit que les décisions quant à la communication sont susceptibles de recours indépendants du pouvoir exécutif. Autrement dit, ce

all decisions made under the Act be subject to judicial review (DND's memorandum, at paragraph 58).

[44] In the event that this Court finds that it does have jurisdiction to issue the declaration sought, DND argues that its extension was reasonable.

[45] DND insists that its only obligation under subsection 9(1) was to notify the requester that it would be taking an extension and to specify the length of the extension (DND's memorandum, at paragraph 61).

[46] DND argues that many variables were taken into account in determining the amount of time it took under paragraph 9(1)(a) of the Act, including previous experience with similar requests, sensitivity of the information and the current workload of the analyst assigned to the file (DND's memorandum, at paragraph 63). Furthermore, DND's access to information unit had suffered a "major and unprecedented" software malfunction, which further affected the response time (DND's memorandum, at paragraph 63).

[47] As to consultations, DND argues that previous experience and communication with the other institutions was taken into account (DND's memorandum, at paragraph 64). Estimates were particularly difficult to generate in respect of the DFAIT consultations, as the reactions of foreign governments often prove difficult to predict accurately (DND's memorandum, at paragraphs 65 to 67).

[48] DND emphasized that, under subsection 9(1) of the Act, it only has 30 days to determine the extension it will take (DND's memorandum, at paragraph 68). Furthermore, it cannot change that estimate. It is therefore reasonable to consider potential causes of delay (DND's memorandum, at paragraph 68). Furthermore, that the consultations ultimately took less time than expected is irrelevant to whether, at the time the extension was asserted, the duration selected was reasonable (DND's memorandum, at paragraph 69).

principe n'exige pas que toutes les décisions prises en application de la Loi puissent faire l'objet d'un contrôle judiciaire (au paragraphe 58 du mémoire du MDN).

[44] Dans l'éventualité où la Cour devrait conclure qu'elle a compétence pour rendre le jugement déclaratoire demandé, le MDN soutient que sa prorogation était raisonnable.

[45] Le MDN insiste sur le fait que sa seule obligation aux termes du paragraphe 9(1) était d'aviser le demandeur de la prorogation et de lui en préciser la durée (au paragraphe 61 du mémoire du MDN).

[46] Le MDN soutient avoir tenu compte de plusieurs variables pour déterminer le temps nécessaire au titre de l'alinéa 9(1)a) de la Loi, notamment l'expérience antérieure au regard de demandes semblables, le caractère sensible de l'information et la charge de travail de l'analyste responsable du dossier (au paragraphe 63 du mémoire du MDN). De plus, l'unité responsable de l'accès à l'information du MDN a eu un problème de logiciel majeur et sans précédent, ce qui a également retardé le délai de réponse (au paragraphe 63 du mémoire du MDN).

[47] Quant aux consultations, le MDN explique qu'il a tenu compte de son expérience et de ses communications antérieures avec les autres institutions (au paragraphe 64 du mémoire du MDN). Il a été particulièrement difficile d'évaluer le temps nécessaire aux consultations du MAECI, parce qu'il est souvent difficile de prévoir de façon précise les réactions des gouvernements étrangers (aux paragraphes 65 à 67 du mémoire du MDN).

[48] Le MDN souligne qu'en vertu du paragraphe 9(1) de la Loi, il dispose de seulement 30 jours pour déterminer la prorogation dont il a besoin (au paragraphe 68 du mémoire du MDN), et qu'il ne peut pas modifier cette estimation. Il est donc raisonnable d'envisager les éventuelles causes de retard (au paragraphe 68 du mémoire du MDN). De plus, le fait que les consultations aient pris ultimement moins de temps que prévu n'est pas pertinent pour déterminer si, au moment où la prorogation a été décidée, la durée de celle-ci était raisonnable (au paragraphe 69 du mémoire du MDN).

[49] In reply to the submissions made by the intervenor, DND outlined the differences between the Act and the *Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, R.S.O. 1990, c. F.31, emphasizing that the latter gives the provincial Commissioner an adjudicative role, while the former gives the federal Commissioner an investigative one (respondent's reply memorandum, at paragraphs 15 to 18). With respect to the intervenor's view that extensions beyond 10 months would require an exceptional justification, DND submits that the intervenor has no expertise or experience in cases such as this one, which involves military assets and consultation with foreign governments (respondent's reply memorandum, at paragraphs 25 and 26).

#### ANALYSIS

##### *Standard of review*

[50] In this case, this Court is determining an appeal of a decision by the Federal Court to dismiss an application for judicial review brought by the Commissioner under paragraph 42(1)(a).

[51] The appeal raises two issues. The first is whether the Federal Court had jurisdiction under section 42 of the Act to hear the Commissioner's application. The second, which must be answered only if the first question is answered in the affirmative, is whether the extension taken by DND was valid.

[52] The first issue is preliminary to any consideration of the underlying application, concerning whether the preconditions for a judicial review are met. As such, this question was first decided by the Federal Court, and never arose before the administrative decision maker in question. Therefore, on appeal, we employ the appellate standard of review in *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235 (*Housen*), not the administrative standard of review in *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190.

[49] En réponse aux observations de l'intervenant, le MDN a décrit les différences entre la Loi et la *Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée*, L.R.O. 1990, ch. F.31, en soulignant que cette dernière loi confère au commissaire provincial un rôle décisionnel, alors que la première confère au commissaire fédéral un rôle d'enquête (aux paragraphes 15 à 18 du mémoire en réponse de l'intimé). En ce qui a trait à la nécessité de fournir une justification exceptionnelle dans les cas de prorogations d'une durée supérieure à 10 mois, le MDN soutient que l'intervenant n'a ni expertise ni expérience des affaires comme celle qui nous occupe, où du matériel militaire et des consultations avec des gouvernements étrangers sont en cause (aux paragraphes 25 et 26 du mémoire en réponse de l'intimé).

#### ANALYSE

##### *La norme de contrôle*

[50] En l'espèce, la Cour doit statuer sur l'appel de la décision par laquelle la Cour fédérale a rejeté la demande de contrôle judiciaire présentée par la commissaire en vertu de l'alinéa 42(1)a).

