

# FEDERAL COURT OF APPEAL

BETWEEN:

**DR. GÁBOR LUKÁCS**

Applicant

and

**CANADIAN TRANSPORTATION AGENCY**

Respondent

---

## **REPLY OF THE PROPOSED INTERVENER, THE PRIVACY COMMISSIONER OF CANADA**

(Reply to the Applicant's response to the Proposed Intervener's motion for leave to intervene)

---

**JENNIFER SELIGY**

Legal Counsel  
Office of the Privacy Commissioner of  
Canada  
30 Victoria St.  
Gatineau, Quebec K1A 1H3

Tel. (direct): (819) 994-5910

Fax: (819) 994-5863

E-mail: [Jennifer.seligy@priv.gc.ca](mailto:Jennifer.seligy@priv.gc.ca)

Legal Counsel for the Privacy  
Commissioner of Canada

**TO: FEDERAL COURT OF APPEAL**  
Thomas D'Arcy McGee Building  
90 Sparks Street, Main Floor  
Ottawa (Ontario) K1A 0H9

**AND TO: DR. GÁBOR LUKÁCS**

Halifax, Nova Scotia

[lukacs@AirPassengerRights.ca](mailto:lukacs@AirPassengerRights.ca)

Applicant

**AND TO: ODETTE LALUMIÈRE**  
Senior Counsel  
Canadian Transportation Agency  
15, rue Eddy  
Gatineau, Québec K1A 0N9

Telephone: 819-994-2226

Fax: 819-953-9269

Email: [Odette.Lalumiere@otc-cta.gc.ca](mailto:Odette.Lalumiere@otc-cta.gc.ca)

Legal Counsel for the Respondent,  
Canadian Transportation Agency

## Table of contents

<b>Tab</b>	<b>Document</b>	<b>Page</b>
1.	Reply	1
2.	Statutes and Caselaw	
2-A.	<i>Federal Courts Rules</i> , SOR/98-106, Rules 3 and 109.	11
2-B.	<i>Lukacs v. Canadian Transportation Agency</i> , 2014 FCA 292.	12
2-C.	<i>H.J. Heinz Co of Canada v. Canada (Attorney General)</i> , [2006] 1 S.C.R. 441, 2006 SCC 13.	24
2-D.	<i>Monsieur A et Madame B v. Attorney General of Canada</i> (February 20, 2009), T-1256-08 (Order of Prothonotary Tabib).	96
2-E.	<i>Mr. Patrick Hollier v. Public Service Commission of Canada</i> (April 3, 2009), T-1659-08 Order of Justice de Montigny.	100
2-F.	<i>Royal Bank of Canada v. Trang</i> (March 24, 2014), C57306 (Order of the Court of Appeal for Ontario).	103
2-G.	<i>Apotex Inc. v. Eli Lilly and Co.</i> , 2005 FCA 203 (CanLII).	106

**FEDERAL COURT OF APPEAL**

BETWEEN:

**DR. GÁBOR LUKÁCS**

Applicant

and

**CANADIAN TRANSPORTATION AGENCY**

Respondent

**REPLY OF THE PRIVACY COMMISSIONER OF CANADA****OVERVIEW**

1. The Privacy Commissioner of Canada (the “Privacy Commissioner” or the “Commissioner”) submits that he should be granted leave to intervene in the Applicant’s application for judicial review, as requested in his motion of October 16, 2014. The Privacy Commissioner satisfies the criteria used by the Federal Courts under Rule 109 for intervention. The Commissioner’s submissions can be of assistance to the Court having regard for the issues in the application: the potential application of various *Privacy Act* provisions and the interaction of the open court principle with provisions of the *Privacy Act* in the case of administrative tribunals.

2. The Applicant’s objections to the Commissioner’s proposed intervention all rest on unsound premises.

3. First, the Applicant objects to the Commissioner’s standing based on an overly narrow reading of the scope of the Commissioner’s mandate. Courts have repeatedly recognized the Privacy Commissioner’s standing to intervene in various judicial proceedings.

4. Second, there is no distinction in Rule 109 between different types of interventions. Importing such a distinction is not necessary to resolve the Commissioner's motion and would not favour the "just, most expeditious and least expensive" determination of the Commissioner's motion called for by Rule 3 of the *Federal Courts Rules*.

5. Third, nothing in the record supports the Applicant's speculation that the Commissioner is seeking to intervene to repeat and reinforce the respondent Canadian Transportation Agency (CTA)'s position in this judicial review application, or that of any Attorney General who might intervene.

6. The Commissioner submits that this motion does not require an oral hearing.

## **PART I - STATEMENT OF FACTS**

7. The Commissioner relies on the facts set out in the Affidavit of Patricia Kosseim filed in support of the Privacy Commissioner's motion for leave to intervene.

Affidavit of Patricia Kosseim ("Kosseim Affidavit"), paras. 3-21, Privacy Commissioner's Motion Record, ("Commissioner's Motion Record"), pp.3-8.

8. Insofar as the matters set out in Part I of the Applicant's Response to the Commissioner's motion for leave to intervene differ from those facts, they are denied.

9. The Commissioner notes that by order dated December 10, 2014, the Court dismissed the Applicant's motion to compel Ms. Kosseim to re-attend for cross examination to answer certain questions and to produce certain documents.

*Lukacs v. Canadian Transportation Agency*, 2014 FCA 292, at paras. 27-30, Commissioner's Reply, Tab 2-B.

## **PART II – ISSUE**

10. The issue in this motion is whether the Commissioner should be granted leave to intervene in this judicial review application.

## PART III – SUBMISSIONS

### A. Standing of the Commissioner to Seek Leave to Intervene

11. The Supreme Court of Canada has determined that the Commissioner's role under his enabling legislation is broad. Referring to the roles and responsibilities of the federal Information Commissioner and Privacy Commissioner, the Supreme Court noted that:

The Information Commissioner and the Privacy Commissioner benefit not only individuals who request access or object to disclosure, but also the Canadian public at large, by holding the government accountable for its information practices. As this Court has emphasized in the past the [Information and Privacy] Commissioners play a crucial role in the investigation, mediation, and resolution of complaints alleging the improper use or disclosure of information under government control...the role and responsibilities of the Commissioners extend even further to include promoting the values of access and privacy nationally and internationally, sponsoring research, and reviewing proposed legislation. (emphasis added)

*H.J. Heinz Co of Canada v. Canada (Attorney General)*, [2006] 1 S.C.R. 441, 2006 SCC 13, at para 34; see also paras. 36 (“The *Privacy Act* establishes a central role for the Privacy Commissioner in the protection of privacy rights”) and 63, Commissioner's Reply, Tab 2-C.

12. The Commissioner's broad mandate to promote the values of privacy and act for the benefit of Canadians in privacy law matters, in particular by way of participation as an intervener in proceedings concerning privacy rights, has been repeatedly recognized by the Courts. In this respect, the Courts have granted the Commissioner leave to intervene in various proceedings, including judicial review proceedings under s. 18.1 of the Federal Courts Act.

See, for example: *Monsieur A et Madame B v. Attorney General of Canada* (February 20, 2009), T-1256-08 (Order of Prothonotary Tabib) (judicial review of a decision of the Public Service Commission to disclose the Applicant's personal information), Commissioner's Reply, Tab 2-D; *Mr. Patrick Hollier v. Public Service Commission of Canada* (April 3, 2009), T-1659-08 Order of Justice de Montigny (judicial review of a decision of the Public Service Commission to disclose the Applicant's personal information), Commissioner's Reply, Tab 2-E.

See also numerous Supreme Court of Canada cases where the Privacy Commissioner was granted intervener status. For example: *Andrew Gordon Wakeling v. Attorney General of Canada et al*, 2014 SCC 72 (constitutionality of Canadian government sharing information with foreign states), *R. v. Spencer*, 2014 SCC 43 (whether Canadians have a reasonable expectation of privacy in subscriber information held by their Internet service provider); *Bernard v. Canada (Attorney General)*, 2014 SCC 13 (whether the employer's disclosure of employee home addresses and phone numbers without consent to a union is a “consistent use” under the *Privacy Act*); *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. U.F.C.W., Local 401*, [2013] 3 S.C.R. (whether Alberta's private sector data protection legislation violates s 2(b) of the Charter); *A.B. v. Bragg Communications Inc.*, 2012 SCC 46 (balance between the open court principle and an individual's privacy rights).

13. Furthermore, the Commissioner has been invited to participate as *amicus curiae* by the Court of Appeal of Ontario in a case dealing with privacy issues arising under federal privacy legislation.

*Royal Bank of Canada v. Trang*, 2014 ONCA 883; *Royal Bank of Canada v. Trang* (March 24, 2014), C57306 (Order of the Court of Appeal for Ontario), Commissioner's Reply Tab 2-F.

14. This Court has recognized a statutory body's implied authority to intervene in judicial proceedings related to the interpretation of legislation that the statutory body is mandated to enforce and administer.

*Apotex Inc. v. Eli Lilly and Co.*, 2005 FCA 203 (CanLII), para.13, Commissioner's Reply, Tab 2-G.

15. The Courts have recognized the Privacy Commissioner's authority to intervene in judicial proceedings. This is evidenced by the repeated and uniform granting of leave to intervene where the Commissioner has sought it, as well as the naming of the Commissioner as *amicus curiae* by the court itself.

16. It follows that the Court should reject the Applicant's argument at paragraphs 30 to 40 of his Written Representations that the Commissioner lacks standing to intervene in this judicial review application.

17. The case relied on by the Applicant does not support his argument. *Canada (Privacy Commissioner) v. Canada (Attorney General)* concerned the Commissioner's standing to bring a civil action for a declaration, not standing to intervene in a judicial review application.

18. For these reasons, it is submitted that the Commissioner has standing to seek leave to intervene in the present judicial review application.

## B. The Commissioner Meets the Criteria for Intervention

### i) The legal criteria for intervention

19. The criteria for granting leave to intervene in the Federal Courts are those set out in *Canadian Airlines international* or *Pictou Landing*. These criteria do not differ in substance from each other. Under either set of criteria, the Commissioner ought to be granted leave to intervene.

*Canadian Union of Public Employees (Airline Division) v. Canadian Airlines International*, [2000] F.C.J. No. 220, Applicant's Record, pp. 193-198; *Pictou Landing Band Council v. Canada (Attorney General)*, 2014 FCA 21, Applicant's Record, pp. 223-232.

20. The Court should reject the Applicant's invitation to complicate to the task of deciding whether to allow an intervention by introducing a distinction not found in Rule 109 between "added party" and "friend of the court" interventions.

21. This invitation relies on rules of civil procedure found in some provincial superior courts which expressly provide for such a distinction and thus compel those courts to engage in this additional step when deciding on motions for leave to intervene.

Applicant's Written Representations, paras. 47-50, Applicant's Record, pp.129-130.

22. Rule 109 does not require this additional step. Rule 3 establishes the general principle of interpreting and applying the Rules "so as to secure the just, most expeditious and least expensive determination of every proceeding on its merits." This principle would not be served by requiring such an additional step in the process of granting intervener status. The length and complexity of the Applicant's own arguments on the merits of the Commissioner's motion for leave to intervene are in themselves a strong indication that the interests promoted by Rule 3 would not be served by importing this distinction into Rule 109.

Applicant's Written Representations, paras. 50-83, Applicant's Record, pp. 130-139.

23. The Applicant nowhere points to any difficulty for the Federal Courts in dealing with intervention motions under Rule 109 in accordance with the existing criteria, nor to any positive advantage of invoking rigid distinctions where Rule 109 does not. For these



reasons, it is submitted that the Applicant's invitation to add complexity to the task of evaluating motions for leave to intervene should be rejected.

**ii) The Commissioner meets the criteria for intervention**

24. The Commissioner relies on the arguments in paragraphs 11 to 24 of his Written Representations in support of his motion for leave to intervene. The following submissions address only matters raised by the Applicant in his Written Representations that are not already covered by those of the Commissioner.

**(a) Commissioner's expertise and experience**

25. The Commissioner has uniformly been recognized by the Federal Courts and the Supreme Court of Canada as having expertise in the field of privacy law generally, including cases where the interaction of quasi-constitutional privacy legislation with constitutional rights has been at issue. This application involves, among other matters, such an interaction. The facts set out in the Kosseim Affidavit are sufficient to establish that the Commissioner possesses experience and expertise that would assist the Court in the way set out in his motion. The Applicant's argument that the Commissioner can add nothing because the Applicant has raised a constitutional issue should therefore be rejected.

See cases cited above at paras.12-13.

26. The Applicant's reliance on *State Farm Mutual* is misplaced. *State Farm Mutual* was a judicial review application of a decision by the then Commissioner on the scope of her jurisdiction. The passage cited by the Applicant occurs in the course of the reviewing court's consideration of the standard of review to be applied on judicial review of the Commissioner's decision. It does not speak to the issue of whether the Commissioner has expertise to offer for the purposes of motions for leave to intervene.

*State Farm Mutual Automobile Insurance Co. v. Canada (Privacy Commissioner)* 2010 FC 736, paras. 87-91, *Applicant's Record*, Tab 18, p.257; Applicant's Written Representations, para. 78.

**(b) The Commissioner does not “represent” any interest already before the Court**

27. The Commissioner does not represent an interest already before the Court. In his memorandum of fact and law, the Applicant seeks to have the CTA’s decision to withhold certain personal information from him quashed. In its memorandum, the CTA seeks to have its decision upheld. The Commissioner proposes to intervene to assist the Court with submissions on the interpretation of relevant provisions of the *Privacy Act* which the Applicant and the Respondent rely on. The object of the Commissioner’s proposed intervention is not to bolster either party’s position on whether the CTA’s decision should be quashed.

Kosseim Affidavit, *supra*; Commissioner’s Written Representations, *supra*.

28. As noted in the Kosseim Affidavit and the Commissioner’s Written Representations, the courts have uniformly found submissions of this nature by the Commissioner to be useful in dealing with privacy law matters, based on the Commissioner’s experience and expertise in this field and his role in promoting privacy.

29. The Kosseim Affidavit clearly indicates that the Privacy Commissioner does not seek to intervene to represent any particular party’s position in this matter. The Applicant is incorrect in his assumption that the Commissioner intends to intervene to try and “argue the Agency’s position better than the Agency does”, or to support any Attorney General’s position, should an Attorney General choose to intervene in the application.

Kosseim Affidavit, paragraph 23, Commissioner’s Motion Record, p. 8; Applicant’s Written Representations, paras. 74 and 83, Applicant’s Record, pp.136 and 138.

30. For the reasons set out above and in the Commissioner’s Written Representations, the Court would benefit from the nature of the submissions the Commissioner proposes to make as an intervener.

**(c) The interests of justice would be served by the Commissioner's intervention**

31. There is no reason to consider that the Applicant would be unduly burdened by the Commissioner's proposed intervention. The nature and scope of the Applicant's response, if any, to an intervention by the Commissioner will be determined by this Court's order dealing with the Commissioner's present motion and by the Commissioner's submissions.

**C. Oral Hearing of this Motion**

32. The Commissioner submits that the Applicant has not shown any ground to depart from the normal course of dealing with motions in the Court of Appeal in writing. No conflict in case law needs to be resolved and an oral hearing could unduly delay the disposition of the Commissioner's motion and the hearing of the merits of this judicial review application.

**CONCLUSION**

33. The Commissioner submits that he should be granted leave to intervene for the reasons set out here and in his Written Representations.

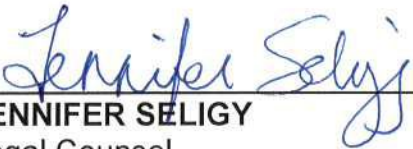
**PART IV – ORDER SOUGHT**

34. The Commissioner seeks an order granting him leave to intervene in accordance with his motion dated October 16, 2014 on the following terms:

- (a) that the Commissioner may serve and file a memorandum of fact and law ("memorandum") up to fifteen (15) pages in length addressing issues of the interpretation and application of the *Privacy Act* relating to whether the CTA's decision herein should be set aside;

- (b) that the Commissioner's memorandum be filed within twenty (20) days after the Court renders its decision on the Commissioner's motion for leave to intervene;
- (c) that the Commissioner shall not add evidence to the record now before the Court;
- (d) the Commissioner shall have the right to make oral submissions on the matters dealt with in his memorandum of twenty (20) minutes in length at the hearing of the Applicant's judicial review application;
- (e) there should be no costs awarded to or against the Commissioner on this motion or in respect of his intervention.

All of which is respectfully submitted this 23<sup>rd</sup> day of January 2015.



---

**JENNIFER SELIGY**

Legal Counsel  
Office of the Privacy  
Commissioner of Canada  
30 Victoria St.  
Gatineau, Quebec K1A 1H3

Tel. (direct): (819) 994-5910  
Fax: (819) 994-5863

E-mail: [Jennifer.seligy@priv.gc.ca](mailto:Jennifer.seligy@priv.gc.ca)

Legal Counsel for the Privacy  
Commissioner of Canada

## PART V – LIST OF AUTHORITIES

### STATUTES and REGULATIONS

<u>TAB</u>	
2-A.	<i>Federal Courts Rules</i> , SOR/98-106, Rules 3 and 109.

### AUTHORITIES

<u>TAB</u>	
2-B.	<i>Lukacs v. Canadian Transportation Agency</i> , 2014 FCA 292.
2-C.	<i>H.J. Heinz Co of Canada v. Canada (Attorney General)</i> , [2006] 1 S.C.R. 441, 2006 SCC 13.
2-D.	<i>Monsieur A et Madame B v. Attorney General of Canada</i> (February 20, 2009), T-1256-08 (Order of Prothonotary Tabib).
2-E.	<i>Mr. Patrick Hollier v. Public Service Commission of Canada</i> (April 3, 2009), T-1659-08 Order of Justice de Montigny.
2-F.	<i>Royal Bank of Canada v. Trang</i> (March 24, 2014), C57306 (Order of the Court of Appeal for Ontario).
2-G.	<i>Apotex Inc. v. Eli Lilly and Co.</i> , 2005 FCA 203 (CanLII).
	<i>Canadian Union of Public Employees (Airline Division) v. Canadian Airlines International</i> , [2000] F.C.J. No. 220, <b>Applicant's Record</b> , pp. 193-198.
	<i>Pictou Landing Band Council v. Canada (Attorney General)</i> , 2014 FCA 21, <b>Applicant's Record</b> , pp. 223-232.
	<i>State Farm Mutual Automobile Insurance Co. v. Canada (Privacy Commissioner)</i> 2010 FC 736, <b>Applicant's Record</b> , pp.237-286.
Listed only as a reference	
	<i>Andrew Gordon Wakeling v. Attorney General of Canada et al</i> , 2014 SCC 72.
	<i>R. v. Spencer</i> , 2014 SCC 43.
	<i>Bernard v. Canada (Attorney General)</i> , 2014 SCC 13.
	<i>Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. U.F.C.W., Local 401</i> , [2013] 3 S.C.R. 733.
	<i>A.B. v. Bragg Communications Inc.</i> , 2012 SCC 46.
	<i>Royal Bank of Canada v. Trang</i> , 2014 ONCA 883.

<p><b><i>Règles des Cours fédérales, DORS/98-106, règle 3 et 109.</i></b></p>	<p><b><i>Federal Courts Rules, SOR/98-106, rule 3 and 109.</i></b></p>
<p><b>Principe général</b></p>	<p><b>General principle</b></p>
<p>3. Les présentes règles sont interprétées et appliquées de façon à permettre d'apporter une solution au litige qui soit juste et la plus expéditive et économique possible.</p>	<p>3. These Rules shall be interpreted and applied so as to secure the just, most expeditious and least expensive determination of every proceeding on its merits.</p>
<p><b>Autorisation d'intervenir</b></p>	<p><b>Leave to intervene</b></p>
<p>109. (1) La Cour peut, sur requête, autoriser toute personne à intervenir dans une instance.</p>	<p>109. (1) The Court may, on motion, grant leave to any person to intervene in a proceeding.</p>
<p><b>Avis de requête</b></p>	<p><b>Contents of notice of motion</b></p>
<p>(2) L'avis d'une requête présentée pour obtenir l'autorisation d'intervenir :</p>	<p>(2) Notice of a motion under subsection (1) shall</p>
<p>a) précise les nom et adresse de la personne qui désire intervenir et ceux de son avocat, le cas échéant;</p>	<p>(a) set out the full name and address of the proposed intervener and of any solicitor acting for the proposed intervener; and</p>
<p>b) explique de quelle manière la personne désire participer à l'instance et en quoi sa participation aidera à la prise d'une décision sur toute question de fait et de droit se rapportant à l'instance.</p>	<p>(b) describe how the proposed intervener wishes to participate in the proceeding and how that participation will assist the determination of a factual or legal issue related to the proceeding.</p>
<p><b>Directives de la Cour</b></p>	<p><b>Directions</b></p>
<p>(3) La Cour assortit l'autorisation d'intervenir de directives concernant :</p>	<p>(3) In granting a motion under subsection (1), the Court shall give directions regarding</p>
<p>a) la signification de documents;</p>	<p>(a) the service of documents; and</p>
<p>b) le rôle de l'intervenant, notamment en ce qui concerne les dépens, les droits d'appel et toute autre question relative à la procédure à suivre.</p>	<p>(b) the role of the intervener, including costs, rights of appeal and any other matters relating to the procedure to be followed by the intervener.</p>

Federal Court of Appeal



Cour d'appel fédérale

Date: 20141210

Docket: A-218-14

Citation: 2014 FCA 292

Present: STRATAS J.A.

BETWEEN:

DR. GÁBOR LUKÁCS

Applicant

and

CANADIAN TRANSPORTATION AGENCY

Respondent

Dealt with in writing without appearance of parties.

Order delivered at Ottawa, Ontario, on December 10, 2014.

REASONS FOR ORDER BY:

STRATAS J.A.

Federal Court of Appeal



Cour d'appel fédérale

Date: 20141210

Docket: A-218-14

Citation: 2014 FCA 292

Present: STRATAS J.A.

Docket:A-218-14

BETWEEN:

DR. GÁBOR LUKÁCS

Applicant

and

CANADIAN TRANSPORTATION AGENCY

Respondent

**REASONS FOR ORDER****STRATAS J.A.****A. Introduction**

[1] These reasons concern two motions:

- The Privacy Commissioner of Canada moves to intervene in this application under Rule 109 of the *Federal Courts Rules*, SOR/98-106.



- The applicant moves for dismissal of the Privacy Commissioner's motion to intervene because of his conduct during the cross-examination of the Privacy Commissioner's affiant.

[2] In its November 14, 2014 Order, this Court advised the parties that it would determine the applicant's motion first, and then it would determine the Privacy Commissioner's motion to intervene.

[3] All materials have been filed for the motions. Both are ready to be determined. I have considered the motions in the sequence mandated by the November 14, 2014 Order, though, as will be seen, these reasons shall deal with them in reverse sequence. As will be seen, my reasoning concerning the Privacy Commissioner's motion to intervene affects my determination of the applicant's motion.

[4] For the reasons given below, I allow the Privacy Commissioner's motion to intervene on terms. I dismiss the applicant's motion to dismiss and for other relief.

**B. The motion to intervene in this application****(1) The nature of the application and the *Privacy Act* issues in it**

[5] In this application, the applicant challenges the decision of the Canadian Transportation Agency not to disclose certain documents to the applicant during the course of a proceeding. In its reasons, the Agency relied in part upon the *Privacy Act*, R.S.C. 1985, c. P-21.

[6] The applicant contests the Agency's refusal to disclose, submitting, among other things, that the *Privacy Act* does not trump the open court principle.

[7] In this motion, the Privacy Commissioner says he will be able to assist the Court in its analysis of the *Privacy Act* and how it applies to the issues in this application. In particular, the Privacy Commissioner says that he can make a valuable contribution in the application by addressing the Court on three issues concerning the *Privacy Act*.

- Is personal information provided to the Agency in the course of adjudicative proceedings “publicly available information” within the meaning of subsection 69(2) of the *Privacy Act* and, therefore, not subject to the limitations on disclosure set out in section 8 of the *Privacy Act*?
- Can the Agency disclose, without consent, personal information provided to it in the course of adjudicative proceedings, in accordance with one or more of the

exceptions to the requirement of consent set out in paragraphs 8(2)(a), 8(2)(b), or 8(2)(m) of the *Privacy Act*?

- In light of the open court principle, are the limitations on disclosure imposed by the *Privacy Act* contrary to subsection 2(b) of the Charter and not justified under section 1?

**(2) The test for intervention under Rule 109**

[8] The Privacy Commissioner submits that in determining its motion for leave to intervene, the Court should follow the test for intervention that was first set out in *Rothmans, Benson & Hedges Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1990] 1 F.C. 90 (C.A.).

[9] As the applicant notes, recently I suggested that this test is outmoded, does not meet the exigencies of modern litigation, and is, in some respects, illogical: *Pictou Landing Band Council v. Canada (Attorney General)*, 2014 FCA 21, 456 N.R. 365 at paragraph 11. In *Pictou*, I reformulated the test to better implement some of the more central concerns that the *Rothmans, Benson & Hedges* factors were meant to address and to meet modern litigation challenges in the Federal Courts.

[10] In *Pictou*, I held that the test to be applied is as follows (at paragraph 11):

I. Has the proposed intervener complied with the specific procedural requirements in Rule 109(2)? Is the evidence offered in support detailed and well-particularized? If the answer to either of these questions is no, the Court cannot adequately assess the remaining considerations and so it must deny intervener

status. If the answer to both of these questions is yes, the Court can adequately assess the remaining considerations and assess whether, on balance, intervener status should be granted.

II. Does the proposed intervener have a genuine interest in the matter before the Court such that the Court can be assured that the proposed intervener has the necessary knowledge, skills and resources and will dedicate them to the matter before the Court?

III. In participating in this appeal in the way it proposes, will the proposed intervener advance different and valuable insights and perspectives that will actually further the Court's determination of the matter?

IV. Is it in the interests of justice that intervention be permitted? For example, has the matter assumed such a public, important and complex dimension that the Court needs to be exposed to perspectives beyond those offered by the particular parties before the Court? Has the proposed intervener been involved in earlier proceedings in the matter?

V. Is the proposed intervention inconsistent with the imperatives in Rule 3, namely securing "the just, most expeditious and least expensive determination of every proceeding on its merits"? Are there terms that should be attached to the intervention that would advance the imperatives in Rule 3?

### **(3) Applying the test for intervention**

[11] In my view, all of these factors are met in this case.

[12] The Privacy Commissioner has complied with the Rules and this Court is fully empowered on this record to decide this motion.

[13] I am satisfied that the Privacy Commissioner has the necessary knowledge, skills and resources and will dedicate them to the matter before the Court.

[14] I am also satisfied that the Privacy Commissioner will advance different and valuable insights and perspectives that will actually further the Court's determination of the matter.

[15] The Privacy Commissioner can make a valuable contribution to this Court's consideration of the issues set out in paragraph 7, above.

[16] In this case, the need for the Privacy Commissioner's contribution is heightened by the fact at present there is only one party completely free to speak on the *Privacy Act* issues before the Court, namely the applicant.

[17] The only other party in the application, the Agency, is also present. But the Agency is in an awkward position, not entirely free to speak to the matter. In its reasons for decision, the Agency expressed its views on the interpretation and application of the *Privacy Act*. On those things, it is now *functus officio*. In this Court, where its decision is under review, the Agency must be careful not to illegitimately bootstrap its reasons by augmenting the *Privacy Act* analysis: *United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America, Local 1386 v. Bransen Construction Ltd.*, 2002 NBCA 27, 39 Admin. L.R. (3d) 1 at paragraphs 26 and 33. While a decision-maker can potentially appear in a judicial review of its own decision (typically as an intervener), it can face restrictions on the submissions it can make: *Canada (Attorney General) v. Quadrini*, 2010 FCA 246.

[18] In my view, the issues before the Court concerning the *Privacy Act*, summarized above, are complex and deserve a full, unrestricted airing by opposing parties. This strongly favours allowing the Privacy Commissioner into this application as an intervener.

[19] The next consideration is the public interest dimension. I have nothing before me to suggest that this application has assumed a significant public interest dimension. Further, the Privacy Commissioner was not involved in the matter before the Agency. However, I note that the public interest in decisions of this Court being respected will be furthered by the involvement of the Privacy Commissioner. Determinations of technical issues of interpretation of the *Privacy Act* should be grounded on the best insights available and the Privacy Commissioner is a party with much insight in this area. The Privacy Commissioner has repeatedly demonstrated this in many high profile interventions in appellate courts, including the Supreme Court of Canada.

[20] The final consideration is whether the proposed intervention is inconsistent with the imperatives in Rule 3, namely securing “the just, most expeditious and least expensive determination of every proceeding on its merits.” In this case, while the Privacy Commissioner could have moved earlier, he is not unduly disrupting the progress of this matter. Further, the Privacy Commissioner is prepared to be bound by the evidentiary record before this Court.

[21] Overall, then, I will grant the Privacy Commissioner’s motion.

[22] Under Rule 109(3), I am empowered to give directions concerning the intervention. Under Rule 53, I may make an order on terms.

[23] The Privacy Commissioner may file a memorandum of fact and law on the issues of interpretation and application of the *Privacy Act*, bearing in mind that this is a judicial review of the Agency's decision. The memorandum of fact and law may be no more than fifteen pages and shall be filed no later than twenty days following the date of the Order granting it leave to intervene.

[24] As a term of granting the Privacy Commissioner the right to intervene and file a memorandum, I shall allow the applicant to file a memorandum of no more than fifteen pages only in response to the intervener's submissions. This memorandum shall be filed within twenty days of the service of the Privacy Commissioner's memorandum.

[25] The Privacy Commissioner shall not add to the evidentiary record. The Privacy Commissioner shall not seek costs or be awarded costs.

[26] The Privacy Commissioner shall have the right to make oral submissions at the hearing of the application of no more than twenty minutes. The panel hearing the application, of course, may amend this as it sees fit.

**C. The applicant's motion to dismiss the intervention motion**

[27] I now address the applicant's motion seeking the dismissal of the Privacy Commissioner's motion to intervene or seeking other lesser relief. The applicant bases his motion on Rule 97(d) (dismissal of a motion for failure to answer a proper question on cross-

examination). He submits that the Privacy Commissioner improperly refused to permit its affiant to answer questions on cross-examination.

[28] The applicant asked questions aimed at finding out the particular submissions the Commissioner was going to make at the hearing of the application, including the extent to which, with particularity, those submissions would be different from those of the Agency. In my view, while the questions were directed at a relevant issue, they sought information that was not material to the motion. The Court simply does not need the level of particularity sought by the applicant in his questions.

[29] Suppose for a moment that the Privacy Commissioner's affiant answered the applicant's questions by saying that it had not yet worked out with particularity its submissions. Would that affect my analysis? Not at all. The factors overwhelmingly point to granting the Privacy Commissioner the right to intervene.

[30] Other questions posed by the applicant, such as when and how the Privacy Commissioner became aware of this matter, are irrelevant to the legal test I have applied.

#### **D. Miscellaneous issues**

[31] The Registry seeks direction on whether the respondent's record in the application can be filed. The applicant objects on the basis that it is late. In the circumstances proven in the record



before me, the lateness is fully explained and I exercise my discretion in favour of granting an extension of time and permitting the record to be filed.

**E. Disposition of the motions**

[32] Therefore, I grant the Privacy Commissioner's motion to intervene on terms and I dismiss the applicant's motion. There shall be no costs awarded on these motions.

"David Stratas"

---

J.A.

**FEDERAL COURT OF APPEAL**

NAMES OF COUNSEL AND SOLICITORS OF RECORD

**DOCKET:** A-218-14

**STYLE OF CAUSE:** DR. GÁBOR LUKÁCS v.  
CANADIAN TRANSPORTATION  
AGENCY

**MOTION DEALT WITH IN WRITING WITHOUT APPEARANCE OF PARTIES**

**REASONS FOR ORDER BY:** STRATAS J.A.

**DATED:** DECEMBER 10, 2014

**WRITTEN REPRESENTATIONS BY:**

Dr. Gábor Lukacs ON HIS OWN BEHALF

Odette Lalumière FOR THE RESPONDENT

**SOLICITORS OF RECORD:**

Legal Services Branch FOR THE RESPONDENT  
Canadian Transportation Agency

**Attorney General of Canada** *Appellant*

v.

**H.J. Heinz Company of Canada Ltd.** *Respondent*

and

**Information Commissioner of Canada** *Intervener*

**INDEXED AS: H.J. HEINZ CO. OF CANADA LTD. v. CANADA (ATTORNEY GENERAL)**

**Neutral citation: 2006 SCC 13.**

File No.: 30417.

2005: November 7; 2006: April 21.

Present: McLachlin C.J. and Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish and Abella JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

*Access to information — Exemptions — Personal information — Third party information — Review by Federal Court — Application by third party under s. 44 of Access to Information Act for review of government institution's decision to disclose record — Whether third party can raise exemption for personal information on s. 44 review — Access to Information Act, R.S.C. 1985, c. A-1, ss. 19, 20(1), 44.*

A federal agency received a request under the *Access to Information Act* (“*Access Act*”) for access to certain records pertaining to the respondent company, a third party within the meaning of the Act. The agency determined that some of the records might contain confidential business or scientific information, as described in s. 20(1) of the Act, and requested, pursuant to ss. 27 and 28, that the company make representations as to why the information should not be disclosed. The company submitted its representations and after reviewing them, the agency concluded that the records should be disclosed, subject to certain redactions. The company commenced a review proceeding pursuant to s. 44 of the *Access Act* and, in addition to the confidential business information

**Procureur général du Canada** *Appelant*

c.

**Compagnie H.J. Heinz du Canada ltée** *Intimée*

et

**Commissaire à l'information du Canada** *Intervenant*

**RÉPERTORIÉ : CIE H.J. HEINZ DU CANADA LTÉE c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)**

**Référence neutre : 2006 CSC 13.**

N° du greffe : 30417.

2005 : 7 novembre; 2006 : 21 avril.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish et Abella.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

*Accès à l'information — Exceptions — Renseignements personnels — Renseignements concernant un tiers — Révision par la Cour fédérale — Tiers exerçant un recours fondé sur l'art. 44 de la Loi sur l'accès à l'information en vue de faire réviser la décision d'une institution fédérale de communiquer un document — Le tiers peut-il invoquer l'exception des renseignements personnels lors d'une révision fondée sur l'art. 44? — Loi sur l'accès à l'information, L.R.C. 1985, ch. A-1, art. 19, 20(1), 44.*

Un organisme fédéral a reçu une demande fondée sur la *Loi sur l'accès à l'information* (« *LAI* ») en vue d'obtenir la communication de documents relatifs à la compagnie intimée, un tiers au sens de cette loi. L'organisme a jugé que certains documents pourraient contenir des renseignements commerciaux ou scientifiques et, conformément aux art. 27 et 28, il a demandé à la compagnie de lui présenter des observations sur les raisons qui justifieraient un refus de communication. La compagnie a présenté ses observations et, après les avoir examinées, l'organisme a conclu que les documents devaient être communiqués sous réserve de certaines modifications. La compagnie a exercé un

exemption, sought to raise the personal information exemption set out in s. 19 of the Act. The application judge concluded that the company could raise the s. 19 exemption on a s. 44 review and ordered the severance of certain records containing personal information. The Federal Court of Appeal upheld the decision.

*Held* (McLachlin C.J. and Bastarache and LeBel JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

*Per* Binnie, Deschamps, Fish and Abella JJ.: A third party may raise the exemption for personal information set out in s. 19 of the *Access Act* in a s. 44 review. The plain language of the statute, together with the legislative context and combined purposes of the *Access Act* and the *Privacy Act*, provides ample foundation for this conclusion. [22-46]

It is apparent from the scheme and legislative histories of the *Access Act* and the *Privacy Act* that the combined purpose of the two statutes is to strike a careful balance between privacy rights and the right of access to information. However, within this balanced scheme, the Acts afford greater protection to personal information. By imposing stringent restrictions on the disclosure of personal information, Parliament clearly intended that no violation of privacy rights should occur. Where a third party becomes aware that a government institution intends to disclose a record containing personal information, nothing in the plain language of ss. 28, 44 and 51 of the *Access Act* prevents the third party from raising this concern by applying for review. These sections do not limit the court's discretion to a consideration of the s. 20(1) exemption. Furthermore, s. 44 is the sole mechanism under either the *Access Act* or the *Privacy Act* by which a third party can draw the court's attention to an intended disclosure of personal information in violation of s. 19 of the *Access Act*, and by which it can seek an effective remedy on behalf of others whose privacy is at stake. While the Privacy Commissioner and the Information Commissioner play a central role in the access to information and privacy scheme and have extensive responsibilities, their role is limited by an inability to issue injunctive relief or to prohibit a government institution from disclosing information. A reviewing court is in a position to prevent harm from being committed and the statutory scheme imposes no legal barrier to prevent the court from intervening. An interpretation of s. 44 that forces an individual to

recours en révision conformément à l'art. 44 *LAI* et a cherché à invoquer l'exception des renseignements personnels énoncée à l'art. 19 *LAI*, en plus de celle des renseignements commerciaux confidentiels. La juge des requêtes a conclu que la compagnie pouvait, dans le cadre d'une révision fondée sur l'art. 44, invoquer l'exception des renseignements personnels prévue à l'art. 19 et elle a ordonné le prélèvement de certains documents contenant des renseignements personnels. La Cour d'appel fédérale a confi

*Arrêt* (la juge en chef McLachlin et les juges Bastarache et LeBel sont dissidents) : Le pourvoi est rejeté.

