

T-582-01
2002 FCT 129

T-582-01
2002 CFPI 129

The Attorney General of Canada and Bruce Hartley
(Applicants)

Le procureur général du Canada et Bruce Hartley
(demandeurs)

v.

c.

The Information Commissioner of Canada
(Respondent)

Le Commissaire à l'information du Canada
(défendeur)

INDEXED AS : CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. CANADA
(INFORMATION COMMISSIONER) (T.D.)

RÉPERTORIÉ: CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) c. CANADA
(COMMISSAIRE À L'INFORMATION) (1^{re} INST.)

Trial Division, McKeown J.—Toronto, November 19,
20, 2001; Ottawa, February 1, 2002.

Section de première instance, juge McKeown—Toronto,
19, 20 novembre 2001; Ottawa, 1^{er} février 2002.

Access to Information — Applications for judicial review arising from access requests for records resulting in complaints to Information Commissioner — Access requester denied access to records, made complaint to Commissioner under Access to Information Act, s. 30 — Whether transcript of in camera proceedings before Information Commissioner should be filed at Court on confidential basis — Information Commissioner neutral ombudsman acting as mediator, not adjudicator — Courts reluctant to interfere with duly authorized investigations — Act not precluding Court from obtaining confidential transcript.

Accès à l'information — Demandes de contrôle judiciaire découlant de demandes de communication de documents à la suite desquelles des plaintes avaient été déposées devant le Commissaire à l'information — La personne qui demandait la communication s'était vu refuser l'accès aux documents et avait déposé une plainte devant le Commissaire à l'information conformément à l'art. 30 de la Loi sur l'accès à l'information — Il s'agissait de savoir si la transcription des procédures tenues à huis clos devant le Commissaire à l'information devait être déposée devant la Cour sur une base confidentielle — Le Commissaire à l'information est un protecteur neutre agissant à titre de médiateur plutôt que d'arbitre — Les tribunaux hésitent à intervenir dans les enquêtes dûment autorisées — La Loi n'empêchait pas la Cour d'obtenir la transcription confidentielle.

Federal Court Jurisdiction — Trial Division — Denial of access requests for records resulting in complaints to Information Commissioner under Access to Information Act — Whether Court has jurisdiction to order Information Commissioner to file confidential transcript of in camera proceedings under r. 318 — Parliament not granting Information Commissioner immunity from judicial review of investigatory powers — Unusual for courts to interfere with duly authorized investigations but must have right to exercise inherent jurisdiction to supervise tribunals — Court having jurisdiction to order production of transcripts.

Compétence de la Cour fédérale — Section de première instance — Le refus de faire droit à des demandes de communication de documents a donné lieu au dépôt de plaintes devant le Commissaire à l'information en vertu de la Loi sur l'accès à l'information — Il s'agissait de savoir si la Cour avait compétence pour ordonner au Commissaire à l'information de déposer une transcription confidentielle des procédures qui avaient été tenues à huis clos conformément à la règle 318 — Le législateur n'a pas accordé d'immunité au Commissaire à l'information à l'encontre du contrôle judiciaire de ses pouvoirs d'enquête — Il est inhabituel qu'une cour intervienne dans des enquêtes dûment autorisées, mais elle doit avoir le droit d'exercer la compétence intrinsèque qu'elle possède en matière de supervision — La Cour a compétence pour ordonner la production des transcriptions.

Among the 29 applications for judicial review brought herein, 26 were filed by the Attorney General of Canada and three by the Information Commissioner under sections 37 and 38 of the *Canada Evidence Act*. They all arose from four

Parmi les 29 demandes de contrôle judiciaire qui ont été présentées en l'espèce, 26 l'ont été par le procureur général du Canada et trois furent déposées par le Commissaire à l'information en vertu des articles 37 et 38 de la *Loi sur la*

access requests for records made to the Privy Council Office, the Department of National Defence and the Department of Transport, which have resulted in complaints to the Information Commissioner who has commenced investigations. In all four cases, the access requester was denied access to records and made a complaint to the Commissioner under section 30 of the *Access to Information Act*. These 29 applications for judicial review fell into seven groups. They all contained a request pursuant to rule 317 of the *Federal Court Rules, 1998* that the Information Commissioner file and serve certain materials in his possession and not in the possession of the applicants, that is the transcripts of the hearings before the Information Commissioner's delegate. The Information Commissioner submitted that he was prohibited by the *Access to Information Act* from providing confidential information to the Court in the context of a judicial review proceeding under section 18 of the *Federal Court Act*, and that the Court could not compel compliance with rules 317 and 318 since they are in direct conflict with the *Access to Information Act* which must prevail over the Rules. The issues were whether the Court had jurisdiction to order the Information Commissioner to file a confidential transcript of his *in camera* proceedings under rule 318 and if so, how should the Court's discretion to order production of such transcripts be exercised.