[51] L'appel soulève deux questions. La première est de savoir si la Cour fédérale avait compétence en vertu de l'article 42 de la Loi pour entendre la demande de la commissaire. La deuxième, à laquelle il faut répondre seulement si la réponse à la première question est affirmative, est de savoir si la prorogation décidée par le MDN était valide.

[52] La première question est préliminaire à l'examen de la demande sous-jacente, à savoir si les conditions préalables au contrôle judiciaire ont été réunies. La Cour fédérale s'est donc tout d'abord prononcée sur cette question, qui n'a jamais été soulevée devant le décideur administratif en cause. Par conséquent, dans le cas d'un appel, nous recourrons à la norme de contrôle applicable en appel énoncée dans l'arrêt *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235 (*Housen*), et non à la norme de contrôle administrative exposée dans l'arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190.

[53] Whether the preconditions for a judicial review had been met turns on a pure question of statutory construction, i.e. when an extension is taken by a government institution, does the Act (specifically sections 41 and 42 when read with section 7 and subsections 9(1) and 10(3)) give the Federal Court jurisdiction to assess the legal validity of the extension? The Federal Court answered this in the negative. As a determination on a question of law, this holding stands within the appellate framework to be reviewed on the standard of correctness: *Housen*, above, at paragraphs 8 and 9.

[54] If I hold that the section 42 preconditions have been met in this case, I must examine whether the extension taken by DND in this case was valid. The Federal Court Judge did not rule on that question. Therefore, consistent with the approach set out in *Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 SCC 36, [2013] 2 S.C.R. 559, at paragraphs 45 to 47, I must select the appropriate standard of review and then apply it myself.

[55] Like the parties, I accept that this second question should be reviewed on a standard of reasonableness. I would add that, because the decision under review is essentially fact and policy driven, the range of possible acceptable outcomes or the margin of appreciation to be given to DND is broad: *Canada (Transport, Infrastructure and Communities) v. Farwaha*, 2014 FCA 56, [2015] 2 F.C.R. 1006, at paragraphs 91 and 92; *Canada (Attorney General) v. Abraham*, 2012 FCA 266, [2013] 1 C.T.C. 69, at paragraph 44.

*Are the preconditions for a judicial review under section 42 met?*

[56] With respect to the first issue, the determinative holding made by the Federal Court Judge appears at paragraph 66 of her reasons:

... subsection 10(3) provides that where the records are not provided within the time limits set out in this act, the head of the institution is deemed to have refused to give access. In other words, where there is no outright notice of refusal, if

[53] La question de savoir si les conditions préalables au contrôle judiciaire étaient réunies repose sur une pure question d'interprétation législative : lorsqu'une institution fédérale a recours à une prorogation, la Loi (plus précisément les articles 41 et 42, lus conjointement avec l'article 7 et les paragraphes 9(1) et 10(3)) confère-t-elle à la Cour fédérale la compétence voulue pour évaluer la validité juridique de la prorogation? La Cour fédérale a répondu à cette question par la négative. Puisqu'il s'agit d'une décision portant sur une question de droit, cette conclusion s'inscrit dans le cadre applicable en appel des questions devant être contrôlées selon la norme de la décision correcte : arrêt *Housen*, précité, aux paragraphes 8 et 9.

[54] Si je conclus que les conditions préalables de l'article 42 ont été réunies en l'espèce, je dois me demander si la prorogation que le MDN s'est accordée était valide. La juge de la Cour fédérale ne s'est pas prononcée sur cette question. Conformément à l'approche énoncée dans l'arrêt *Agraira c. Canada (Sécurité publique et protection civile)*, 2013 CSC 36, [2013] 2 R.C.S. 559, aux paragraphes 45 à 47, je dois choisir la norme de contrôle appropriée et l'appliquer.

[55] À l'instar des parties, j'accepte que la deuxième question doive être contrôlée selon la norme du caractère raisonnable. J'ajouterais que, comme la décision en cause repose essentiellement sur des considérations de faits et de politique, l'éventail des issues possibles acceptables est vaste, tout comme la latitude à accorder au MDN pour apprécier les faits : *Canada (Transports, Infrastructure et Collectivités) c. Farwaha*, 2014 CAF 56, [2015] 2 R.C.F. 1006, aux paragraphes 91 et 92; *Canada (Procureur général) c. Abraham*, 2012 CAF 266, au paragraphe 44.

*Les conditions préalables du contrôle judiciaire en vertu de l'article 42 sont-elles réunies?*

[56] En ce qui concerne la première question, la conclusion déterminante de la juge de la Cour fédérale figure au paragraphe 66 de ses motifs :

[...] le paragraphe 10(3) prévoit que le défaut de communication totale ou partielle de documents dans les délais prévus par la Loi vaut décision de refus de communication. En d'autres termes, lorsqu'il n'y a pas eu avis de refus catégorique de

the requested records are not provided within 30 days or within the period of time claimed as an extension under section 9, there is a deemed refusal.

Stated conversely and perhaps more accurately, the Federal Court Judge held that so long as there is compliance with the time extension taken, there can be no deemed refusal pursuant to subsection 10(3) regardless of the reasonableness of the extension, and therefore no right of judicial review arises in the circumstances of this case.

[57] As will be seen, the reading proposed by the Federal Court Judge is consistent with a number of Federal Court decisions (*X v. Canada (Minister of National Defence)*, [1991] 1 F.C. 670, (1990), 41 F.T.R. 73 (T.D.) (*X*), at paragraphs 8 and 10; *Attorney General*, at paragraphs 25 to 27, citing *X*, at paragraph 8; *PSAC*, at paragraph 21, citing *Attorney General*, at paragraph 25). There are, however, other cases from the same court which go the other way (*External Affairs I*, at paragraph 19 and *External Affairs II*, at paragraph 9).

#### *Statutory construction*

[58] I first turn to the issue of statutory construction. In my view, a reading of subsection 10(3) which would prevent judicial review of an extension, as is being proposed here, falls short of what Parliament intended. The correct approach to statutory interpretation requires that courts read “the words of an Act ... in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament” (*Thibodeau v. Air Canada*, 2014 SCC 67, [2014] 3 S.C.R. 340, at paragraph 112).