*Les* juges Binnie, Deschamps, Fish et Abella : Un tiers peut invoquer l'exception des renseignements personnels énoncée à l'art. 19 *LAI* dans le cadre d'une révision fondée sur l'art. 44. Le libellé clair du texte législatif, conjugué au contexte et aux objets combinés de la *LAI* et de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* (« *LPRP* »), justifie amplement cette conclusion. [22-46]

Il ressort de l'économie et des historiques de la *LAI* et de la *LPRP* que les deux lois ont pour objet conjugué d'établir un juste équilibre entre le droit à la vie privée et le droit d'accès à l'information. Toutefois, dans ce régime équilibré, les lois en question accordent une plus grande protection aux renseignements personnels. En imposant des restrictions rigoureuses à la divulgation de renseignements personnels, le législateur a clairement voulu empêcher toute atteinte à cet aspect du droit à la vie privée. Lorsqu'un tiers apprend qu'une institution fédérale a l'intention de communiquer un document contenant des renseignements personnels, rien dans le libellé clair des art. 28, 44 et 51 *LAI* ne l'empêche de soulever cette question au moyen d'un recours en révision. Ces articles ne limitent pas le pouvoir discrétionnaire de la cour à l'examen de l'exception prévue au par. 20(1). En outre, l'art. 44 est le seul mécanisme de la *LAI* ou de la *LPRP* qui permet à un tiers de signaler à la cour que l'on entend divulguer des renseignements personnels contrairement à l'art. 19 *LAI*, et qui lui permet de demander une réparation efficace au nom d'autres personnes dont le droit à la vie privée est susceptible d'être compromis. Bien que le Commissaire à la protection de la vie privée et le Commissaire à l'information jouent un rôle primordial dans le régime d'accès à l'information et de protection des renseignements personnels, et qu'ils aient d'importantes responsabilités, leur rôle est limité en raison de leur incapacité de prononcer une injonction ou d'interdire à une institution fédérale de divulguer des renseignements. La cour qui effectue un contrôle est en mesure d'empêcher un préjudice et le

wait until the personal information is disclosed and the damage is done, or that imposes an onerous burden on the person seeking to avert the harm, fails to give proper content to the right to privacy and also fails to satisfy the clear legislative goals underlying the *Access Act* and the *Privacy Act*. A narrow interpretation of s. 44 would weaken the protection of personal information and dilute the right to privacy. [2] [31-35] [45] [63]

Although a review under s. 44 of the *Access Act* is triggered by a third party's right to notice where requested records may contain confidential information, Parliament's failure to provide a similar notice where personal information is involved does not indicate that the legislature intended that s. 19 should be unavailable on a s. 44 review. The right to notice accorded to third parties follows logically from the specific nature of the confidential business information exemption and does not limit the right of review provided for in s. 44. First, in the case of confidential business information, the assistance of the third party is necessary for the government institution to know how, or if, the third party treated the information as confidential. Second, the mandatory nature of s. 19 precludes the need for a notice provision. Under the *Access Act*, notice is a right intended to enable a party to contest the release of information and is therefore required only where the statute contemplates the possibility of making information public, as is the case with confidential business information under s. 20(1). In the specific circumstances in which the *Access Act* does authorize the disclosure of personal information, a notice provision is either superfluous or has in fact been provided for in the legislative scheme (s. 8(5) of the *Privacy Act*). Given the underlying presumption that personal information will not be disclosed as well as the paramount importance of individual privacy, it would be absurd not to allow third parties to use the mechanism provided for by the legislature to prevent a violation of the spirit and the letter of the *Access Act* and the *Privacy Act*. Allowing the company to raise the s. 19 exemption on a s. 44 review does not create a "second tier" of third parties, but allows the only third party who has access to s. 44 to use this remedy to prevent harm from occurring needlessly. [41] [50-58]

*Per* McLachlin C.J. and Bastarache and LeBel JJ. (dissenting): A third party cannot raise the s. 19

régime législatif n'impose aucun obstacle à son intervention. Une interprétation de l'art. 44 qui oblige un individu à attendre que les renseignements personnels soient divulgués et que le préjudice soit causé, ou qui impose un lourd fardeau à la personne qui tente d'éviter le préjudice en question, ne donne pas un sens concret au droit à la vie privée et ne respecte pas non plus les objectifs clairs qui sous-tendent la *LAI* et la *LPRP*. Une interprétation restrictive de l'art. 44 affaiblirait la protection des renseignements personnels et diluerait le droit à la vie privée. [2] [31-35] [45] [63]

Bien que le droit du tiers d'être informé lorsque les documents demandés sont susceptibles de contenir des renseignements commerciaux confidentiels ouvre la porte à la révision fondée sur l'art. 44 *LAI*, l'omission du législateur de prescrire un avis semblable lorsqu'il est question de renseignements personnels n'indique pas que celui-ci voulait empêcher que l'art. 19 puisse être invoqué dans le cadre d'une révision fondée sur l'art. 44. Le droit à un avis conféré aux tiers est la conséquence logique de la nature particulière de l'exception des renseignements commerciaux confidentiels et ne limite pas le droit de révision prévu à l'art. 44. Premièrement, en ce qui concerne les renseignements commerciaux confidentiels, l'institution fédérale a besoin de l'aide du tiers pour savoir si celui-ci considère que les renseignements sont confidentiels ou pour connaître le traitement que le tiers leur a réservé. Deuxièmement, le caractère impératif de l'art. 19 écarte la nécessité d'une disposition exigeant de donner avis. L'avis prévu à la *LAI* est un droit destiné à permettre à une partie de contester la divulgation de renseignements, et il n'est donc requis que dans le cas où la Loi prévoit la possibilité de publier des renseignements, comme c'est le cas des renseignements commerciaux confiés. Dans les cas particuliers où la *LAI* autorise la divulgation de renseignements personnels, une disposition exigeant de donner avis est superflue dans le régime législatif (par. 8(5) *LPRP*). Compte tenu de cette présomption fondamentale de non-divulgation des renseignements personnels, ainsi que de l'importance cruciale de la protection de la vie privée des individus, il serait absurde de ne pas permettre à des tiers de recourir au mécanisme prescrit par le législateur pour empêcher une contravention à l'esprit et à la lettre de la *LAI* et de la *LPRP*. Permettre à la compagnie d'invoquer l'exception de l'art. 19 dans le cadre d'une révision fondée sur l'art. 44 ne crée pas une « deuxième catégorie » de tiers, mais revient à autoriser le seul tiers qui peut invoquer l'art. 44 à utiliser ce recours pour empêcher qu'un préjudice inutile soit causé. [41] [50-58]

*La* juge en chef McLachlin et les juges Bastarache et LeBel (dissidents) : Un tiers ne peut pas invoquer

exemption for personal information on a s. 44 review. In interpreting s. 44 of the *Access Act*, it is necessary to preserve the integrity of the mechanism Parliament has selected. In order to balance the competing rights of access and privacy, Parliament has selected a complaint and investigation process. Where the personal information of individuals is improperly disclosed, those individuals can bring a complaint to the Privacy Commissioner under s. 29 of the *Privacy Act*. There is no notice provision prior to the disclosure of a requested record that might contain exempted personal information, nor does the unlawful disclosure of exempted personal information give rise to a right of judicial review under the *Access Act* or the *Privacy Act*. By virtue of ss. 27, 28 and 29 of the *Access Act*, the legislative scheme provides notice prior to the actual disclosure only where the requested record may contain confidential business information. Since the right to bring a s. 44 review flows from the notice a third party receives because of the believed presence of confidential business information in the requested record, considered in its proper statutory context, s. 44 has nothing to do with the s. 19 exemption. The structure of the *Access Act* and of the *Privacy Act* suggests that Parliament intended that the protection of personal information be assured exclusively by the Offi

In order to give effect to the legislative intent, the complaint and investigation process contained in s. 29 must be respected. [94-97] [106] [108] [123]

Unless the opportunity to raise exemptions at a s. 44 review proceeding is limited to the s. 20 exemption for confidential business information, third parties who have received notice pursuant to s. 28(1)(b) will be afforded an opportunity to raise the s. 19 exemption for personal information in circumstances where no comparable right exists for a third party claiming only that the record contains personal information belonging to it. The effect of the proposed extension of the s. 44 review would be to create two categories of third parties: those who have relevant confidential business information and those who do not. Such a result would be absurd insofar as it would allow greater protection of certain individuals' personal information, depending on the possible application of s. 20. There is no basis for such a two-tiered system in either the *Access Act* or the *Privacy Act*. Furthermore, that right of review may not even belong to the individual whose personal information actually appears in the requested record. In the present case, only the company has the right to apply

l'exception des renseignements personnels prévue à l'art. 19 dans le cadre d'une révision fondée sur l'art. 44. Pour interpréter l'art. 44 *LAI*, il est nécessaire de préserver l'intégrité du mécanisme que le législateur a choisi. Pour concilier les droits opposés en matière d'accès à l'information et de protection de la vie privée, le législateur a choisi un processus de plainte et d'enquête. Dans le cas où les renseignements personnels d'individus sont divulgués illicitement, l'art. 29 *LPRP* autorise les individus concernés à porter plainte auprès du Commissaire à la protection de la vie privée. Aucune disposition n'oblige à donner préavis de la communication d'un document susceptible de contenir des renseignements personnels visés par une exemption, et la divulgation illicite de renseignements personnels visés par une exemption ne donne pas non plus naissance au droit à un contrôle judiciaire fondé sur la *LAI* ou la *LPRP*. En vertu des art. 27, 28 et 29 *LAI*, le régime législatif ne prescrit un avis préalable à la communication que dans le cas où le document demandé peut contenir des renseignements commerciaux confidentiels. Étant donné que le droit d'exercer le recours en révision prévu à l'art. 44 découle de l'avis que le tiers reçoit parce que le document demandé est susceptible de contenir des renseignements commerciaux confidentiels, l'art. 44, situé dans son contexte législatif, n'a rien à voir avec l'exception prévue à l'art. 19. La structure de la *LAI* et de la *LPRP* indique que le législateur a voulu que la protection des renseignements personnels relève exclusivement du Commissariat à la protection de la vie privée. Pour mettre à exécution l'intention du législateur, il faut respecter l'intégrité du processus de plainte et d'enquête prévu à l'art. 29. [94-97] [106] [108] [123]

À moins que la seule exception qui puisse être invoquée dans un recours en révision fondé sur l'art. 44 soit celle des renseignements commerciaux confidentiels prévue à l'art. 20, les tiers ayant été avisés conformément à l'al. 28(1)(b) pourront invoquer l'exception des renseignements personnels prévue à l'art. 19 dans des cas où le tiers qui affirme seulement que le document contient des renseignements personnels le concernant ne possède aucun droit comparable. L'élargissement proposé de la portée de la révision fondée sur l'art. 44 aurait pour effet de créer deux catégories de tiers : ceux qui possèdent des renseignements commerciaux confidentiels pertinents et ceux qui ne possèdent pas de tels renseignements. Un tel résultat serait absurde dans la mesure où les renseignements personnels de certains individus pourraient bénéficier d'une protection accrue en fonction de la possibilité d'appliquer l'art. 20. Rien dans la *LAI* ou dans la *LPRP* ne justifie un tel système à deux vitesses. De plus, ce droit de révision n'appartient peut-être même pas à l'individu dont

for a review, notwithstanding that the personal information contained in the record actually belongs to its employees. While both the *Access Act* and the *Privacy Act* expressly allow an authorized agent to bring complaints to the Information Commissioner or to the Privacy Commissioner, respectively, s. 44 does not so provide. [98-102] [107]

Although a third party cannot raise the s. 19 exemption on a s. 44 review, where a government institution acts without or beyond its jurisdiction, it remains open to a party directly affected by the decision to bring an application for judicial review pursuant to s. 18.1 of the *Federal Courts Act*. The decision of the government institution to disclose the requested record is reviewable for jurisdictional error, and the remedy of prohibition is available. The Federal Court judge hearing the judicial review application will only decline to exercise his jurisdiction if satisfi provides an adequate alternative remedy. Here, the statutory scheme does not provide the company with an adequate alternative remedy. [108] [114] [117-118]

In view of the critical differences between the two proceedings, there are valid reasons for refusing to collapse a s. 18.1 review within a s. 44 review. However, the Federal Court judge could proceed with both applications at the same time or consecutively, thereby addressing the concerns about unwarranted use of resources. [119-121]

### Cases Cited

By Deschamps J.

**Referred to:** *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Commissioner of the Royal Canadian Mounted Police)*, [2003] 1 S.C.R. 66, 2003 SCC 8; *Saint John Shipbuilding Ltd. v. Canada (Minister of Supply and Services)* (1988), 24 F.T.R. 32, aff'd (1990), 107 N.R. 89; *Siemens Canada Ltd. v. Canada (Minister of Public Works and Government Services)* (2001), 213 F.T.R. 125, 2001 FCT 1202, aff'd (2002), 21 C.P.R. (4th) 575, 2002 FCA 414; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *SNC Lavalin Inc. v. Canada (Minister for International Cooperation)*, [2003] 4 F.C. 900, 2003 FCT 681; *Friesen v. Canada*, [1995] 3 S.C.R. 103; *Markevich v. Canada*, [2003] 1 S.C.R. 94, 2003 SCC 9; *Dagg v. Canada (Minister of Finance)*,

les renseignements personnels figurent réellement dans le document demandé. En l'espèce, seule la compagnie a le droit d'exercer le recours en révision, en dépit du fait que les renseignements personnels contenus dans le document concernent ses employés. S'il est vrai que la *LAI* et la *LPRP* permettent expressément à un représentant autorisé de porter plainte auprès du Commissaire à l'information ou du Commissaire à la protection de la vie privée, respectivement, ce n'est pas le cas de l'art. 44. [98-102] [107]

Bien qu'un tiers ne puisse pas invoquer l'exception des renseignements personnels prévue à l'art. 19 dans le cadre d'une révision fondée sur l'art. 44, lorsqu'une institution fédérale agit sans compétence ou outrepassa sa compétence, la partie directement touchée par sa décision peut toujours présenter une demande de contrôle judiciaire conformément à l'art. 18.1 de la *Loi sur les Cours fédérales*. La décision de l'institution fédérale de communiquer le document demandé est susceptible de contrôle judiciaire pour cause d'erreur de compétence et elle peut faire l'objet d'une prohibition. Le juge de la Cour fédérale saisi de la demande de contrôle judiciaire ne refusera d'exercer sa compétence que s'il est convaincu que le régime législatif prévoit un autre recours approprié. En l'espèce, le régime législatif n'offre à la compagnie aucun autre recours approprié. [108] [114] [117-118]

Compte tenu des différences cruciales entre les deux recours, il existe des raisons valables de refuser d'amalgamer le contrôle prévu à l'art. 18.1 à une révision fondée sur l'art. 44. Cependant, le juge de la Cour fédérale pourrait examiner les deux demandes en même temps ou consécutivement, ce qui répond à la préoccupation exprimée au sujet de l'utilisation injustifi ressources. [119-121]

### Jurisprudence

Citée par la juge Deschamps

**Arrêts mentionnés :** *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Commissaire de la Gendarmerie royale du Canada)*, [2003] 1 R.C.S. 66, 2003 CSC 8; *Saint John Shipbuilding Ltd. c. Canada (Ministre des Approvisionnements et Services)*, [1988] A.C.F. n° 902 (QL), conf. par [1990] A.C.F. n° 81 (QL); *Siemens Canada Ltée c. Canada (Ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux)*, [2001] A.C.F. n° 1654 (QL), 2001 CFPI 1202, conf. par [2002] A.C.F. n° 1475 (QL), 2002 CAF 414; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *SNC Lavalin Inc. c. Canada (Ministre de la Coopération internationale)*, [2003] 4 C.F. 900, 2003 CFPI 681; *Friesen c. Canada*, [1995] 3 R.C.S. 103; *Markevich c. Canada*, [2003] 1 R.C.S. 94, 2003 CSC 9;



[1997] 2 S.C.R. 403; *Lavigne v. Canada (Office of the Commissioner of Official Languages)*, [2002] 2 S.C.R. 773, 2002 SCC 53; *Davidson v. Canada (Solicitor General)*, [1989] 2 F.C. 341; *Krause v. Canada*, [1999] 2 F.C. 476; *Morneault v. Canada (Attorney General)*, [2001] 1 F.C. 30; *R. v. McIntosh*, [1995] 1 S.C.R. 686; *Canadian Tobacco Manufacturers' Council v. Minister of National Revenue* (2003), 239 F.T.R. 1, 2003 FC 1037; *Air Atonabee Ltd. v. Canada (Minister of Transport)* (1989), 27 F.T.R. 194; *Brookfield LePage Johnson Controls Facility Management Services v. Canada (Minister of Public Works and Government Services)*, [2003] F.C.J. No. 348 (QL), 2003 FCT 254; *Harekin v. University of Regina*, [1979] 2 S.C.R. 561; *Canadian Pacific Ltd. v. Matsqui Indian Band*, [1995] 1 S.C.R. 3.

By Bastarache J. (dissenting)

*Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *Dagg v. Canada (Minister of Finance)*, [1997] 2 S.C.R. 403; *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Commissioner of the Royal Canadian Mounted Police)*, [2003] 1 S.C.R. 66, 2003 SCC 8; *Lavigne v. Canada (Office of the Commissioner of Official Languages)*, [2002] 2 S.C.R. 773, 2002 SCC 53; *Chieu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 84, 2002 SCC 3; *ATCO Gas and Pipelines Ltd. v. Alberta (Energy & Utilities Board)*, [2006] 1 S.C.R. 140, 2006 SCC 4; *R. v. Miller*, [1985] 2 S.C.R. 613; *Canada (Auditor General) v. Canada (Minister of Energy, Mines and Resources)*, [1989] 2 S.C.R. 49; *Canadian Pacific*, [1995] 1 S.C.R. 3; *Bristol-Myers Squibb Co. v. Canada (Attorney General)*, [2005] 1 S.C.R. 533, 2005 SCC 26; *Aliments Prince Foods Inc. v. Canada (Ministre de l'Agriculture et Agroalimentaire)* (2001), 272 N.R. 184.

#### Statutes and Regulations Cited

*Access to Information Act*, R.S.C. 1985, c. A-1, ss. 2, 3 “record”, “third party”, 4, 7, 9, 10, 13 to 18, 19, 20, 21 to 30, 35, 36, 37, 41, 42(1), 44, 51, 54(2), 55(2), 63, 64, 66(1).  
*Access to Information Act*, S.C. 1980-81-82-83, c. 111, Sch. I, s. 28(5).  
*Federal Courts Act*, R.S.C. 1985, c. F-7, ss. 2(1) “federal board, commission or other tribunal”, 18, 18.1, 18.5.  
*Personal Information Protection and Electronic Documents Act*, S.C. 2000, c. 5, Part I.  
*Privacy Act*, R.S.C. 1985, c. P-21, ss. 2, 3 “personal information”, 4 to 8, 21, 29, 31 to 35, 37, 46, 53(2), 54(2), 55(1), 64, 65, 67(1).

*Dagg c. Canada (Ministre des Finances)*, [1997] 2 R.C.S. 403; *Lavigne c. Canada (Commissariat aux langues officielles)*, [2002] 2 R.C.S. 773, 2002 CSC 53; *Davidson c. Canada (Procureur général)*, [1989] 2 C.F. 341; *Krause c. Canada*, [1999] 2 C.F. 476; *Morneault c. Canada (Procureur général)*, [2001] 1 C.F. 30; *R. c. McIntosh*, [1995] 1 R.C.S. 686; *Conseil canadien des fabricants des produits du tabac c. Canada (Ministre du Revenu national)*, [2003] A.C.F. n° 1308 (QL), 2003 CF 1037; *Air Atonabee Ltd. c. Canada (Ministre des Transports)*, [1989] A.C.F. n° 453 (QL); *Brookfi Controls Facility Management Services c. Canada (Ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux)*, [2003] A.C.F. n° 348 (QL), 2003 CFPI 254; *Harekin c. Université de Regina*, [1979] 2 R.C.S. 561; *Canadien Pacifique Ltée c. Bande indienne de Matsqui*, [1995] 1 R.C.S. 3.

Citée par le juge Bastarache (dissident)

*Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Dagg c. Canada (Ministre des Finances)*, [1997] 2 R.C.S. 403; *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Commissaire de la Gendarmerie royale du Canada)*, [2003] 1 R.C.S. 66, 2003 CSC 8; *Lavigne c. Canada (Commissariat aux langues officielles)*, [2002] 2 R.C.S. 773, 2002 CSC 53; *Chieu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 84, 2002 CSC 3; *ATCO Gas and Pipelines Ltd. c. Alberta (Energy & Utilities Board)*, [2006] 1 R.C.S. 140, 2006 CSC 4; *R. c. Miller*, [1985] 2 R.C.S. 613; *Canada (Vérificateur général) c. Canada (Ministre de l'Énergie, des Mines et des Ressources)*, [1989] 2 R.C.S. 49; *Canadien Pacifi*, [1995] 1 R.C.S. 3; *Bristol-Myers Squibb Co. c. Canada (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 533, 2005 CSC 26; *Aliments Prince Foods Inc. c. Canada (Ministre de l'Agriculture et Agroalimentaire)* (2001), 272 N.R. 184.

#### Lois et règlements cités

*Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. 1985, ch. A-1, art. 2, 3 « document », « tiers », 4, 7, 9, 10, 13 à 18, 19, 20, 21 à 30, 35, 36, 37, 41, 42(1), 44, 51, 54(2), 55(2), 63, 64, 66(1).  
*Loi sur l'accès à l'information*, S.C. 1980-81-82-83, ch. 111, ann. I, art. 28(5).  
*Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. 1985, ch. P-21, art. 2, 3 « renseignements personnels », 4 à 8, 21, 29, 31 à 35, 37, 46, 53(2), 54(2), 55(1), 64, 65, 67(1).  
*Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*, L.C. 2000, ch. 5, partie I.  
*Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. 1985, ch. F-7, art. 2(1) « office fédéral », 18, 18.1, 18.5.



**Authors Cited**

- Bennett, Colin J. “The privacy commissioner of Canada: Multiple roles, diverse expectations and structural dilemmas” (2003), 46 *Canadian Public Administration* 218.
- Canada. *House of Commons Debates*, vol. VI, 1st Sess., 32nd Parl., January 29, 1981, pp. 6689-91.
- Canada. Justice Canada. Report of the Special Advisor to the Minister of Justice. *The Offi mation and Privacy Commissioners: The Merger and Related Issues*, by Gérard V. La Forest, November 15, 2005 (online: [www.justice.gc.ca/en/pl/toc.html](http://www.justice.gc.ca/en/pl/toc.html)).
- Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.
- Sullivan, Ruth. *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th ed. Markham, Ont.: Butterworths, 2002.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Desjardins, Nadon and Pelletier J.J.A.), [2005] 1 F.C.R. 281, 241 D.L.R. (4th) 367, 320 N.R. 300, 14 Admin. L.R. (4th) 123, 32 C.P.R. (4th) 385, [2004] F.C.J. No. 773 (QL), 2004 FCA 171, upholding a decision of Layden-Stevenson J., [2003] 4 F.C. 3, [2003] F.C.J. No. 344 (QL), 2003 FCT 250. Appeal dismissed, McLachlin C.J. and Bastarache and LeBel J.J. dissenting.

*Christopher Rupar*, for the appellant.

*Nicholas McHaffie* and *Craig Collins-Williams*, for the respondent.

*Raynold Langlois, Q.C.*, and *Daniel Brunet*, for the intervener.

The judgment of Binnie, Deschamps, Fish and Abella J.J. was delivered by

DESCHAMPS J. —

### 1. Introduction

This case concerns the delicate balance between privacy rights and the right of access to information. The respondent, H.J. Heinz Company of Canada Ltd. (“Heinz”), contests the disclosure of certain documents on the ground that they contain personal information. Heinz, as a “third party” within the meaning of the *Access to Information*

**Doctrine citée**

- Bennett, Colin J. « The privacy commissioner of Canada : Multiple roles, diverse expectations and structural dilemmas » (2003), 46 *Administration publique du Canada* 218.
- Canada. *Débats de la Chambre des communes*, vol. VI, 1<sup>re</sup> sess., 32<sup>e</sup> lég., 29 janvier 1981, p. 6689-6691.
- Canada. Justice Canada. Rapport du conseiller spécial auprès du ministre de la Justice. *Les Commissariats à l’information et à la protection de la vie privée : fusion et questions connexes*, par Gérard V. La Forest, 15 novembre 2005 (en ligne : [www.justice.gc.ca/fr/pl/toc.html](http://www.justice.gc.ca/fr/pl/toc.html)).
- Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto : Butterworths, 1983.
- Sullivan, Ruth. *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th ed. Markham, Ont. : Butterworths, 2002.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel fédérale (les juges Desjardins, Nadon et Pelletier), [2005] 1 R.C.F. 281, 241 D.L.R. (4th) 367, 320 N.R. 300, 14 Admin. L.R. (4th) 123, 32 C.P.R. (4th) 385, [2004] A.C.F. n<sup>o</sup> 773 (QL), 2004 CAF 171, confirmant une décision de la juge Layden-Stevenson, [2003] 4 C.F. 3, [2003] A.C.F. n<sup>o</sup> 344 (QL), 2003 CFPI 250. Pourvoi rejeté, la juge en chef McLachlin et les juges Bastarache et LeBel sont dissidents.

*Christopher Rupar*, pour l’appellant.

*Nicholas McHaffi* et *Craig Collins-Williams*, pour l’intimée.

*Raynold Langlois, c.r.*, et *Daniel Brunet*, pour l’intervenant.

Version française du jugement des juges Binnie, Deschamps, Fish et Abella rendu par

LA JUGE DESCHAMPS —

### 1. Introduction

La présente affaire met en cause le fragile équilibre entre le droit à la protection des renseignements personnels et le droit d’accès à l’information. L’intimée, la Compagnie H.J. Heinz du Canada ltée (« Heinz »), s’oppose à la communication de certains documents pour le motif qu’ils contiennent des renseignements personnels. En sa qualité

*Act*, R.S.C. 1985, c. A-1 (“*Access Act*”), seeks to raise the personal information exemption set out in s. 19 by means of an application for review under s. 44 of that Act. The appellant, the Attorney General of Canada, and the intervener, the Information Commissioner of Canada, however, argue that the documents must be disclosed. They assert that the review mechanism provided for in s. 44 is limited to the confi *business* information which was the basis for Heinz’s third party status in the first place. In their submission, a person wishing to complain about the disclosure of *personal* information should instead seek a remedy under the *Privacy Act*, R.S.C. 1985, c. P-21.

2

The Attorney General’s narrow interpretation of the legislative scheme is, in my view, too restrictive of the rights involved. This Court has stated on numerous occasions that the *Privacy Act* and the *Access Act* must be read together as a “seamless code”: *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Commissioner of the Royal Canadian Mounted Police)*, [2003] 1 S.C.R. 66, 2003 SCC 8 (“*RCMP*”), at para. 22. The right of access to government information, while an important principle of our democratic system, cannot be read in isolation from an individual’s right to privacy. By including a mandatory privacy exemption in the *Access Act* itself, Parliament ensured that both statutes recognize that the protection of the privacy of individuals is paramount over the right of access, except as prescribed by law. Where a third party becomes aware that a government institution intends to disclose a record containing personal information, nothing in the plain language of the *Access Act* prevents the third party from raising this concern by applying for judicial review. What matters is not how the reviewing court became aware of the government’s wrongful decision to disclose personal information, but the court’s ability to give meaning to the right to privacy. A reviewing court is in a position to prevent harm from being committed and the statutory scheme imposes no legal barrier to prevent the court from intervening. An interpretation of s. 44 that forces an individual to wait

de « tiers » au sens de la *Loi sur l’accès à l’information*, L.R.C. 1985, ch. A-1 (« *LAI* »), Heinz cherche à invoquer l’exception des renseignements personnels énoncée à l’art. 19 en exerçant le recours en révision prévu à l’art. 44 de cette loi. L’appelant, le procureur général du Canada, et l’intervenant, le Commissaire à l’information du Canada, prétendent toutefois que les documents doivent être communiqués à l’auteur de la demande. Ils affirment que le mécanisme de révision prévu à l’art. 44 ne peut être utilisé qu’à l’égard des renseignements *commerciaux* confidentiels qui conféraient à Heinz sa qualité de tiers. À leur avis, une personne qui veut se plaindre de la divulgation de renseignements *personnels* devrait plutôt exercer un recours en vertu de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. 1985, ch. P-21 (« *LPRP* »).

J’estime que l’interprétation restrictive du régime législatif préconisée par le procureur général limite trop la portée des droits en cause. Notre Cour a affirmé *LPRP* et la *LAI* doivent être interprétées conjointement comme un « code homogène » : *Canada (Commissaire à l’information) c. Canada (Commissaire de la Gendarmerie royale du Canada)*, [2003] 1 R.C.S. 66, 2003 CSC 8 (« *GRC* »), par. 22. Bien qu’il constitue un principe important de notre système démocratique, le droit d’accès aux renseignements de l’administration fédérale ne saurait être interprété séparément du droit individuel à la vie privée. En établissant, dans la *LAI* même, une exception impérative applicable aux renseignements personnels, le législateur a veillé à ce que les deux lois reconnaissent que la protection de la vie privée des particuliers l’emporte sur le droit d’accès à l’information, sauf dans la mesure prévue par la loi. Lorsqu’un tiers apprend qu’une institution fédérale a l’intention de communiquer un document contenant des renseignements personnels, rien dans le libellé clair de la *LAI* ne l’empêche de soulever cette question au moyen d’une demande de contrôle judiciaire. Ce qui importe n’est pas tant la manière dont la cour qui effectue le contrôle a pris connaissance de la décision répréhensible de l’administration fédérale de divulguer des renseignements personnels que la capacité de cette cour de donner un sens au droit à la vie privée. La cour qui effectue

until the personal information is disclosed and the damage is done, or that imposes an onerous burden on the person seeking to avert the harm, fails to give actual content to the right to privacy and also fails to satisfy the clear legislative goals underlying the *Access Act* and the *Privacy Act*.

## 2. Facts

In June 2000, the Canadian Food Inspection Agency (“CFIA”) received a request under the *Access Act* for access to certain records pertaining to Heinz. The CFIA determined that some of the records might contain confidential information, as described in s. 20(1) of the *Access Act*, and requested, pursuant to ss. 27 and 28 of the Act, that Heinz make representations as to why the documents should not be disclosed. Heinz submitted its representations in early September. After reviewing them, the CFIA concluded that the records should be disclosed, subject to certain redactions, and notified Heinz on September 27, 2000, Heinz commenced a review proceeding pursuant to s. 44 of the *Access Act*, arguing that certain records should not be disclosed because they fell under two exemptions established by the Act: that of s. 20(1), which prohibits the disclosure of confidential information relating to individuals.

In the review proceeding, the Attorney General argued that it was inappropriate for Heinz to raise any exemption other than s. 20(1) because it was the presence of business information which was the basis for Heinz’s right of review in the first place. The application judge disagreed, concluding that Heinz could raise the personal information exemption under s. 19, and ordered the severance of certain records containing personal information relating to individuals. The Attorney General appealed

un contrôle est en mesure d’empêcher un préjudice et le régime législatif n’impose aucun obstacle à son intervention. Une interprétation de l’art. 44 qui oblige un individu à attendre que les renseignements personnels soient divulgués et que le préjudice soit causé, ou qui impose un lourd fardeau à la personne qui tente d’éviter le préjudice en question, ne donne pas un sens concret au droit à la vie privée et ne respecte pas non plus les objectifs clairs qui sous-tendent la *LAI* et la *LPRP*.

## 2. Les faits

En juin 2000, l’Agence canadienne d’inspection des aliments (« ACIA ») a reçu une demande de communication de documents relatifs à Heinz présentée en vertu de la *LAI*. L’ACIA a jugé que certains documents pourraient contenir des renseignements commerciaux ou scientifiques au sens du par. 20(1) *LAI* et, conformément aux art. 27 et 28 de cette loi, elle a demandé à Heinz de lui présenter des observations sur les raisons qui justifieraient un refus de communication. Heinz a présenté ses observations au début du mois de septembre. Après avoir examiné ces observations, l’ACIA a conclu que les documents devaient être communiqués sous réserve de certaines modifications. Elle a avisé Heinz de sa décision. Le 27 septembre 2000, Heinz a exercé un recours en révision conformément à l’art. 44 *LAI*, en faisant valoir que certains documents ne devaient pas être communiqués parce qu’ils étaient visés par deux exceptions établies par cette loi, à savoir celle prévue au par. 20(1), qui interdit la divulgation de renseignements commerciaux confidentiels, et celle prévue au par. 19(1), qui interdit la divulgation de renseignements personnels concernant des individus.

Lors du recours en révision, le procureur général a soutenu que Heinz ne pouvait pas invoquer une autre exception que celle prévue au par. 20(1) étant donné que son droit de révision tenait, au départ, à la présence de renseignements commerciaux. Écartant cet argument, la juge des requêtes a conclu que Heinz pouvait invoquer l’exception des renseignements personnels prévue à l’art. 19 et elle a ordonné le prélèvement de certains documents contenant des renseignements personnels.

that decision. The Federal Court of Appeal dismissed the appeal.

### 3. Judicial History and Case Law

5 The judgments of both the Federal Court of Appeal and the Federal Court—Trial Division are rooted in the jurisprudence of the Federal Court of Canada. I will therefore review the judgments in this case in conjunction with the case law of the Federal Court of Canada.

3.1 *Federal Court—Trial Division*, [2003] 4 F.C. 3, 2003 FCT 250

6 In the Trial Division, Layden-Stevenson J. considered whether, in a s. 44 application for review, Heinz could raise the prohibition against the disclosure of personal information established by s. 19 of the *Access Act*. She reviewed two prior Federal Court of Canada decisions which appeared to come to contradictory conclusions regarding the scope of s. 44: *Saint John Shipbuilding Ltd. v. Canada (Minister of Supply and Services)* (1988), 24 F.T.R. 32, aff'd (1990), 107 N.R. 89 (C.A.), and *Siemens Canada Ltd. v. Canada (Minister of Public Works and Government Services)* (2001), 213 F.T.R. 125, 2001 FCT 1202, aff'd (2002), 21 C.P.R. (4th) 575, 2002 FCA 414.

7 *Saint John Shipbuilding*, concerned an application under s. 44 for a review of a decision by the Department of Supply and Services to release certain extracts from and summaries of a contract with the Government of Canada. The applicant was primarily concerned with the proper application of s. 20(1)(c) and (d) of the *Access Act* but urged the court to consider s. 15 as well. Section 15 provides that the head of an institution “may refuse to disclose any record requested under this Act that contains information the disclosure of which could reasonably be expected to be injurious to . . . the defence of Canada”. Because the material at issue consisted of defence-related contracts, the applicant raised the fact that s. 15 of the

Le procureur général a appelé de cette décision, mais son appel a été rejeté par la Cour d’appel fédérale.

### 3. L’historique des procédures judiciaires et la jurisprudence

Les jugements de la Cour d’appel fédérale et de la Section de première instance de la Cour fédérale reposent tous les deux sur la jurisprudence de la Cour fédérale du Canada. J’examinerai donc les jugements rendus en l’espèce conjointement avec la jurisprudence de la Cour fédérale du Canada.

3.1 *Section de première instance de la Cour fédérale*, [2003] 4 C.F. 3, 2003 CFPI 250

La juge Layden-Stevenson, de la Section de première instance, s’est demandé si, dans un recours en révision fondé sur l’art. 44, Heinz pouvait invoquer l’interdiction de divulguer des renseignements personnels prévue à l’art. 19 *LAI*. Elle a examiné deux décisions antérieures de la Cour fédérale du Canada qui paraissaient arriver à des conclusions contradictoires concernant la portée de l’art. 44 : *Saint John Shipbuilding Ltd. c. Canada (Ministre des Approvisionnements et Services)*, [1988] A.C.F. n° 902 (QL) (1<sup>re</sup> inst.), conf. par [1990] A.C.F. n° 81 (QL) (C.A.), et *Siemens Canada Ltée c. Canada (Ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux)*, [2001] A.C.F. n° 1654 (QL), 2001 CFPI 1202, conf. par [2002] A.C.F. n° 1475 (QL), 2002 CAF 414.

Dans l’affaire *Saint John Shipbuilding*, il était question d’un recours en révision exercé, en vertu de l’art. 44, relativement à une décision du ministre des Approvisionnements et Services de communiquer certains extraits et résumés d’un contrat conclu avec le gouvernement du Canada. Bien que l’application correcte des al. 20(1)c) et d) *LAI* ait été le principal enjeu du litige, la demanderesse a invité la cour à tenir compte également de l’art. 15. Cet article prévoit que le responsable d’une institution fédérale « peut refuser la communication de documents contenant des renseignements dont la divulgation risquerait vraisemblablement de porter préjudice à [. . .] la défense du Canada ». Étant donné que les documents en cause étaient des

*Access Act* might also exempt the records from disclosure, and urged the court to be particularly reticent to allow the records to be released. However, both the Trial Division and the Federal Court of Appeal rejected the applicant's arguments respecting s. 15. Martin J., writing for the Trial Division, held that his powers of review in a s. 44 proceeding were limited to the considerations set out in s. 20(1) of the Act and that the national security issue was irrelevant to the proceeding. Similarly, Hugessen J.A. at the Federal Court of Appeal stated that "the appellant's interest, as third party intervenor in a request for information, is limited to those matters set out in s. 20(1)" (para. 9).

In *Siemens*, by contrast, the Federal Court of Appeal held that it was unable to interpret s. 44 in a way that would limit the jurisdiction of the court and prevent s. 24 from being involved. By implication, therefore, the Court of Appeal found that the applicant was not limited to the exemption set out in s. 20(1) of the *Access Act*. The applicant objected to the disclosure of information on the ground that s. 30 of the *Defence Production Act*, which is incorporated into the *Access Act* by virtue of s. 24, precluded release of the documents. At trial, McKeown J. accepted that s. 30 of the *Defence Production Act* applied, thereby implicitly accepting that he had jurisdiction to apply s. 24 in the context of a s. 44 application. Crown counsel apparently argued against this approach on appeal, asserting that s. 44 limits the jurisdiction of the court such that only s. 20(1) can be raised in a s. 44 review. In delivering a laconic decision from the bench, however, the Federal Court of Appeal dismissed the Crown's arguments, stating simply: "We are unable to interpret s. 44 in this way."

At trial in the instant case, Layden-Stevenson J. reconciled *Saint John Shipbuilding* and *Siemens* by

contrats liés à la défense, la demanderesse a souligné que l'art. 15 *LAI* pourrait également soustraire les documents à la communication, et elle a invité la cour à se montrer particulièrement réticente à autoriser la communication des documents. La Section de première instance et la Cour d'appel fédérale ont toutefois toutes les deux rejeté les arguments de la demanderesse concernant l'art. 15. Dans les motifs qu'il a rédigés au nom de la Section de première instance, le juge Martin a affirmé que, dans un recours fondé sur l'art. 44, ses pouvoirs de révision se limitaient aux facteurs énumérés au par. 20(1) de la Loi et que la question de la sécurité nationale n'avait rien à voir avec le recours dont il était saisi. De même, le juge Hugessen de la Cour d'appel fédérale a déclaré que « l'intérêt de l'appelante, en tant que tierce partie intervenante dans une demande de renseignements, se limite aux sujets énoncés dans le paragraphe 20(1) » (par. 9).

Par contre, dans l'arrêt *Siemens*, la Cour d'appel fédérale s'est dite incapable de donner à l'art. 44 une interprétation qui limiterait la compétence de la cour et empêcherait l'art. 24 d'entrer en jeu. La Cour d'appel a donc implicitement conclu que la demanderesse n'avait pas à s'en tenir à l'exception énoncée au par. 20(1) *LAI*. La demanderesse s'opposait à la divulgation de renseignements pour le motif que l'art. 30 de la *Loi sur la production de défense*, incorporé à la *LAI* en raison de l'art. 24, interdisait la communication des documents. En première instance, le juge McKeown a reconnu que l'art. 30 de la *Loi sur la production de défense* s'appliquait, admettant ainsi implicitement qu'il avait compétence pour appliquer l'art. 24 dans un recours fondé sur l'art. 44. Lors de l'appel, l'avocate de la Couronne s'est manifestement opposée à cette thèse en faisant valoir que l'art. 44 limite la compétence de la cour de sorte que seul le par. 20(1) peut être invoqué dans le cadre d'une révision fondée sur l'art. 44. Rendant une décision laconique à l'audience, la Cour d'appel fédérale a rejeté les arguments de la Couronne en déclarant simplement : « Nous ne pouvons interpréter l'article 44 de cette façon. »

Lors du procès tenu en l'espèce, la juge Layden-Stevenson a concilié les arrêts *Saint John*



pointing out that the *Access Act* contains both mandatory and discretionary exemptions and that the procedure for refusing disclosure differs under the two types of exemptions. A mandatory exemption requires only a decision as to whether the material falls within the exemption; a discretionary exemption, by contrast, requires the government institution to determine, first, whether the information falls within the exemption and, second, whether the material should be disclosed regardless. Layden-Stevenson J. found that the holding in *Saint John Shipbuilding* related specifi

of a discretionary exemption and did not prohibit raising *mandatory* exemptions in an application for review under s. 44. She added that in *Siemens*, the Federal Court of Canada had, in addressing the application of a mandatory exemption (s. 24), found that the exemption in question could be raised in a s. 44 proceeding. She therefore concluded, on the basis that the s. 19 prohibition against disclosing personal information is a mandatory exemption, that Heinz could raise s. 19 in a s. 44 proceeding.

*Shipbuilding et Siemens* en soulignant que la *LAI* comporte des exceptions tant impératives que discrétionnaires et que la procédure de refus de communication varie d'un type d'exception à l'autre. Dans le cas d'une exception impérative, il faut simplement décider si le document est visé par l'exception; par contre, dans le cas d'une exception discrétionnaire, l'institution fédérale doit décider, premièrement, si les renseignements sont visés par l'exception et, deuxièmement, si le document qui les contient doit être communiqué malgré tout. La juge Layden-Stevenson a conclu que la décision rendue dans l'affaire *Saint John Shipbuilding* concernait précisément l'application d'une exception discrétionnaire et n'interdisait pas d'invoquer des exceptions *impératives* dans un recours en révision fondé sur l'art. 44. Elle a ajouté que, en examinant l'application d'une exception impérative (art. 24) dans l'affaire *Siemens*, la Cour fédérale du Canada avait décidé que l'exception en question pouvait être invoquée dans un recours fondé sur l'art. 44. Elle a donc conclu que, puisque l'interdiction de divulguer des renseignements personnels prévue à l'art. 19 est une exception impérative, Heinz pouvait invoquer l'art. 19 dans un recours fondé sur l'art. 44.

10 Finally, Layden-Stevenson J. relied on the principles of statutory interpretation stated in *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, to hold that Heinz was entitled to raise the personal information exemption because there is no restriction on the “representations” that can be made under s. 28 of the *Access Act*. She agreed that some of the requested information met the criteria of s. 19 and severed specifi that the remaining records be disclosed.

Enfin, se fondant sur les principes d'interprétation législative énoncés dans l'arrêt *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, la juge Layden-Stevenson a décidé que Heinz avait le droit d'invoquer l'exception des renseignements personnels parce que les « observations » pouvant être présentées en vertu de l'art. 28 *LAI* ne font l'objet d'aucune restriction. Reconnaissant que certains renseignements demandés satisfaisaient aux critères de l'art. 19, elle a alors prélevé certains passages précis. Elle a ordonné la communication du reste des documents.

3.2 *Federal Court of Appeal*, [2005] 1 F.C.R. 281, 2004 FCA 171

3.2 *Cour d'appel fédérale*, [2005] 1 R.C.F. 281, 2004 CAF 171

11 On appeal, Nadon J.A. held that *Siemens* had settled the debate regarding the scope of s. 44 and that it was impossible to distinguish *Siemens* from the instant case on any basis. The Federal Court of Appeal had clearly decided in *Siemens* that a third party could, on a s. 44 application, seek to prevent

En appel, le juge Nadon a conclu que l'arrêt *Siemens* avait clos le débat concernant la portée de l'art. 44 et que rien ne permettait de distinguer *Siemens* de la présente affaire. Dans l'arrêt *Siemens*, la Cour d'appel fédérale avait clairement statué que le tiers qui exerçait un recours fondé

the disclosure of records on the basis of exemptions other than confi

Nadon J.A. refused to overturn *Siemens*, because it could not be said that the decision in that case was “manifestly wrong” (para. 56). He accordingly dismissed the appeal.

### 3.3 *Applicability of the Case Law*

Neither *Saint John Shipbuilding* nor *Siemens* provides this Court with specific proper scope of a s. 44 application. More importantly, the exemption provision at issue here (s. 19) differs markedly in nature, purpose and application from the exemption provisions raised in the prior cases. Parliament’s harmonized design of access to information and privacy legislation clearly indicates, as this Court’s jurisprudence has confi that the *Access Act* and the *Privacy Act* must be read together, with special emphasis given to the protection of personal information.

The applicability of the personal information exemption in a s. 44 proceeding was also at issue in *SNC Lavalin Inc. v. Canada (Minister for International Cooperation)*, [2003] 4 F.C. 900, 2003 FCT 681, which was heard by the Federal Court—Trial Division soon after the case at bar. In that case, SNC Lavalin, a large engineering construction company, contested a decision of the Canadian International Development Agency to disclose documents to an access requester. Like Heinz, SNC Lavalin claimed that a number of the requested documents contained personal information relating to individuals and should not be released pursuant to s. 19 of the *Access Act*. The trial judge rejected Lavalin’s arguments, suggesting that in order to confer on a third party a right to make representations unrelated to confi tion (s. 20(1)), the court would have to read words into s. 28(1), the provision which establishes a third party’s right to make representations. Reading in would violate the established principle that “the court should not accept an interpretation which

sur l’art. 44 pouvait chercher à empêcher la communication de documents en invoquant d’autres exceptions que celle des renseignements commerciaux confidentiels. Le juge Nadon a refusé d’infirmier l’arrêt *Siemens* parce qu’il ne pouvait pas être qualifié de « manifestement erroné » (par. 56). Il a donc rejeté l’appel.

### 3.3 *Applicabilité de la jurisprudence*

Ni l’un ni l’autre des arrêts *Saint John Shipbuilding* et *Siemens* ne fournit à la Cour un raisonnement particulier en ce qui concerne la portée que doit avoir un recours fondé sur l’art. 44. Qui plus est, de par sa nature, son objet et son application, la disposition établissant l’exception en l’espèce (art. 19) diffère sensiblement de celles qui ont été invoquées dans les affaires antérieures. Comme le confi l’intention du législateur d’harmoniser les lois en matière d’accès à l’information et de protection des renseignements personnels indique clairement qu’il faut interpréter conjointement la *LAI* et la *LPRP*, tout en accordant une importance particulière à la protection des renseignements personnels.

Dans l’affaire *SNC Lavalin Inc. c. Canada (Ministre de la Coopération internationale)*, [2003] 4 C.F. 900, 2003 CFPI 681, que la Section de première instance de la Cour fédérale a entendue peu de temps après le présent dossier, il était aussi question de l’applicabilité de l’exception des renseignements personnels à un recours fondé sur l’art. 44. Dans cette affaire, SNC Lavalin, une grande société d’ingénierie et de construction, contestait la décision de l’Agence canadienne de développement international de communiquer des documents à l’auteur d’une demande en ce sens. À l’instar de Heinz, SNC Lavalin a allégué qu’un certain nombre des documents demandés contenaient des renseignements personnels et qu’ils ne devaient pas être communiqués en vertu de l’art. 19 *LAI*. Le juge de première instance a rejeté les arguments de Lavalin en indiquant que, pour conférer à un tiers le droit de présenter des observations n’ayant rien à voir avec des renseignements commerciaux confidentiels (par. 20(1)), la cour devrait ajouter des mots au par. 28(1), qui établit le droit des tiers de présenter des

12

13

requires the insertion of extra wording where there is another acceptable interpretation which does not require any additional wording”: *Friesen v. Canada*, [1995] 3 S.C.R. 103, at para. 27, as cited in *Markevich v. Canada*, [2003] 1 S.C.R. 94, 2003 SCC 9, at para. 15.

14 For the reasons discussed below, however, I am unable to agree with the trial judge’s conclusions in *SNC Lavalin*. The applicability of s. 19 in the context of a s. 44 review is now squarely before the Court and must be addressed keeping in mind the principles of statutory interpretation and, in particular, the broader purpose and context of the federal access to information and privacy legislation.

15 Before proceeding to the analysis, it will thus be helpful to review the legislative framework.

#### 4. Legislative Provisions

16 The relevant legislative provisions are set out in the Appendix. However, the process under the *Access Act* for reviewing decisions to disclose information involves the interaction of multiple provisions, and it is worth examining the key provisions in greater detail.

17 The *Access Act* establishes a broad right of access to records under the control of government institutions (s. 4). At the same time, the Act recognizes that rights of access are not absolute by outlining a number of exemptions to disclosure (ss. 13 to 26). Most important for the purposes of this case are the exemptions relating to personal information (s. 19) and to confidential business information (s. 20(1)). They provide as follows:

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

observations. Ajouter à la disposition des termes qui n’y sont pas violerait le principe reconnu selon lequel « un tribunal ne devrait pas accepter une interprétation qui nécessite l’ajout de mots, lorsqu’il existe une autre interprétation acceptable qui ne requiert aucun ajout de cette nature » : *Friesen c. Canada*, [1995] 3 R.C.S. 103, par. 27, cité dans *Markevich c. Canada*, [2003] 1 R.C.S. 94, 2003 CSC 9, par. 15.

Pour les motifs exposés ci-après, je ne puis toutefois souscrire aux conclusions du juge de première instance dans l’affaire *SNC Lavalin*. La Cour est maintenant directement saisie de la question de l’applicabilité de l’art. 19 dans un recours en révision fondé sur l’art. 44, et elle doit l’examiner en tenant compte des principes d’interprétation législative et, plus particulièrement, de l’objet et du contexte plus larges des lois fédérales en matière d’accès à l’information et de protection des renseignements personnels.

Avant de procéder à l’analyse, il sera donc utile d’examiner le cadre législatif.

#### 4. Les dispositions législatives

Les dispositions législatives pertinentes sont reproduites à l’annexe. L’interaction de plusieurs dispositions de la *LAI* dans le processus de révision des décisions de divulguer des renseignements fait que certaines dispositions clés méritent d’être examinées plus à fond.

La *LAI* établit un droit général d’accès aux documents des institutions fédérales (art. 4). Elle reconnaît du même coup que ce droit d’accès n’est pas absolu en énumérant un certain nombre d’exceptions à la communication des documents (art. 13 à 26). Les exceptions applicables aux renseignements personnels (art. 19) et aux renseignements commerciaux confidentiels (par. 20(1)) sont les plus importantes pour les besoins du présent pourvoi. Les voici :

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



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

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

**20.** (1) Subject to this section, the head of a government institution shall refuse to disclose any record requested under this Act that contains

- (a) trade secrets of a third party;
- (b) financial, commercial, scientific information that is confidential information supplied to a government institution by a third party and is treated consistently in a confidential third party;
- (c) information the disclosure of which could reasonably be expected to result in material financial loss or gain to, or could reasonably be expected to prejudice the competitive position of, a third party; or
- (d) information the disclosure of which could reasonably be expected to interfere with contractual or other negotiations of a third party.

Section 19(1) thus creates a mandatory prohibition against the disclosure of “personal information”, which is defined in the *Privacy Act* as “information about an identifiable person or organization other than the person that made the request or a government institution” (s. 3 of the *Access Act*). Section 20(1) prohibits the disclosure of records containing confidential business information supplied by a “third party”. A “third party” is defined as “persons or organization other than the person that made the request or a government institution” (s. 3 of the *Access Act*). The parties are not debating at this stage whether certain information contained in the records meets the criteria of s. 19; rather, the issue in the case at bar is whether s. 19 may be raised in a s. 44 review proceeding.

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

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

**20.** (1) Le responsable d’une institution fédérale est tenu, sous réserve des autres dispositions du présent article, de refuser la communication de documents contenant :

- a) des secrets industriels de tiers;
- b) des renseignements financiers, commerciaux ou scientifiques fédéraux par un tiers, qui sont de nature confidentielle et qui sont traités comme tels de façon constante par ce tiers;
- c) des renseignements dont la divulgation risquerait vraisemblablement de causer des pertes ou profits financiers appréciables à un tiers ou de nuire à sa compétitivité;
- d) des renseignements dont la divulgation risquerait vraisemblablement d’entraver des négociations menées par un tiers en vue de contrats ou à d’autres fins.

Le paragraphe 19(1) crée ainsi une interdiction absolue de divulguer des « renseignements personnels », que l’art. 3 *LPRP* définit comme étant des « renseignements, quels que soient leur forme et leur support, concernant un individu identifiable ». Le paragraphe 20(1) interdit la communication de documents contenant des renseignements commerciaux confidentiels « tiers ». Le terme « tiers » est défini comme « une personne, [un] groupement ou [une] organisation autres que l’auteur de la demande ou qu’une institution fédérale » (art. 3 *LAI*). Le litige ne porte pas sur la question de savoir si certains renseignements contenus dans les documents satisfont aux critères de l’art. 19; il s’agit plutôt de savoir, en l’espèce, si l’art. 19 peut être invoqué dans un recours en révision fondé sur l’art. 44.

19 Where a government institution intends to disclose confidential information, the *Access Act* provides that the institution must give the third party notice (s. 27(1)) and that the third party has the right to make representations to the institution as to why the record should *not* be disclosed (s. 28(1)(a)). It is important to note that the third party also has the right to be given notice if the institution decides to go ahead and disclose the record (s. 28(1)(b)). (This right to notice is also triggered under s. 29(1) of the *Access Act* by a recommendation for disclosure by the Information Commissioner, although only s. 28(1) is relevant to the facts of the instant case.) If the third party wishes to contest the government institution's decision to disclose the record, he or she may apply to the Federal Court for a review of the matter pursuant to s. 44(1), which reads as follows:

44. (1) Any third party to whom the head of a government institution is required under paragraph 28(1)(b) or subsection 29(1) to give a notice of a decision to disclose a record or a part thereof under this Act may, within twenty days after the notice is given, apply to the Court for a review of the matter.

Third parties who have received notice regarding the disclosure of confidential information are thus accorded a special right of review. Moreover, if a s. 44 review is initiated, the person who made the original request for access must be notified and given the opportunity to appear as a party (ss. 44(2) and 44(3)).

20 These provisions must now be put in context.

## 5. Analysis

### 5.1 *Statutory Interpretation*

21 As with most questions of statutory interpretation, the dispute can be resolved through what is now commonly referred to as the modern approach: "the words of an Act are to be read 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" (*Rizzo & Rizzo Shoes*, at para. 21 (citing

Dans le cas où une institution fédérale entend divulguer des renseignements commerciaux confidentiels, la *LAI* prévoit qu'elle doit en aviser le tiers intéressé (par. 27(1)) et que celui-ci a le droit de lui présenter des observations sur les raisons qui justifieraient un *refus* de communication du document les contenant (al. 28(1)a)). Il importe de noter que le tiers a aussi droit à un avis si l'institution décide d'aller de l'avant et de communiquer le document (al. 28(1)b)). (La recommandation du Commissaire à l'information de donner communication, prévue au par. 29(1) *LAI*, donne également naissance au droit à un avis, bien que seul le par. 28(1) soit pertinent quant aux faits de la présente affaire.) Le tiers qui souhaite contester la décision de l'institution fédérale de communiquer le document peut exercer, devant la Cour fédérale, un recours en révision fondé sur le par. 44(1), qui se lit ainsi :

44. (1) Le tiers que le responsable d'une institution fédérale est tenu, en vertu de l'alinéa 28(1)b) ou du paragraphe 29(1), d'aviser de la communication totale ou partielle d'un document peut, dans les vingt jours suivant la transmission de l'avis, exercer un recours en révision devant la Cour.

Les tiers qui ont été avisés de la divulgation de renseignements commerciaux confidentiels ont donc un droit de révision spécial. De plus, lorsqu'un recours en révision est exercé en vertu de l'art. 44, l'auteur de la demande de communication initiale doit être avisé et avoir la possibilité de comparaître comme partie (par. 44(2) et (3)).

Il faut maintenant mettre ces dispositions en contexte.

## 5. Analyse

### 5.1 *Interprétation législative*

Comme pour la plupart des questions d'interprétation législative, la solution peut être trouvée grâce à ce qui est communément appelé la méthode d'interprétation moderne : [TRADUCTION] « il faut lire les termes d'une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur » (*Rizzo & Rizzo Shoes*,

E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87)).

### 5.1.1 Legislative History

Originally considered together by Parliament and enacted simultaneously in 1982, the *Access Act* and the *Privacy Act* are parallel statutes which in combination provide a cohesive framework for balancing the right of access to information and privacy rights: *Dagg v. Canada (Minister of Finance)*, [1997] 2 S.C.R. 403, at para. 45. As is clear from the parliamentary debates at the time the Acts were introduced, Parliament intended the new, comprehensive access to information and privacy legislation to increase government accountability in two ways: fi

under government control is a public right rather than a matter of government discretion and, second, by strengthening the rights of individuals to know “how personal information will be used . . . that the information used for decision-making purposes is accurate . . . and that information collected by government institutions is relevant to their legitimate programs and operations”: *House of Commons Debates*, vol. VI, 1st Sess., 32nd Parl., January 29, 1981, at pp. 6689-91, Second Reading of Bill C-43 by the Hon. Mr. Francis Fox, then Minister of Communications.

Significantly, while protecting personal information is the primary purpose of the *Privacy Act*, the *Access Act* also recognizes the importance of protecting privacy rights, and in so doing necessarily qualify

government control articulated in s. 4(1) of the Act: *RCMP*, at para. 22. Indeed, when the *Access Act* and the *Privacy Act* were introduced in Parliament, the then Minister of Communications emphasized that, while the Bill dealt with both access to information and privacy, it ensured “a consistent treatment of personal information and the protection of individual privacy” (*House of Commons Debates*, at p. 6690 (emphasis added)). More specifi

par. 21 (citant E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2<sup>e</sup> éd. 1983), p. 87)).

### 5.1.1 Historique législatif

Débatues ensemble au Parlement et adoptées simultanément en 1982, la *LAI* et la *LPRP* sont des lois parallèles qui établissent conjointement un mécanisme cohérent de conciliation du droit d'accès à l'information et du droit à la protection des renseignements personnels : *Dagg c. Canada (Ministre des Finances)*, [1997] 2 R.C.S. 403, par. 45. Comme le montrent clairement les débats parlementaires ayant suivi le dépôt de ces lois, le législateur voulait que la nouvelle législation globale en matière d'accès à l'information et de protection des renseignements personnels responsabilise davantage de deux façons l'administration fédérale : premièrement, en veillant à ce que l'accès à l'information relevant de l'administration fédérale soit un droit du public au lieu d'être laissé à la discrétion de l'administration fédérale et, deuxièmement, en renforçant le droit de chacun de savoir « comment les renseignements personnels le concernant sont utilisés, [. . .] que les renseignements utilisés comme éléments de décision sont exacts, [. . .] que les renseignements recueillis par les institutions fédérales se rapportent bien à leurs programmes et à leurs opérations » : *Débats de la Chambre des communes*, vol. VI, 1<sup>re</sup> sess., 32<sup>e</sup> lég., 29 janvier 1981, p. 6689-6691, deuxième lecture du projet de loi C-43 par l'honorable Francis Fox, ministre des Communications à l'époque.

Fait révélateur, alors que la *LPRP* vise principalement la protection des renseignements personnels, la *LAI* reconnaît également l'importance de protéger le droit à la vie privée et limite nécessairement, de ce fait, la portée du droit d'accès à l'information relevant de l'administration fédérale qu'elle prévoit au par. 4(1) : *GRC*, par. 22. En fait, au moment où la *LAI* et la *LPRP* ont été déposées au Parlement, le ministre des Communications de l'époque a souligné que, bien qu'il ait porté à la fois sur l'accès à l'information et sur la protection des renseignements personnels, le projet de loi était en mesure d'offrir « un régime cohérent pour l'accès aux renseignements personnels et pour leur

22

23

the legislature ensured the protection of personal information under the *Access Act* through s. 19, which mandatorily prohibits government institutions from disclosing personal information about an individual to an access requester, subject to certain exceptions.

24 As demonstrated by the background to the enactment of the two statutes, therefore, Parliament has created a legislative scheme which, while intended to ensure access to information on the one hand and protect individual privacy on the other, consistently protects personal information. As a result of these tightly interlaced legislative histories, s. 44 cannot be interpreted simply with regard to the purpose of the *Access Act*, but must also be understood with reference to the purpose of the *Privacy Act*. I will therefore now turn to an analysis of the differing, but connected, purposes of the two statutes.

### 5.1.2 Purpose

25 As I have suggested, the closely related legislative histories of the *Access Act* and the *Privacy Act* require a reviewing court to consider the purposes of both statutes rather than viewing each one in isolation from the other. In *Dagg*, La Forest J. (dissenting but not on this point) came to the same conclusion. Addressing the tension between “two competing legislative policies” (para. 45), he suggested that while some friction between the right of access to information and privacy rights is inevitable, the two statutes “set out a coherent and principled mechanism for determining which value should be paramount in a given case” (para. 45). Like two sides of the same coin, the *Access Act* and the *Privacy Act* ensure that neither the right of access to information nor the right to individual privacy is given absolute pre-eminence.

26 The intimate connection between the right of access to information and privacy rights does not mean, however, that equal value should be accorded to all rights in all circumstances. The legislative scheme established by the *Access Act* and

protection » (*Débats de la Chambre des communes*, p. 6690 (je souligne)). Plus particulièrement, le législateur assurait la protection des renseignements personnels au sens de la *LAI* grâce à l’art. 19, qui interdit catégoriquement aux institutions fédérales de divulguer les renseignements personnels d’un individu à l’auteur d’une demande de communication, sous réserve de certaines exceptions.

Comme le démontre le contexte dans lequel les deux lois ont été adoptées, le législateur a donc créé un régime législatif qui, tout en étant destiné à assurer l’accès à l’information, d’une part, et la protection de la vie privée des particuliers, d’autre part, protège systématiquement les renseignements personnels. En raison des historiques étroitement liés de ces lois, l’art. 44 doit non seulement être interprété en fonction de l’objet de la *LAI*, mais encore en fonction de l’objet de la *LPRP*. En conséquence, je passe maintenant à l’analyse des objets distincts, mais connexes, de ces deux lois.

### 5.1.2 L’objet

Comme je l’ai indiqué, les historiques étroitement liés de la *LAI* et de la *LPRP* exigent que la cour qui effectue un contrôle examine les objets des deux lois au lieu de les considérer séparément. Dans l’arrêt *Dagg*, le juge La Forest (dissident mais non sur ce point) en arrive à la même conclusion. Au sujet de l’antinomie entre « deux principes opposés consacrés par la loi » (par. 45), il affirme, bien que certains conflits à l’information et le droit à la protection des renseignements personnels soient inévitables, les deux lois « établissent un moyen cohérent et rationnel de déterminer laquelle des deux valeurs devrait l’emporter dans un cas donné » (par. 45). Comme les deux côtés d’une pièce de monnaie, la *LAI* et la *LPRP* garantissent que ni le droit d’accès à l’information ni le droit individuel à la vie privée ne se voient accorder préséance absolue.

Cependant, le lien étroit qui existe entre le droit d’accès à l’information et le droit à la vie privée ne signifie pas qu’il y a lieu d’accorder en tout temps une valeur égale à tous les droits. Le régime législatif établi par la *LAI* et la *LPRP* indique clairement

the *Privacy Act* clearly indicates that in a situation involving personal information about an individual, the right to privacy is paramount over the right of access to information, except as prescribed by the legislation. Both Acts contain statutory prohibitions against the disclosure of personal information, most signifi *Privacy Act* and s. 19 of the *Access Act*. Thus, while the right to privacy is the driving force behind the *Privacy Act*, it is also recognized and enforced by the *Access Act*.

As I have mentioned, s. 44 provides third parties with a right to apply to the Federal Court for review of decisions to disclose records. This right of review helps to promote one of the underlying purposes of the *Access Act*: to ensure that decisions on disclosure are “reviewed independently of government” (s. 2(1)). Indeed, the review mechanisms created by the two Acts introduce an important level of governmental accountability. As the Minister of Communications stated upon introducing the *Privacy Act* and the *Access Act* in Parliament, the Acts allow the courts to examine whether a government institution had reasonable grounds for its decision to disclose a particular record, placing the burden squarely on the shoulders of government: *House of Commons Debates*, at p. 6691. Section 44 thus establishes a key mechanism by which a government institution’s erroneous decision to disclose information may be reviewed and rectified pursuant to the principles of the *Access Act*.

Given the interlocking nature of the two Acts, the right of review provided for in s. 44 must be interpreted with regard not only to the purpose and structure of the *Access Act*, but also to the legislative purposes of the *Privacy Act*. As indicated, the purpose of the *Privacy Act* is to protect the privacy of individuals with respect to personal information about themselves that is held by a government institution (s. 2). The importance of this legislation is such that the *Privacy Act* has been characterized by this Court as “quasi-constitutional” because of the role privacy plays in the preservation of a free and

que, lorsqu’il est question des renseignements personnels d’un individu, le droit à la vie privée l’emporte sur le droit d’accès à l’information, sauf dans la mesure prévue par la loi. Les deux lois comportent des interdictions de divulguer des renseignements personnels, plus particulièrement à l’art. 8 *LPRP* et à l’art. 19 *LAI*. Ainsi, bien que le droit à la vie privée soit l’élément déterminant de la *LPRP*, il est également reconnu et appliqué par la *LAI*.

Comme je l’ai déjà mentionné, l’art. 44 reconnaît aux tiers le droit d’exercer devant la Cour fédérale un recours en révision des décisions de communiquer des documents. Ce droit de révision favorise la réalisation de l’un des objets sous-jacents de la *LAI* : garantir que les décisions quant à la communication soient « susceptibles de recours indépendants du pouvoir exécutif » (par. 2(1)). En fait, les mécanismes de révision établis par les deux lois assujettissent l’administration fédérale à un degré élevé de responsabilité. Comme l’a indiqué le ministre des Communications en déposant au Parlement la *LPRP* et la *LAI*, ces lois permettent aux tribunaux d’examiner si la décision d’une institution fédérale de communiquer un certain document repose sur des motifs raisonnables, imposant la charge de la preuve à l’administration fédérale : *Débats de la Chambre des communes*, p. 6691. L’article 44 établit donc un mécanisme essentiel qui permet de réviser et de corriger, conformément aux principes de la *LAI*, la décision erronée d’une institution fédérale de divulguer des renseignements.

Compte tenu de la nature interdépendante des deux lois, le droit de révision prévu à l’art. 44 doit être interprété eu égard non seulement à l’objet et à la structure de la *LAI*, mais également aux objectifs législatifs de la *LPRP*. Comme nous l’avons vu, la *LPRP* vise à protéger les renseignements personnels relevant des institutions fédérales (art. 2). Cette mesure législative a une telle importance que notre Cour l’a qualifiée de « quasi constitutionnelle » en raison du rôle que joue la protection de la vie privée dans le maintien d’une société libre et démocratique : *Lavigne c. Canada (Commissariat*

27

28



democratic society: *Lavigne v. Canada (Office of the Commissioner of Offi* , [2002] 2 S.C.R. 773, 2002 SCC 53, at para. 24; *Dagg*, at paras. 65-66.

29

The central protection relating to the disclosure of personal information is provided for in s. 8(1) of the *Privacy Act*, which establishes in strict terms that “[p]ersonal information under the control of a government institution shall not, without the consent of the individual to whom it relates, be disclosed by the institution except in accordance with this section.” The *Privacy Act* also provides a number of exceptions to the prohibition against disclosing personal information, including a “public interest” limitation on privacy rights (see s. 8(2)(a) through (m)). However, even where a government institution discloses personal information by exercising its public interest discretion, it must notify the Privacy Commissioner prior to disclosure where reasonably practicable, and the Privacy Commissioner may notify the individual (s. 8(5)). Thus, it is clear from the legislative scheme established by the *Access Act* and the *Privacy Act* that in a situation involving personal information about an individual, the right to privacy is paramount over the right of access to information.

30

It is worth noting, however, that despite the emphasis on the protection of privacy, the legislative scheme ensures that the rights of the access requester are also taken into account in the context of an application for review. Where a s. 44 review has been initiated, the person who made the original request for access must be notified and given the opportunity to make representations (ss. 44(2) and 44(3)). In this way, the statute provides a further mechanism for balancing the rights of access requesters and of those who object to disclosure.

31

It is apparent from the scheme and legislative histories of the *Access Act* and the *Privacy Act* that the combined purpose of the two statutes is to strike a careful balance between privacy rights and the right of access to information. However, within this

*aux langues officielles*), [2002] 2 R.C.S. 773, 2002 CSC 53, par. 24; *Dagg*, par. 65-66.

La principale protection contre la divulgation de renseignements personnels fi *LPRP*, qui prévoit précisément que « [I]es renseignements personnels qui relèvent d’une institution fédérale ne peuvent être communiqués, à défaut du consentement de l’individu qu’ils concernent, que conformément au présent article. » La *LPRP* établit également un certain nombre d’exceptions à l’interdiction de divulguer des renseignements personnels, dont la restriction du droit à la vie privée pour des raisons « d’intérêt public » (voir les al. 8(2)a) à m)). Cependant, même dans le cas où elle exerce son pouvoir discrétionnaire relatif à l’intérêt public pour communiquer des renseignements personnels, l’institution fédérale doit donner un préavis de la communication au Commissaire à la protection de la vie privée si les circonstances le justifient, et ce dernier peut décider de mettre au courant l’individu concerné (par. 8(5)). Il ressort donc clairement du régime législatif établi par la *LAI* et la *LPRP* que, lorsqu’il est question des renseignements personnels d’un individu, le droit à la vie privée l’emporte sur le droit d’accès à l’information.

Cependant, il convient de noter que, malgré l’accent qu’il met sur la protection des renseignements personnels, le régime législatif garantit que les droits de l’auteur de la demande de communication seront également pris en considération dans un recours en révision. Lorsqu’un recours en révision fondé sur l’art. 44 est exercé, l’auteur de la demande de communication initiale doit également être avisé et avoir la possibilité de présenter des observations (par. 44(2) et (3)). La Loi offre ainsi un autre moyen d’assurer l’équilibre entre les droits de ceux qui demandent la communication et ceux qui s’y opposent.

Il ressort de l’économie et des historiques de la *LAI* et de la *LPRP* que les deux lois ont pour objet conjugué d’établir un juste équilibre entre le droit à la vie privée et le droit d’accès à l’information. Toutefois, dans ce régime équilibré, les lois en

balanced scheme, the Acts afford greater protection to personal information. By imposing stringent restrictions on the disclosure of personal information, Parliament clearly intended that no violation of this aspect of the right to privacy should occur. For this reason, since the legislative scheme offers a right of review pursuant to s. 44, courts should not resort to artifi of personal information.

### 5.1.3 Legislative Context of Section 44

The histories and purposes of the *Privacy Act* and the *Access Act* illustrate the intimate relationship between the two statutes. This relationship is also refl scheme created by the two statutes. The legislative context of s. 44 thus provides further guidance regarding the proper scope of the review power.

Structurally and conceptually, the *Privacy Act* and the *Access Act* create a complementary and harmonious legislative scheme: *RCMP*, at para. 22. This is evidenced in particular by the way in which the Acts make reference to each other (see, for example, ss. 19(1) and 19(2) of the *Access Act*, and ss. 3, 21, 46, and 65 of the *Privacy Act*) and by the lack of repetition between them. The two statutes also establish analogous roles for the Information Commissioner and the Privacy Commissioner, each of whom is charged with carrying out impartial, independent and non-partisan investigations into the violation of, respectively, the right of access to information and privacy rights. Indeed, pursuant to s. 55(1) of the *Privacy Act*, the Information Commissioner may be appointed as Privacy Commissioner, and thus a single individual can hold both offices.

The Information Commissioner and the Privacy Commissioner benefi request access or object to disclosure, but also the Canadian public at large, by holding the government accountable for its information practices. As this Court has emphasized in the past, the Commissioners play a crucial role in the investigation, mediation, and resolution of complaints alleging the improper use or disclosure of information

question accordent une plus grande protection aux renseignements personnels. En imposant des restrictions rigoureuses à la divulgation de renseignements personnels, le législateur a clairement voulu empêcher toute atteinte à cet aspect du droit à la vie privée. C'est pourquoi, comme le régime législatif offre un droit de révision à l'art. 44, les tribunaux ne devraient pas créer d'obstacles artifi protection efficace des renseignements personnels.

### 5.1.3 Le contexte législatif de l'art. 44

Les historiques et les objets de la *LPRP* et de la *LAI* montrent le lien étroit qui existe entre les deux lois. Ce lien ressort également du régime global que les deux lois établissent. Le contexte législatif de l'art. 44 fournit donc des indications supplémentaires concernant la portée que doit avoir le pouvoir de révision.