[59] Part of the statutory scheme are the “time limits set out” in the Act, which, when breached, give rise to a deemed refusal pursuant to subsection 10(3). There are only two such limits: the 30-day time limit that arises by operation of section 7 following a request for access, and the extended time limit that arises as a result of a notice of extension issued pursuant to section 9. Based on the

communication, le défaut de communication des documents demandés dans le délai de 30 jours ou avant l’expiration du délai prorogé en vertu de l’article 9, vaut décision de refus de communication.

En exprimant à l’inverse et de manière peut-être plus exacte les propos de la juge de la Cour fédérale, celle-ci a conclu que, dès lors que le délai prorogé est respecté, il ne peut pas y avoir présomption de refus en vertu du paragraphe 10(3), peu importe que la prorogation soit raisonnable ou non, et que les circonstances de la présente affaire ne donnent donc pas naissance à un droit à un contrôle judiciaire.

[57] Comme nous le verrons, l’interprétation proposée par la juge de la Cour fédérale va dans le sens de nombreuses décisions de la Cour fédérale (*X c. Canada (Ministre de la Défense nationale)*, [1991] 1 C.F. 670 (1<sup>re</sup> inst.) (*X*), aux paragraphes 8 et 10; *Procureur général*, aux paragraphes 25 à 27, où est cité le paragraphe 8 de la décision *X*; le paragraphe 21 d’*AFPC*, où est cité le paragraphe 25 de la décision *Procureur général*). Par contre, d’autres jugements de la même cour statuent dans le sens contraire (*Affaires extérieures I*, au paragraphe 19 et *Affaires extérieures II*, au paragraphe 9).

#### *L’interprétation législative*

[58] Je vais d’abord examiner la question de l’interprétation législative. À mon avis, une interprétation du paragraphe 10(3) qui ferait obstacle au contrôle judiciaire d’une prorogation, comme il est proposé en l’espèce, ne correspond pas à l’intention du législateur. La méthode appropriée d’interprétation des lois exige qu’on interprète les termes d’une loi « dans leur contexte global, en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec l’économie de la loi, son objet et l’intention du législateur » (*Thibodeau c. Air Canada*, 2014 CSC 67, [2014] 3 R.C.S. 340, au paragraphe 112).

[59] Les « délais prévus par la présente loi » constituent une partie du régime législatif. Ces délais, s’ils ne sont pas respectés, donnent lieu à une présomption de refus en vertu du paragraphe 10(3). Seuls deux délais sont mentionnés : le délai de 30 jours, visé à l’article 7, pour faire suite à une demande d’accès, et le délai prorogé qui découle de l’avis de prorogation donné en vertu

Federal Court Judge's interpretation, the length of this last time limit would rest exclusively in the hands of the government institution asserting it, and escape judicial review regardless of its duration.

[60] For the purpose of applying subsection 10(3), construing subsection 9(1) as allowing for whatever period of time the institution may wish to take reads out of the Act the requirement that the extension be “reasonable ... having regard to the circumstances” and the criteria set out in paragraphs 9(1)(a) and 9(1)(b). Moreover, the extended “time limit” that the Federal Court Judge accepts as falling within the “time limits set out in [the] Act” (reasons, at paragraph 66) is not a time limit at all. If a government institution is free to choose the deadline of its choice, without regard to the statutory conditions set out in subsection 9(1), there are no limits on the deadline it may choose.

[61] The Federal Court Judge's interpretation is not aided by her comparison of section 30 of the Act to sections 41 and 42. According to her, had Parliament intended unreasonable time limits to be judicially reviewed, it would have set this out expressly, as it did in subsection 30(1) with respect to complaints. The suggestion as I understand it is that if unreasonable extensions could give rise to deemed refusals pursuant to subsection 10(3) as the Commissioner contends, there would be no need for paragraph 30(1)(c) (subsection 30(1) is reproduced in part, for ease of reference):

Receipt and investigation of complaints

**30.** (1) Subject to this Act, the Information Commissioner shall receive and investigate complaints

(a) from persons who have been refused access to a record requested under this Act or a part thereof;

...

(c) from persons who have requested access to records in respect of which time limits have been extended pursuant to section 9 where they consider the extension unreasonable; [Emphasis added.]

de l'article 9. Selon l'interprétation de la juge de la Cour fédérale, la durée de ce dernier délai relève exclusivement de l'institution fédérale qui se prévaut de la prorogation et est soustraite au contrôle judiciaire, peu importe son ampleur.

[60] L'interprétation du paragraphe 9(1) aux fins de l'application du paragraphe 10(3) comme autorisant toute prorogation que l'institution souhaite s'accorder fait abstraction de l'exigence de la Loi selon laquelle la prorogation doit être « d'une période que justifient les circonstances » et des critères énoncés aux alinéas 9(1)a) et 9(1)b). De surcroît, le délai prorogé qui, selon la juge de la Cour fédérale, s'inscrit dans les « délais prévus par la Loi » (au paragraphe 66 des motifs), ne constitue nullement une limite de temps. Si une institution fédérale est libre de choisir l'échéance qui lui convient, sans égard aux conditions énoncées au paragraphe 9(1), aucune limite ne s'applique à cette échéance.

[61] La comparaison faite par la juge de la Cour fédérale entre l'article 30 et les articles 41 et 42 de la Loi ne lui est d'aucune utilité. À son avis, si le législateur avait voulu que les délais déraisonnables soient susceptibles de contrôle judiciaire, il l'aurait mentionné expressément, comme il l'a fait au paragraphe 30(1) en ce qui a trait aux plaintes. Si je comprends bien, elle laisse entendre que, si une prorogation abusive pouvait donner lieu à une présomption de refus en vertu du paragraphe 10(3), comme l'affirme la commissaire, l'alinéa 30(1)c) ne serait pas nécessaire (par souci de commodité, le paragraphe 30(1) est reproduit en partie ci-après) :

**30.** (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, le Commissaire à l'information reçoit les plaintes et fait enquête sur les plaintes :

Réception des plaintes et enquêtes

a) déposées par des personnes qui se sont vu refuser la communication totale ou partielle d'un document qu'elles ont demandé en vertu de la présente loi;

[...]

c) déposées par des personnes qui ont demandé des documents dont les délais de communication ont été prorogés en vertu de l'article 9 et qui considèrent la prorogation comme abusive; [Non souligné dans l'original.]