Sur les plans structurel et conceptuel, la *LPRP* et la *LAI* établissent un régime complémentaire et harmonieux : *GRC*, par. 22. Cela ressort notamment de la façon dont ces lois renvoient l'une à l'autre (voir, par exemple, les par. 19(1) et (2) *LAI*, ainsi que les art. 3, 21, 46 et 65 *LPRP*) et de l'absence de redondance. Les deux lois confient également des rôles analogues au Commissaire à l'information et au Commissaire à la protection de la vie privée, dont chacun est chargé d'effectuer des enquêtes impartiales, indépendantes et objectives sur des atteintes au droit d'accès à l'information et au droit à la vie privée respectivement. En fait, le Commissaire à l'information peut, conformément au par. 55(1) *LPRP*, être nommé au poste de Commissaire à la protection de la vie privée, de sorte qu'une seule et même personne peut occuper les deux postes.

En exigeant que l'administration fédérale réponde de ses pratiques en matière d'information, le Commissaire à l'information et le Commissaire à la protection de la vie privée servent non seulement les intérêts de ceux qui demandent la communication et de ceux qui s'y opposent, mais également les intérêts du grand public canadien. Comme notre Cour l'a souligné dans le passé, les commissaires jouent un rôle crucial en matière d'enquête et de

32

33

34

under government control: *Lavigne*, at paras. 37-39. Also, as former Justice La Forest notes in a recent report entitled *The Offi Privacy Commissioners: The Merger and Related Issues*, Report of the Special Advisor to the Minister of Justice (November 15, 2005), at pp. 17-18, the role and responsibilities of the Commissioners extend even further to include auditing government information practices, promoting the values of access and privacy nationally and internationally, sponsoring research, and reviewing proposed legislation.

recours à la médiation pour régler les plaintes d'utilisation ou de communication irrégulières de renseignements relevant de l'administration fédérale : *Lavigne*, par. 37-39. En outre, comme l'ancien juge La Forest le fait remarquer dans un rapport récent intitulé *Les commissariats à l'information et à la protection de la vie privée : fusion et questions connexes*, Rapport du conseiller spécial auprès du ministre de la Justice (15 novembre 2005), p. 19-20, le rôle et les responsabilités des commissaires ne s'arrêtent pas là et comprennent la vérifi pratiques de l'administration fédérale en matière de renseignements, la promotion des valeurs qui sous-tendent l'accès à l'information et la protection de la vie privée sur les plans national et international, la subvention de recherches et l'examen de projets de loi.

35 However, as the following discussion will show, in the specific circumstances of the case at bar, the Privacy Commissioner and the Information Commissioner are of little help because, with no power to make binding orders, they have no teeth. Where, as here, a party seeks to *prevent* the disclosure of information as opposed to requesting its release, the Commissioners' role is necessarily limited by an inability to issue injunctive relief or to prohibit a government institution from disclosing information. Section 44 is therefore the sole mechanism under either the *Access Act* or the *Privacy Act* by which a third party can draw the court's attention to an intended disclosure of personal information in violation of s. 19 of the *Access Act*, and by which it can seek an effective remedy on behalf of others whose privacy would be affected by the disclosure of documents for which the third party is responsible.

Toutefois, comme l'analyse qui suit le montrera, le Commissaire à l'information et le Commissaire à la protection de la vie privée ont peu d'utilité dans les circonstances particulières de la présente affaire étant donné qu'ils n'ont aucun pouvoir réel en raison de leur incapacité de rendre des ordonnances exécutoires. Lorsque, comme en l'espèce, une partie tente d'*empêcher* au lieu de demander la divulgation de renseignements, le rôle des commissaires est nécessairement limité en raison de leur incapacité de prononcer une injonction ou d'interdire à une institution fédérale de divulguer des renseignements. L'article 44 est donc le seul mécanisme de la *LAI* ou de la *LPRP* qui permet à un tiers de signaler à la cour que l'on entend divulguer des renseignements personnels contrairement à l'art. 19 *LAI*, et qui lui permet de demander une réparation efficace au nom d'autres personnes dont le droit à la vie privée est susceptible d'être compromis par la communication de documents dont le tiers est responsable.

36 The *Privacy Act* establishes a central role for the Privacy Commissioner in the protection of privacy rights. Under s. 29(1)(a) through (f), individuals who believe that personal information about themselves has been wrongfully used or disclosed by a government institution may complain to the Privacy Commissioner. The Privacy Commissioner is charged with receiving and investigating such

La *LPRP* confie au Commissaire à la protection de la vie privée un rôle crucial en matière de protection du droit à la vie privée. Selon les al. 29(1)a) à f), les individus qui croient qu'une institution fédérale a utilisé ou communiqué illicitement des renseignements personnels les concernant peuvent porter plainte auprès du Commissaire à la protection de la vie privée. Celui-ci fait enquête sur les



complaints and, where they are well-founded, with reporting his or her fi to the appropriate government institution (ss. 29(1) and 35). To do this, the Commissioner is accorded broad investigative powers, including the powers to summon and enforce the appearance of persons, compel persons to give evidence, enter government premises, and examine records on government premises (s. 34). Pursuant to s. 37, the Privacy Commissioner may also carry out its own investigations in respect of personal information under the control of government institutions to ensure compliance with the *Privacy Act*. However, while these complaint mechanisms are important in the larger scheme of the *Privacy Act*, they are available only where the wrongful disclosure has *already* occurred and where the complaint is laid directly by the person who is the subject of the information that was wrongfully disclosed (i.e. not by a third party). The Privacy Commissioner may not, therefore, act to prevent the disclosure of personal information.

Third parties may receive some assistance from the Privacy Commissioner pursuant to s. 29(1)(h)(ii) of the *Privacy Act*, which requires the Privacy Commissioner to receive and investigate complaints “in respect of any other matter relating to . . . the use or disclosure of personal information under the control of a government institution”. In contrast to s. 29(1)(a) through (f), this provision accords the Privacy Commissioner a broader ambit of investigation and does not appear to be limited to situations where the wrongful disclosure of personal information has already occurred or where the complaint was received directly from the individual involved. It may therefore be open to a third party to initiate a complaint on behalf of employees or others *before* disclosure occurs. This broader complaint mechanism is inadequate, however, because the Privacy Commissioner has no authority to issue decisions binding on the government institution or the party contesting the disclosure. Nor does the Commissioner have an injunctive power which would allow it to stay the disclosure of information pending the outcome of an investigation. Indeed, s. 7 of the *Access Act* requires the government institution to disclose the

plaintes qu’il reçoit et, si ces plaintes sont fondées, il fait part de ses conclusions et recommandations à l’institution fédérale pertinente (par. 29(1) et art. 35). Pour ce faire, le Commissaire est investi de larges pouvoirs d’enquête, dont ceux d’assigner et de contraindre des témoins à comparaître et à déposer, d’entrer dans les locaux d’une institution fédérale et d’examiner les documents trouvés dans ces locaux (art. 34). Aux termes de l’art. 37, le Commissaire peut, pour le contrôle d’application de la *LPRP*, tenir ses propres enquêtes quant aux renseignements personnels qui relèvent des institutions fédérales. Toutefois, malgré leur importance dans le régime général de la *LPRP*, ces mécanismes de plainte ne peuvent être utilisés que dans les cas où la communication illicite a *déjà* été effectuée et où la plainte est portée directement par la personne visée par les renseignements divulgués illicitement (et non par un tiers). Le Commissaire à la protection de la vie privée ne peut donc pas prendre des mesures pour empêcher la divulgation de renseignements personnels.

Le Commissaire à la protection de la vie privée peut venir en aide aux tiers conformément au sous-al. 29(1)(h)(ii) *LPRP*, qui l’oblige à recevoir les plaintes « portant sur toute autre question relative à [. . .] l’usage ou la communication des renseignements personnels qui relèvent d’une institution fédérale », et à faire enquête sur ces plaintes. Contrairement aux al. 29(1)(a) à (f), cette disposition élargit la portée des enquêtes auxquelles peut procéder le Commissaire à la protection de la vie privée et ne semble pas s’appliquer uniquement aux cas où il y a déjà eu divulgation illicite de renseignements personnels ni aux cas où la plainte provient directement de l’individu concerné. Il peut donc être loisible à un tiers de déposer une plainte au nom d’employés ou d’autres personnes *avant* que la communication soit effectuée. Ce mécanisme de plainte général est toutefois insuffi Commissaire à la protection de la vie privée n’est pas habilité à rendre des décisions liant l’institution fédérale ou la partie qui s’oppose à la communication. Le Commissaire n’a pas non plus le pouvoir de prononcer une injonction qui lui permettrait de suspendre la divulgation des renseignements en attendant le résultat d’une enquête. En fait, l’art. 7 *LAI*

requested information within a specific time limit once a disclosure order is issued. The Privacy Commissioner's ability to provide relief to Heinz is thus very limited.

38

In a manner similar to the *Privacy Act*, the *Access Act* establishes a central role for the Information Commissioner, who is charged with protecting and acting as an advocate of the rights of access requesters, and with conducting investigations. In a dispute under the *Access Act*, where a person makes a request to a government institution for access to a record and the request is denied, the requester may file a complaint with the Information Commissioner, which the Commissioner must investigate (s. 30). Section 36 of the *Access Act* accords to the Information Commissioner broad investigative powers similar to those of the Privacy Commissioner and, as a result of its expertise, staff and fl

Commissioner is in a unique position to conduct such investigations: *Davidson v. Canada (Solicitor General)*, [1989] 2 F.C. 341 (C.A.).

39

However, the Information Commissioner is of only limited assistance in circumstances like those in the case at bar. The primary role of the Information Commissioner is to represent the interests of the public by acting as an advocate of the rights of access requesters. Here, Heinz is *contesting* a decision to disclose information. While s. 30(1)(f) of the *Access Act* charges the Information Commissioner with receiving and investigating complaints "in respect of any other matter relating to requesting or obtaining access to records under this Act", such broad language does not change the fact that the role of the Information Commissioner, and this is consistent with the purpose of the *Access Act* as a whole, is to act, where appropriate, as an advocate of the disclosure of information. Moreover, like the Privacy Commissioner, the Information Commissioner may not issue binding orders or injunctive relief and accordingly cannot order the government not to disclose a record.

oblige l'institution fédérale à divulguer les renseignements demandés dans un délai précis, une fois la divulgation ordonnée. La capacité du Commissaire à la protection de la vie privée d'accorder une réparation à Heinz est donc fort limitée.

Un peu à la manière de la *LPRP*, la *LAI* confie un rôle crucial au Commissaire à l'information, qui est chargé de protéger et défendre les droits des auteurs d'une demande de communication, et d'enquêter. Dans un litige relatif à la *LAI*, la personne à qui une institution fédérale refuse de communiquer un document qu'elle a demandé peut déposer une plainte auprès du Commissaire à l'information, qui doit alors faire enquête sur cette plainte (art. 30). L'article 36 *LAI* confère au Commissaire à l'information de larges pouvoirs d'enquête semblables à ceux du Commissaire à la protection de la vie privée et, en raison de son expertise, de son personnel et de sa fl

formation est le mieux placé pour procéder à ces enquêtes : *Davidson c. Canada (Procureur général)*, [1989] 2 C.F. 341 (C.A.).

Toutefois, le Commissaire à l'information ne peut fournir qu'une aide limitée dans un cas comme celui qui nous occupe. Le rôle premier du Commissaire à l'information consiste à représenter les intérêts du public en défendant les droits des auteurs d'une demande de communication. En l'espèce, Heinz *conteste* une décision de divulguer des renseignements. Bien que l'al. 30(1)f) *LAI* confie au Commissaire à l'information la responsabilité de recevoir les plaintes « portant sur toute autre question relative à la demande ou à l'obtention de documents en vertu de la présente loi », et de faire enquête sur celles-ci, un libellé aussi général ne change rien au fait que le rôle du Commissaire à l'information — ce qui est conforme à l'objet de la *LAI* dans son ensemble — consiste à préconiser la divulgation de renseignements, lorsque cela est indiqué. De plus, comme c'est le cas du Commissaire à la protection de la vie privée, le Commissaire à l'information ne peut ni rendre des ordonnances exécutoires ni prononcer des injonctions et il ne peut donc pas ordonner à l'administration fédérale de refuser la communication d'un document.

Section 44 thus establishes the sole mechanism within the scheme of the *Access Act* and the *Privacy Act* by which a third party may request an independent review of a ministerial or government decision to disclose information. As a result, s. 44 helps to promote the purposes of both Acts by providing an avenue for complaints relating to the violation of privacy and ensuring that government institutions are accountable for their information practices.

#### 5.1.4 Plain and Ordinary Meaning

As has been discussed, a review under s. 44 of the *Access Act* is triggered by a third party's right to notice where requested records may contain confidential business information. While the notice provisions relating to the disclosure of confidential business information therefore necessarily limit the availability of a s. 44 review, the plain language of ss. 28, 44 and 51 of the *Access Act* does not explicitly restrict the scope of the right of review. On the contrary, four key words or expressions, read in their "plain and ordinary meaning", indicate the legislature's intention to give the court a generous ambit of review on a s. 44 application.

First, the plain language of s. 28 supports a broad interpretation of the review process. As has been mentioned, the *Access Act* provides that a third party has a right to make "representations" to the government institution as to why "the record or the part thereof should not be disclosed" (s. 28(1)(a)). As the trial judge noted, nothing in that section explicitly purports to limit the range of representations that can be made, "provided, of course, they are relevant to the issue of disclosure" (para. 24). Had the legislature intended to limit the scope of such representations, it would have included references to this effect.

Second, the use of the word "record" in s. 28 indicates a legislative intent to make the entire record available for review, not simply the specific

L'article 44 crée donc le seul mécanisme du régime de la *LAI* et de la *LPRP* qui permet à un tiers de demander une révision indépendante de la décision d'un ministère fédéral ou de l'administration fédérale de divulguer des renseignements. Par conséquent, l'art. 44 contribue à favoriser la réalisation des objets des deux lois en permettant de déposer des plaintes concernant une violation de la vie privée, et en veillant à ce que les institutions fédérales répondent de leurs pratiques en matière d'information.

#### 5.1.4 Le sens ordinaire

Comme nous l'avons vu, le droit du tiers d'être informé lorsque les documents demandés sont susceptibles de contenir des renseignements commerciaux confiés est fondée sur l'art. 44 *LAI*. Certes, les dispositions concernant l'avis à donner lorsqu'il est question de divulguer des renseignements commerciaux confidentiels restreignent donc nécessairement la possibilité de révision fondée sur l'art. 44, mais le libellé clair des art. 28, 44 et 51 *LAI* ne limite pas explicitement la portée du droit de révision. Au contraire, quatre termes ou expressions clés, interprétés dans leur « sens ordinaire », indiquent que le législateur a voulu donner une large portée à la révision que la cour peut effectuer dans le contexte d'un recours fondé sur l'art. 44.

Premièrement, le libellé clair de l'art. 28 favorise une interprétation large du processus de révision. Comme je l'ai déjà mentionné, la *LAI* prévoit qu'un tiers a le droit de présenter à l'institution fédérale des « observations » sur les raisons qui justifieraient un « refus de communication totale ou partielle du document » (al. 28(1)a)). Comme l'a fait remarquer le juge de première instance, rien dans cette disposition ne limite explicitement la portée des observations qui peuvent être présentées, « dans la mesure bien sûr où elles sont pertinentes » (par. 24). Si le législateur avait voulu limiter la portée des observations, il l'aurait exprimé.

Deuxièmement, l'emploi du mot « document » à l'art. 28 montre que le législateur a voulu que la révision puisse porter sur l'ensemble du document,

40

41

42

43

information subject to s. 20(1). Section 3 of the *Access Act* specifies a range of “documentary material, regardless of physical form or characteristics”, such as books, maps, drawings, photographs, sound recordings, and videotapes. This definition relates to the physical form of the information and places no limits on the scope of the review. Similarly, s. 51 of the *Access Act* refers to a reviewing judge in a s. 44(1) application determining whether a record “or part thereof” should be disclosed. The *Access Act* clearly envisions a “record” as a “set” of information which can be divided or severed. For example, a book may include many discrete and severable “pieces” of information, each of which might be reviewed on a different basis. This broader interpretation is confirmed by s. 28, of the word “*document*” rather than “*renseignements*”.

44 Third, s. 44 allows the third party to apply to the court for a review of “the matter”. Nothing in the plain language of s. 44 expressly limits the scope of “the matter”. The French version is even more general because the subject of the review is not mentioned. What is more, in a case dealing with the interpretation of s. 18 of the *Federal Courts Act*, R.S.C. 1985, c. F-7, the Federal Court of Appeal held that “matter” embraces “not only a ‘decision or order’ but any matter in respect of which a remedy may be available under section 18 of the *Federal Court Act*”: *Krause v. Canada*, [1999] 2 F.C. 476, at para. 21; see also *Morneault v. Canada (Attorney General)*, [2001] 1 F.C. 30 (C.A.), at para. 42.

45 Finally, s. 51, which establishes the powers of the court on a s. 44 application, also suggests a broad interpretation. Section 51 states that:

51. Where the Court determines, after considering an application under section 44, that the head of

et non simplement sur les renseignements expressément visés par le par. 20(1). L'article 3 *LAI* précise que le mot « document » désigne une vaste gamme d'« éléments d'information, quels que soient leur forme et leur support », tels des livres, des cartes, des dessins, des photographies ainsi que des enregistrements sonores et magnétoscopiques. Cette définition

ne limite aucunement la portée de la révision. De même, l'art. 51 *LAI* parle du juge saisi d'un recours en révision fondé sur le par. 44(1) qui décide s'il y a lieu de donner communication totale « ou partielle » d'un document. La *LAI* prévoit clairement qu'un « document » est un « ensemble » de renseignements qui peuvent être séparés ou prélevés. Par exemple, un livre peut contenir de nombreux « éléments » d'information distincts pouvant être prélevés, dont chacun pourrait faire l'objet d'une révision fondée sur un motif différent. Dans la version française de l'art. 28, l'emploi du mot « document » au lieu du mot « renseignements » confirme cette interprétation large.

Troisièmement, la version anglaise de l'art. 44 permet au tiers de demander à la cour de procéder à « *a review of the matter* ». Rien dans le libellé clair de l'art. 44 ne limite la portée de l'expression « *the matter* ». La version française est plus générale encore puisque l'objet de la révision n'est pas mentionné. Dans une affaire traitant de l'interprétation de l'art. 18 de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. 1985, ch. F-7, la Cour d'appel fédérale a statué que le concept d'« objet de la demande » (« *matter* ») vise « non seulement les “décisions” mais encore toute question à l'égard de laquelle il est possible d'obtenir une réparation en application de l'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale* » : *Krause c. Canada*, [1999] 2 C.F. 476, par. 21; voir également l'arrêt *Morneault c. Canada (Procureur général)*, [2001] 1 C.F. 30 (C.A.), par. 42.

Enfin, l'art. 51, qui énonce les pouvoirs de la cour lors d'un recours exercé en vertu de l'art. 44, laisse aussi entrevoir une interprétation large. Cet article se lit ainsi :

51. La Cour, dans les cas où elle conclut, lors d'un recours exercé en vertu de l'article 44, que le responsable

a government institution is required to refuse to disclose a record or part of a record, the Court shall order the head of the institution not to disclose the record or part thereof or shall make such other order as the Court deems appropriate.

Again, nothing in this section limits the court's discretion to a consideration of the s. 20(1) exemption alone. Indeed, the use of the word "required", coupled with the mandatory nature of s. 19(1), suggests that the court has an obligation to review any aspect of the record where the government has failed to abide by the provisions governing disclosure. This obligation is underscored by the emphasis placed on the protection of privacy rights in both the *Access Act* and the *Privacy Act*.

The broad language of s. 44, combined with the fact that this section provides the only direct access to the effective protection afforded by a reviewing court, lends support to the conclusion that the court's jurisdiction should not be limited by the circumstances under which the third party was given notice. The plain language of the statute, together with the legislative context and combined purposes of the *Access Act* and the *Privacy Act*, provides ample foundation for the conclusion that the reviewing court has jurisdiction to protect personal information on a third party application for review.

#### 6. Arguments for Limiting the Scope of a Section 44 Review

The parties have presented a number of arguments in support of a more restrictive interpretation of s. 44 which merit further attention.

##### 6.1 *The History of Section 28(1)*

The Attorney General argues that because s. 27 refers specifically to "information" under paragraph 20(1)(b)", s. 28 should also be read to include this reference. Prior to the revision and consolidation of the Statutes of Canada in 1985, the current s. 28(1)(a), which grants a third party the right to make representations to the government institution,

d'une institution fédérale est tenu de refuser la communication totale ou partielle d'un document, lui ordonne de refuser cette communication; elle rend une autre ordonnance si elle l'estime indiqué.

Là encore, rien dans cette disposition ne limite le pouvoir discrétionnaire de la cour au seul examen de l'exception prévue au par. 20(1). En fait, l'emploi du mot « tenu », conjugué au caractère impératif du par. 19(1), indique que la cour a l'obligation d'examiner tout aspect du document lorsque l'administration fédérale n'a pas respecté les dispositions régissant la communication des documents. Cette obligation ressort plus clairement encore de l'accent mis sur la protection du droit à la vie privée tant dans la *LAI* que dans la *LPRP*.

Le libellé général de l'art. 44, conjugué au fait que cette disposition constitue le seul moyen de bénéficier directement de la protection efficace offerte par une cour qui effectue une révision, étaye la conclusion selon laquelle la compétence de la cour ne devrait pas se limiter aux cas où le tiers a été avisé. Le libellé clair du texte législatif, conjugué au contexte et aux objets combinés de la *LAI* et de la *LPRP*, justifie la conclusion que la cour qui effectue la révision à la suite d'un recours exercé par un tiers a compétence pour protéger des renseignements personnels.

#### 6. Les arguments avancés pour limiter la portée de la révision fondée sur l'art. 44

Les parties ont avancé un certain nombre d'arguments à l'appui d'une interprétation plus restrictive de l'art. 44, lesquels méritent d'être examinés plus attentivement.

##### 6.1 *L'historique du par. 28(1)*

Le procureur général soutient que, parce que l'art. 27 mentionne expressément les « renseignements visés à l'alinéa 20(1)b) », l'art. 28 devrait également être interprété de manière à inclure cette mention. Avant la révision et la refonte des Lois du Canada en 1985, l'al. 28(1)a) actuel, qui confère à un tiers le droit de présenter des observations

46

47

48



and s. 27(1), which provides the third party with a right to notice of the decision to disclose, were combined in one provision (S.C. 1980-81-82-83, c. 111, Sch. I, s. 28(5)). These rights to notice and to make representations were thus included in a single section which referred explicitly to the exemption under s. 20(1). Thus, according to the Attorney General, the right of a third party to make representations under s. 28 of the *Access Act* is limited to the part of the record which contains information described in s. 20 or, in other words, to confidential business information.

49

However, where a statutory provision is severed, the introductory words of the first provision are not necessarily read into the second: *R. v. McIntosh*, [1995] 1 S.C.R. 686. In *McIntosh*, a case concerning two provisions which had originally been combined in one, the Court refused to read the introductory words of the original provision into the new provisions. Finding that Parliament's decision not to reproduce the crucial words in the second provision "is the best and only evidence we have of legislative intention" (para. 25), Lamer C.J. concluded that he could not distort the clear and unequivocal wording of the provision. In the instant case, Parliament's decision not to link s. 28 explicitly to s. 20 must be regarded as signifi-

no inconsistent results flow from a non-restrictive reading of the provision. Rather, interpreting ss. 28 and 44 to allow for representations based on s. 19 serves to strengthen the protection of personal information, which is a stated goal of the *Privacy Act* and an underlying theme of the *Access Act*.

## 6.2 *The Notice Scheme*

50

The Attorney General argues that the special notice accorded to third parties under the *Access Act* is proof that a third party should be able to raise only a s. 20(1) exemption in a s. 44 application. The right of review under s. 44 is triggered

à l'institution fédérale, et le par. 27(1) actuel, qui donne au tiers intéressé le droit d'être avisé de la décision de donner communication, faisaient partie de la même disposition (S.C. 1980-81-82-83, ch. 111, ann. I, par. 28(5)). Ces droits d'être avisé et de présenter des observations étaient donc inclus dans un seul article qui mentionnait expressément l'exception prévue au par. 20(1). Par conséquent, selon le procureur général, le droit d'un tiers de présenter des observations en vertu de l'art. 28 *LAI* s'applique uniquement à la partie du document qui contient les renseignements décrits à l'art. 20 ou, autrement dit, aux renseignements commerciaux confi

Toutefois, lorsqu'une disposition législative est scindée, la partie introductive de la première disposition n'est pas nécessairement incluse implicitement dans la seconde disposition : *R. c. McIntosh*, [1995] 1 R.C.S. 686. Dans l'affaire *McIntosh* où il était question de deux dispositions qui auparavant ne formaient qu'une seule disposition, la Cour a refusé de considérer que la partie introductive de la disposition initiale était implicitement incluse dans les nouvelles dispositions. Concluant que la décision du législateur de ne pas reproduire les termes cruciaux dans la seconde disposition « constitue la seule et meilleure preuve que nous ayons de l'intention du législateur » (par. 25), le juge en chef Lamer a décidé qu'il ne pouvait pas déformer le sens clair et non équivoque du libellé de la disposition. En l'espèce, la décision du législateur de ne pas lier explicitement l'art. 28 à l'art. 20 doit être considérée comme significative. De plus, une interprétation non restrictive de la disposition ne donne pas des résultats incohérents. Au contraire, interpréter les art. 28 et 44 de manière à permettre la présentation d'observations fondées sur l'art. 19 contribue à renforcer la protection des renseignements personnels, qui est un objet explicite de la *LPRP* et un thème sous-jacent de la *LAI*.

## 6.2 *Le régime de notifi*

Le procureur général soutient que l'avis particulier qui est donné aux tiers en vertu de la *LAI* prouve que les tiers ne devraient pouvoir invoquer que l'exception du par. 20(1) dans un recours fondé sur l'art. 44. Le droit du tiers à un avis dans le cas

by a third party's right to notice where confidential business information is alleged to exist; therefore, the Attorney General asserts, the scope of s. 44 should be limited to such information. He suggests that Parliament's failure to provide similar notice provisions where personal information is involved indicates that the legislature did not intend that s. 19 should be available on a s. 44 application.

This argument is unconvincing. The unique notice given to third parties is tied to the specific nature of the exemption. While a government institution would not have any specific the business or scientific the subject matter of the other exemptions falls generally within the expertise of government officials and/or the Privacy Commissioner. These exemptions relate, for example, to information obtained in confidence from a foreign state, federal-provincial affairs, international affairs, investigations and law enforcement, safety of individuals, the economic interests of Canada, advice and recommendations to a minister, testing procedures, solicitor-client privilege, and statutory prohibitions (see ss. 13 to 24 of the *Access Act*). Moreover, information covered by these exemptions would likely implicate the public interest in such a way that it would supersede any individual rights of access to information. In the case of confidential information, however, the assistance of the third party is necessary for the government institution to know how, or if, the third party treated the information as confidential. Confidentiality's information management practices may be an important means of determining whether the information actually meets the definition of "confidential": *Canadian Tobacco Manufacturers' Council v. Minister of National Revenue* (2003), 239 F.T.R. 1, 2003 FC 1037, at para. 114; *Air Atonabee Ltd. v. Canada (Minister of Transport)* (1989), 27 F.T.R. 194, at para. 37; *Brookfi Facility Management Services v. Canada (Minister of Public Works and Government Services)*, [2003] F.C.J. No. 348 (QL), 2003 FCT 254, at para. 13. Whether the information is confi

où l'existence de renseignements commerciaux confidentiels est alléguée fait intervenir le droit de révision prévu à l'art. 44; par conséquent, d'ajouter le procureur général, la portée de l'art. 44 devrait être limitée à ces renseignements. Selon lui, l'omission du législateur d'inclure des dispositions semblables exigeant de donner avis lorsqu'il est question de renseignements personnels montre qu'il ne voulait pas que l'art. 19 puisse être invoqué dans un recours fondé sur l'art. 44.

Cet argument n'est pas convaincant. L'avis unique qui est donné aux tiers est lié à la nature particulière de l'exception. Alors que l'institution fédérale n'a pas une connaissance précise des opérations commerciales ou scientifiques l'objet des autres exceptions relève, lui, généralement de l'expertise des fonctionnaires ou du Commissaire à la protection de la vie privée. Ces exceptions concernent, par exemple, les renseignements obtenus à titre confidentiel, les affaires fédérales-provinciales, les affaires internationales, les enquêtes et les activités destinées à faire respecter les lois, la sécurité des individus, les intérêts économiques du Canada, les avis et recommandations destinés à un ministre, les méthodes employées pour effectuer des essais, épreuves ou examens, le secret professionnel des avocats et les interdictions fondées sur d'autres lois (voir les art. 13 à 24 *LAI*). En outre, il est probable que les renseignements visés par ces exceptions mettraient en cause l'intérêt public au point de reléguer au second rang tout droit individuel d'accès à l'information. Toutefois, en ce qui concerne les renseignements commerciaux confidentiels, l'institution fédérale a besoin de l'aide du tiers pour savoir si celui-ci considère que les renseignements sont confidentiels que le tiers leur a réservé. Les méthodes de gestion de l'information utilisées par le tiers peuvent être un moyen important de déterminer si les renseignements correspondent véritablement à la définition de ce qui est « confidentiel ». *Conseil canadien des fabricants des produits du tabac c. Canada (Ministre du Revenu national)*, [2003] A.C.F. n° 1308 (QL), 2003 CF 1037, par. 114; *Air Atonabee Ltd. c. Canada (Ministre des Transports)*, [1989]

determined without representations from the third party.

A.C.F. n° 453 (QL), par. 36; *Brookfi Johnson Controls Facility Management Services c. Canada (Ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux)*, [2003] A.C.F. n° 348 (QL), 2003 CFPI 254, par. 13. Il n'est pas possible de décider si les renseignements sont confidentiels sans les observations du tiers.

52 Moreover, in my view, the mandatory nature of s. 19 precludes the need for a notice provision. Notice under the *Access Act* is a right intended to enable a party to contest the release of information and is therefore required only where the statute contemplates the possibility of making information public, as is the case with confidential business information under s. 20(1). Section 19, however, provides that a government institution “shall refuse to” disclose personal information. The three exceptions carved out of this rule under s. 19(2) make it clear why a general notice provision is unnecessary.

De plus, j'estime que le caractère impératif de l'art. 19 écarte la nécessité d'une disposition exigeant de donner avis. L'avis prévu à la *LAI* est un droit destiné à permettre à une partie de contester la divulgation de renseignements, et il n'est donc requis que dans le cas où la Loi prévoit la possibilité de publier des renseignements, comme c'est le cas des renseignements commerciaux confidentiels visés au par. 20(1). Cependant, l'art. 19 précise qu'une institution fédérale « est tenu[e] de refuser » la divulgation de renseignements personnels. Les trois exceptions que le par. 19(2) établit relativement à cette règle montrent clairement pourquoi une disposition générale exigeant de donner avis n'est pas nécessaire.

53 First, personal information may be disclosed if the individual consents (s. 19(2)(a)). Clearly, if the individual consents, he or she will not contest the disclosure of the information, and as a result no express notice provision is necessary. A government institution can easily determine whether the individual has in fact consented to the release of personal information subject to s. 19.

Premièrement, les renseignements personnels peuvent être divulgués si l'individu qu'ils concernent y consent (al. 19(2)a)). Manifestement, si l'individu consent à la divulgation des renseignements, il ne la contestera pas, d'où l'inutilité d'avoir une disposition exigeant expressément de donner avis. Une institution fédérale peut facilement établir si l'individu a effectivement consenti à la divulgation de renseignements personnels visés par l'art. 19.

54 Second, personal information may be disclosed where the government institution determines that the requested information is already in the public domain (s. 19(2)(b)). Again, in such circumstances, notice to the individual to whom the information relates would serve no useful purpose — the individual party cannot control access to information in the public domain and so, presumably, has no grounds on which to contest disclosure.

Deuxièmement, les renseignements personnels peuvent être divulgués dans le cas où l'institution fédérale établit que le public a déjà accès aux renseignements demandés (al. 19(2)b)). Là encore, dans un tel cas, il ne servirait à rien d'aviser l'individu que les renseignements concernent, étant donné qu'il ne peut contrôler l'accès aux renseignements publiés et qu'il n'a donc vraisemblablement aucune raison d'en contester la divulgation.

55 Third, a government institution may disclose personal information in exceptional circumstances in which the public interest in disclosure outweighs an individual's right to privacy (s. 19(2)(c) of the

Troisièmement, une institution fédérale peut communiquer des renseignements personnels dans les cas exceptionnels où des raisons d'intérêt public justifient



*Access Act* and s. 8(2)(m) of the *Privacy Act*). Should such circumstances arise, Parliament *has* provided for the individual to be notified via the Privacy Commissioner (s. 8(5) of the *Privacy Act*). Where the government exercises its discretion to disclose personal information on the basis of public interest, the Privacy Commissioner must be informed *prior* to the disclosure, where practicable, and may notify the individual involved.

In my view, therefore, the right to notice accorded to third parties follows logically from the specific information exemption and does not limit the right of review provided for in s. 44.

### 6.3 *The Creation of “Two Levels” of Third Parties*

The Attorney General further submits that allowing third parties to raise, on a s. 44 review, exemptions other than those provided for in s. 20(1) will result in the creation of two categories of third parties: those who receive notice under s. 20(1) and those who do not. If the possible application of s. 20(1) by the government institution had not occurred, the Attorney General argues, Heinz would not have received notice of the possible disclosure of records and would not have been able to make submissions in respect of the application of s. 19. To put it in more basic terms, why should Heinz be afforded an opportunity to invoke s. 19 that is not available to other parties who are not “third parties” under the *Access Act*?

This argument is, in my view, unsound. A basic premise of the *Access Act* is that personal information will not be disclosed in violation of the mandatory prohibition set out in s. 19. The access to information and privacy scheme is founded on the assumption that government institutions will respect the mandatory prohibition on disclosing personal information and that no notice is therefore required for personal information relating to individuals. As I have stated, in the specific circumstances in which the *Access Act* does authorize the disclosure

à la vie privée (al. 19(2)c) *LAI* et al. 8(2)m) *LPRP*). Le législateur a prévu que, dans un tel cas, l'individu concerné devrait être avisé par l'entremise du Commissaire à la protection de la vie privée (par. 8(5) *LPRP*). Lorsque l'administration fédérale exerce son pouvoir discrétionnaire de divulguer des renseignements personnels pour des raisons d'intérêt public, elle doit donner un *préavis* de sa décision au Commissaire à la protection de la vie privée si les circonstances le justifient et mettre au courant l'individu concerné.

J'estime donc que le droit à un avis conféré aux tiers est la conséquence logique de la nature particulière de l'exception des renseignements commerciaux confidentiels prévue à l'art. 44.

### 6.3 *L'établissement de « deux catégories » de tiers*

Le procureur général fait également valoir que permettre aux tiers d'invoquer d'autres exceptions que celles prévues au par. 20(1), lors d'une révision fondée sur l'art. 44, contribue à établir deux catégories de tiers : ceux qui sont avisés en vertu du par. 20(1) et ceux qui ne le sont pas. Selon le procureur général, si l'institution fédérale n'avait pas été en mesure d'appliquer le par. 20(1), Heinz n'aurait pas été avisée de la possibilité que des documents soient communiqués et n'aurait pas pu avancer des arguments concernant l'application de l'art. 19. Essentiellement, pourquoi devrait-on donner à Heinz une possibilité d'invoquer l'art. 19 que n'ont pas d'autres parties qui ne sont pas des « tiers » au sens de la *LAI*?

Cet argument me paraît mal fondé. Un principe élémentaire de la *LAI* veut que des renseignements personnels ne soient pas divulgués en contravention de l'interdiction absolue énoncée à l'art. 19. Le régime d'accès à l'information et de protection des renseignements personnels repose sur la présomption que les institutions fédérales respecteront l'interdiction absolue de divulguer des renseignements personnels et qu'aucun avis n'est donc requis pour les renseignements personnels concernant des individus. Comme je l'ai déjà affi

56

57

58

of personal information — where the information is already publicly available, where the individual to whom the information relates consents, or where there is an overriding public interest — a notice provision is either superfluous provided for in the legislative scheme (s. 8(5) of the *Privacy Act*). Given this underlying presumption that personal information will not be disclosed as well as the paramount importance of individual privacy, it would therefore be absurd *not* to allow third parties to use the mechanism provided for by the legislature to prevent a violation of the spirit and the letter of the *Access Act* and the *Privacy Act*. Allowing Heinz to raise the s. 19 exemption on a s. 44 review does not create a “second tier” of third parties, but allows the *only* third party who has access to s. 44 to use this remedy to prevent harm from occurring needlessly.

59

A third party’s right of review under s. 44 therefore provides an appropriate avenue for scrutinizing government decisions to disclose information that affects an individual’s right to privacy. Of course, the court must be wary of attempts by third parties to avail themselves of the personal information exemption to prevent the legitimate disclosure of information. Such attempts to abuse the s. 19 exemption are easily uncovered, however, by determining whether the records in question actually contain personal information.

#### 6.4 *The “Discretionary” Nature of the Section 19 Exemption*

60

The Information Commissioner suggests that the personal information exemption is more appropriately characterized as “discretionary” because the government institution has the discretion to disclose personal information where the violation of the right to privacy is clearly outweighed by the public interest in disclosure (s. 19(2) of the *Access Act*, s. 8(2)(m) of the *Privacy Act*). The parties dispute this characterization of s. 19 because, under the framework established by Layden-Stevenson J.

particuliers où la *LAI* autorise la divulgation de renseignements personnels, c’est-à-dire lorsque le public y a déjà accès, lorsque l’individu qu’ils concernent y consent ou lorsque des raisons d’intérêt public la justifient

de donner avis est superflue ou est, en fait, prévue dans le régime législatif (par. 8(5) *LPRP*). Compte tenu de cette présomption fondamentale de non-divulgation des renseignements personnels, ainsi que de l’importance cruciale de la protection de la vie privée des individus, il serait absurde de *ne pas* permettre à des tiers de recourir au mécanisme prescrit par le législateur pour empêcher une contravention à l’esprit et à la lettre de la *LAI* et de la *LPRP*. Permettre à Heinz d’invoquer l’exception de l’art. 19 dans le cadre d’une révision fondée sur l’art. 44 ne crée pas une « deuxième catégorie » de tiers, mais revient à autoriser le *seul* tiers qui peut invoquer l’art. 44 à utiliser ce recours pour empêcher qu’un préjudice inutile soit causé.

Le droit de révision que l’art. 44 accorde à un tiers constitue donc un bon moyen d’examiner minutieusement les décisions de l’administration fédérale de divulguer des renseignements qui portent atteinte au droit à la vie privée d’un individu. Certes, la cour doit se méfier d’invoquer l’exception des renseignements personnels pour empêcher la divulgation légitime de renseignements. On peut toutefois facilement déceler de telles tentatives d’invoquer abusivement l’exception de l’art. 19 en vérifiant si les documents en question contiennent véritablement des renseignements personnels.

#### 6.4 *La nature « discrétionnaire » de l’exception prévue à l’art. 19*

Le Commissaire à l’information prétend que l’exception des renseignements personnels devrait être qualifiée d’exception discrétionnaire de divulguer des renseignements personnels lorsque des raisons d’intérêt public justifient nettement la violation du droit à la vie privée (par. 19(2) *LAI* et al. 8(2)m) *LPRP*). Les parties ne s’entendent pas sur cette qualification de l’art. 19 parce que, selon le cadre établi en première instance par la juge

at trial, discretionary exemptions may not be raised in a s. 44 review proceeding.

Even if I accepted the dichotomy between discretionary and mandatory exemptions, I would disagree with the Information Commissioner's argument. The narrow scope of the discretion provided for in s. 19(2) was not at issue in this case and should not be viewed as undermining the mandatory character of s. 19(1), which clearly states that the government institution "shall refuse to disclose any record requested under this Act that contains personal information". As this Court stated in *Dagg*, the personal information exemption should not be given a "cramped interpretation" by giving access pre-eminence over privacy: *Dagg*, at para. 51. Moreover, on the facts of the instant case, there is no debate regarding the existence of a pressing concern of public interest that would permit disclosure; both parties have conceded that s. 19(1) is the only relevant exemption.

#### 6.5 *The Availability of Judicial Review Under Section 18.1 of the Federal Courts Act*

Finally, Heinz argues in the alternative that if the s. 44 review is limited to confidential business information, it retains an "independent" common law right of review that has been codified in s. 18.1(1) of the *Federal Courts Act*, which allows a party directly affected by a decision of a federal board, commission or tribunal to apply for judicial review. Having found that an application for a review under s. 44 is available to Heinz, I need not fully consider this argument. However, in my view, a conclusion that would force a party to split its complaint into two parallel proceedings is problematic. Such a scenario would become even more burdensome if the personal information related to multiple individuals. For example, if the requested records included personal information relating to a number of consumers or past employees, the third party might not be in a position to alert all the individuals concerned

Layden-Stevenson, les exceptions discrétionnaires ne peuvent pas être invoquées dans un recours en révision fondé sur l'art. 44.

Même si j'acceptais la dichotomie entre les exceptions discrétionnaires et les exceptions impératives, je ne retiendrais pas l'argument du Commissaire à l'information. L'étendue limitée du pouvoir discrétionnaire prévu au par. 19(2) n'était pas en cause dans la présente affaire et ne devrait pas être perçue comme minant le caractère impératif du par. 19(1), qui précise clairement que l'institution fédérale « est tenu[e] de refuser la communication de documents contenant [d]es renseignements personnels ». Comme notre Cour l'a affirmé dans *Dagg*, il ne faut pas donner une « interprétation étroite » à l'exception des renseignements personnels en conférant à l'accès à l'information primauté sur la protection des renseignements personnels. En outre, selon les faits de la présente affaire, personne ne conteste l'existence d'une préoccupation urgente d'intérêt public qui autoriserait la communication; les parties ont toutes deux reconnu que le par. 19(1) est la seule exception pertinente.

#### 6.5 *La possibilité d'effectuer un contrôle judiciaire fondé sur l'art. 18.1 de la Loi sur les Cours fédérales*

Enfin, Heinz soutient subsidiairement qu'à supposer que la révision fondée sur l'art. 44 soit limitée aux renseignements commerciaux confiés, elle conserve un droit de contrôle « indépendant » conféré par la common law, lequel droit est codifié au par. 18.1(1) de la *Loi sur les Cours fédérales*, qui autorise une partie directement touchée par une décision d'un office fédéral à présenter une demande de contrôle judiciaire. Comme j'ai conclu que Heinz *peut* exercer un recours en révision fondé sur l'art. 44, il n'est pas nécessaire que j'effectue un examen approfondi de cet argument. Toutefois, j'estime qu'une conclusion qui forcerait une partie à scinder sa plainte en deux recours parallèles serait problématique. Un tel scénario se compliquerait davantage si les renseignements personnels concernaient plusieurs individus. Par exemple, si les documents demandés contenaient des

that their privacy rights were in danger of being violated. Moreover, not only would multiple proceedings be an unwarranted use of resources, but the applicable standard of review may not be the same in a s. 44 proceeding as would be the case in the context of a s. 18.1(1) application for judicial review. As I have suggested, however, I do not seek this residual right of review, because s. 44 already provides an adequate alternate remedy: *Harekin v. University of Regina*, [1979] 2 S.C.R. 561; *Canadian Pacific*, [1995] 1 S.C.R. 3.

## 7. Conclusion

63

The importance of protecting personal information, combined with the open language of ss. 28, 44(1) and 51 of the *Access Act*, leads to the conclusion that a reviewing court can, on a s. 44 application, consider and apply the privacy exemption set out in s. 19(1). Where it has come to the attention of a third party that a government institution intends to disclose information which will violate the statutorily mandated, quasi-constitutional privacy rights of an individual, the third party must have the right to raise this concern upon judicial review. A contrary ruling would force individuals to wait until the personal information has been disclosed and the (potentially irreversible) harm done before looking to the Privacy Commissioner or the courts for a remedy. While the Privacy Commissioner and the Information Commissioner play a central role in the access to information and privacy scheme and have extensive responsibilities, s. 44 provides the sole recourse in situations where a third party seeks to prevent the disclosure of personal information. A narrow interpretation of s. 44 would thus weaken the protection of personal information and dilute the right to privacy.

renseignements personnels concernant un certain nombre de consommateurs ou d'anciens employés, le tiers ne serait peut-être pas en mesure de prévenir tous les individus concernés que leur droit à la vie privée risque d'être violé. De plus, non seulement la multiplication des recours ferait-elle appel à une utilisation injustifiée des ressources, mais encore la norme de contrôle applicable dans un recours fondé sur l'art. 44 pourrait être différente de celle qui s'appliquerait dans le cas d'une demande de contrôle judiciaire fondée sur le par. 18.1(1). Cependant, comme je l'ai indiqué, j'estime que Heinz n'a pas à revendiquer ce droit de contrôle résiduel parce que l'art. 44 offre déjà un autre recours approprié : *Harekin c. Université de Regina*, [1979] 2 R.C.S. 561; *Canadien Pacifi* *Matsqui*, [1995] 1 R.C.S. 3.

## 7. Conclusion

L'importance de protéger les renseignements personnels, conjuguée au libellé général des art. 28 et 51 et du par. 44(1) *LAI*, amène à conclure que la cour qui effectue une révision fondée sur l'art. 44 est en mesure d'examiner et d'appliquer l'exception des renseignements personnels établie au par. 19(1). Lorsqu'un tiers apprend qu'une institution fédérale a l'intention de procéder à une divulgation de renseignements qui violera le droit quasi constitutionnel à la vie privée que la loi confère à un individu, le tiers doit avoir le droit de soulever cette question dans le cadre d'un contrôle judiciaire. Une décision contraire forcerait les individus à attendre que les renseignements personnels soient divulgués et qu'un préjudice (potentiellement irrémédiable) soit causé avant de s'adresser au Commissaire à la protection de la vie privée ou aux tribunaux pour obtenir réparation. Bien que le Commissaire à la protection de la vie privée et le Commissaire à l'information jouent un rôle primordial dans le régime d'accès à l'information et de protection des renseignements personnels, et qu'ils aient d'importantes responsabilités, l'art. 44 établit le seul recours possible dans les cas où un tiers cherche à empêcher la divulgation de renseignements personnels. Une interprétation restrictive de l'art. 44 affaiblirait donc la protection des renseignements personnels et diluerait le droit à la vie privée.

For these reasons, I would dismiss the appeal with costs.

The reasons of McLachlin C.J. and Bastarache and LeBel JJ. were delivered by

BASTARACHE J. (dissenting) —

### 1. Introduction

The issue on appeal is whether a third party can raise the exemption from disclosure for personal information contained in s. 19 of the *Access to Information Act*, R.S.C. 1985, c. A-1 (“*Access Act*”), and ss. 3 and 8 of the *Privacy Act*, R.S.C. 1985, c. P-21, during a review proceeding initiated pursuant to s. 44 of the *Access Act*. This case brings to the fore the delicate balance Parliament has struck between promoting rights of access to records under government control, and protecting the personal information of individuals appearing in those records.

Where a government institution receives a request under the *Access Act*, and it concludes that the requested record may contain confidentiality information about a third party, it must provide notice to that third party. The third party then has the right to make representations on the record, and it is entitled to notice of the government institution’s decision to disclose the record. A third party who has received such notice is subsequently entitled to bring a s. 44 review of the matter. Where the court determines that the government institution is required to refuse disclosure, then it shall order that the institution not disclose the record.

As the facts of this case and the decisions below have been addressed in the reasons of Deschamps J., I proceed directly to the statutory interpretation of s. 44 of the *Access Act*. This Court has consistently held that

[t]oday there is only one principle or approach, namely, the words of an Act are to be read in their entire

Pour ces motifs, je suis d’avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Version française des motifs de la juge en chef McLachlin et des juges Bastarache et LeBel rendus par

LE JUGE BASTARACHE (dissident) —

### 1. Introduction

La question qui se pose en l’espèce est de savoir si, dans un recours en révision fondé sur l’art. 44 de la *Loi sur l’accès à l’information*, L.R.C. 1985, ch. A-1 (« *LAI* »), un tiers peut invoquer l’exemption de communication applicable aux renseignements personnels prévue à l’art. 19 *LAI* et aux art. 3 et 8 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. 1985, ch. P-21 (« *LPRP* »). La présente affaire met en évidence le fragile équilibre que le législateur a établi entre la défense du droit d’accès aux documents de l’administration fédérale et la protection des renseignements personnels contenus dans ces documents.

Lorsqu’une institution fédérale reçoit une demande fondée sur la *LAI* et qu’elle conclut que le document demandé est susceptible de contenir des renseignements commerciaux confidentiels au sujet d’un tiers, elle doit aviser ce tiers. Celui-ci a alors le droit de présenter des observations concernant ce document, et il a le droit d’être avisé de la décision de l’institution fédérale de communiquer le document. Le tiers à qui un tel avis est donné a ensuite le droit d’exercer le recours en révision prévu à l’art. 44. Dans les cas où la cour conclut que l’institution fédérale est tenue de refuser la communication d’un document, elle doit alors lui ordonner de refuser cette communication.

Étant donné que la juge Deschamps a exposé dans ses motifs les faits de la présente affaire et les décisions des instances inférieures, je passe directement à l’interprétation de l’art. 44 *LAI*. Notre Cour a constamment maintenu que

[TRADUCTION] [a]ujourd’hui, il n’y a qu’un seul principe ou solution : il faut lire les termes d’une loi

64

65

66

67



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.

(*Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at para. 21, citing E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87)

## 2. The Purpose of the Access Act

68 The *Access Act* must be read in light of the *Privacy Act*, which together form a coherent scheme governing the competing rights of access and privacy. They are complementary and equal statutes whose provisions must be construed harmoniously: *Dagg v. Canada (Minister of Finance)*, [1997] 2 S.C.R. 403, at para. 51, *per* La Forest J., dissenting but not on this point. Section 2(1) of the *Access Act* describes the purpose of the Act as follows:

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

69 Access to information under government control is meant to facilitate democracy. As La Forest J. explained in *Dagg*, at para. 61, “[i]t helps to ensure first, that citizens have the information required to participate meaningfully in the democratic process, and secondly, that politicians and bureaucrats remain accountable to the citizenry.”

70 Nonetheless, the goal of access must be understood in the context of the Act, which itself provides for a number of exemptions in ss. 13 to 24 and 26. According to s. 2, these necessary exceptions to access should be limited and specific. However, Gonthier J., speaking for a unanimous court in *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Commissioner of the Royal Canadian Mounted*

dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec l’esprit de la loi, l’objet de la loi et l’intention du législateur.

(*Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, par. 21, citant E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2<sup>e</sup> éd. 1983), p. 87)

## 2. L’objet de la LAI

La LAI doit être interprétée au regard de la LPRP, ces deux lois formant ensemble un code homogène qui régit les droits opposés en matière d’accès à l’information et de protection de la vie privée. Ce sont des lois complémentaires qui ont la même importance et dont les dispositions doivent être interprétées de façon harmonieuse : *Dagg c. Canada (Ministre des Finances)*, [1997] 2 R.C.S. 403, par. 51, le juge La Forest étant dissident mais non sur ce point. Le paragraphe 2(1) LAI décrit ainsi l’objet de la Loi :

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.

L’accès aux renseignements relevant de l’administration fédérale vise à favoriser la démocratie. Comme l’a expliqué le juge La Forest au par. 61 de l’arrêt *Dagg*, « [la Loi] aide à garantir, en premier lieu, que les citoyens possèdent l’information nécessaire pour participer utilement au processus démocratique, et, en second lieu, que les politiciens et bureaucrates demeurent comptables envers l’ensemble de la population. »

Néanmoins, l’objet de l’accès doit être interprété dans le contexte de la Loi qui établit elle-même un certain nombre d’exceptions aux art. 13 à 24 ainsi que 26. Selon l’article 2, ces exceptions indispensables au droit d’accès doivent être précises et limitées. Toutefois, le juge Gonthier, s’exprimant au nom de la Cour à l’unanimité dans *Canada (Commissaire à l’information) c. Canada (Commissaire de la*

*Police*), [2003] 1 S.C.R. 66, 2003 SCC 8, explained that “[t]he statement in s. 2 of the *Access Act* that exceptions to access should be ‘limited and specific access’ (para. 21).

Personal information is specific from the general rule of disclosure pursuant to s. 19 of the *Access Act*, subject to certain exceptions which are not at issue on this appeal. Personal information is defined in s. 3 of the *Privacy Act*, which illustrates the complementary relationship between both statutes that I have described above. Section 3 defines personal information” as information about an identifiable individual that is recorded in any form, and lists a number of examples. Parliament has thus struck a careful balance between the right to access records within government control, and the right to have all personal information in those records kept private. La Forest J. in *Dagg*, went so far as to state that “[b]oth statutes recognize that, in so far as it is encompassed by the definition of personal information’ in s. 3 of the *Privacy Act*, privacy is paramount over access” (para. 48).

Even accepting, however, that privacy is paramount over access, it does not follow that Parliament is obliged to create a notice and review mechanism prior to the disclosure of personal information. The policy decision of how to balance rights of access and the right to privacy is one reserved for Parliament. As the following analysis demonstrates, Parliament has entrusted the promotion of access to government records and the protection of personal information to two Commissioners who effectively act as ombudsmen. Their office is within the government, and their role is to impartially investigate complaints made against government institutions. In fact, the structure of both the *Access Act* and the *Privacy Act* also indicates that, apart from s. 44 review proceedings, Parliament has seen fit

*Gendarmerie royale du Canada*), [2003] 1 R.C.S. 66, 2003 CSC 8, a expliqué que « [l]’article 2 de la *Loi sur l’accès à l’information* prévoit que les exceptions au droit d’accès doivent être “précises et limitées”, mais il n’établit pas pour autant de présomption en faveur de la communication » (par. 21).

L’article 19 *LAI* soustrait expressément les renseignements personnels à l’application de la règle générale de la communication, sous réserve de certaines exceptions qui ne sont pas en cause dans le présent pourvoi. Cet article définit les renseignements personnels en fonction de l’art. 3 *LPRP*, ce qui illustre la complémentarité des deux lois dont j’ai parlé précédemment. L’article 3 définit les « renseignements personnels » comme étant les renseignements, quels que soient leur forme et leur support, concernant un individu identifiable, et il donne un certain nombre d’exemples. Le législateur a donc établi un juste équilibre entre le droit d’accès aux documents de l’administration fédérale et le droit à la protection de tous les renseignements personnels contenus dans ces documents. Dans l’arrêt *Dagg*, le juge La Forest est allé jusqu’à dire que « [l]es deux lois reconnaissent que, dans la mesure où il est visé par la définition de renseignements personnels”, contenue à l’art. 3 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, le droit à la vie privée l’emporte sur le droit d’accès à l’information » (par. 48).

Toutefois, même en admettant que le droit à la vie privée l’emporte sur le droit d’accès à l’information, cela ne signifie pas pour autant que le législateur a l’obligation d’établir un mécanisme de notification et de révision préalable à la divulgation de renseignements personnels. Il appartient au législateur de prendre une décision de politique générale quant à la façon d’établir l’équilibre entre le droit d’accès à l’information et le droit à la vie privée. Comme le démontre l’analyse qui suit, le législateur a confié la promotion de l’accès à l’information de l’administration fédérale et la protection des renseignements personnels à deux commissaires qui, en fait, jouent le rôle d’ombudsman. Ces commissariats sont indépendants de l’administration fédérale et ils ont pour rôle d’enquêter de manière

71

72

to limit opportunities for judicial review until after the Information Commissioner has conducted its investigation of the complaint.

3. The Role of the Federal Information and Privacy Commissioners

3.1 *Remedies Available Under the Access Act and the Privacy Act*

73 The privacy interests of third parties are protected by the *Privacy Act*, in particular, by s. 29 which protects the personal information of third parties by establishing a complaint and investigation procedure:

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

(a) from individuals who allege that personal information about themselves held by a government institution has been used or disclosed otherwise than in accordance with section 7 or 8;

. . .

(h) in respect of any other matter relating to

. . .

(ii) the use or disclosure of personal information under the control of a government institution . . . .

74 Under s. 29(2), nothing precludes the Privacy Commissioner from receiving and investigating complaints submitted by a person authorized by the complainant to act on behalf of him or her. It would therefore be open to Heinz to initiate a complaint on behalf of its employees in order to protect their personal information. The Privacy Commissioner has the power to investigate the complaint and has broad powers under that process (ss. 31 to 34 of the *Privacy Act*), including the rights to summon and enforce the appearance of witnesses, compel witnesses to give evidence or produce documents,

impartiale sur les plaintes visant des institutions fédérales. En fait, la structure de la *LAI* et de la *LPRP* indique également que, outre le recours en révision fondé sur l'art. 44, le législateur a jugé bon de limiter les possibilités de contrôle judiciaire jusqu'à ce que le Commissaire à l'information ait enquêté sur la plainte.

3. Le rôle des commissaires fédéraux à l'information et à la protection de la vie privée

3.1 *Les recours possibles en vertu de la LAI et de la LPRP*

Le droit à la vie privée des tiers est protégé par la *LPRP*, plus particulièrement par l'art. 29 qui protège les renseignements personnels des tiers au moyen d'un processus de plainte et d'enquête :

**29.** (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, le Commissaire à la protection de la vie privée reçoit les plaintes et fait enquête sur les plaintes :

a) déposées par des individus qui prétendent que des renseignements personnels les concernant et détenus par une institution fédérale ont été utilisés ou communiqués contrairement aux articles 7 ou 8;

. . .

h) portant sur toute autre question relative à :

. . .

(ii) l'usage ou la communication des renseignements personnels qui relèvent d'une institution fédérale . . .

Aux termes du par. 29(2), le Commissaire à la protection de la vie privée peut recevoir les plaintes par l'intermédiaire d'un représentant du plaignant. Il serait donc loisible à Heinz de porter plainte au nom de ses employés afin que leurs renseignements personnels. Le Commissaire à la protection de la vie privée est habilité à mener des enquêtes sur les plaintes qu'il reçoit et il possède de vastes pouvoirs à cet égard (art. 31 à 34 *LPRP*), notamment celui d'assigner et de contraindre des témoins à comparaître, à déposer et à produire des pièces, ainsi que celui de pénétrer dans les locaux d'une



and enter premises of government institutions and inspect records found there (s. 34(1)). The Privacy Commissioner also has the authority to access any document (except Cabinet confidential information) under the control of a government institution, including documents that would otherwise be protected by a legal privilege (s. 34(2)). Section 33 of the *Privacy Act* ensures that every investigation of a complaint is conducted in private. Where the complaint is well-founded, the Privacy Commissioner reports his or her findings and recommendations to the appropriate government institution (s. 35). The Privacy Commissioner does not, however, have the power to order the release of information or compel the institution to do anything or refrain from doing anything with respect to the information. Pursuant to s. 37, the Privacy Commissioner may also, from time to time, at his discretion, carry out investigations in respect of personal information under the control of government institutions to ensure compliance with ss. 4 to 8 of the *Privacy Act*, which deal with the collection, retention, disposal and protection of personal information.

I have already mentioned that the exemption from disclosure for personal information is subject to a number of exceptions. Pursuant to s. 19(2)(c) of the *Access Act*, the head of a government institution may disclose any requested record that contains personal information if the disclosure is in accordance with s. 8 of the *Privacy Act*. Section 8(2)(m)(i) of the *Privacy Act* authorizes disclosure of personal information “for any purpose where, in the opinion of the head of the institution, . . . the public interest in disclosure clearly outweighs any invasion of privacy that could result from the disclosure”. Where a government institution uses this discretionary power to disclose personal information, s. 8(5) provides that it shall notify the Privacy Commissioner in writing prior to the disclosure where reasonably practicable. This results in an added measure of protection for personal information that is to be disclosed in the public interest, insofar as the Privacy Commissioner can intervene prior to the disclosure.

institution fédérale et d'examiner les documents trouvés dans ces locaux (par. 34(1)). Il a également accès à tous les documents d'une institution fédérale (à l'exception des renseignements confidentiels du Cabinet), y compris ceux qui feraient par ailleurs l'objet d'une immunité légale (par. 34(2)). L'article 33 *LPRP* assure que les enquêtes menées sur les plaintes sont secrètes. Dans les cas où il conclut au bien-fondé d'une plainte, le Commissaire à la protection de la vie privée présente à l'institution fédérale concernée un rapport faisant état de ses conclusions et recommandations (art. 35). Toutefois, il ne peut ni ordonner la communication de renseignements ni enjoindre ou interdire à l'institution de prendre des mesures à l'égard des renseignements en cause. L'article 37 prévoit que, pour le contrôle d'application des art. 4 à 8 *LPRP*, qui portent sur la collecte, la conservation, le retrait et la protection des renseignements personnels, le Commissaire à la protection de la vie privée peut également, à son appréciation, tenir des enquêtes quant aux renseignements personnels qui relèvent des institutions fédérales.

J'ai déjà mentionné que l'exemption de communication applicable aux renseignements personnels est assujettie à un certain nombre d'exceptions. Aux termes de l'al. 19(2)c) *LAI*, le responsable d'une institution fédérale peut donner communication de documents contenant des renseignements personnels dans les cas où la communication est conforme à l'art. 8 *LPRP*. Le sous-alinéa 8(2)m)(i) *LPRP* autorise la communication de renseignements personnels « à toute autre fin dans les cas où, de l'avis du responsable de l'institution[,] des raisons d'intérêt public justifieraient nettement une éventuelle violation de la vie privée ». Dans les cas où une institution fédérale exerce ce pouvoir discrétionnaire pour communiquer des renseignements personnels, le par. 8(5) prévoit que celle-ci doit donner un préavis écrit de cette communication au Commissaire à la protection de la vie privée si les circonstances le justifient. Cela représente une mesure de protection supplémentaire applicable aux renseignements personnels devant être communiqués pour des raisons d'intérêt public, dans la mesure où le Commissaire à la protection de la vie privée peut intervenir avant la communication de ces renseignements.

76

It may also be open to the Information Commissioner to receive and investigate a complaint brought by a third party resisting disclosure. The Information Commissioner can receive and investigate complaints “in respect of any other matter relating to requesting or obtaining access to records under this Act”, pursuant to s. 30(1)(f) of the *Access Act*. It is unclear whether this might include complaints pertaining to the unlawful disclosure of personal information. The Information Commissioner typically receives complaints from information requesters, where disclosure of a requested record has been refused, delayed or otherwise unsatisfactory. In any event, the Office of the Privacy Commissioner would appear to be more suited to the receipt and investigation of a complaint by a third party resisting disclosure on the basis of the s. 19 exemption for personal information, since it is charged with receiving and investigating all complaints brought pursuant to the *Privacy Act*.

3.2 *The Effect of Allowing the Section 19 Exemption to Be Raised on a Section 44 Review Proceeding on the Role of the Commissioners*

77

Generally, the *Access Act* requires an investigation by the Information Commissioner prior to proceeding to a judicial determination of whether the government institution can lawfully refuse disclosure. Section 44 proceedings constitute the sole exception to this scheme.

78

The Information Commissioner is authorized to receive and investigate complaints under s. 30(1) of the *Access Act*, where disclosure of a requested record has been refused, delayed or is otherwise unsatisfactory. The information requester, the head of the government institution who has control of the record, and, where the Commissioner believes that the record may contain confidential business information, the third party, have participation rights in that investigative process. As with investigations conducted by the Privacy Commissioner, every investigation of a complaint

Il est également loisible au Commissaire à l'information de recevoir la plainte déposée par un tiers qui s'oppose à la communication, et de faire enquête sur cette plainte. L'alinéa 30(1)f) *LAI* habilite le Commissaire à l'information à recevoir les plaintes « portant sur toute autre question relative à la demande ou à l'obtention de documents en vertu de la présente loi », et à faire enquête sur ces plaintes. On ne sait pas au juste si cela pourrait inclure les plaintes concernant la divulgation illicite de renseignements personnels. Le Commissaire à l'information reçoit habituellement la plainte de l'auteur d'une demande de renseignements dans le cas où la communication d'un document a été refusée ou retardée ou est par ailleurs insuffi

en soit, le Commissariat à la protection de la vie privée semble se prêter davantage à la réception et à l'examen d'une plainte déposée par un tiers qui invoque l'exception des renseignements personnels prévue à l'art. 19 pour s'opposer à la communication, étant donné qu'il a pour mission de recevoir toutes les plaintes déposées conformément à la *LPRP* et de faire enquête sur celles-ci.

3.2 *L'incidence qu'aurait sur le rôle des commissaires l'autorisation d'invoquer l'exception de l'art. 19 dans un recours en révision fondé sur l'art. 44*

En général, la *LAI* exige la tenue d'une enquête du Commissaire à l'information avant que l'on puisse demander aux tribunaux de décider si l'institution fédérale peut légalement refuser la communication. Le recours fondé sur l'art. 44 est la seule exception à ce régime.

Le paragraphe 30(1) *LAI* autorise le Commissaire à l'information à recevoir les plaintes et à faire enquête sur celles-ci dans les cas où la communication d'un document a été refusée ou retardée ou est par ailleurs insuffisante. L'auteur de la demande de renseignements, le responsable de l'institution fédérale de qui relève le document et le tiers — dans le cas où le Commissaire croit que le document peut contenir des renseignements commerciaux confidentiels — ont le droit de participer à ce processus d'enquête. Tout comme les enquêtes menées par le Commissaire à la protection de la vie privée, les

by the Information Commissioner is conducted in private (s. 35). Pursuant to s. 36(1) of the *Access Act*, the Information Commissioner has the same broad investigatory powers as the Privacy Commissioner, which I have listed above. Section 36(2) of the *Access Act* provides the Information Commissioner with the right to examine any record to which the *Access Act* applies that is under the control of a government institution, regardless of privilege. Contrary to the *Privacy Act*, s. 36(2) of the *Access Act* does not exclude Cabinet confidential information from this general right of access. Where the complaint is determined to be well-founded, the Information Commissioner can report his findings and recommendations to the head of the government institution that has refused disclosure (s. 37(1)), and must also notify any party who received notice of the investigation and opted to participate (s. 37(2)).

Where an information requester has been denied access to a record, s. 41 of the *Access Act* provides a right of review. However, this right is only available where a complaint was initially made to the Information Commissioner, and where the information requester has received notice of the results of the investigation. In other words, the *Access Act* ensures that the Information Commissioner, as opposed to the courts, is entrusted with the initial review of the complaint. Where the government institution refuses disclosure following the Information Commissioner's investigation and recommendation, it is also open to the Commissioner to bring an application for review so long as he has the consent of the information requester (s. 42(1)(a) of the *Access Act*).

Section 44 proceedings constitute the sole exception in this statutory scheme. A third party who has received notice that the government institution intends to disclose the record can apply directly to the court for a s. 44 review of the matter. Where the court determines that the head of a government institution is required to refuse to disclose

enquêtes que le Commissaire à l'information mène sur les plaintes sont secrètes (art. 35). Le paragraphe 36(1) *LAI* confère au Commissaire à l'information les mêmes vastes pouvoirs d'enquête que ceux que possède le Commissaire à la protection de la vie privée et que j'ai déjà énumérés. Le paragraphe 36(2) *LAI* donne au Commissaire à l'information un droit d'accès à tous les documents qui relèvent d'une institution fédérale et auxquels la *LAI* s'applique, peu importe qu'ils fassent ou non l'objet d'une immunité. Contrairement à la *LPRP*, le par. 36(2) *LAI* ne soustrait pas les renseignements confidentiels de ce droit d'accès général. Dans les cas où il conclut au bien-fondé d'une plainte, le Commissaire à l'information peut présenter un rapport faisant état de ses conclusions et de ses recommandations au responsable de l'institution fédérale qui a refusé de donner communication (par. 37(1)), et il doit également donner un avis aux parties qui ont été avisées de la tenue de l'enquête et qui ont choisi d'y participer (par. 37(2)).

L'article 41 *LAI* accorde un droit de révision à l'auteur d'une demande de renseignements qui s'est vu refuser la communication d'un document. Toutefois, ce droit ne peut être exercé que si une plainte a d'abord été déposée auprès du Commissaire à l'information et si l'auteur de la demande de renseignements a été avisé des conclusions de l'enquête. En d'autres termes, la *LAI* garantit que l'examen de la plainte sera d'abord confié au Commissaire à l'information et non aux tribunaux. Lorsque l'institution fédérale refuse de donner communication à la suite de l'enquête et des recommandations du Commissaire à l'information, il est également loisible à ce dernier d'exercer lui-même le recours en révision pourvu qu'il ait obtenu le consentement de l'auteur de la demande de renseignements (al. 42(1)a) *LAI*).

Le recours fondé sur l'art. 44 est la seule exception à ce régime législatif. Le tiers avisé que l'institution fédérale entend communiquer le document peut exercer directement devant la cour le recours en révision prévu à l'art. 44. Dans les cas où elle conclut que le responsable d'une institution fédérale est tenu de refuser la communication totale

79

80

a record or part of a record, the court shall order the head of the institution not to disclose the record (s. 51 of the *Access Act*). The information requester is given notice of the hearing and is entitled to appear as a party (s. 44(3) of the *Access Act*). The Information Commissioner, however, is only entitled to appear as a party with leave of the court (s. 42(1)(c) of the *Access Act*). Where a s. 44 proceeding results in an order not to disclose the record, the court order effectively precludes any investigation by the Information Commissioner. If a third party was also entitled to raise the s. 19 exemption for personal information at a s. 44 review proceeding, the role of the Information Commissioner would be further compromised.

### 3.3 *The Broader Role of the Information and Privacy Commissioners*

81

The function of the Information and Privacy Commissioners is described as akin to that of an ombudsman. Speaking of the Privacy Commissioner and of the Commissioner of Official Languages, this Court stated in *Lavigne v. Canada (Office of the Commissioner of Official Languages)*, [2002] 2 S.C.R. 773, 2002 SCC 53, at para. 37, that:

In many significant respects, the mandates of the Commissioner of Official Languages and the Privacy Commissioner are in the nature of an ombudsman's role (see M. A. Marshall and L. C. Reif, "The Ombudsman: Maladministration and Alternative Dispute Resolution" (1995), 34 *Alta. L. Rev.* 215):

– They are independent of the government's administrative institutions and hold office during good behaviour for a specified period of time and receive a salary as a judge of the Federal Court. This independence is reinforced by the fact that they may not, as a rule, be compelled to testify, and no civil or criminal proceedings lie against them for anything done in the performance of their duties;

– They examine complaints made by individuals against the government's administrative institutions, and conduct impartial investigations;

ou partielle d'un document, la cour doit lui ordonner de refuser cette communication (art. 51 *LAI*). L'auteur de la demande de renseignements est avisé de la tenue d'une audience et il a le droit de comparaître comme partie à l'instance (par. 44(3) *LAI*). Le Commissaire à l'information n'a toutefois le droit de comparaître comme partie à l'instance qu'avec l'autorisation de la cour (al. 42(1)c *LAI*). Lorsqu'un recours fondé sur l'art. 44 donne lieu à une ordonnance enjoignant de refuser de communiquer le document, l'ordonnance de la cour a pour effet d'écarter toute enquête du Commissaire à l'information. Le rôle du Commissaire à l'information serait davantage compromis si, dans un recours en révision fondé sur l'art. 44, un tiers avait également le droit d'invoquer l'exception des renseignements personnels prévue à l'art. 19.

### 3.3 *Le rôle général du Commissaire à l'information et du Commissaire à la protection de la vie privée*

On dit que le rôle du Commissaire à l'information et du Commissaire à la protection de la vie privée s'apparente à celui d'un ombudsman. Dans l'arrêt *Lavigne c. Canada (Commissariat aux langues officielles)*, [2002] 2 R.C.S. 773, 2002 CSC 53, par. 37, notre Cour a affirmé ceci au sujet du Commissaire à la protection de la vie privée et du Commissaire aux langues officielles :

Le Commissaire aux langues officielles et le Commissaire à la protection de la vie privée détiennent un mandat dont plusieurs éléments importants sont propres au rôle d'un ombudsman (voir M. A. Marshall et L. C. Reif, « The Ombudsman : Maladministration and Alternative Dispute Resolution » (1995), 34 *Alta. L. Rev.* 215) :

– Ils sont indépendants de l'administration gouvernementale et occupent leur charge à titre inamovible pour une période déterminée. Ils reçoivent le même traitement qu'un juge de la Cour fédérale. Cette indépendance est renforcée du fait qu'ils ne peuvent pas généralement être contraints à témoigner et jouissent d'une immunité en matière civile ou pénale pour les actes accomplis dans l'exercice de leurs fonctions;

– Ils examinent les plaintes des citoyens contre l'administration gouvernementale et mènent des enquêtes impartiales;

- They attempt to secure appropriate redress when the individual's complaint is based on non-judicial grounds;
- They attempt to improve the level of compliance by government institutions with the *Privacy Act* and the *Offi* ;
- As a rule, they may not disclose information they receive.