[62] This reasoning gives rise to two difficulties. First, subsection 10(3) makes it clear that a deemed refusal occurs where a government institution has missed either of “the time limits set out in [the] Act”. It is therefore not useful to resort to inferences to elucidate the meaning of a deemed refusal for purposes of applying sections 41 and 42 and particularly problematic when, as here, doing so would lead to a meaning that is different from what is expressly stated in the Act.

[63] Second, the reasoning according to which paragraph 30(1)(c) would be rendered meaningless does not account for the situation where a requester receives a notice of extension within the initial 30-day time period. In these circumstances, paragraph 30(1)(c) provides a requester with the same immediate right to invoke the assistance of the Commissioner as he or she would have if confronted with an outright refusal. I stress in this respect, and in the context of the appeal generally, that timely access is a constituent part of the right of access (see subsection 4(2.1) of the Act).

#### *The Federal Court jurisprudence*

[64] The Federal Court Judge’s conclusion that “[t]here is no footing to argue that the jurisprudence is inconsistent” is unexplained (reasons, at paragraph 101). As noted earlier, there are at least two decisions that take the opposite view. In *External Affairs I*, Jerome A.C.J. held that, where an application under section 42 of the Act is based on an allegedly unjustified extension under section 9, the Court is required to review the extension itself and decide whether it was justified (at page 13). In *External Affairs II*, Muldoon J. came to the same conclusion, holding that, “in order to show that extensions are for ‘a reasonable period of time’... the department must state cogent, genuine reasons for the extension, and for its length” (at page 526).

[65] Though the Federal Court Judge adopts the reasoning of Beaudry J. in *PSAC* (reasons, at paragraphs 99 to 101, citing *PSAC*, at paragraphs 21 to 24), who declined to follow *External Affairs I* and *II*, his decision

[62] Ce raisonnement soulève deux problèmes. Premièrement, le paragraphe 10(3) établit clairement qu’il y a présomption de refus lorsqu’une institution fédérale n’a pas respecté les « délais prévus par la présente loi ». Il est donc inutile de procéder par inférences pour dégager le sens d’une présomption de refus aux fins de l’application des articles 41 et 42, et cela peut même poser un problème notamment lorsque, comme c’est le cas en l’espèce, ces inférences mènent à un sens qui diffère de ce que prévoyait expressément la Loi.

[63] Deuxièmement, le raisonnement selon lequel l’alinéa 30(1)c) perdrait tout son sens ne tient pas compte de la situation d’un demandeur qui reçoit un avis de prorogation dans la période initiale de 30 jours. Dans de telles circonstances, l’alinéa 30(1)c) accorde au demandeur le même droit immédiat de demander l’assistance du commissaire que s’il s’était heurté à un refus catégorique. Je souligne à cet égard, et dans le cadre d’un appel de manière générale, que la communication en temps utile fait partie intégrante du droit d’accès (au paragraphe 4(2.1) de la Loi).

#### *La jurisprudence de la Cour fédérale*

[64] La juge de la Cour fédérale n’explique pas sa conclusion selon laquelle « [r]ien ne permet d’affirmer que la jurisprudence est contradictoire » (au paragraphe 101 des motifs). Comme je l’ai mentionné précédemment, au moins deux décisions vont dans le sens contraire. Dans la décision *Affaires extérieures I*, le juge en chef adjoint Jerome a conclu que, lorsqu’une demande fondée sur l’article 42 de la Loi vise une prorogation de délai supposément non autorisée par l’article 9, la Cour doit nécessairement pouvoir examiner la prorogation elle-même et décider si elle est justifiée (à la page 13). Dans la décision *Affaires extérieures II*, le juge Muldoon est arrivé à la même conclusion, en déclarant que « afin de prouver que les prorogations sont d’une “période que justifient les circonstances”, le Ministère doit fournir des motifs convaincants et sérieux, justifiant la prorogation et sa durée » (à la page 526).

[65] La juge de la Cour fédérale adopte le raisonnement du juge Beaudry dans la décision *AFPC* (aux paragraphes 99 à 101 des motifs, où elle cite les paragraphes 21 à 24 du jugement *AFPC*), qui a refusé de



has no more precedential value than the other two. It was of course open to the Federal Court Judge to adopt one position and reject the other, subject to explaining her reasons for doing so (*Apotex Inc. v. Allergan Inc.*, 2012 FCA 308, 105 C.P.R. (4th) 371 (*Allergan*), at paragraphs 48 and 50; *Apotex Inc. v. Pfizer Canada Inc.*, 2014 FCA 250, 125 C.P.R. (4th) 81, at paragraphs 112 to 115).

[66] For reasons already explained, *PSAC* ought not to be followed because the reasoning advanced in that case does not confront or take into account the requirement that a valid extension must comply with the statutory conditions set out in subsection 9(1). The same observation extends to *X* and *Attorney General*.

#### *Other grounds*

[67] I do not accept DND's attempts to support the interpretation of the Federal Court Judge on other grounds. Specifically, it does not follow that specific time limits defined in days would have been set out in the Act had Parliament intended that extensions be judicially reviewed. The concept of "reasonableness" embodied in subsection 9(1) is a core legal standard which courts are regularly called upon to apply. There is no reason to believe that this standard is not appropriate or workable in assessing the legality of extensions taken pursuant to subsection 9(1).