Both the Privacy Commissioner and the Information Commissioner hold offi behaviour for a set term of seven years, though they may be removed by the Governor in Council at any time on address of the Senate and House of Commons: s. 53(2) of the *Privacy Act* and s. 54(2) of the *Access Act*. Both Commissioners are paid a salary equal to that of a Federal Court judge: s. 55(2) of the *Access Act* and s. 54(2) of the *Privacy Act*. No criminal or civil proceedings lie against them for anything done in the performance of their duties: s. 66(1) of the *Access Act* and s. 67(1) of the *Privacy Act*. Both Commissioners are authorized to receive and investigate complaints, and to secure appropriate redress via non-binding recommendations to the particular government institution. Both Commissioners may only disclose information they receive in the course of their investigation in the narrow circumstances set out in the statutes: see ss. 63 and 64 of the *Access Act*, as well as ss. 64 and 65 of the *Privacy Act*. I would also note that their independent function is underlined in the purpose section of the *Access Act*, which provides that the disclosure of government information should be reviewed independently of government (s. 2(1)).

The approach followed by the Commissioners in investigating complaints and making recommendations, where warranted, is understood to be less formal than the judicial process. The Commissioners' purpose is to resolve disputes in an informal manner, and their offi cally created to address the limitations of the legal proceedings in this respect: see *Lavigne*, at para. 38. At para. 39, the Court went on to explain that:

- Ils cherchent à obtenir la réparation appropriée lorsque la plainte du citoyen est fondée sur des moyens non judiciaires;
- Ils cherchent à améliorer le degré de conformité de l'administration gouvernementale à la *Loi sur la protection des renseignements personnels* et à la *Loi sur les langues officielles*;
- Ils sont généralement tenus à la confidentialité.

Le Commissaire à la protection de la vie privée et le Commissaire à l'information occupent tous deux leur charge à titre inamovible pour un mandat fixe de sept ans, sauf révocation par le gouverneur en conseil sur adresse du Sénat et de la Chambre des communes : par. 53(2) *LPRP* et par. 54(2) *LAI*. Ils reçoivent tous deux le même traitement qu'un juge de la Cour fédérale : par. 55(2) *LAI* et par. 54(2) *LPRP*. Ils bénéfici matière civile ou pénale pour les actes accomplis dans l'exercice de leurs fonctions : par. 66(1) *LAI* et par. 67(1) *LPRP*. Les commissaires sont tous deux autorisés à recevoir des plaintes et à faire enquête sur celles-ci, ainsi qu'à obtenir une réparation appropriée en présentant à l'institution fédérale concernée des recommandations n'ayant pas force obligatoire. Ils peuvent divulguer les renseignements qu'ils obtiennent dans le cadre de leur enquête uniquement dans les circonstances particulières décrites dans les lois : voir les art. 63 et 64 *LAI*, ainsi que les art. 64 et 65 *LPRP*. Je tiens aussi à faire remarquer que leur rôle indépendant est souligné dans la disposition énonçant l'objet de la *LAI*, qui prévoit que la communication de renseignements de l'administration fédérale est susceptible de recours indépendants du pouvoir exécutif (par. 2(1)).

L'approche qu'utilisent les commissaires pour enquêter sur les plaintes et faire des recommandations, lorsqu'elles sont justifi moins formelle que le processus judiciaire. Les commissaires ont pour mission de régler les différends de manière informelle, et les commissariats ont été créés expressément pour répondre aux limites des recours judiciaires à cet égard : voir *Lavigne*, par. 38. Puis, au par. 39, la Cour a ensuite expliqué ceci :

82

83



An ombudsman is not counsel for the complainant. His or her duty is to examine both sides of the dispute, assess the harm that has been done and recommend ways of remedying it. The ombudsman's preferred methods are discussion and settlement by mutual agreement. As Dickson J. wrote in *British Columbia Development Corp. v. Friedmann*, [1984] 2 S.C.R. 447, the office of ombudsman and the grievance resolution procedure, which are neither legal nor political in a strict sense, are of Swedish origin, *circa* 1809. He described their genesis (at pp. 458-59):

As originally conceived, the Swedish Ombudsman was to be the Parliament's overseer of the administration, but over time the character of the institution gradually changed. Eventually, the Ombudsman's main function came to be the investigation of complaints of maladministration on behalf of aggrieved citizens and the recommendation of corrective action to the governmental office department involved.

The institution of Ombudsman has grown since its creation. It has been adopted in many jurisdictions around the world in response to what R. Gregory and P. Hutchesson in *The Parliamentary Ombudsman* (1975) refer to, at p. 15, as "one of the dilemmas of our times" namely, that "(i)n the modern state . . . democratic action is possible only through the instrumentality of bureaucratic organization; yet bureaucratic — if it is not properly controlled — is itself destructive of democracy and its values".

The factors which have led to the rise of the institution of Ombudsman are well-known. Within the last generation or two the size and complexity of government has increased immeasurably, in both qualitative and quantitative terms. Since the emergence of the modern welfare state the intrusion of government into the lives and livelihood of individuals has increased exponentially. Government now provides services and benefits in the marketplace, and engages in proprietary functions that are not available.

84 Former Justice La Forest, in a recent report entitled *The Offices of the Information and Privacy Commissioners: The Merger and Related Issues*, Report of the Special Advisor to the Minister of Justice (November 15, 2005) ("La Forest report"), at p. 15, explains that the primary duty of both the Information and Privacy Commissioners to

L'ombudsman n'est pas l'avocat du plaignant. Il a le devoir d'examiner les deux côtés du litige, apprécier les torts et recommander les moyens d'y remédier. Il privilégie la discussion et l'entente à l'amiable. Selon le juge Dickson dans l'affaire *British Columbia Development Corp. c. Friedmann*, [1984] 2 R.C.S. 447, la fonction d'ombudsman et la procédure de règlement qui ne sont ni légales ni politiques au sens strict sont d'origine suédoise et remontent aux environs de 1809. Il en décrit la genèse (aux p. 458-59) :

Au début, l'ombudsman suédois devait être le surveillant parlementaire de l'administration, mais par la suite la nature de l'institution s'est progressivement modifiée. Finalement, l'ombudsman en est venu à avoir pour fonction principale d'enquêter sur des plaintes de mauvaise administration pour le compte de citoyens lésés et de recommander des mesures correctives aux fonctionnaires ou ministères gouvernementaux visés.

L'institution d'ombudsman a connu un essor depuis sa création. De nombreux pays dans le monde l'ont adoptée pour répondre à ce que R. Gregory et P. Hutchesson, à la p. 15 de leur ouvrage intitulé *The Parliamentary Ombudsman* (1975), appellent [TRADUCTION] « l'un des dilemmes de notre époque », savoir que [TRADUCTION] « dans l'État moderne . . . l'action démocratique n'est possible qu'au moyen de l'organisation bureaucratique; mais la puissance bureaucratique, si elle n'est pas bien contrôlée, tend elle-même à détruire la démocratie et ses valeurs ».

Les facteurs qui ont contribué à l'essor de l'institution d'ombudsman sont bien connus. Depuis une ou deux générations, la taille et la complexité du gouvernement ont augmenté considérablement tant du point de vue qualitatif que quantitatif. Depuis l'avènement de l'État-providence moderne, l'ingérence du gouvernement dans la vie et les moyens de subsistance des individus a augmenté de façon exponentielle. Le gouvernement assure maintenant des services et des avantages, intervient activement sur le marché et exerce des fonctions de propriétaire, à un degré qui aurait été inconcevable il y a cinquante ans.

Comme l'explique l'ancien juge La Forest à la p. 16 d'un rapport récent intitulé *Les commissariats à l'information et à la protection de la vie privée : fusion et questions connexes*, Rapport du conseiller spécial auprès du ministre de la Justice (15 novembre 2005) (« rapport La Forest »), à l'instar de l'ombudsman, la responsabilité première du

independently and impartially investigate complaints and make recommendations is in keeping with this ombudsman function.

La Forest notes that the Commissioners exercise a number of other important functions:

The Privacy Commissioner, for instance, is empowered to audit government institutions to ensure that they are complying with their obligations under the Act, recommend changes to effect compliance, and report failures to comply to the institution and Parliament. The Privacy Commissioner may also assess whether a government institution's decision to designate a data bank as exempt from disclosure was correct, and ask the Federal Court to rule on the question if the government institution fails to accept the Commissioner's determination that it was not. Both commissioners must also submit annual reports to Parliament and may in addition submit special reports with respect to urgent matters. [Footnotes omitted; pp. 16-17.]

The Privacy Commissioner has inherited additional responsibilities with the enactment of Part 1 of the *Personal Information Protection and Electronic Documents Act*, S.C. 2000, c. 5. Moreover, the Commissioners are also active in promoting the values of access and privacy in a variety of national and international fora. The "Commissioners have commented on proposed legislation and government policies, appeared before parliamentary committees, conducted surveys, sponsored research, published summaries of findings, and given public lectures": see La Forest report, at p. 18.

This has led some commentators to conclude that the Privacy Commissioner is "expected at some point to perform seven interrelated roles: ombudsman, auditor, consultant, educator, policy advisor, negotiator and enforcer": C. J. Bennett, "The

Commissaire à l'information et du Commissaire à la protection de la vie privée consiste à mener des enquêtes et à formuler des recommandations de manière indépendante et impartiale relativement aux plaintes.

L'ancien juge La Forest note que les commissaires exercent un certain nombre d'autres fonctions importantes :

Le commissaire à la protection de la vie privée, par exemple, a des pouvoirs de vérification lui permettant de mener des enquêtes visant les institutions fédérales pour s'assurer qu'elles respectent les obligations que la Loi leur impose ainsi que le pouvoir de recommander l'adoption de mesures pour qu'elles remplissent ces obligations et de faire rapport des manquements constatés à l'institution concernée et au Parlement. Le commissaire à la protection de la vie privée a en outre le pouvoir de déterminer si une institution fédérale a eu raison de décider qu'un fichier est inconsultable. S'il conclut que le fichier n'a pas été correctement classé et que, le cas échéant, l'institution fédérale n'accepte pas sa décision, il peut demander à la Cour fédérale de statuer sur la question. Les deux commissaires doivent de plus présenter des rapports annuels au Parlement et il leur est loisible de présenter des rapports spéciaux concernant des questions urgentes. [Revois omis; p. 18.]

Le Commissaire à la protection de la vie privée s'est vu confié l'adoption de la partie 1 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*, L.C. 2000, ch. 5. En outre, les commissaires s'efforcent également de promouvoir les valeurs qui sous-tendent l'accès à l'information et la protection de la vie privée auprès de diverses instances nationales et internationales. « Les commissaires ont formulé des commentaires concernant divers projets de lois et de politiques gouvernementales, comparu devant des comités parlementaires, mené des sondages, subventionné des recherches, publié des conclusions sous forme de sommaires et donné des conférences publiques » : voir le rapport La Forest, p. 20.

Cela a amené certains commentateurs à conclure au sujet du Commissaire à la protection de la vie privée que l'on s'attend à ce [TRADUCTION] « qu'éventuellement il accomplisse sept rôles connexes, à savoir les rôles d'ombudsman, de

85

86

87

privacy commissioner of Canada: Multiple roles, diverse expectations and structural dilemmas” (2003), 46 *Canadian Public Administration* 218, at p. 237, cited in La Forest report, at p. 18. Many of these roles are also performed by the Information Commissioner: La Forest report, at p. 18.

4. The Legislative Scheme Surrounding Section 44 of the Access Act

4.1 *The Statutory Context*

88

This Court has held that statutory interpretation cannot be founded on the wording of the legislation alone: *Rizzo & Rizzo Shoes*, at para. 21. As the previous analysis demonstrates, s. 44 review proceedings are part of a complex statutory code. Heinz initially became aware of the access request that formed the basis of the s. 44 review via s. 27(1) of the *Access Act*, which provides:

**27.** (1) Where the head of a government institution intends to disclose any record requested under this Act, or any part thereof, that contains or that the head of the institution has reason to believe might contain

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

the head of the institution shall, subject to subsection (2), if the third party can reasonably be located, within thirty days after the request is received, give written notice to the third party of the request and of the fact that the head of the institution intends to disclose the record or part thereof.

Section 27(1) is a notice provision for third parties where there has been an access request for a record

vérificateur, de consultant, de pédagogue, de conseiller en matière d'établissement de politiques, de négociateur et de responsable de l'application des lois » : C. J. Bennett, « The privacy commissioner of Canada : Multiple roles, diverse expectations and structural dilemmas » (2003), 46 *Administration publique du Canada* 218, p. 237, cité à la p. 20 du rapport La Forest. Plusieurs de ces rôles sont aussi remplis par le Commissaire à l'information : rapport La Forest, p. 20.

4. Le régime législatif dans lequel s'inscrit l'art. 44 LAI

4.1 *Le contexte législatif*

Notre Cour a statué que l'interprétation législative ne peut être fondée sur le seul libellé du texte de loi : *Rizzo & Rizzo Shoes*, par. 21. Comme le démontre l'analyse qui précède, le recours en révision fondé sur l'art. 44 s'inscrit dans un code législatif complexe. C'est le par. 27(1) LAI qui a permis à Heinz de prendre connaissance de la demande de communication à l'origine du recours en révision fondé sur l'art. 44. Ce paragraphe se lit ainsi :

**27.** (1) Sous réserve du paragraphe (2), le responsable d'une institution fédérale qui a l'intention de donner communication totale ou partielle d'un document est tenu de donner au tiers intéressé, dans les trente jours suivant la réception de la demande, avis écrit de celle-ci ainsi que de son intention, si le document contient ou s'il est, selon lui, susceptible de contenir :

- a) soit des secrets industriels d'un tiers;
- b) soit des renseignements visés à l'alinéa 20(1)b) qui ont été fournis par le tiers;
- c) soit des renseignements dont la communication risquerait, selon lui, d'entraîner pour le tiers les conséquences visées aux alinéas 20(1)c) ou d).

La présente disposition ne vaut que s'il est possible de rejoindre le tiers sans problèmes sérieux.

Le paragraphe 27(1) est une disposition qui oblige à donner avis aux tiers dans les cas où il y a eu une



containing information listed in (a) to (c). Those subsections refer directly to the exemption from disclosure contained in s. 20(1) of the *Access Act*:

**20.** (1) Subject to this section, the head of a government institution shall refuse to disclose any record requested under this Act that contains

(a) trade secrets of a third party;

(b) financial, commercial, scientific or technical information that is confidential information supplied to a government institution by a third party and is treated consistently in a confidential manner by the third party;

(c) information the disclosure of which could reasonably be expected to result in material financial loss or gain to, or could reasonably be expected to prejudice the competitive position of, a third party; or

(d) information the disclosure of which could reasonably be expected to interfere with contractual or other negotiations of a third party.

For ease of reference, I refer to information exempted from disclosure pursuant to s. 20 as confidential business information. Where a third party has received notice pursuant to s. 27(1) because of the believed presence of confidential information in the requested record, s. 28(1)(a) provides the third party with an opportunity to make representations to the head of the government institution as to why the record should not be disclosed. Pursuant to s. 28(1)(b), the third party is then entitled to notice of the government institution's decision as to whether or not to disclose the record. A third party who receives notice pursuant to s. 28(1)(b) of the government institution's decision to disclose the record has a right to apply for a review pursuant to s. 44:

**44.** (1) Any third party to whom the head of a government institution is required under paragraph 28(1)(b) or subsection 29(1) to give a notice of a decision to disclose a record or a part thereof under this Act may, within twenty days after the notice is given, apply to the Court for a review of the matter.

demande de communication d'un document contenant des renseignements énumérés aux al. a) à c). Ces alinéas renvoient directement à l'exemption de communication prévue au par. 20(1) *LAI* :

**20.** (1) Le responsable d'une institution fédérale est tenu, sous réserve des autres dispositions du présent article, de refuser la communication de documents contenant :

a) des secrets industriels de tiers;

b) des renseignements financiers, commerciaux, scientifiques ou techniques fournis à une institution fédérale par un tiers, qui sont de nature confidentielle et qui sont traités comme tels de façon constante par ce tiers;

c) des renseignements dont la divulgation risquerait vraisemblablement de causer des pertes ou profits financiers appréciables à un tiers ou de nuire à sa compétitivité;

d) des renseignements dont la divulgation risquerait vraisemblablement d'entraver des négociations menées par un tiers en vue de contrats ou à d'autres fins.

Par souci de commodité, j'utiliserai l'expression « renseignements commerciaux confidentiels » pour désigner les renseignements exempts de communication en vertu de l'art. 20. Lorsqu'un tiers reçoit un avis conformément au par. 27(1) parce que le document demandé est susceptible de contenir des renseignements commerciaux confidentiels, l'al. 28(1)(a) lui donne la possibilité de présenter au responsable de l'institution fédérale des observations sur les raisons qui justifient la communication. Selon l'al. 28(1)(b), le tiers a alors le droit d'être avisé de la décision de l'institution fédérale concernant la communication du document. Le tiers qui est avisé, conformément à l'al. 28(1)(b), de la décision de l'institution fédérale de communiquer le document a le droit d'exercer le recours en révision prévu à l'art. 44 :

**44.** (1) Le tiers que le responsable d'une institution fédérale est tenu, en vertu de l'alinéa 28(1)(b) ou du paragraphe 29(1), d'aviser de la communication totale ou partielle d'un document peut, dans les vingt jours suivant la transmission de l'avis, exercer un recours en révision devant la Cour.

90 Section 29(1) is not at issue in this appeal. It deals with the slightly different situation of a government institution initially refusing disclosure, and then opting to follow the recommendation of the Information Commissioner to disclose the requested record. Pursuant to s. 29(1), notice must be given to the third party who initially received notice, or would have received notice, under s. 27(1) because of the believed presence of confidential business information in the record.

91 Pursuant to s. 51 of the *Access Act*, where the court determines, after considering an application under s. 44, that the head of a government institution is required to refuse to disclose a record, the court shall order the head of the institution not to disclose the record or shall make such other order as the court deems appropriate.

92 Deschamps J. relies on the broad wording of s. 44 and its related sections in order to conclude that a third party who has received notice pursuant to s. 28(1)(b) of the *Access Act* can raise the s. 19 exemption from disclosure for personal information on a s. 44 review. She relies, in particular, on the following:

- Section 28(1)(b) allows the third party to make representations as to why the record should not be disclosed. There is no language in that section that limits the range of representations that can be made.
- Similarly, the language of s. 28(1)(b) suggests that representations can be made as to why the record should not be disclosed, as opposed to explicitly limiting the right to make representations to that part of the record that contains confidential business information.
- Section 44 allows for a review of the matter, without expressly limiting the scope of what is reviewable.
- Finally, s. 51 states that the court shall make an order where it determines that the head of a government institution is required to refuse to

Le paragraphe 29(1) n'est pas en cause dans le présent pourvoi. Il traite du cas légèrement différent où après avoir refusé dans un premier temps de donner communication, l'institution fédérale décide ensuite de suivre la recommandation du Commissaire à l'information de communiquer le document demandé. Aux termes du par. 29(1), un avis doit être donné au tiers, qui a été avisé au départ ou qui l'aurait été en vertu du par. 27(1), du fait que le document est susceptible de contenir des renseignements commerciaux confidentiels.

L'article 51 *LAI* précise que, dans les cas où elle conclut, lors d'un recours exercé en vertu de l'art. 44, que le responsable d'une institution fédérale est tenu de refuser la communication d'un document, la cour doit lui ordonner de refuser cette communication ou rendre une autre ordonnance si elle l'estime indiqué.

La juge Deschamps se fonde sur le libellé général de l'art. 44 et de ses dispositions connexes pour conclure que, dans un recours en révision fondé sur l'art. 44, un tiers qui a été avisé conformément à l'al. 28(1)(b) *LAI* peut invoquer l'exemption de communication applicable aux renseignements personnels prévue à l'art. 19. Elle se fonde plus particulièrement sur ce qui suit :

- L'alinéa 28(1)(b) permet au tiers de présenter des observations sur les raisons qui justifient le refus de communication du document. Rien dans cette disposition ne limite la portée des observations qui peuvent être présentées.
- De même, le libellé de l'al. 28(1)(b) indique qu'il est possible de présenter des observations sur les raisons qui justifient le refus de communication du document, au lieu de limiter expressément le droit de présenter des observations à la partie du document qui contient des renseignements commerciaux confidentiels.
- L'article 44 permet d'exercer un recours en révision sans limiter expressément la portée de ce qui peut être révisé.
- Enfin, l'art. 51 prévoit que la cour doit rendre une ordonnance dans les cas où elle conclut que le responsable d'une institution fédérale

disclose the record. In determining whether the government institution is required to refuse disclosure, s. 51 does not explicitly limit the court's consideration to the s. 20 exemption from disclosure for confi

The court is obliged to consider the total context of the provisions to be interpreted, no matter how plain the disposition may seem upon initial reading: *Chieu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 84, 2002 SCC 3, at para. 34; *ATCO Gas and Pipelines Ltd. v. Alberta (Energy & Utilities Board)*, [2006] 1 S.C.R. 140, 2006 SCC 4, at para. 48; R. Sullivan, *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes* (4th ed. 2002), at pp. 20-21. Some of the legislative provisions at issue are broadly worded. The intended meaning of open-ended expressions such as “representations”, “record”, and “matter” is lost when they are read in isolation: see *ATCO*, at para. 46.

Within its proper statutory context, the intended meaning of “representations”, “record”, and “matter” becomes clear. The right to bring a s. 44 review flows from the notice a third party receives because of the believed presence of confidential business information in the requested record. The parties, and indeed Deschamps J., concede that notice is only required where s. 20 is possibly applicable because of the very nature of that exemption. Only the third party itself can clearly state whether or not the grounds listed in s. 20 apply to the information requested. This is because, considering the criteria listed in s. 20, only the third party can establish what information it treated or treats as confi the effect of disclosure on its revenue or on its competitive position.

Deschamps J. includes in her reasons for judgment a brief analysis of the legislative history of ss. 27 and 28 of the *Access Act*, the notice provisions ultimately resulting in a right to bring an

est tenu de refuser la communication du document. Quant à savoir si l'institution fédérale est tenue de refuser la communication, l'art. 51 ne limite pas expressément l'examen de la cour à l'exemption de communication que l'art. 20 établit dans le cas des renseignements commerciaux confi

La cour doit tenir compte du contexte global de la disposition devant être interprétée, même si, à première vue, le sens de son libellé peut paraître évident : *Chieu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 84, 2002 CSC 3, par. 34; *ATCO Gas and Pipelines Ltd. c. Alberta (Energy & Utilities Board)*, [2006] 1 R.C.S. 140, 2006 CSC 4, par. 48; R. Sullivan, *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes* (4<sup>e</sup> éd. 2002), p. 20-21. Certaines dispositions législatives en cause ont une portée générale. Considérer isolément des termes qui se prêtent à diverses interprétations, tels « observations », « document » et « matter », fait perdre de vue leur véritable portée : voir l'arrêt *ATCO*, par. 46.

La portée des termes « observations », « document » et « matter » ressort clairement du contexte législatif. Le droit d'exercer le recours en révision prévu à l'art. 44 découle de l'avis que le tiers reçoit parce que le document demandé est susceptible de contenir des renseignements commerciaux confidentiels. Les parties et, en fait, la juge Deschamps concèdent que l'avis n'est requis que dans les cas où l'art. 20 est susceptible de s'appliquer en raison de la nature même de l'exception qu'il établit. Seul le tiers lui-même est en mesure de dire clairement si les motifs énumérés à l'art. 20 s'appliquent aux renseignements demandés. Cela s'explique par le fait que, compte tenu des critères énumérés à l'art. 20, seul le tiers est en mesure d'établir quels sont les renseignements qu'il a considérés ou qu'il considère comme étant de nature confidentielle, et quel serait l'effet de leur divulgation sur ses revenus ou sa compétitivité.

Dans ses motifs de jugement, la juge Deschamps analyse brièvement l'historique législatif des art. 27 et 28 *LAI*, qui exigent de donner avis et qui, en défi

93

94

95

application for a s. 44 review. I do not find legislative history to be particularly helpful in determining the proper scope of a s. 44 review. The legislative context, by contrast, provides considerable insight into the legislative intent behind the review process.

96

The complaint and investigation process that I have outlined above constitutes the mechanism Parliament has selected in order to balance access rights with the need to protect individuals' personal information. Where the personal information of individuals is improperly disclosed, those individuals can bring a complaint to the Privacy Commissioner under s. 29 of the *Privacy Act*. There is no notice provision prior to the disclosure of a requested record that might contain exempted personal information, nor does the unlawful disclosure of exempted personal information give rise to a right of judicial review under the *Access Act* or the *Privacy Act*. Indeed, ss. 27, 28 and 44 of the *Access Act* constitute the only available notice and review mechanisms under the statutory scheme meant to permit resistance to disclosure of a requested record.

97

Considered in its proper statutory context, s. 44 has nothing to do with the s. 19 exemption from disclosure for personal information. The right to bring a s. 44 application arises from the believed presence of confidential business information in the requested record. The structure of the *Access Act* and of the *Privacy Act* suggests that Parliament intended that the protection of personal information be assured exclusively by the Office of the Information Commissioner. The only exception provided in the statutory scheme is where confidential business information potentially appears in the requested record.

révision prévu à l'art. 44. Je ne considère pas que cet historique législatif est particulièrement utile pour déterminer la portée que doit avoir la révision fondée sur l'art. 44. Par contre, le contexte législatif nous éclaire énormément sur l'intention législative qui sous-tend le processus de révision.

Le processus de plainte et d'enquête que j'ai exposé plus haut est le mécanisme que le législateur a choisi pour établir un équilibre entre le droit d'accès à l'information et la nécessité de protéger les renseignements personnels. Dans le cas où les renseignements personnels d'individus sont divulgués illicitement, l'art. 29 *LPRP* autorise les individus concernés à porter plainte auprès du Commissaire à la protection de la vie privée. Aucune disposition n'oblige à donner préavis de la communication d'un document susceptible de contenir des renseignements personnels visés par une exemption, et la divulgation illicite de renseignements personnels visés par une exemption ne donne pas non plus naissance au droit à un contrôle judiciaire fondé sur la *LAI* ou la *LPRP*. En fait, les art. 27, 28 et 44 *LAI* constituent, dans le régime législatif, les seuls mécanismes de notification et de révision qui sont censés permettre de s'opposer à la communication d'un document demandé.

L'article 44, situé dans son contexte législatif, n'a rien à voir avec l'exemption de communication des renseignements personnels prévue à l'art. 19. Le droit d'exercer le recours prévu à l'art. 44 découle du fait que le document demandé est susceptible de contenir des renseignements commerciaux confidentiels. La structure de la *LAI* et de la *LPRP* indique que le législateur a voulu que la protection des renseignements personnels relève exclusivement du Commissariat à la protection de la vie privée. La volonté du législateur que tout contrôle judiciaire fondé sur ces lois soit précédé d'une enquête impartiale du Commissaire à l'information est tout aussi importante. La seule exception prévue dans le régime législatif est le cas où le document demandé est susceptible de contenir des renseignements commerciaux confidentiels.

4.2 *To Allow the Section 19 Exemption to Be Raised on a Section 44 Proceeding Would Lead to Absurd Results*

It is presumed that the legislature does not intend its legislation to result in absurd consequences: see Sullivan, at p. 236. The only available notice and review mechanisms to resist disclosure is that provided in ss. 27, 28 and 44 of the *Access Act*. The Act does not require notice to a third party prior to disclosure of information relating to that party except in the circumstances set out in s. 28(1). Where the head of a government institution concludes that the information requested is not confidential information, notice to the third party is not required, will not be ordered by the court and no right to apply for review under s. 44(1) arises.

Unless the opportunity to raise exemptions at a s. 44 review proceeding is limited to that contained in s. 20, third parties who have received notice pursuant to s. 28(1)(b) will be afforded an opportunity to raise the s. 19 exemption for personal information in circumstances where no comparable right exists for a third party claiming only that the record contains personal information belonging to it.

The only reason Heinz is able to raise the s. 19 exemption in the present appeal is the possible application of s. 20 and the notice received pursuant to ss. 27 and 28. Were it not for the possible application of s. 20, there would be no possibility of bringing a s. 44 review. The effect of the proposed extension of the s. 44 review would be to create two categories of third parties: those who receive notice under ss. 27 to 29 of the *Access Act* and those who do not. In other words, the distinction would be between third parties who have relevant confidential information and those who do not. Such a result is absurd insofar as it allows greater protection of certain individuals' personal information, depending on the possible application of s. 20. Individuals with relevant confidential business information would thus benefit from a greater protection for their personal

4.2 *Permettre d'invoquer l'exception de l'art. 19 dans un recours fondé sur l'art. 44 mènerait à des absurdités*

L'on présume que le législateur ne veut pas que ses lois aient des conséquences absurdes : voir Sullivan, p. 236. Les seuls mécanismes de notification et de révision qui permettent de s'opposer à la communication sont prévus aux art. 27, 28 et 44 *LAI*. Sauf dans les cas énoncés au par. 28(1), cette loi n'exige pas qu'un tiers reçoive un préavis de la communication de renseignements le concernant. Lorsque le responsable d'une institution fédérale conclut que les renseignements demandés ne sont pas des renseignements commerciaux confidentiels, il n'est pas nécessaire de donner avis au tiers, la cour n'ordonnera pas de le faire, et aucun droit d'exercer le recours en révision prévu au par. 44(1) ne prend naissance.

À moins que les seules exceptions qui puissent être invoquées dans un recours en révision fondé sur l'art. 44 soient celles prévues à l'art. 20, les tiers ayant été avisés conformément à l'al. 28(1)(b) pourront invoquer l'exception des renseignements personnels prévue à l'art. 19 dans des cas où le tiers qui a des renseignements personnels le concernant ne possède aucun droit comparable.

Seuls la possibilité d'appliquer l'art. 20 et l'avis reçu conformément aux art. 27 et 28 permettent à Heinz d'invoquer en l'espèce l'exception de l'art. 19. N'était-ce la possibilité d'appliquer l'art. 20, le recours en révision fondé sur l'art. 44 ne serait pas possible. L'élargissement proposé de la portée de la révision fondée sur l'art. 44 aurait pour effet de créer deux catégories de tiers : ceux qui sont avisés en vertu des art. 27 à 29 *LAI* et ceux qui ne le sont pas. En d'autres termes, on établirait une distinction entre les tiers qui possèdent des renseignements commerciaux confidentiels pertinents et ceux qui ne possèdent pas de tels renseignements. Un tel résultat est absurde dans la mesure où les renseignements personnels de certains individus peuvent bénéficier d'une protection accrue en fonction de la possibilité d'appliquer l'art. 20. Les individus qui possèdent des renseignements

98

99

100

information than individuals without such information. There is no basis for such a two-tiered system in either the *Access Act* or the *Privacy Act*.

101 Deschamps J.'s proposed interpretation of s. 44 leads to a second absurd consequence. It is unlikely that Heinz itself possesses personal information within the meaning of s. 3 of the *Privacy Act*. Section 3 includes a non-exhaustive list of information which is considered personal information. Elements of this list reinforce the conclusion that only human beings can constitute individuals, because only human beings have a race; colour; religion; age; marital status; education; medical, criminal or employment history; fingerprints; and blood type. Heinz is raising s. 19 in the present case in order to protect the personal information of several of its employees. While both the *Access Act* and the *Privacy Act* expressly allow an authorized agent to bring complaints to the Information Commissioner or to the Privacy Commissioner, respectively, s. 44 does not so provide.

102 The right to apply for a review under s. 44 belongs to the third party who has received notice of the decision not to disclose the record — in this case, Heinz. The employees of Heinz whose personal information is implicated do not have the right to apply for a s. 44 review. In other words, the interpretation proposed by Deschamps J. has the effect of allowing Heinz to object to the intended disclosure because of the presence of personal information belonging to its employees, in circumstances where the affected employees themselves have no right whatsoever to bring an application for review under the Act. It cannot be the intention of Parliament, in my view, that Heinz can raise s. 19 on behalf of its employees in circumstances where its employees have no right under the *Access Act* or the *Privacy Act* to raise the objection on their own behalf at a judicial hearing.

commerciaux confidentiels pertinents bénéficieraient ainsi d'une plus grande protection de leurs renseignements personnels que ceux qui ne possèdent pas de tels renseignements. Rien dans la *LAI* ou dans la *LPRP* ne justifie ces différences.

L'interprétation de l'art. 44 que préconise le juge Deschamps entraîne une deuxième conséquence absurde. Il est peu probable que Heinz soit elle-même en possession de renseignements personnels au sens de l'art. 3 *LPRP*. L'article 3 renferme une liste non exhaustive de renseignements qui sont considérés comme personnels. Les éléments de cette liste renforcent la conclusion que seuls les êtres humains peuvent être des individus. Les renseignements personnels, tels que la religion, l'âge, la situation de famille, l'éducation, le dossier médical, le casier judiciaire, les antécédents professionnels, les empreintes digitales et le groupe sanguin sont propres à l'espèce humaine. Dans la présente affaire, Heinz invoque l'art. 19 dans le but de protéger les renseignements personnels de plusieurs de ses employés. S'il est vrai que la *LAI* et la *LPRP* permettent expressément à un représentant autorisé de porter plainte auprès du Commissaire à l'information ou du Commissaire à la protection de la vie privée, respectivement, ce n'est pas le cas de l'art. 44.

Le droit d'exercer le recours en révision prévu à l'art. 44 appartient au tiers avisé du refus de communiquer le document — Heinz, en l'espèce. Les employés de Heinz dont les renseignements personnels sont en cause n'ont pas le droit d'exercer le recours en révision prévu à l'art. 44. En d'autres termes, l'interprétation préconisée par le juge Deschamps a pour effet de permettre à Heinz de s'opposer à la communication envisagée à cause de la présence de renseignements personnels concernant ses employés, alors que les employés touchés n'ont eux-mêmes aucun droit d'exercer le recours en révision prévu par la Loi. À mon sens, le législateur ne peut avoir voulu que Heinz puisse invoquer l'art. 19 au nom de ses employés dans un cas où ni la *LAI* ni la *LPRP* ne permettent à ses employés de s'opposer eux-mêmes à cette communication dans le cadre d'un recours judiciaire.



5. Conclusion on the Proper Interpretation of Section 44 of the *Access Act*

Parliament has entrusted the monitoring of government compliance with the *Access Act* and the *Privacy Act* to the Office of the Privacy Commissioner and the Office of the Privacy Commissioner. The role of these offices is that of an ombudsman and is indicative of a policy decision to adopt a non-litigious dispute resolution mechanism in the context of complaints arising from individuals seeking access to government information or from third parties seeking to protect their personal information. The current scheme creates a more accessible review process of the decision of a government institution to disclose or not to disclose a requested record.

This accessible, informal and non-litigious complaint resolution process results in the Commissioners making non-binding recommendations to the government institution that is the subject of the complaint. The consequence of such a policy decision is, as Deschamps J. has noted, that the role of the Commissioners is necessarily limited by their inability to issue injunctive relief or to prohibit a government institution from disclosing information. Pending the receipt of their recommendations, or even upon receipt of a recommendation not to disclose the record, there is nothing to prevent the government institution from proceeding with disclosure. In fact, the government institution is required by s. 7 of the *Access Act* to provide notice to the information requester of its decision to disclose or to refuse disclosure within 30 days following receipt of the request. If the government institution opts to disclose the record, then access must be provided to the requester within that same time frame. The government institution can however extend that time limit pursuant to s. 9(1) of the *Access Act*, if:

9. (1) . . .

(a) the request is for a large number of records or necessitates a search through a large number of

5. Conclusion sur l'interprétation que doit recevoir l'art. 44 *LAI*

Le législateur a confié la formation et au Commissariat à la protection de la vie privée la tâche de veiller à ce que le gouvernement respecte la *LAI* et la *LPRP*. Le rôle de ces commissariats s'apparente à celui d'un ombudsman et témoigne d'une décision de politique générale d'adopter un mécanisme non contentieux de règlement des différends dans le cas où des plaintes sont déposées par des individus qui sollicitent l'accès à des renseignements de l'administration fédérale ou par des tiers qui cherchent à protéger leurs renseignements personnels. Le régime actuel établit un processus plus accessible de révision de la décision d'une institution fédérale de communiquer ou de ne pas communiquer un document demandé.

Ce processus accessible, informel et non contentieux de règlement des plaintes amène les commissaires à présenter des recommandations n'ayant pas force obligatoire à l'institution fédérale visée par la plainte. Comme l'a fait remarquer le juge Deschamps, une telle décision de politique générale fait en sorte que les commissaires jouent nécessairement un rôle limité en raison de leur incapacité de prononcer une injonction ou d'interdire à une institution fédérale de divulguer des renseignements. Rien n'empêche l'institution fédérale qui attend les recommandations des commissaires ou même qui s'est vu recommander de ne pas donner communication, de communiquer le document demandé. En fait, l'art. 7 *LAI* exige que l'institution fédérale avise l'auteur de la demande de renseignements de sa décision de donner communication ou de son refus de le faire dans les 30 jours suivant réception de la demande. Si l'institution fédérale choisit de communiquer le document, elle doit alors en donner communication à l'auteur de la demande dans le même délai. L'institution fédérale peut toutefois proroger ce délai conformément au par. 9(1) *LAI* dans les cas où :

9. (1) . . .

a) l'observation du délai entraverait de façon sérieuse le fonctionnement de l'institution en raison

records and meeting the original time limit would unreasonably interfere with the operations of the government institution,

(b) consultations are necessary to comply with the request that cannot reasonably be completed within the original time limit, or

(c) notice of the request is given pursuant to subsection 27(1)

soit du grand nombre de documents demandés, soit de l'ampleur des recherches à effectuer pour donner suite à la demande;

b) les consultations nécessaires pour donner suite à la demande rendraient pratiquement impossible l'observation du délai;

c) avis de la demande a été donné en vertu du paragraphe 27(1).

In all such cases, the requester must be notified of the extension and of his or her right to complain to the Information Commissioner about the delay. Where the head of a government institution extends a time limit for more than 30 days, notice of the extension must also be given to the Information Commissioner according to s. 9(2).

Dans tous ces cas, l'auteur de la demande doit être avisé de la prorogation du délai et de son droit de porter plainte à ce sujet auprès du Commissaire à l'information. Dans les cas où la prorogation du délai dépasse 30 jours, le responsable de l'institution fédérale doit également en aviser le Commissaire à l'information conformément au par. 9(2).

105

The Commissioners do not have the decision-making or remedial capacity to prevent the unlawful disclosure of a requested record. Moreover, apart from a s. 44 proceeding, judicial review under the *Privacy Act* and under the *Access Act* is limited to cases where the government institution has refused to disclose the requested information. Partly for these reasons, Deschamps J. expresses concern that a narrow interpretation of s. 44 would weaken the protection of personal information. The La Forest report mentions that a number of provinces, including Quebec, Ontario, British Columbia, Alberta and Prince Edward Island, have given the provincial Commissioners the power to issue final decisions, subject to judicial review: see p. 50. This reflects the power given to provincial Commissioners by Parliament. La Forest explains, however, that

Les commissaires n'ont pas la capacité décisionnelle ou réparatrice d'empêcher la communication illégale d'un document demandé. De plus, mis à part le recours exercé en vertu de l'art. 44, le contrôle judiciaire fondé sur la *LPRP* et la *LAI* ne peut avoir lieu que dans le cas où l'institution fédérale a refusé de communiquer les renseignements demandés. La juge Deschamps dit craindre, pour ces raisons notamment, qu'une interprétation restrictive de l'art. 44 affaiblisse la protection des renseignements personnels. Le rapport La Forest mentionne qu'un certain nombre de provinces, dont le Québec, l'Ontario, la Colombie-Britannique, l'Alberta et l'Île-du-Prince-Édouard, ont donné aux commissaires provinciaux le pouvoir de rendre des décisions définitives relatives aux plaintes, sous réserve d'un contrôle judiciaire : voir p. 56. Cela reflète la politique générale différente de celle du législateur fédéral. L'ancien juge La Forest précise cependant que

Commissioners in most of these provinces use this power sparingly, preferring whenever possible to resolve complaints through conciliation, mediation, and other informal means. They nonetheless consider the existence of this power, which provides a strong incentive to the parties to settle on reasonable terms, to be essential to their effectiveness. [Footnote omitted; p. 50.]

[d]ans la plupart des provinces, les commissaires exercent ce pouvoir avec parcimonie, préférant, lorsque c'est possible, régler les plaintes par la conciliation, la médiation et autres moyens informels. Ils n'en considèrent pas moins l'existence de ce pouvoir, qui incite fortement les parties à parvenir à un règlement raisonnable, comme essentielle à leur efficacité.



La Forest concludes that the option of granting such powers to the federal Information and Privacy Commissioners is worthy of further study: see p. 52. The decision of whether or not to extend such powers to the Commissioners is a complicated one that must balance the protection of personal information with the need for an accessible, informal and expeditious complaints resolution system in order to promote access to information. It is quite clearly a decision best left to Parliament.

In interpreting s. 44 of the *Access Act*, it is necessary to preserve the integrity of the mechanism Parliament has selected in order to balance the competing rights of access and privacy. Where personal information has been unlawfully disclosed, that mechanism consists of the complaint and investigation process provided by s. 29 of the *Privacy Act*, and of the additional protection provided by s. 8(5) of the *Privacy Act*, where a government institution intends to disclose personal information on the basis that the public interest in disclosure outweighs any invasion of privacy. This process is nothing more than the expression of a governmental policy decision reflecting an evaluation of the advantages and disadvantages of various options, in terms of principles and operational requirements. Its integrity must be respected in order to give effect to legislative intent.

As previously mentioned, Deschamps J. expresses concern in her reasons about what she views as the lack of protection in the Acts for individuals' personal information. However, her interpretation of s. 44 of the *Access Act* only provides a right of review to resist disclosure on the basis of s. 19 in the limited circumstances where confidential business information potentially appears in the requested record. This results in inequities, as mentioned earlier. Moreover, as is the case here, that right of review may not even belong to the individuals whose personal information actually appears in the requested record. In the present case, only Heinz has the right to apply for a review,

Il conclut que l'option consistant à conférer ce pouvoir aux commissaires fédéraux à l'information et à la protection de la vie privée mérite qu'on s'y attarde davantage : voir p. 58. La décision d'accorder ou non de tels pouvoirs aux commissaires est complexe et doit concilier la protection des renseignements personnels avec la nécessité de disposer d'un système de règlement des plaintes accessible, informel et rapide afin de faciliter l'accès à l'information. De toute évidence, c'est au législateur qu'il appartient de prendre cette décision.

Pour interpréter l'art. 44 *LAI*, il est nécessaire de préserver l'intégrité du mécanisme que le législateur a choisi pour concilier les droits opposés en matière d'accès à l'information et de protection de la vie privée. Lorsqu'il y a eu divulgation illicite de renseignements personnels, ce mécanisme est le processus de plainte et d'enquête établi à l'art. 29 *LPRP*, assorti de la protection additionnelle que le par. 8(5) *LPRP* prescrit dans le cas où l'institution fédérale entend communiquer des renseignements personnels pour le motif que des raisons d'intérêt public justifient la vie privée. Ce processus n'est rien de plus que le reflète l'administration fédérale a prise après avoir évalué les avantages et désavantages que diverses options présentaient sur le plan des principes et des conditions d'application. Il faut respecter l'intégrité de ce processus pour mettre à exécution l'intention du législateur.

Comme je l'ai déjà mentionné, la juge Deschamps s'inquiète, dans ses motifs, du fait que les lois ne protègent pas suffisamment les renseignements personnels. Toutefois, selon son interprétation de l'art. 44 *LAI*, le droit de révision ne peut être exercé pour s'opposer à la communication fondée sur l'art. 19 que dans les cas limités où le document demandé est susceptible de contenir des renseignements commerciaux confidentiels. Il en résulte des iniquités, comme je l'ai déjà mentionné. De plus, comme c'est le cas en l'espèce, ce droit de révision n'appartient peut-être même pas aux individus dont les renseignements personnels figurent réellement dans le document demandé. En l'espèce,

106

107

notwithstanding that the personal information contained in the record actually belongs to its employees.

108

Deschamps J.'s interpretation of s. 44 does not result in better or fairer protection for individuals' personal information. Cases such as these will be limited in number. The large majority of individuals whose personal information is vulnerable will not benefit that a third party cannot raise the s. 19 exemption for personal information on a s. 44 review, I do not exclude the possibility of judicial review pursuant to the *Federal Courts Act*, R.S.C. 1985, c. F-7. Indeed, where the government institution acts without or beyond its jurisdiction, it remains open to a party directly affected by the decision to bring an application for judicial review pursuant to s. 18.1 of the *Federal Courts Act*.

6. The Possibility of Bringing a Judicial Review Application Pursuant to the *Federal Courts Act*

6.1 *Whether Judicial Review Is Available Under the Federal Courts Act*

109

Once a third party has received notice of the government institution's intended decision to disclose a record that may contain personal information, it may consider bringing an application for judicial review under the *Federal Courts Act*. Section 18.1(1) and 18.1(2) of that Act provides:

**18.1** (1) An application for judicial review may be made by the Attorney General of Canada or by anyone directly affected by the matter in respect of which relief is sought.

(2) An application for judicial review in respect of a decision or an order of a federal board, commission or other tribunal shall be made within 30 days after the time the decision or order was first communicated by the federal board, commission or other tribunal to the offi

seule Heinz a le droit d'exercer le recours en révision, en dépit du fait que les renseignements personnels contenus dans le document concernent ses employés.

L'interprétation que donne la juge Deschamps à l'art. 44 ne permet pas d'assurer une meilleure protection ou une protection plus équitable des renseignements personnels. Ce type de cas n'est pas fréquent. La grande majorité des individus dont les renseignements personnels sont à risque n'en bénéficieront pas. En outre, malgré ma conclusion qu'un tiers ne peut pas invoquer l'exception des renseignements personnels prévue à l'art. 19 dans le cadre d'une révision fondée sur l'art. 44, je n'écarte pas la possibilité d'un contrôle judiciaire fondé sur la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. 1985, ch. F-7. En effet, si l'institution fédérale agit sans compétence ou outrepassa sa compétence, la partie directement touchée par sa décision peut toujours présenter une demande de contrôle judiciaire conformément à l'art. 18.1 de la *Loi sur les Cours fédérales*.

6. La possibilité de présenter une demande de contrôle judiciaire conformément à la *Loi sur les Cours fédérales*

6.1 *Peut-il y avoir contrôle judiciaire fondé sur la Loi sur les Cours fédérales?*

Dès qu'un tiers est avisé que l'institution fédérale entend communiquer un document susceptible de contenir des renseignements personnels, il peut envisager de présenter une demande de contrôle judiciaire conformément à la *Loi sur les Cours fédérales*. Les paragraphes 18.1(1) et (2) de cette loi prévoient ceci :

**18.1** (1) Une demande de contrôle judiciaire peut être présentée par le procureur général du Canada ou par quiconque est directement touché par l'objet de la demande.

(2) Les demandes de contrôle judiciaire sont à présenter dans les trente jours qui suivent la première communication, par l'offi son ordonnance au bureau du sous-procureur général du Canada ou à la partie concernée, ou dans le délai supplémentaire qu'un juge de la Cour fédérale peut, avant

the party directly affected by it, or within any further time that a judge of the Federal Court may fix or allow before or after the end of those 30 days.

“Federal board, commission or other tribunal” is very broadly defined in the *Federal Courts Act*, and means

any body, person or persons having, exercising or purporting to exercise jurisdiction or powers conferred by or under an Act of Parliament or by or under an order made pursuant to a prerogative of the Crown, other than the Tax Court of Canada or any of its judges, any such body constituted or established by or under a law of a province or any such person or persons appointed under or in accordance with a law of a province or under section 96 of the *Constitution Act, 1867*;

Pursuant to ss. 4, 7, and 10 of the *Access Act*, the government institution is under a duty to disclose all requested information that does not fall within one of the statutory exemptions listed in ss. 13 to 24 and 26 of that Act. The government institution thus exercises powers conferred by an Act of Parliament and falls within the meaning of “federal board, commission or other tribunal”. Pursuant to s. 28(1)(b) of the *Access Act*, the government institution must provide notice to the third party whose confidential business information was initially believed to appear in the requested record of its decision concerning the disclosure of the record. That decision constitutes a decision of a federal board, commission or other tribunal within the meaning of the *Federal Courts Act* and is potentially reviewable. This is consistent with what Le Dain J. stated on behalf of a unanimous Court in *R. v. Miller*, [1985] 2 S.C.R. 613, at pp. 623-24:

It is, of course, clear since the decision of this Court in *Martineau v. Matsqui Institution Disciplinary Board*, [1980] 1 S.C.R. 602, that *certiorari* is not confined to decisions required to be made on a judicial or quasi-judicial basis, but that it applies, in the words of Dickson J., as he then was, at pp. 622-23, “wherever a public body has power to decide any matter affecting the rights, interests, property, privileges, or liberties of any person”.

Section 19 of the *Access Act* constitutes a mandatory exemption from disclosure for all personal

ou après l’expiration de ces trente jours, fixer ou accorder.

Le paragraphe 2(1) de la *Loi sur les Cours fédérales* donne à l’expression « office défi

Conseil, bureau, commission ou autre organisme, ou personne ou groupe de personnes, ayant, exerçant ou censé exercer une compétence ou des pouvoirs prévus par une loi fédérale ou par une ordonnance prise en vertu d’une prérogative royale, à l’exclusion de la Cour canadienne de l’impôt et ses juges, d’un organisme constitué sous le régime d’une loi provinciale ou d’une personne ou d’un groupe de personnes nommées aux termes d’une loi provinciale ou de l’article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Suivant les art. 4, 7 et 10 *LAI*, l’institution fédérale est tenue de divulguer tous les renseignements demandés qui ne sont pas visés par l’une des exceptions prévues aux art. 13 à 24 ainsi que 26 de cette loi. L’institution fédérale exerce donc des pouvoirs prévus par une loi fédérale et est visée par la définition de l’expression « office fédéral ». Aux termes de l’al. 28(1)*b* *LAI*, l’institution fédérale doit aviser le tiers, dont les renseignements commerciaux confiés de fi

décision concernant la communication de ce document. Cette décision est celle d’un officier de la *Loi sur les Cours fédérales* et est donc susceptible de contrôle. Cette conclusion concorde avec les propos que le juge Le Dain a tenus au nom de la Cour à l’unanimité dans l’arrêt *R. c. Miller*, [1985] 2 R.C.S. 613, p. 623-624 :

Certes, il est bien établi depuis l’arrêt de cette Cour *Martineau c. Comité de discipline de l’Institution de Matsqui*, [1980] 1 R.C.S. 602, que le recours au *certiorari* ne se limite pas aux décisions soumises à un processus judiciaire ou quasi judiciaire, mais que, comme l’a dit le juge Dickson, maintenant Juge en chef, aux pp. 622 et 623, il y a lieu à *certiorari* « chaque fois qu’un organisme public a le pouvoir de trancher une question touchant aux droits, intérêts, biens, privilèges ou libertés d’une personne ».

L’article 19 *LAI* soustrait de manière impérative à la divulgation tous les renseignements

110

111

112

information that does not fall into one of the stated exceptions. Although s. 8(2)(m)(i) of the *Privacy Act* allows the government institution to disclose personal information where it is deemed necessary in the public interest, that provision has not been invoked in the present case. As such, any decision to disclose a record containing information falling within s. 19 of the *Access Act* is clearly not authorized by the statute. Such a decision would be *ultra vires*, and would constitute a jurisdictional error pursuant to s. 18.1(4)(a) of the *Federal Courts Act*, which provides that:

**18.1 . . .**

(4) The Federal Court may grant relief under subsection (3) if it is satisfied that the institution or other tribunal

(a) acted without jurisdiction, acted beyond its jurisdiction or refused to exercise its jurisdiction;

113 As a result, it would be open to the third party to seek an order prohibiting the government institution from disclosing the record containing personal information (s. 18.1(3)(b)).

114 I have thus concluded that the decision of the government institution to disclose the requested record is reviewable for jurisdictional error, and that the remedy of prohibition is available under the *Federal Courts Act*. Section 18.5 provides an exception to s. 18.1, where a right of appeal is available from the decision of the federal board, commission or other tribunal. Such is not the case here.

115 Nonetheless, a judge, on judicial review, may exercise his or her discretion so as to refuse to grant a remedy where an adequate alternative remedy exists. Dickson C.J. explained in *Canada (Auditor General) v. Canada (Minister of Energy, Mines and Resources)*, [1989] 2 S.C.R. 49, at p. 96, that:

It may well be that once the alternative remedy is found to be adequate discretionary relief is barred, but this is nothing but a reflection of the fact that the exercise of discretion in a consistent and principled manner. Inquiring into the adequacy of the alternative remedy

personnels qui ne sont pas visés par l'une des exceptions qu'il énonce. Bien que le sous-al. 8(2)m)(i) *LPRP* permette à l'institution fédérale de communiquer des renseignements personnels lorsqu'elle le juge nécessaire pour des raisons d'intérêt public, ce sous-alinéa n'a pas été invoqué en l'espèce. C'est pourquoi il est évident que la Loi ne permet pas de décider de communiquer un document contenant des renseignements visés par l'art. 19 *LAI*. Une telle décision serait *ultra vires* et constituerait une erreur de compétence selon l'al. 18.1(4)a) de la *Loi sur les Cours fédérales*, qui se lit ainsi :

**18.1 . . .**

(4) Les mesures prévues au paragraphe (3) sont prises si la Cour fédérale est convaincue que l'office fédéral, selon le cas :

a) a agi sans compétence, outrepassé celle-ci ou refusé de l'exercer;

Par conséquent, le tiers pourrait solliciter une ordonnance interdisant à l'institution fédérale de communiquer le document qui contient des renseignements personnels (al. 18.1(3)b)).

Je suis donc arrivé à la conclusion que la décision de l'institution fédérale de communiquer le document demandé est susceptible de contrôle judiciaire pour cause d'erreur de compétence, et qu'elle peut faire l'objet d'une prohibition en vertu de la *Loi sur les Cours fédérales*. L'article 18.5 établit une exception à l'art. 18.1 dans les cas où il peut être interjeté appel de la décision de l'office fédéral. Ce n'est pas le cas en l'espèce.

Néanmoins, lors d'un contrôle judiciaire, un juge peut exercer son pouvoir discrétionnaire pour refuser d'accorder réparation lorsqu'il existe un autre recours approprié. Dans l'arrêt *Canada (Vérifi l'Énergie, des Mines et des Ressources)*, [1989] 2 R.C.S. 49, le juge en chef Dickson a expliqué ceci, à la p. 96 :

Il est fort possible que, si l'autre recours est jugé approprié, le redressement discrétionnaire devienne irrecevable, mais cela ne fait que refléter le fait que le pouvoir judiciaire d'exercer son pouvoir discrétionnaire d'une façon qui soit uniforme et fondée sur des principes. Se

is at one and the same time an inquiry into whether discretion to grant the judicial review remedy should be exercised. It is for the courts to isolate and balance the factors which are relevant to the inquiry into adequacy.

(Cited in *Canadian Pacific Band*, [1995] 1 S.C.R. 3, at para. 36.)

In determining whether to require the applicant to utilize a statutory appeal procedure provided in the legislation, the Court in *Canadian Pacific*, at para. 37, identified

convenience of the alternative remedy, the nature of the error, and the nature of the appellate body (i.e., its investigatory, decision-making and remedial capacities)". The Court noted, however, that this list was not closed.

The complaint process in the *Privacy Act* is convenient and accessible, and the expertise and investigatory role of the Privacy Commissioner are relevant considerations. The structure of the Act establishes clearly that the protection of privacy is meant to be the domain of the Privacy Commissioner who can receive complaints, investigate, and report its fi

to the relevant government institution. The scheme and purpose of the Act can be relevant considerations for a judge in determining whether or not to grant a remedy on judicial review: *Canadian Pacific*, at paras. 43-46. Ultimately, however, the Privacy Commissioner has no decision-making or remedial capacity. I have already concluded that s. 44 of the *Access Act* does not allow a third party to raise the s. 19 exemption for personal information. I also agree with the parties and with Deschamps J. that the *Access Act* provides no other avenue to prevent a government institution from disclosing a requested record.

In the context of an application pursuant to s. 18 of the *Federal Courts Act*, I would conclude that the statutory scheme does not provide Heinz with an adequate alternative remedy. According to

demandeur si l'autre recours disponible est approprié équivaut à examiner l'opportunité d'exercer le pouvoir discrétionnaire d'accorder le contrôle judiciaire recherché. C'est aux tribunaux qu'il appartient d'identifier et de mettre en équilibre les facteurs applicables à l'examen du caractère approprié du recours.

(Cité dans l'arrêt *Canadien Pacifi indienne de Matsqui*, [1995] 1 R.C.S. 3, par. 36.)

Dans l'arrêt *Canadien Pacifique*, par. 37, la Cour a décidé que les facteurs suivants sont pertinents pour déterminer s'il y a lieu d'obliger le requérant à se prévaloir d'une procédure d'appel prescrite par la loi : « la commodité de l'autre recours, la nature de l'erreur et la nature de la juridiction d'appel (c.-à-d. sa capacité de mener une enquête, de rendre une décision et d'offrir un redressement) ». La Cour a toutefois précisé que cette liste n'était pas exhaustive.

Le processus de plainte prévu dans la *LPRP* est commode et accessible; l'expertise et le rôle d'enquêteur du Commissaire à la protection de la vie privée constituent des facteurs pertinents. La structure de cette loi établit clairement que la protection des renseignements personnels est censée relever du Commissaire à la protection de la vie privée qui peut recevoir des plaintes, enquêter et rendre compte de ses conclusions et recommandations à l'institution fédérale concernée. L'économie et l'objet de la Loi sont des facteurs dont un juge peut tenir compte pour déterminer s'il y a lieu d'accorder une réparation dans le cadre d'un contrôle judiciaire : *Canadien Pacifique*, par. 43-46. En définitive, toutefois, le Commissaire à la protection de la vie privée n'a pas la capacité de rendre une décision ou d'offrir un redressement. J'ai déjà conclu que l'art. 44 *LAI* ne permet pas à un tiers d'invoquer l'exception des renseignements personnels prévue à l'art. 19. Je souscris également à l'avis des parties et de la juge Deschamps selon lequel la *LAI* n'offre aucun autre moyen d'empêcher une institution fédérale de communiquer un document demandé.

Dans le contexte d'une demande fondée sur l'art. 18 de la *Loi sur les Cours fédérales*, j'estime que le régime législatif n'offre à Heinz aucun autre recours approprié. Selon l'al. 29(1)a *LPRP*, le



s. 29(1)(a) of the *Privacy Act*, the complaint process is generally initiated after an individual's personal information has been "used or disclosed" contrary to the *Privacy Act*. Thus, the purported adequate alternative remedy may not even be available prior to the actual disclosure. Moreover, the remedy sought by Heinz in this case, that the information not be disclosed, is simply not available pursuant to the existing scheme. The Attorney General asks this Court to substitute judicial review prior to disclosure with an administrative investigation following disclosure and resulting in non-binding recommendations. In *Bristol-Myers Squibb Co. v. Canada (Attorney General)*, [2005] 1 S.C.R. 533, 2005 SCC 26, at para. 83, I found, in dissent, that "an application for judicial review was the sole procedural means available to [the appellant] in order to quash the Minister's decision". The special statutory regime created by the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, SOR/93-133, did not provide for the quashing of a notice of compliance, although it did provide for an order of prohibition pursuant to a statutory right of action. However, that cause of action was not open to the appellant in that case. Thus, the appellant was without a remedy. The same reasoning applies here.

processus de plainte est normalement engagé après que les renseignements personnels d'un individu ont été « utilisés ou communiqués » contrairement à la *LPRP*. Ainsi, il se peut que l'autre recours approprié envisagé ne puisse même pas être exercé avant la communication. De plus, le régime existant ne permet simplement pas d'accorder la réparation sollicitée par Heinz en l'espèce, à savoir la non-communication des renseignements. Le procureur général demande à notre Cour de substituer au contrôle judiciaire préalable à la communication une enquête administrative effectuée après la communication et donnant lieu à des recommandations n'ayant pas force obligatoire. Dans l'arrêt *Bristol-Myers Squibb Co. c. Canada (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 533, 2005 CSC 26, j'ai conclu dans mes motifs dissidents que « la demande de contrôle judiciaire était le seul moyen procédural dont disposait [l'appelante] pour faire annuler la décision du ministre » (par. 83). Le cadre réglementaire spécial créé par le *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, DORS/93-133, ne prévoyait pas l'annulation d'un avis de conformité, mais il permettait de demander une ordonnance d'interdiction conformément à un droit d'action conféré par la loi. Toutefois, l'appelante ne pouvait invoquer cette cause d'action et elle était donc privée de recours. Le même raisonnement s'applique en l'espèce.

118 Ultimately, the discretion to grant or refuse a remedy pursuant to ss. 18 and 18.1 of the *Federal Courts Act* rests with the Federal Court judge hearing the judicial review application. That judge will only decline to exercise his jurisdiction pursuant to the *Federal Courts Act* if he or she is satisfied that the statutory scheme provides an adequate alternative remedy. In a case similar to this, where the third party is attempting to protect personal information belonging to its employees, the judge would also have to decide whether the third party has standing to bring the application. This is because, according to s. 18.1, an application for judicial review may be brought by anyone "directly affected" by the matter in respect of which relief is sought.

En définitive, c'est au juge de la Cour fédérale saisi de la demande de contrôle judiciaire qu'appartient le pouvoir discrétionnaire d'accorder ou de refuser une réparation conformément aux art. 18 et 18.1 de la *Loi sur les Cours fédérales*. Ce juge refusera d'exercer la compétence que lui confère la *Loi sur les Cours fédérales* uniquement s'il est convaincu que le régime législatif prévoit un autre recours approprié. Dans un cas comme celui qui nous occupe, où le tiers tente de protéger les renseignements personnels de ses employés, le juge devrait également décider si le tiers a qualité pour présenter la demande. Cela s'explique par le fait que, selon l'art. 18.1, la demande de contrôle judiciaire peut être présentée par quiconque « est directement touché » par l'objet de la demande.

6.2 *Whether This Review Should Simply Be Allowed to Proceed Under Section 44 of the Access Act for Reasons of Efficiency and Convenience*

Deschamps J. expresses concern that forcing a party to split its complaint into two parallel proceedings might be an unwarranted use of resources. That concern is best left to Parliament to address, if it so chooses. Given the structure of the statutory scheme, I have concluded that a third party cannot raise a s. 19 exemption on a s. 44 review. I further conclude that there are valid reasons for refusing to collapse a s. 18.1 review within a s. 44 review.

There are critical differences between a s. 44 review and a s. 18.1 judicial review. Firstly, the Federal Court has held that a s. 44 review is a hearing *de novo*, whereas a s. 18.1 review requires the use of the pragmatic and functional approach to determine whether deference is owed to the decision of the government institution to disclose the record: *Aliments Prince Foods Inc. v. Canada (Ministre de l'Agriculture et Agroalimentaire)* (2001), 272 N.R. 184 (F.C.A.), at para. 7. Secondly, s. 44 grants a right of review to third parties who have received notice under s. 28(1)(b) or s. 29(1) of the *Access Act*. No other requirement exists. By contrast, s. 18.1 of the *Federal Courts Act* requires that the applicant have standing to bring the application for review. Finally, where the court, on a s. 44 review, determines that the government institution is required to refuse disclosure, s. 51 of the *Access Act* states that the court shall order the head of the institution not to disclose the record or to make such other order as the court deems appropriate. The remedies available under s. 18(3) of the *Federal Courts Act* are somewhat different. Most importantly, they are discretionary in nature.

I would also note that there is nothing to prevent a Federal Court judge from proceeding with both applications at the same time or consecutively,

6.2 *Devrait-on autoriser en l'espèce l'exercice du recours en révision prévu à l'art. 44 LAI simplement pour des raisons d'efficacité et de commodité?*

La juge Deschamps dit craindre que forcer une partie à scinder sa plainte en deux recours parallèles constitue une utilisation injustifiée. C'est au législateur qu'il appartient d'examiner cette question, s'il le veut. Compte tenu de la structure du régime législatif, je conclus qu'un tiers ne peut invoquer l'exception prévue à l'art. 19 dans un recours en révision fondé sur l'art. 44. Je conclus également qu'il existe des raisons valables de refuser d'amalgamer le contrôle prévu à l'art. 18.1 à une révision fondée sur l'art. 44.

Il existe des différences cruciales entre un recours en révision fondé sur l'art. 44 et le contrôle judiciaire prévu à l'art. 18.1. Premièrement, la Cour fédérale a statué qu'une révision fondée sur l'art. 44 constitue une audience *de novo*, alors que le contrôle prévu à l'art. 18.1 exige d'appliquer une méthode pragmatique et fonctionnelle pour décider s'il y a lieu de faire montre de déférence à l'égard de la décision de l'institution fédérale de communiquer le document : *Aliments Prince Foods Inc. c. Canada (Ministre de l'Agriculture et Agroalimentaire)* (2001), 272 N.R. 184 (C.A.F.), par. 7. Deuxièmement, l'art. 44 accorde un droit de révision aux tiers qui ont été avisés en vertu de l'al. 28(1)(b) ou du par. 29(1) LAI. Aucune autre condition n'est requise. Par contre, l'art. 18.1 de la *Loi sur les Cours fédérales* exige que le demandeur ait qualité pour présenter la demande de contrôle. Enfin, lorsque la cour décide que l'institution fédérale est tenue de refuser la communication, elle doit alors, selon l'art. 51 LAI, ordonner au responsable de l'institution de refuser cette communication ou rendre une autre ordonnance si elle l'estime indiqué. Les recours prévus au par. 18(3) de la *Loi sur les Cours fédérales* diffèrent quelque peu. Qui plus est, ils sont de nature discrétionnaire.

Je tiens également à souligner que rien n'empêche un juge de la Cour fédérale d'examiner les deux demandes en même temps ou

119

120

121

thereby addressing Deschamps J.'s concerns about unwarranted use of resources.

### 7. Conclusion

122

Only those third parties who are given notice pursuant to s. 28(1)(b) or s. 29(1) of the *Access Act* of the government institution's decision to disclose the record will be in a position to seek a judicial review prohibiting the disclosure. This is because only such parties will usually have notice of the decision prior to disclosure. Presumably, judicial review will be of limited use to a third party after the record has been disclosed insofar as the damage to privacy will already have occurred. In such situations, the third party retains the option of laying a complaint with the Privacy Commissioner, as discussed above, who can report his findings and recommendations to the institution where warranted.

123

This inequality is a necessary result of the statutory scheme, which only provides notice prior to the actual disclosure in the circumstances outlined in ss. 27, 28 and 29 of the *Access Act*. In interpreting s. 44 of the *Access Act*, I concluded that it was necessary to respect the integrity of the complaint and investigation process contained in s. 29 of the *Privacy Act*, in order to give effect to legislative intent. Nonetheless, without providing an adequate alternative remedy, and without any privative clause whatsoever, the *Access Act* cannot oust the possibility of judicial review pursuant to the *Federal Courts Act*.

124

For these reasons, I would allow the appeal, set aside the decision of the Federal Court of Appeal, and award costs in all courts to the appellant.

## APPENDIX

### Relevant Statutory Provisions

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

2. (1) The purpose of this Act is to extend the present laws of Canada to provide a right of access to

consécutivement, ce qui répond à la préoccupation que la juge Deschamps a exprimée au sujet de l'utilisation injustifiée des ressources.

### 7. Conclusion

Seuls les tiers qui sont avisés, conformément à l'al. 28(1)(b) ou au par. 29(1) *LAI*, de la décision de l'institution fédérale de communiquer le document sont en mesure de solliciter un contrôle judiciaire en vue d'interdire la communication. Il en est ainsi parce qu'ils sont normalement les seuls à être avisés de la décision avant la communication. L'on peut supposer que le contrôle judiciaire est peu utile à un tiers une fois que le document est communiqué, dans la mesure où il y a déjà violation de la vie privée. Dans ces cas, le tiers a toujours la possibilité de porter plainte auprès du Commissaire à la protection de la vie privée, comme nous l'avons vu précédemment, lequel peut rendre compte à l'institution fédérale de ses conclusions et recommandations lorsqu'elles sont justifi

Cette inégalité est la conséquence nécessaire du régime législatif, lequel ne prescrit un avis préalable à la communication que dans les circonstances exposées aux art. 27, 28 et 29 *LAI*. En interprétant l'art. 44 *LAI*, j'ai conclu que, pour mettre à exécution l'intention du législateur, il était nécessaire de respecter l'intégrité du processus de plainte et d'enquête prévu à l'art. 29 *LPRP*. Néanmoins, du fait qu'elle ne prévoit aucun autre recours approprié et qu'elle ne comporte aucune clause privative de quelque nature que ce soit, la *LAI* ne peut écarter la possibilité d'un contrôle judiciaire fondé sur la *Loi sur les Cours fédérales*.

Pour ces motifs, j'accueillerais l'appel, j'annulerais la décision de la Cour d'appel fédérale et j'accorderais des dépens à l'appellant devant toutes les cours.

## ANNEXE

### Dispositions législatives pertinentes

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

2. (1) La présente loi a pour objet d'élargir l'accès aux documents de l'administration fédérale en



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.

3. In this Act,

“third party”, in respect of a request for access to a record under this Act, means any person, group of persons or organization other than the person that made the request or a government institution.

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

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

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

**20.** (1) Subject to this section, the head of a government institution shall refuse to disclose any record requested under this Act that contains

- (a) trade secrets of a third party;
- (b) financial, commercial, scientific information that is confidential information supplied to a government institution by a third party and is treated consistently in a confidential manner by the third party;

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.

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

« tiers » Dans le cas d'une demande de communication de document, personne, groupement ou organisation autres que l'auteur de la demande ou qu'une institution fédérale.

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

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

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

**20.** (1) Le responsable d'une institution fédérale est tenu, sous réserve des autres dispositions du présent article, de refuser la communication de documents contenant :

- a) des secrets industriels de tiers;
- b) des renseignements financiers, commerciaux, scientifiques ou techniques fournis à une institution fédérale par un tiers, qui sont de nature confidentielle et qui sont traités comme tels de façon constante par ce tiers;

(c) information the disclosure of which could reasonably be expected to result in material financial loss or gain to, or could reasonably be expected to prejudice the competitive position of, a third party; or

(d) information the disclosure of which could reasonably be expected to interfere with contractual or other negotiations of a third party.

(2) The head of a government institution shall not, pursuant to subsection (1), refuse to disclose a part of a record if that part contains the results of product or environmental testing carried out by or on behalf of a government institution unless the testing was done as a service to a person, a group of persons or an organization other than a government institution and for a fee.

(3) Where the head of a government institution discloses a record requested under this Act, or a part thereof, that contains the results of product or environmental testing, the head of the institution shall at the same time as the record or part thereof is disclosed provide the person who requested the record with a written explanation of the methods used in conducting the tests.

(4) For the purposes of this section, the results of product or environmental testing do not include the results of preliminary testing conducted for the purpose of developing methods of testing.

(5) The head of a government institution may disclose any record that contains information described in subsection (1) with the consent of the third party to whom the information relates.

(6) The head of a government institution may disclose any record requested under this Act, or any part thereof, that contains information described in paragraph (1)(b), (c) or (d) if that disclosure would be in the public interest as it relates to public health, public safety or protection of the environment and, if the public interest in disclosure clearly outweighs in importance any financial loss or gain to, prejudice to the competitive position of or interference with contractual or other negotiations of a third party.

c) des renseignements dont la divulgation risquerait vraisemblablement de causer des pertes ou profits financiers; compétitivité;

d) des renseignements dont la divulgation risquerait vraisemblablement d'entraver des négociations menées par un tiers en vue de contrats ou à d'autres fins.

(2) Le paragraphe (1) n'autorise pas le responsable d'une institution fédérale à refuser la communication de la partie d'un document qui donne les résultats d'essais de produits ou d'essais d'environnement effectués par une institution fédérale ou pour son compte, sauf si les essais constituent une prestation de services fournis à titre onéreux mais non destinés à une institution fédérale.

(3) Dans les cas où, à la suite d'une demande, il communique, en tout ou en partie, un document qui donne les résultats d'essais de produits ou d'essais d'environnement, le responsable d'une institution fédérale est tenu d'y joindre une note explicative des méthodes utilisées pour effectuer les essais.

(4) Pour l'application du présent article, les résultats d'essais de produits ou d'essais d'environnement ne comprennent pas les résultats d'essais préliminaires qui ont pour objet la mise au point de méthodes d'essais.

(5) Le responsable d'une institution fédérale peut communiquer tout document contenant les renseignements visés au paragraphe (1) si le tiers que les renseignements concernent y consent.

(6) Le responsable d'une institution fédérale peut communiquer, en tout ou en partie, tout document contenant les renseignements visés aux alinéas (1)b), c) et d) pour des raisons d'intérêt public concernant la santé et la sécurité publiques ainsi que la protection de l'environnement; les raisons d'intérêt public doivent de plus justifier nettement les conséquences éventuelles de la communication pour un tiers : pertes ou profits financiers, atteintes à sa compétitivité ou entraves aux négociations qu'il mène en vue de contrats ou à d'autres fins.

27. (1) Where the head of a government institution intends to disclose any record requested under this Act, or any part thereof, that contains or that the

27. (1) Sous réserve du paragraphe (2), le responsable d'une institution fédérale qui a l'intention de donner communication totale ou partielle d'un document est

head of the institution has reason to believe might contain

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

the head of the institution shall, subject to subsection (2), if the third party can reasonably be located, within thirty days after the request is received, give written notice to the third party of the request and of the fact that the head of the institution intends to disclose the record or part thereof.

(2) Any third party to whom a notice is required to be given under subsection (1) in respect of an intended disclosure may waive the requirement, and where the third party has consented to the disclosure the third party shall be deemed to have waived the requirement.

(3) A notice given under subsection (1) shall include

- (a) a statement that the head of the government institution giving the notice intends to release a record or a part thereof that might contain material or information described in subsection (1);
- (b) a description of the contents of the record or part thereof that, as the case may be, belong to, were supplied by or relate to the third party to whom the notice is given; and
- (c) a statement that the third party may, within twenty days after the notice is given, make representations to the head of the government institution that has control of the record as to why the record or part thereof should not be disclosed.