[68] Similarly, the excerpts relied upon by DND from the Minutes of Proceedings and Evidence of the Standing Committee on Justice and Legal Affairs are of no assistance (appeal book, Vol. II, Tab 41):

I find it rather difficult to set a definitive period of time within which the head of the institution must give access to the record. Basically, if no notice is given, the request is deemed refused and there are appeals to the Information Commissioner and from the Information Commissioner to the Court. It is difficult to say when you have a request for a whole flood of material ... the amount of time required to go through that is rather large, so it is rather difficult to give the undertaking that the answer must be given within a certain period of time. That is why we are trying to build into the clause the type of

suivre les décisions *Affaires extérieures I* et II, mais la décision du juge Beaudry n'a pas plus valeur de précédent que les deux autres. Il était bien sûr loisible à la juge de la Cour fédérale d'adopter une thèse et de rejeter l'autre, dans la mesure où elle expliquait son choix dans ses motifs (*Apotex Inc. c. Allergan Inc.*, 2012 CAF 308 (*Allergan*), aux paragraphes 48 et 50; *Apotex Inc. c. Pfizer Canada Inc.*, 2014 CAF 250, aux paragraphes 112 à 115).

[66] Comme je l'ai déjà expliqué, la décision *AFPC* ne devrait pas être suivie parce que le raisonnement exposé dans cette affaire ne traite pas de l'exigence que la prorogation respecte les conditions énoncées au paragraphe 9(1) ou ne tient pas compte de cette exigence. La même observation s'applique aux décisions *X* et *Procureur général*.

#### *Les autres motifs*

[67] Je n'accepte pas les tentatives du MDN d'étayer l'interprétation de la juge de la Cour fédérale au moyen d'autres motifs. Plus précisément, on ne peut conclure que, si le législateur avait voulu que les prorogations soient susceptibles de contrôle judiciaire, il aurait fixé des délais précis définis en jours. Le concept du « caractère raisonnable » enchâssé dans le paragraphe 9(1) est une norme juridique fondamentale que les tribunaux doivent régulièrement appliquer. Rien ne permet de croire que cette norme n'est pas appropriée ou applicable pour évaluer la légalité des prorogations décidées en vertu du paragraphe 9(1).

[68] De même, les extraits invoqués par le MDN, tirés des procès-verbaux et des témoignages du Comité permanent de la justice et des questions juridiques, ne sont d'aucune utilité (dossier d'appel, vol. II, onglet 41) :

Il m'est difficile de fixer une période bien précise au cours de laquelle le responsable de l'institution devra autoriser l'accès aux dossiers. Si aucun avis n'est donné, on considérera la demande comme refusée et l'on en appellera au Commissaire à l'information qui, à son tour, s'adressera aux tribunaux. Cela peut se compliquer quand il y a demande de communication de toute une série de renseignements. [...] Tout cela prend énormément de temps, il est donc difficile de prendre l'engagement que la réponse doit être donnée dans un délai fixe. Voilà pourquoi nous essayons d'inclure dans cet article le type

amendment recommended this morning, ensuring that notice be given to the Information Commissioner, which always gives the Information Commissioner the opportunity to ask questions.

[69] I do not read this passage as suggesting that the Federal Court was to have no jurisdiction over the extensions taken under section 9 (DND's memorandum, at paragraph 47). Rather, it is clear when regard is had to the passage when read in its fuller context that the only proposition being rejected is the one which prompted this response, i.e. limiting the extensions permissible by applying a firm 30-day cap.

[70] Moreover, the fact that the Commissioner's investigative findings made pursuant to subsection 37(1) are not subject to judicial review cannot be set up as a bar against the Commissioner's entitlement to bring an application for judicial review upon finding that an extension taken is unreasonable (DND's memorandum, at paragraph 56). In that context, the decision under review is the one taken by the government institution to extend the time limit, not the findings made by the Commissioner in respect of that decision. Indeed, it is difficult to visualize a scheme whereby the Commissioner would make a decision and then seek its judicial review.

#### *The correct interpretation*

[71] In my view, the correct construction is the one offered by the Commissioner. Section 7 of the Act requires a government institution to respond to an information request within 30 days. This requirement is subject to several exceptions, one of which is the power which may be exercised by a government institution, pursuant to section 9 of the Act, to extend the time.

[72] A government institution may avail itself of this power subject to certain conditions. One such condition is that the period taken be reasonable when regard is had to the circumstances set out in paragraphs 9(1)(a) and/or 9(1)(b). If this condition is not satisfied, the time is not validly extended with the result that the 30-day time limit imposed by operation of section 7 remains the applicable limit.

d'amendement recommandé ce matin, de façon que le Commissaire à l'information soit avisé, ce qui lui donne toujours l'occasion de poser des questions.

[69] Selon mon interprétation, rien dans ce passage n'indique que la Cour fédérale n'a pas compétence pour statuer sur les prorogations décidées en vertu de l'article 9 (au paragraphe 47 du mémoire du MDN). Lorsqu'on remplace le passage dans un contexte plus global, il ressort plutôt que la seule proposition rejetée est celle ayant entraîné cette réponse, c'est-à-dire la limitation des prorogations permises en appliquant un délai ferme de 30 jours.

[70] Par ailleurs, le fait que les conclusions de l'enquête du commissaire présentées en vertu du paragraphe 37(1) ne sont pas susceptibles de contrôle judiciaire ne peut faire obstacle au droit du commissaire de présenter une demande de contrôle judiciaire après avoir conclu qu'une prorogation est abusive (au paragraphe 56 du mémoire du MDN). Dans ce contexte, la décision visée par le contrôle est celle prise par l'institution fédérale de proroger le délai, et non les conclusions formulées par le commissaire à l'égard de cette décision. En fait, il est difficile d'imaginer un régime dans le cadre duquel le commissaire rendrait une décision et demanderait ensuite son contrôle judiciaire.

#### *L'interprétation correcte*

[71] Selon moi, la bonne interprétation est celle présentée par le commissaire. L'article 7 de la Loi exige que les institutions fédérales répondent à une demande d'information dans un délai de 30 jours. Cette exigence est assujettie à plusieurs exceptions, l'une étant le pouvoir conféré aux institutions fédérales, en vertu de l'article 9 de la Loi, de proroger le délai.