(4) The head of a government institution may extend the time limit set out in subsection (1) in respect of a request under this Act where the time limit set out in section 7 is extended under paragraph 9(1)(a) or (b) in respect of the same request, but any extension under this subsection shall be for a period no longer than the period of the extension under section 9.

tenu de donner au tiers intéressé, dans les trente jours suivant la réception de la demande, avis écrit de celle-ci ainsi que de son intention, si le document contient ou s'il est, selon lui, susceptible de contenir :

- a) soit des secrets industriels d'un tiers;
- b) soit des renseignements visés à l'alinéa 20(1)b) qui ont été fournis par le tiers;
- c) soit des renseignements dont la communication risquerait, selon lui, d'entraîner pour le tiers les conséquences visées aux alinéas 20(1)c) ou d).

La présente disposition ne vaut que s'il est possible de rejoindre le tiers sans problèmes sérieux.

(2) Le tiers peut renoncer à l'avis prévu au paragraphe (1) et tout consentement à la communication du document vaut renonciation à l'avis.

(3) L'avis prévu au paragraphe (1) doit contenir les éléments suivants :

- a) la mention de l'intention du responsable de l'institution fédérale de donner communication totale ou partielle du document susceptible de contenir les secrets ou les renseignements visés au paragraphe (1);
- b) la désignation du contenu total ou partiel du document qui, selon le cas, appartient au tiers, a été fourni par lui ou le concerne;
- c) la mention du droit du tiers de présenter au responsable de l'institution fédérale de qui relève le document ses observations quant aux raisons qui justifieraient un refus de communication totale ou partielle, dans les vingt jours suivant la transmission de l'avis.

(4) Le responsable d'une institution fédérale peut proroger le délai visé au paragraphe (1) dans les cas où le délai de communication à la personne qui a fait la demande est prorogé en vertu des alinéas 9(1)a) ou b), mais le délai ne peut dépasser celui qui a été prévu pour la demande en question.

**28.** (1) Where a notice is given by the head of a government institution under subsection 27(1) to a third party in respect of a record or a part thereof,

(a) the third party shall, within twenty days after the notice is given, be given the opportunity to make representations to the head of the institution as to why the record or the part thereof should not be disclosed; and

(b) the head of the institution shall, within thirty days after the notice is given, if the third party has been given an opportunity to make representations under paragraph (a), make a decision as to whether or not to disclose the record or the part thereof and give written notice of the decision to the third party.

(2) Representations made by a third party under paragraph (1)(a) shall be made in writing unless the head of the government institution concerned waives that requirement, in which case they may be made orally.

(3) A notice given under paragraph (1)(b) of a decision to disclose a record requested under this Act or a part thereof shall include

(a) a statement that the third party to whom the notice is given is entitled to request a review of the decision under section 44 within twenty days after the notice is given; and

(b) a statement that the person who requested access to the record will be given access thereto or to the part thereof unless, within twenty days after the notice is given, a review of the decision is requested under section 44.

(4) Where, pursuant to paragraph (1)(b), the head of a government institution decides to disclose a record requested under this Act or a part thereof, the head of the institution shall give the person who made the request access to the record or the part thereof forthwith on completion of twenty days after a notice is given under that paragraph, unless a review of the decision is requested under section 44.

**29.** (1) Where the head of a government institution decides, on the recommendation of the Information Commissioner made pursuant to subsection 37(1), to disclose a record requested under this Act or a part thereof, the head of the institution shall give written notice of the decision to

(a) the person who requested access to the record; and

**28.** (1) Dans les cas où il a donné avis au tiers conformément au paragraphe 27(1), le responsable d'une institution fédérale est tenu :

a) de donner au tiers la possibilité de lui présenter, dans les vingt jours suivant la transmission de l'avis, des observations sur les raisons qui justifient le refus de communication totale ou partielle du document;

b) de prendre dans les trente jours suivant la transmission de l'avis, pourvu qu'il ait donné au tiers la possibilité de présenter des observations conformément à l'alinéa a), une décision quant à la communication totale ou partielle du document et de donner avis de sa décision au tiers.

(2) Les observations prévues à l'alinéa (1)a) se font par écrit, sauf autorisation du responsable de l'institution fédérale quant à une présentation orale.

(3) L'avis d'une décision de donner communication totale ou partielle d'un document conformément à l'alinéa (1)b) doit contenir les éléments suivants :

a) la mention du droit du tiers d'exercer un recours en révision en vertu de l'article 44, dans les vingt jours suivant la transmission de l'avis;

b) la mention qu'à défaut de l'exercice du recours en révision dans ce délai, la personne qui a fait la demande recevra communication totale ou partielle du document.

(4) Dans les cas où il décide, en vertu de l'alinéa (1)b), de donner communication totale ou partielle du document à la personne qui en a fait la demande, le responsable de l'institution fédérale donne suite à sa décision dès l'expiration des vingt jours suivant la transmission de l'avis prévu à cet alinéa, sauf si un recours en révision a été exercé en vertu de l'article 44.

**29.** (1) Dans les cas où, sur la recommandation du Commissaire à l'information visée au paragraphe 37(1), il décide de donner communication totale ou partielle d'un document, le responsable de l'institution fédérale transmet un avis écrit de sa décision aux personnes suivantes :

a) la personne qui en a fait la demande;

(b) any third party that the head of the institution has notified request or would have notified under that subsection if the head of the institution had at the time of the request intended to disclose the record or part thereof.

(2) A notice given under subsection (1) shall include

(a) a statement that any third party referred to in paragraph (1)(b) is entitled to request a review of the decision under section 44 within twenty days after the notice is given; and

(b) a statement that the person who requested access to the record will be given access thereto unless, within twenty days after the notice is given, a review of the decision is requested under section 44.

. . .

**44.** (1) Any third party to whom the head of a government institution is required under paragraph 28(1)(b) or subsection 29(1) to give a notice of a decision to disclose a record or a part thereof under this Act may, within twenty days after the notice is given, apply to the Court for a review of the matter.

(2) The head of a government institution who has given notice under paragraph 28(1)(b) or subsection 29(1) that a record requested under this Act or a part thereof will be disclosed shall forthwith on being given notice of an application made under subsection (1) in respect of the disclosure give written notice of the application to the person who requested access to the record.

(3) Any person who has been given notice of an application for a review under subsection (2) may appear as a party to the review.

. . .

**51.** Where the Court determines, after considering an application under section 44, that the head of a government institution is required to refuse to disclose a record or part of a record, the Court shall order the head of the institution not to disclose the record or part thereof or shall make such other order as the Court deems appropriate.

b) le tiers à qui il a donné l'avis prévu au paragraphe 27(1) ou à qui il l'aurait donné s'il avait eu l'intention de donner communication totale ou partielle du document.

(2) L'avis prévu au paragraphe (1) doit contenir les éléments suivants :

a) la mention du droit du tiers d'exercer un recours en révision en vertu de l'article 44, dans les vingt jours suivant la transmission de l'avis;

b) la mention qu'à défaut de l'exercice du recours en révision dans ce délai, la personne qui a fait la demande recevra communication du document.

. . .

**44.** (1) Le tiers que le responsable d'une institution fédérale est tenu, en vertu de l'alinéa 28(1)b) ou du paragraphe 29(1), d'aviser de la communication totale ou partielle d'un document peut, dans les vingt jours suivant la transmission de l'avis, exercer un recours en révision devant la Cour.

(2) Le responsable d'une institution fédérale qui a donné avis de communication totale ou partielle d'un document en vertu de l'alinéa 28(1)b) ou du paragraphe 29(1) est tenu, sur réception d'un avis de recours en révision de cette décision, d'en aviser par écrit la personne qui avait demandé communication du document.

(3) La personne qui est avisée conformément au paragraphe (2) peut comparaître comme partie à l'instance.

. . .

**51.** La Cour, dans les cas où elle conclut, lors d'un recours exercé en vertu de l'article 44, que le responsable d'une institution fédérale est tenu de refuser la communication totale ou partielle d'un document, lui ordonne de refuser cette communication; elle rend une autre ordonnance si elle l'estime indiqué.

*Privacy Act, R.S.C. 1985, c. P-21***3.** In this Act,

“personal information” means information about an individual including, without restricting the generality of the foregoing,

(a) information relating to the race, national or ethnic origin, colour, religion, age or marital status of the individual,

(b) information relating to the education or the medical, criminal or employment history of the individual or information relating to fi in which the individual has been involved,

(c) any identifying number, symbol or other particular assigned to the individual,

(d) the address, fingerprints or blood type of the individual,

(e) the personal opinions or views of the individual except where they are about another individual or about a proposal for a grant, an award or a prize to be made to another individual by a government institution or a part of a government institution specified in the regulations,

(f) correspondence sent to a government institution by the individual that is implicitly or explicitly of a private or confi correspondence that would reveal the contents of the original correspondence,

(g) the views or opinions of another individual about the individual,

(h) the views or opinions of another individual about a proposal for a grant, an award or a prize to be made to the individual by an institution or a part of an institution referred to in paragraph (e), but excluding the name of the other individual where it appears with the views or opinions of the other individual, and

(i) the name of the individual where it appears with other personal information relating to the individual or where the disclosure of the name itself would reveal information about the individual,

*Loi sur la protection des renseignements personnels, L.R.C. 1985, ch. P-21***3.** Les défi sente loi.

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

a) les renseignements relatifs à sa race, à son origine nationale ou ethnique, à sa couleur, à sa religion, à son âge ou à sa situation de famille;

b) les renseignements relatifs à son éducation, à son dossier médical, à son casier judiciaire, à ses antécédents professionnels ou à des opérations fi auxquelles il a participé;

c) tout numéro ou symbole, ou toute autre indication identifi

d) son adresse, ses empreintes digitales ou son groupe sanguin;

e) ses opinions ou ses idées personnelles, à l'exclusion de celles qui portent sur un autre individu ou sur une proposition de subvention, de récompense ou de prix à octroyer à un autre individu par une institution fédérale, ou subdivision de celle-ci visée par règlement;

f) toute correspondance de nature, implicitement ou explicitement, privée ou confi par lui à une institution fédérale, ainsi que les réponses de l'institution dans la mesure où elles révèlent le contenu de la correspondance de l'expéditeur;

g) les idées ou opinions d'autrui sur lui;

h) les idées ou opinions d'un autre individu qui portent sur une proposition de subvention, de récompense ou de prix à lui octroyer par une institution, ou subdivision de celle-ci, visée à l'alinéa e), à l'exclusion du nom de cet autre individu si ce nom est mentionné avec les idées ou opinions;

i) son nom lorsque celui-ci est mentionné avec d'autres renseignements personnels le concernant ou lorsque la seule divulgation du nom révélerait des renseignements à son sujet;

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

(j) information about an individual who is or was an offi relates to the position or functions of the individual including,

(i) the fact that the individual is or was an offi tion,

(ii) the title, business address and telephone number of the individual,

(iii) the classifi bilities of the position held by the individual,

(iv) the name of the individual on a document prepared by the individual in the course of employment, and

(v) the personal opinions or views of the individual given in the course of employment,

(k) information about an individual who is or was performing services under contract for a government institution that relates to the services performed, including the terms of the contract, the name of the individual and the opinions or views of the individual given in the course of the performance of those services,

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

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

. . .

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

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

. . .

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

j) un cadre ou employé, actuel ou ancien, d'une institution fédérale et portant sur son poste ou ses fonctions, notamment :

(i) le fait même qu'il est ou a été employé par l'institution,

(ii) son titre et les adresse et numéro de téléphone de son lieu de travail,

(iii) la classification, l'éventail des salaires et les attributions de son poste,

(iv) son nom lorsque celui-ci fi ment qu'il a établi au cours de son emploi,

(v) les idées et opinions personnelles qu'il a exprimées au cours de son emploi;

k) un individu qui, au titre d'un contrat, assure ou a assuré la prestation de services à une institution fédérale et portant sur la nature de la prestation, notamment les conditions du contrat, le nom de l'individu ainsi que les idées et opinions personnelles qu'il a exprimées au cours de la prestation;

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

m) un individu décédé depuis plus de vingt ans.

. . .

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

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

. . .



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

- (i) the public interest in disclosure clearly outweighs any invasion of privacy that could result from the disclosure, or
- (ii) disclosure would clearly benefit the individual to whom the information relates.

. . . .

(5) The head of a government institution shall notify the Privacy Commissioner in writing of any disclosure of personal information under paragraph (2)(m) prior to the disclosure where reasonably practicable or in any other case forthwith on the disclosure, and the Privacy Commissioner may, if the Commissioner deems it appropriate, notify the individual to whom the information relates of the disclosure.

*Federal Courts Act*, R.S.C. 1985, c. F-7

**18.** (1) Subject to section 28, the Federal Court has exclusive original jurisdiction

- (a) to issue an injunction, writ of *certiorari*, writ of prohibition, writ of *mandamus* or writ of *quo warranto*, or grant declaratory relief, against any federal board, commission or other tribunal; and
- (b) to hear and determine any application or other proceeding for relief in the nature of relief contemplated by paragraph (a), including any proceeding brought against the Attorney General of Canada, to obtain relief against a federal board, commission or other tribunal.

. . . .

(3) The remedies provided for in subsections (1) and (2) may be obtained only on an application for judicial review made under section 18.1.

**18.1** (1) An application for judicial review may be made by the Attorney General of Canada or by anyone directly affected by the matter in respect of which relief is sought.

(2) An application for judicial review in respect of a decision or an order of a federal board, commission or other tribunal shall be made within 30 days after the time the decision or order was first communicated by the federal board, commission or other tribunal to the

m) communication à toute autre fin de l'avis du responsable de l'institution :

- (i) des raisons d'intérêt public justifient une éventuelle violation de la vie privée,
- (ii) l'individu concerné en tirerait un avantage certain.

. . . .

(5) Dans le cas prévu à l'alinéa (2)m), le responsable de l'institution fédérale concernée donne un préavis écrit de la communication des renseignements personnels au Commissaire à la protection de la vie privée si les circonstances le justifient; sinon, il en avise par écrit le Commissaire immédiatement après la communication. La décision de mettre au courant l'individu concerné est laissée à l'appréciation du Commissaire.

*Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. 1985, ch. F-7

**18.** (1) Sous réserve de l'article 28, la Cour fédérale a compétence exclusive, en première instance, pour :

- a) décerner une injonction, un bref de *certiorari*, de *mandamus*, de prohibition ou de *quo warranto*, ou pour rendre un jugement déclaratoire contre tout offi
- b) connaître de toute demande de réparation de la nature visée par l'alinéa a), et notamment de toute procédure engagée contre le procureur général du Canada afi

. . . .

(3) Les recours prévus aux paragraphes (1) ou (2) sont exercés par présentation d'une demande de contrôle judiciaire.

**18.1** (1) Une demande de contrôle judiciaire peut être présentée par le procureur général du Canada ou par quiconque est directement touché par l'objet de la demande.

(2) Les demandes de contrôle judiciaire sont à présenter dans les trente jours qui suivent la première communication, par l'office fédéral, de sa décision ou de son ordonnance au bureau du sous-procureur général du Canada ou à la partie concernée, ou dans le délai supplémentaire qu'un juge de la Cour fédérale



the party directly affected by it, or within any further time that a judge of the Federal Court may fix or allow before or after the end of those 30 days.

(3) On an application for judicial review, the Federal Court may

(a) order a federal board, commission or other tribunal to do any act or thing it has unlawfully failed or refused to do or has unreasonably delayed in doing; or

(b) declare invalid or unlawful, or quash, set aside or set aside and refer back for determination in accordance with such directions as it considers to be appropriate, prohibit or restrain, a decision, order, act or proceeding of a federal board, commission or other tribunal.

(4) The Federal Court may grant relief under subsection (3) if it is satisfied that the commission or other tribunal

(a) acted without jurisdiction, acted beyond its jurisdiction or refused to exercise its jurisdiction;

(b) failed to observe a principle of natural justice, procedural fairness or other procedure that it was required by law to observe;

(c) erred in law in making a decision or an order, whether or not the error appears on the face of the record;

(d) based its decision or order on an erroneous finding of fact that it made in a perverse or capricious manner or without regard for the material before it;

(e) acted, or failed to act, by reason of fraud or perjured evidence; or

(f) acted in any other way that was contrary to law.

(5) If the sole ground for relief established on an application for judicial review is a defect in form or a technical irregularity, the Federal Court may

(a) refuse the relief if it finds that no substantial wrong or miscarriage of justice has occurred; and

(b) in the case of a defect in form or a technical irregularity in a decision or an order, make an order validating the decision or order, to have effect from any time and on any terms that it considers appropriate.

peut, avant ou après l'expiration de ces trente jours, fixer ou accorder.

(3) Sur présentation d'une demande de contrôle judiciaire, la Cour fédérale peut :

a) ordonner à l'officier de tout acte qu'il a illégalement omis ou refusé d'accomplir ou dont il a retardé l'exécution de manière déraisonnable;

b) déclarer nul ou illégal, ou annuler, ou infirmer et renvoyer pour jugement conformément aux instructions qu'elle estime appropriées, ou prohiber ou encore restreindre toute décision, ordonnance, procédure ou tout autre acte de l'officier

(4) Les mesures prévues au paragraphe (3) sont prises si la Cour fédérale est convaincue que l'officier fédéral, selon le cas :

a) a agi sans compétence, outrepassé celle-ci ou refusé de l'exercer;

b) n'a pas observé un principe de justice naturelle ou d'équité procédurale ou toute autre procédure qu'il était légalement tenu de respecter;

c) a rendu une décision ou une ordonnance entachée d'une erreur de droit, que celle-ci soit manifeste ou non au vu du dossier;

d) a rendu une décision ou une ordonnance fondée sur une conclusion de fait erronée, tirée de façon abusive ou arbitraire ou sans tenir compte des éléments dont il dispose;

e) a agi ou omis d'agir en raison d'une fraude ou de faux témoignages;

f) a agi de toute autre façon contraire à la loi.

(5) La Cour fédérale peut rejeter toute demande de contrôle judiciaire fondée uniquement sur un vice de forme si elle estime qu'en l'occurrence le vice n'entraîne aucun dommage important ni déni de justice et, le cas échéant, valider la décision ou l'ordonnance entachée du vice et donner effet à celle-ci selon les modalités de temps et autres qu'elle estime indiquées.

*Appeal dismissed with costs, McLACHLIN C.J. and BASTARACHE and LEBEL JJ. dissenting.*

*Solicitor for the appellant: Deputy Attorney General of Canada, Ottawa.*

*Solicitors for the respondent: Stikeman Elliott, Ottawa.*

*Solicitors for the intervener: Langlois Kronström Desjardins, Montréal.*

*Pourvoi rejeté avec dépens, la juge en chef McLACHLIN et les juges BASTARACHE et LEBEL sont dissidents.*

*Procureur de l'appellant : Sous-procureur général du Canada, Ottawa.*

*Procureurs de l'intimée : Stikeman Elliott, Ottawa.*

*Procureurs de l'intervenant : Langlois Kronström Desjardins, Montréal.*

Date: 20090220

Ottawa, Ontario, Friday, this 20<sup>th</sup> day of February 2009

**PRESENT: MADAM PROTHONOTARY MIREILLE TABIB**

Docket: T-1256-08

**BETWEEN:**

**MONSIEUR A ET MADAME B**

**Applicants**

- and -

**ATTORNEY GENERAL OF CANADA**

**Respondent**

- and -

**THE PRIVACY COMMISSIONER OF CANADA**

**Intervener**

Docket: T-1257-08

**BETWEEN:**

**MR. X**

**Applicant**

- and -

**ATTORNEY GENERAL OF CANADA**

**Respondent**

- and -

**THE PRIVACY COMMISSIONER OF CANADA**

**Intervener**

**ORDER**

**UPON** the motion of the Privacy Commissioner of Canada for leave to intervene in these proceedings.

**UPON** considering the motion record of the Privacy Commissioner of Canada, the written submissions of the Applicants in both files, in which they take no position with regards to the order sought but make certain observations for the Court's consideration in determining the precise terms of any order to be issued, and the written representations of the Respondent, consenting to the intervention on certain terms and conditions.

**AND UPON** being satisfied that it is in the interest of justice that limited intervener status be granted to the Privacy Commissioner of Canada, on the following terms.

**IT IS ORDERED THAT:**

1. The Privacy Commissioner of Canada is granted leave to intervene in the within proceedings and the styles of cause are to be amended to include the Privacy Commission of Canada as an Intervener.
2. The intervention of the Privacy Commissioner of Canada shall be limited to serving and filing a memorandum of fact and law and making oral argument at the hearing of the application on its merit addressing the following issues:
  - (a) The consequences of disclosing personal information on the internet.
  - (b) The application of the “open court” principle, if any, to the decision of administrative tribunals.
  - (c) The proper interpretation of sub-section 19(2) of the *Public Service Employment Regulations*.
3. The Privacy Commissioner shall limit her submissions to the legal issues related to the facts as presented by the parties and will not make submissions with regards to the factual determinations to be made by the Court based on the evidence tendered by the parties.
4. For greater certainty, the Privacy Commissioner’s intervention does not include the right to adduce or file evidence, to participate in cross-examinations, to appeal any decision rendered on the merits of this application or to participate in any interlocutory matter except those which pertain to its participation as an Intervener.

5. The Privacy Commissioner shall not seek or be awarded costs or be subject to an award of costs as against or in favour of any of the Applicants or the Respondent.
6. The Privacy Commissioner of Canada's memorandum of fact and law shall be served and filed no later than 30 days following the filing of the Respondent's record.
7. The Respondent's request that it be granted automatic leave to serve and file additional argument following service of the Privacy Commissioner's memorandum of fact and law is denied, with leave to the Respondent to re-apply on formal motion if and when appropriate.

“Mireille Tabib”

---

Prothonotary

Cour fédérale



Federal Court

Date: 20090403

Docket: T-1659-08

Ottawa, Ontario, April 3, 2009

**PRESENT:** The Honourable Mr. Justice de Montigny**BETWEEN:****MR. PATRICK HOLLIER**

Applicant

and

**THE PUBLIC SERVICE COMMISSION OF CANADA**

Respondent

**ORDER**

UPON written motion of the Privacy Commissioner of Canada, made pursuant to Rule 369 of the *Federal Courts Rules* for leave to intervene in this proceeding as permitted by Rule 109;

UPON considering the motion record of the Privacy Commissioner of Canada, the written consent of the Attorney General of Canada (Respondent) on certain terms and conditions, and the absence of any position taken by the Applicant;

AND UPON being satisfied that it is in the interest of justice that limited intervener status be granted to the Privacy Commissioner of Canada;



**IT IS ORDERED THAT:**

1. The Privacy Commissioner of Canada is granted leave to intervene in the within proceeding, and the style of cause is to be amended to include the Privacy Commission of Canada as an Intervener.
2. The intervention of the Privacy Commissioner of Canada shall be limited to serving and filing a memorandum of fact and law and making oral argument at the hearing of the application on its merit addressing the following issues:
  - (a) The consequences of disclosing personal information on the internet.
  - (b) The application of the "open court" principle, if any, to the decision of administrative tribunals.
  - (c) The proper interpretation of sub-section 14(2) of the *Political Activities Regulations*.
3. The Privacy Commissioner shall limit her submissions to the legal issues related to the facts as presented by the parties and will not make submissions with regards to the factual determinations to be made by the Court based on the evidence tendered by the parties.
4. For greater certainty, the Privacy Commissioner's intervention does not include the right to adduce or file evidence, to participate in cross-examinations, to appeal any decision rendered on the merits of this application or to participate in any interlocutory matter except those which pertain to its participation as an Intervener.

5. The Privacy Commissioner shall not seek or be awarded costs or be subject to an award of costs as against or in favour of any of the Applicants or the Respondent.
6. The Privacy Commissioner of Canada's memorandum of fact and law shall be served and filed no later than 30 days following the filing of the Respondent's record.
7. The Respondent's request that it be granted automatic leave to serve and file additional argument following service of the Privacy Commissioner's memorandum of fact and law is denied, with leave to the Respondent to re-apply on formal motion if and when appropriate.

"Yves de Montigny"

---

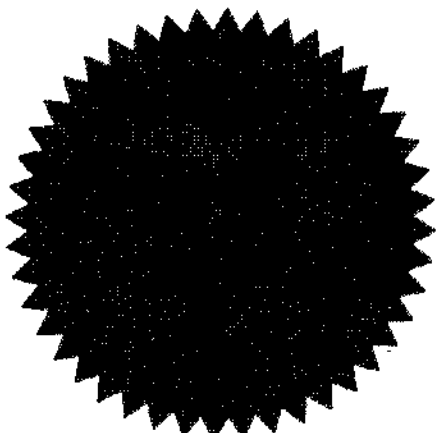
Judge



COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

THE HONOURABLE ASSOCIATE CHIEF JUSTICE  
OF ONTARIO

) Monday, the 24th  
)  
) DAY OF  
)  
) MARCH, A. D. 2014



ROYAL BANK OF CANADA

Plaintiff (Appellant)

and

PHAT TRANG and PHUONG TRANG a.k.a. PHUONG THI TRANG

Defendants

and

BANK OF NOVA SCOTIA

Respondent

ORDER

On reading the notice of appeal and appellant's factum filed in this appeal, it appearing that issues of public interest are raised;

And it appearing that certain aspects of the public interest may not be fully articulated by the parties appearing on the appeal,

Pursuant to rule 13.02 of the Rules of Civil Procedure,

1. IT IS ORDERED that the Privacy Commissioner of Canada be appointed an Amicus Curiae in this appeal for the purpose of rendering assistance to the court with respect to the interpretation and application of the *Personal Information Protection and Electronic Documents Act*, S.C. 200, c.5 ("PIPEDA) and its operation in relation to other legislation.

2. IT IS ORDERED that the Amicus Curiae my serve and file a factum and may make oral argument at the hearing of the appeal.

  
The Honourable Associate Chief  
Justice of Ontario

ENTERED AT/INSCRIT À TORONTO  
DN/BOOK NO:  
LE/DANS LE REGISTRE NO:

MAR 24 2014

PER/PAR:

*Spicer*

Court of Appeal File: C57306

---

JUDGE'S ORDER

---



Home > Canada (Federal) > Federal Court of Appeal > 2005 FCA 203 (CanLII)

---

# Apotex Inc. v. Eli Lilly and Co., 2005 FCA 203 (CanLII)

Date: 2005-05-27

Docket: A-579-04

Other citation: 40 CPR (4th) 289

Citation: Apotex Inc. v. Eli Lilly and Co., 2005 FCA 203 (CanLII),  
<<http://canlii.ca/t/1kx58>> retrieved on 2015-01-22

Cited by 0 documents [Show headnotes](#)



Email



Tweet



Share

---

Date: 20050527

Docket: A-579-04

Citation: 2005 FCA 203

Present: EVANS J.A.

BETWEEN:

APOTEX INC.

Appellant

counterclaim)

(Plaintiff by

and

ELI LILLY AND COMPANY and ELI LILLY CANADA INC.

Respondents

counterclaim)

(Defendants by

**107**

and

SHIONOGI & CO. LTD.

Respondent

(Defendant by

counterclaim)

Dealt with in writing without appearance of parties.

Order delivered at Ottawa, Ontario, on May 27, 2005.

REASONS FOR ORDER BY:

EVANS J.A.

Date: 20050527

Docket: A-579-04

Citation: 2005 FCA 203

Present: EVANS J.A.

BETWEEN:

APOTEX INC.

Appellant

(Plaintiff by

counterclaim)

and

ELI LILLY AND COMPANY and ELI LILLY CANADA INC.

Respondents

(Defendants by

counterclaim)

and



## SHIONOGI &amp; CO. LTD.

Respondent

counterclaim)

(Defendant by

REASONS FOR ORDER

EVANS J.A.

[1] The Commissioner of Competition has brought a motion under [rule 369](#) of the *Federal Courts Rules* for leave to intervene pursuant to [rule 109](#) in the appeal by Apotex Inc. against an order of Hugessen J. of the Federal Court, dated October 20, 2004. The decision is reported as *Eli Lilly and Co. v. Apotex Inc.*, [2004 FC 1445 \(CanLII\)](#).

[2] On a motion for summary judgement Hugessen J. struck out a counterclaim and defence by Apotex to an action by Elli Lilly and Company and Eli Lilly Canada Inc. ("Lilly") for infringing its eight patents for processing cefaclor, an antibiotic drug. Four of these patents had been assigned to Lilly by Shionogi & Co. Ltd.

[3] Apotex alleged in its defence and counterclaim (to which it added Shionogi) that, since Lilly already owned four other relevant patents, the assignment of Shionogi's four patents lessened competition unduly because it enabled Lilly to control all the commercially viable processes for producing cefaclor. The agreement to assign, Apotex alleged, thereby constituted a criminal conspiracy contrary to [section 45](#) of the *Competition Act, R.S.C. 1985, c. C-34*, and gave rise to an action in damages under [section 36](#).

[4] Hugessen J. rejected this argument. He held (at para. 22) that, while the assignment lessened competition, it did not do so "unduly", because [subsection 50\(1\)](#) of the *Patent Act, R.S.C. 1985, c. P-4*, expressly authorises the assignment of patents. He found (at para. 23) that his conclusion was compatible with the *Intellectual Property Enforcement Guidelines* ("IPEGs") issued by the Commissioner.

[5] The Commissioner seeks leave to intervene in the appeal from Hugessen J. on two issues: whether the Judge erred in holding that [section 50](#) of the *Patent Act* excludes assignments of patents from [sections 45](#) and [36](#) of the *Competition Act*, and that his conclusion that it did was compatible with the IPEGs. The Commissioner's motion to intervene is opposed by Lilly and Shionogi, and supported by Apotex.

[6] The Commissioner's motion to intervene will be granted on the basis of the factors identified in *Canadian Union of Public Employees (Airline Division) v. Canadian*

*Airlines International Ltd.* 2000 CanLII 28285 (FCA), [2000] F.C.J. No. 220 (F.C.A.) to guide the Court's exercise of discretion under [rule 109](#).

[7] The Commissioner is directly affected by the appeal. In addition to her many and diverse specific functions, she has a general statutory responsibility for the "administration and enforcement" of the [Competition Act: paragraph 7\(1\)\(a\)](#). Her ability to administer the Act in respect of patent rights may be affected by the outcome of Apotex' appeal because it could completely remove the assignment of patents from her jurisdiction under [section 45](#). The Commissioner may also be affected by the interpretation of the IPEGs, which Hugessen J. found to be consistent with his decision. In view of her broad statutory functions, her interest in the appeal is not merely "jurisprudential".

[8] The relationship between [section 50](#) of the *Patent Act* and [section 45](#) of the *Competition Act* involves a question of statutory interpretation that is plainly justiciable and of public interest. The interpretation of the IPEGs is also justiciable, and it is important to both the Commissioner and those to whom they apply that the meaning of their provisions is clear. This appeal provides an appropriate occasion for the Commissioner to be heard on these questions.

[9] The parties to the appeal are sophisticated litigants whose counsel will no doubt represent them most ably. However, as a result of her understanding of competition law and policy, the Commissioner is better placed to put before the Court the possible consequences and implications for the administration of the *Competition Act* resulting from the interpretation of the statutory provisions in question in this appeal. In addition, as the author of the IPEGs, and possessing knowledge of experience with the international development of comparable instruments, the Commissioner has a unique perspective on their meaning. In my view, the Commissioner is able to assist the Court in resolving the legal issues raised by the appeal.

[10] Although this appeal has been expedited, the Commissioner's intervention will not cause significant further delay. Even if leave to intervene were refused, the appeal would not have been heard until the Fall. The intervention should not preclude its being heard before the end of December. Any increased costs that the parties may incur as a result of the Commissioner's proposed intervention are likely to represent but a small proportion of the overall costs.

[11] Lilly also argues that the Commissioner cannot be given leave because she has no statutory power to intervene in proceedings before the Court. Counsel notes that [sections 125 and 126](#) of the *Competition Act* authorise the Commissioner to intervene in proceedings before federal and provincial administrative tribunals, and that there are no similar provisions authorising interventions before courts.

[12] Counsel relies on *Canada (Director of Investigation and Research under the Combines Investigation Act) v. Newfoundland Telephone Co.*, [1987 CanLII 34 \(SCC\)](#),

[1987] 2 S.C.R. 466, where the Court held that the Director (the Commissioner's predecessor) had no power to intervene in proceedings before the Newfoundland Board of Commissioners of Public Utilities and that, consequently, the Board could not grant leave to the Director to intervene before it. In my view, this case is distinguishable.

[13] First, the Director had no statutory mandate analogous to the responsibility of the Commissioner under paragraph 7(1)(a). The power to intervene in judicial proceedings when the court believes that the Commissioner will assist it in interpreting the *Competition Act* is implicit in the Commissioner's broad duty to enforce and administer the Act.

[14] Second, *Newfoundland Telephone* is not directly on point because it concerned interventions in proceedings before an administrative tribunal, not a superior court.

[15] Third, the Court in *Newfoundland Telephone* was influenced by the fact that the statute then in force empowered the Director to intervene before federal administrative tribunals, but was silent with respect to provincial tribunals. The Court inferred from this that the omission of provincial tribunals was deliberate and signalled a legislative intention to withhold from the Director the power to intervene before them.

[16] The statute was subsequently amended so as to expressly authorise the Commissioner to intervene before tribunals at both the federal and provincial levels. Because of the different functions of courts and tribunals it cannot be inferred from this provision, and from the omission of a power to intervene before courts, that Parliament did not intend impliedly confer on the Commissioner the power to intervene in court proceedings, with leave of the court. It is not as if the Act provides that the Commissioner may intervene in proceedings before superior courts established under provincial law and makes no reference to courts established by Parliament.

[17] For these reasons, leave to intervene will be granted on the terms set out in the order of the Court. However, the Commissioner's request to file the affidavit of Gwyllim Allen on the development of the IPEGs is denied. Interveners must normally accept the record as they find it. I am not persuaded that this affidavit warrants a departure from the normal rule.

[18] Accordingly, the Commissioner's motion will be allowed in part. There will be no order as to costs.

Evans"

"John M.

J.A.

**FEDERAL COURT OF APPEAL**

**NAMES OF COUNSEL AND SOLICITORS OF RECORD**

**DOCKET:** A-579-04

**STYLE OF CAUSE:** Apotex Inc. v. Eli Lilly and Co. and Eli Lilly Canada Inc.

and Shionogi & Co. Ltd.

MOTION DEALT WITH IN WRITING WITHOUT THE APPEARANCE OF PARTIES

**REASONS FOR ORDER BY:** The Honourable Mr. Justice Evans

**DATED:** May 27, 2005

**WRITTEN REPRESENTATIONS BY:**

Mr. William Miller

Mr. Randall Hofley

Ms. Belinda Peres

FOR THE PROPOSED INTERVENER

Mr. Harry Radomski

Mr. David Scrimger

Mr. Miles Hastie

FOR THE APPELLANT

Mr. Patrick Smith

FOR THE RESPONDENT

Mr. John Norman

(Eli Lilly and Company and Eli Lilly Canada Inc.)

Mr. David Morrow

FOR THE RESPONDENT

Mr. Colin B. Ingram

(Shionogi & Co. Ltd.)

**SOLICITORS OF RECORD:**

Department of Justice

Legal Services

Competition Law Division

FOR THE PROPOSED INTERVENER

- 2 -

Goodmans LLP

Barristers & Solicitors

Toronto, Ontario

FOR THE APPELLANT

Gowling Lafleur Henderson LLP

Barristers & Solicitors

FOR THE RESPONDENT

Ottawa, Ontario

(Eli Lilly and Company and Eli Lilly Canada Inc.)

Smart & Biggar

Barristers & Solicitors

FOR THE RESPONDENT

Ottawa, Ontario

(Shionogi & Co. Ltd.)

---

[Scope of Databases](#) | [Tools](#) | [Terms of Use](#) | [Privacy](#) | [Help](#) | [Contact Us](#) | [About](#)

---

by  for the  Federation of Law Societies of Canada

# FEDERAL COURT OF APPEAL

BETWEEN:

**DR. GÁBOR LUKÁCS**

Applicant

- and -

**CANADIAN TRANSPORTATION AGENCY**

Respondent

---

## **REPLY OF THE PROPOSED INTERVENER, THE PRIVACY COMMISSIONER OF CANADA**

(Reply to the Applicant's response to the Proposed  
Intervener's motion for leave to intervene)

---

**JENNIFER SELIGY**

Legal Counsel

Office of the Privacy Commissioner of Canada

30 Victoria St.

Gatineau, Quebec K1A 1H3

Tel. (direct): (819) 994-5910

Fax: (819) 994-5863

E-mail: [Jennifer.seligy@priv.gc.ca](mailto:Jennifer.seligy@priv.gc.ca)

Legal Counsel for the Privacy Commissioner of  
Canada