[72] Une institution fédérale peut exercer ce pouvoir, sous réserve de certaines conditions, dont celle que la prorogation soit raisonnable eu égard aux circonstances exposées aux alinéas 9(1)a) et/ou 9(1)b). Si cette condition n'est pas respectée, la prorogation de délai n'est pas valable et le délai de 30 jours imposé en application de l'article 7 demeure donc le délai applicable.

[73] Construing subsection 10(3) in context and in light of what it says, I conclude that a deemed refusal arises whenever the initial 30-day time limit has expired without access being given, in circumstances where no legally valid extension has been taken. It follows that a right to judicially review the validity of an extension arises pursuant to sections 41 and/or 42 upon the expiration of the 30-day time limit, subject of course to a complaint being filed and an investigation report being completed (compare *Statham v. Canadian Broadcasting Corporation*, 2010 FCA 315, [2012] 2 F.C.R. 421, at paragraph 64).

[74] In the present case, I conclude that the Federal Court had the jurisdiction to entertain the Commissioner's application for judicial review of the extension taken by DND and to go on to consider the validity of the extension of time asserted by DND. This is the issue to which I now turn.

*Was the extension of time asserted by DND valid?*

[75] The Commissioner in insisting on a declaration being issued is seeking nothing more than general guidance for future cases. Although the period taken by DND in this case appears long, a large number of documents was involved and extensive consultations were required.

[76] That said, it can usefully be said that it is not enough for a government institution to simply assert the existence of a statutory justification for an extension and claim an extension of its choice. An effort must be made to demonstrate the link between the justification advanced and the length of the extension taken. In the case of paragraph 9(1)(a), this will mean not only demonstrating that a large number of documents are involved, but that the work required to provide access within any materially lesser period of time than the one asserted would interfere with operations. The same type of rational linkage must be made pursuant to paragraph 9(1)(b) with respect to necessary consultations.

[73] Ayant interprété le paragraphe 10(3) dans le contexte de la loi et à la lumière de son libellé, je conclus à l'existence d'une présomption de refus chaque fois que le délai de 30 jours initial expire sans qu'il y ait communication, dans les cas où la prorogation n'est pas légalement valide. Il s'ensuit que le droit de demander un contrôle judiciaire à l'égard de la validité d'une prorogation découle des articles 41 et/ou 42 à l'expiration du délai de 30 jours, bien sûr dans la mesure où une plainte est déposée et un rapport d'enquête présenté (voir, à titre de comparaison, *Statham c. Société Radio-Canada*, 2010 CAF 315, [2012] 2 R.C.F. 421, au paragraphe 64).

[74] En l'espèce, je conclus que la Cour fédérale avait compétence pour instruire la demande de contrôle judiciaire de la commissaire concernant la prorogation décidée par le MDN et pour examiner la validité de cette prorogation. Je vais maintenant examiner cette question.

*La prorogation décidée par le MDN était-elle valide?*

[75] En insistant pour obtenir un jugement déclaratoire, la commissaire ne demande rien de plus que des orientations générales pour des causes futures. Bien que la prorogation que s'est accordée le MDN en l'espèce semble longue, un nombre important de documents étaient visés et de vastes consultations devaient être menées.

[76] Cela dit, il peut également être utile d'ajouter qu'une institution fédérale ne peut pas simplement faire valoir l'existence d'une justification législative à l'appui d'une prorogation et énoncer la prorogation retenue. Elle doit s'efforcer de démontrer le lien entre la justification mise de l'avant et la durée de la prorogation qu'elle s'accorde. En ce qui concerne l'alinéa 9(1)a), cela signifie qu'il faut non seulement démontrer qu'un grand nombre de documents sont mis en cause, mais aussi que l'ampleur du travail requis pour donner accès aux documents dans tout délai considérablement moindre que celui établi entraverait le fonctionnement de l'institution. Le même type de lien rationnel devrait être fait relativement à l'alinéa 9(1)b) en ce qui concerne les consultations nécessaires.

[77] I note that the English text of paragraph 9(1)(a) provides that a government institution is entitled to an extension when compliance with a shorter delay “would unreasonably interfere with the operations” whereas the French text uses the words “*entraverait de façon sérieuse le fonctionnement de l’institution*”. Similarly, the notion of reasonableness is incorporated in the English text of paragraph 9(1)(b), but the French text contemplates that an extension is warranted when compliance “*rendrait pratiquement impossible l’observation du délai*”. Finally, the introductory words of subsection 9(1) speak of “a reasonable period of time, having regard to the circumstances” whereas the French text reads “*d’une période que justifient les circonstances*”.

[78] Read together, what these two texts contemplate is that the extension be reasonable or justified in the circumstances and that a demonstration be made that unless the extension is taken, providing access will result in unreasonable or undue interference with the “operations of the government institution” in the case of paragraph 9(1)(a), and that it is not reasonable, or practically possible, to expect that the necessary consultations can be completed in the case of paragraph 9(1)(b).

[79] It would not be opportune or useful to say more than is necessary to dispose of the present case. It suffices to say that a government institution confronted with a request involving a great number of documents and/or necessitating broad consultation must make a serious effort to assess the required duration, and that the estimated calculation be sufficiently rigorous, logical and supportable to pass muster under reasonableness review.

[80] In the case at bar, DND originally claimed to have estimated the time taken under paragraph 9(1)(b) (880 days) by simply dividing the number of pages requested by the number of pages involved in the average DFAIT consultation, and applying the resulting quotient (8) as a multiplier against the average DFAIT consultation time (110 days). Recognizing that the exercise will always contemplate a projection, this type of formula has on the face of it a deficient logic and falls short of

[77] Je constate que la version anglaise de l’alinéa 9(1)a prévoit qu’une institution fédérale a droit à une prorogation lorsque l’observation d’un délai plus court « *would unreasonably interfere with the operations* », alors que le texte français utilise les mots « *entraverait de façon sérieuse le fonctionnement de l’institution* ». De même, la notion du caractère raisonnable est intégrée au texte anglais de l’alinéa 9(1)b, mais la version française prévoit qu’une prorogation est justifiée lorsque les consultations nécessaires pour donner suite à la demande « *rendraient pratiquement impossible l’observation du délai* ». Enfin, le préambule de la version anglaise du paragraphe 9(1) mentionne « *a reasonable period of time, having regard to the circumstances* », alors que la version française parle « *d’une période que justifient les circonstances* ».

[78] Interprétés comme un tout, ces deux textes prévoient que la prorogation doit être raisonnable ou justifiée par les circonstances et qu’il faut démontrer que, sans la prorogation, la communication des documents entraverait de manière déraisonnable ou indue le « *fonctionnement de l’institution* » dans le cas de l’alinéa 9(1)a, et qu’il n’est pas raisonnable, ou en pratique possible, de s’attendre à ce que les consultations nécessaires soient menées à bien, dans le cas de l’alinéa 9(1)b.

[79] Il ne serait ni opportun ni utile que je dise quoi que ce soit de plus que ce qui est nécessaire pour trancher la présente affaire. Il suffit de dire que les institutions fédérales qui reçoivent une demande visant un grand nombre de documents ou nécessitant de vastes consultations doivent sérieusement s’employer à évaluer le délai requis et s’assurer que le calcul estimatif est suffisamment rigoureux, logique et soutenable pour tenir la route lors d’un examen de son caractère raisonnable.

[80] En l’espèce, le MDN a prétendu initialement avoir évalué le délai décidé au titre de l’alinéa 9(1)b) (880 jours) simplement en divisant le nombre de pages demandées par le nombre de pages en cause lors d’une consultation moyenne du MAECI, et en multipliant le quotient obtenu (8) par la durée moyenne des consultations du MAECI (110 jours). Comme cet exercice représentera toujours une projection, ce type de formule repose manifestement sur une logique déficiente et ne

demonstrating that a genuine attempt was made to assess the required duration. Though DND later claimed that other variables were taken into account, it could not explain why, if such other variables were accounted for, they had no impact whatsoever on the amount of time required under the formula disclosed in its original explanation.

[81] This type of perfunctory treatment of the matter shows that DND acted as though it was accountable to no one but itself in asserting its extension. Its treatment of the matter falls short of establishing that a serious effort was made to assess the duration of the extension. As such, the extension taken by DND does not meet the requirements of subsection 9(1). This suffices to establish the Commissioner's entitlement to the declaration sought.

#### DISPOSITION

[82] For the foregoing reasons, I would allow the appeal and giving the judgment which the Federal Court Judge should have given, I would declare DND to have entered into a state of deemed refusal pursuant to subsection 10(3) of the Act on March 5, 2011, upon the expiration of the 30-day time limit set out in section 7 of the Act. As no costs were sought, none are awarded.

STRATAS J.A.: I agree.

SCOTT J.A.: I agree.

#### ANNEX

[*Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1]

Purpose **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.

démontre pas qu'une tentative réelle a été faite pour évaluer la durée nécessaire. Le MDN a par la suite déclaré que d'autres variables ont été prises en compte, mais il ne pouvait pas expliquer pourquoi, si ces autres variables ont été comptabilisées, elles n'ont eu aucune incidence sur le temps nécessaire d'après la formule décrite dans son explication initiale.

[81] Ce type de traitement superficiel de la question démontre que le MDN a agi comme s'il n'avait de comptes à rendre à personne d'autre qu'à lui-même lorsqu'il a décidé de la prorogation. Son traitement de la question ne permet pas d'établir qu'un effort réel a été fait pour évaluer la durée de la prorogation. Par conséquent, la prorogation décidée par le MDN ne satisfait pas aux exigences du paragraphe 9(1). Cela suffit pour établir le droit de la commissaire au jugement déclaratoire demandé.

#### DISPOSITIF

[82] Pour les motifs susmentionnés, j'accueillerais l'appel, et rendant le jugement que la juge de la Cour fédérale aurait dû rendre, je déclarerais que le MDN était présumé avoir refusé la communication aux termes du paragraphe 10(3) de la Loi le 5 mars 2011, à l'expiration du délai de 30 jours mentionné à l'article 7 de la Loi. Comme les parties n'ont pas sollicité de dépens, aucuns dépens ne sont adjugés.

LE JUGE STRATAS, J.C.A. : Je suis d'accord.

LE JUGE SCOTT, J.C.A. : Je suis d'accord.

#### ANNEXE

[*Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C., (1985), ch. A-1]

Objet **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. ...	4. [...]	
Responsibility of government institutions	<p>(2.1) The head of a government institution shall, without regard to the identity of a person making a request for access to a record under the control of the institution, make every reasonable effort to assist the person in connection with the request, respond to the request accurately and completely and, subject to the regulations, provide timely access to the record in the format requested.</p>	<p>(2.1) Le responsable de l'institution fédérale fait tous les efforts raisonnables, sans égard à l'identité de la personne qui fait ou s'apprête à faire une demande, pour lui prêter toute l'assistance indiquée, donner suite à sa demande de façon précise et complète et, sous réserve des règlements, lui communiquer le document en temps utile sur le support demandé.</p>	Responsable de l'institution fédérale
	...	[...]	
Request for access to record	<p>6. A request for access to a record under this Act shall be made in writing to the government institution that has control of the record and shall provide sufficient detail to enable an experienced employee of the institution with a reasonable effort to identify the record.</p>	<p>6. La demande de communication d'un document se fait par écrit auprès de l'institution fédérale dont relève le document; elle doit être rédigée en des termes suffisamment précis pour permettre à un fonctionnaire expérimenté de l'institution de trouver le document sans problèmes sérieux.</p>	Demandes de communication
Notice where access requested	<p>7. Where access to a record is requested under this Act, the head of the government institution to which the request is made shall, subject to sections 8, 9 and 11, within thirty days after the request is received,</p> <p>(a) give written notice to the person who made the request as to whether or not access to the record or a part thereof will be given; and</p> <p>(b) if access is to be given, give the person who made the request access to the record or part thereof.</p>	<p>7. Le responsable de l'institution fédérale à qui est faite une demande de communication de document est tenu, dans les trente jours suivant sa réception, sous réserve des articles 8, 9 et 11 :</p> <p>a) d'aviser par écrit la personne qui a fait la demande de ce qu'il sera donné ou non communication totale ou partielle du document;</p> <p>b) le cas échéant, de donner communication totale ou partielle du document.</p>	Notification
	...	[...]	
Extension of time limits	<p>9. (1) The head of a government institution may extend the time limit set out in section 7 or subsection 8(1) in respect of a request under this Act for a reasonable period of time, having regard to the circumstances, if</p> <p>(a) the request is for a large number of records or necessitates a search through a large number of records and meeting the original time limit would unreasonably interfere with the operations of the government institution,</p>	<p>9. (1) Le responsable d'une institution fédérale peut proroger le délai mentionné à l'article 7 ou au paragraphe 8(1) d'une période que justifient les circonstances dans les cas où :</p> <p>a) l'observation du délai entraverait de façon sérieuse le fonctionnement de l'institution en raison soit du grand nombre de documents demandés, soit de l'ampleur des recherches à effectuer pour donner suite à la demande;</p>	Prorogation du délai

	<p>(b) consultations are necessary to comply with the request that cannot reasonably be completed within the original time limit, or</p> <p>(c) notice of the request is given pursuant to subsection 27(1)</p> <p>by giving notice of the extension and, in the circumstances set out in paragraph (a) or (b), the length of the extension, to the person who made the request within thirty days after the request is received, which notice shall contain a statement that the person has a right to make a complaint to the Information Commissioner about the extension.</p>	<p>b) les consultations nécessaires pour donner suite à la demande rendraient pratiquement impossible l'observation du délai;</p> <p>c) avis de la demande a été donné en vertu du paragraphe 27(1).</p> <p>Dans l'un ou l'autre des cas prévus aux alinéas a), b) et c), le responsable de l'institution fédérale envoie à la personne qui a fait la demande, dans les trente jours suivant sa réception, un avis de prorogation de délai, en lui faisant part de son droit de déposer une plainte à ce propos auprès du Commissaire à l'information; dans les cas prévus aux alinéas a) et b), il lui fait aussi part du nouveau délai.</p>	
Notice of extension to Information Commissioner	<p>(2) Where the head of a government institution extends a time limit under subsection (1) for more than thirty days, the head of the institution shall give notice of the extension to the Information Commissioner at the same time as notice is given under subsection (1).</p> <p>...</p> <p><b>10. ...</b></p>	<p>(2) Dans les cas où la prorogation de délai visée au paragraphe (1) dépasse trente jours, le responsable de l'institution fédérale en avise en même temps le Commissaire à l'information et la personne qui a fait la demande.</p> <p>[...]</p> <p><b>10. [...]</b></p>	Avis au Commissaire à l'information
Deemed refusal to give access	<p>(3) Where the head of a government institution fails to give access to a record requested under this Act or a part thereof within the time limits set out in this Act, the head of the institution shall, for the purposes of this Act, be deemed to have refused to give access.</p> <p>...</p>	<p>(3) Le défaut de communication totale ou partielle d'un document dans les délais prévus par la présente loi vaut décision de refus de communication.</p> <p>[...]</p>	Présomption de refus
Receipt and investigation of complaints	<p><b>30. (1)</b> Subject to this Act, the Information Commissioner shall receive and investigate complaints</p> <p>(a) from <u>persons who have been refused access</u> to a record requested under this Act or a part thereof;</p> <p>(b) from persons who have been required to pay an amount under section 11 that they consider unreasonable;</p>	<p><b>30. (1)</b> Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, le Commissaire à l'information reçoit les plaintes et fait enquête sur les plaintes :</p> <p>a) déposées par des <u>personnes qui se sont vu refuser la communication</u> totale ou partielle d'un document qu'elles ont demandé en vertu de la présente loi;</p> <p>b) déposées par des personnes qui considèrent comme excessif le montant réclamé en vertu de l'article 11;</p>	Réception des plaintes et enquêtes

(c) from persons who have requested access to records in respect of which time limits have been extended pursuant to section 9 where they consider the extension unreasonable;

...

Findings and recommendations of Information Commissioner

**37.** (1) If, on investigating a complaint in respect of a record under this Act, the Information Commissioner finds that the complaint is well-founded, the Commissioner shall provide the head of the government institution that has control of the record with a report containing

(a) the findings of the investigation and any recommendations that the Commissioner considers appropriate; and

(b) where appropriate, a request that, within a time specified in the report, notice be given to the Commissioner of any action taken or proposed to be taken to implement the recommendations contained in the report or reasons why no such action has been or is proposed to be taken.

...

Review by Federal Court

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

Information Commissioner may apply or appear

**42.** (1) The Information Commissioner may

(a) apply to the Court, within the time limits prescribed by section 41, 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;

c) déposées par des personnes qui ont demandé des documents dont les délais de communication ont été prorogés en vertu de l'article 9 et qui considèrent la prorogation comme abusive;

[...]

**37.** (1) Dans les cas où il conclut au bien-fondé d'une plainte portant sur un document, le Commissaire à l'information adresse au responsable de l'institution fédérale de qui relève le document un rapport où :

a) il présente les conclusions de son enquête ainsi que les recommandations qu'il juge indiquées;

b) il demande, s'il le juge à propos, au responsable de lui donner avis, dans un délai déterminé, soit des mesures prises ou envisagées pour la mise en œuvre de ses recommandations, soit des motifs invoqués pour ne pas y donner suite.

[...]

Conclusions et recommandations du Commissaire à l'information

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

Révision par la Cour fédérale

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

a) exercer lui-même, à l'issue de son enquête et dans les délais prévus à l'article 41, 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;

Exercice du recours par le Commissaire, etc.



(b) appear before the Court on behalf of any person who has applied for a review under section 41; or

(c) with leave of the Court, appear as a party to any review applied for under section 41 or 44. [Emphasis added.]

*b)* comparaître devant la Cour au nom de la personne qui a exercé un recours devant la Cour en vertu de l'article 41;

*c)* comparaître, avec l'autorisation de la Cour, comme partie à une instance engagée en vertu des articles 41 ou 44. [Non souligné dans l'original.]