Held, release of the transcripts, on a confidential basis, to the Court would not be ordered with respect to three groups of applications for judicial review but was ordered with respect to the other four groups.

The Information Commissioner is a neutral ombudsman charged with the conduct of investigations into complaints in relation to the refusal by a head of a government institution to disclose records requested under the *Access to Information Act*. His role is one of mediator and not adjudicator. He cannot order the disclosure of any information and he makes no determination of civil or criminal liability. There is no authorization of disclosure of information in the course of a review under section 18.1 of the *Federal Court Act* unless the disclosure is necessary to carry out an investigation under the Act. There was no evidence before the Court that the disclosure was necessary to carry out an investigation under the Act, except in the confidentiality order application brought by Bruce Hartley in file T-582-01. Parliament has not passed legislation which would restrict a court from reviewing transcripts in order to determine if the Information Commissioner has exceeded his jurisdiction in conducting an

preuve au Canada. Ces demandes découlent toutes de quatre demandes de communication de documents qui avaient été faites au Bureau du Conseil privé, au ministère de la Défense nationale et au ministère des Transports, à la suite desquelles des plaintes avaient été déposées devant le Commissaire à l'information, qui a entamé des enquêtes. Dans les quatre cas, la personne qui demandait la communication s'était vu refuser l'accès aux documents et avait déposé une plainte devant le Commissaire conformément à l'article 30 de la *Loi sur l'accès à l'information*. Ces 29 demandes de contrôle judiciaire se répartissaient en sept catégories. Elles renfermaient toutes une demande conformément à la règle 317 des *Règles de la Cour fédérale (1998)*, pour que le Commissaire à l'information dépose et signifie certains documents qui étaient en sa possession et non pas en la possession des demandeurs, à savoir les transcriptions des audiences qui ont eu lieu devant le représentant du Commissaire à l'information. Le Commissaire à l'information a soutenu qu'il lui était interdit par la *Loi sur l'accès à l'information* de fournir des renseignements confidentiels à la Cour dans le contexte d'une demande de contrôle judiciaire fondée sur l'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale* et que la Cour ne pouvait pas exiger l'observation des règles 317 et 318 parce que celles-ci vont directement à l'encontre de la *Loi sur l'accès à l'information* qui doit l'emporter sur les Règles. Il s'agissait de savoir si la Cour avait compétence pour ordonner au Commissaire à l'information de déposer une transcription confidentielle des procédures qui avaient été tenues à huis clos conformément à la règle 318 et, dans l'affirmative, quelles sont les modalités d'exercice du pouvoir discrétionnaire que possède la Cour d'ordonner la production de pareilles transcriptions.

Jugement: la communication à la Cour des transcriptions sur une base confidentielle n'a pas été ordonnée à l'égard de trois catégories de demandes de contrôle judiciaire, mais elle l'a été à l'égard des quatre autres catégories.

Le Commissaire à l'information est un protecteur neutre chargé d'enquêter sur les plaintes découlant du refus d'un responsable d'une institution fédérale de communiquer les documents demandés en vertu de la *Loi sur l'accès à l'information*. Il joue le rôle d'un médiateur plutôt que celui d'un arbitre. Il ne peut pas ordonner la divulgation de renseignements et il ne rend aucune décision en matière de responsabilité civile ou criminelle. La divulgation de renseignements dans le cadre d'un examen fondé sur l'article 18.1 de la *Loi sur la Cour fédérale* n'est pas autorisée à moins d'être nécessaire aux fins d'une enquête menée en vertu de la Loi. La Cour ne disposait d'aucun élément de preuve montrant que la divulgation était nécessaire aux fins de la tenue d'une enquête fondée sur la Loi sauf pour ce qui est de la demande relative à l'ordonnance de confidentialité présentée par Bruce Hartley dans le dossier T-582-01. Le législateur n'a pas édicté de loi qui empêcherait un tribunal

investigation. Although courts are always reluctant to interfere with duly authorized investigations, it is difficult to see how the Court could determine whether the allegations by the applicants herein had any merit without a judge having access to the transcripts. Parliament would not have intended to grant the Information Commissioner immunity from judicial review of his investigatory powers. A court will not usually interfere with such powers but it must always have the right to exercise its inherent jurisdiction to supervise any tribunal. In *Rubin v. Canada (Clerk of the Privy Council)*, the Federal Court of Appeal held that the confidentiality of representations made in the course of an investigation must be preserved both during and after the investigation is completed unless "the statute requires or permits disclosure". However, the *Rubin* case does not deal with the situation where the transcript would only be available to the Court. The Court, on judicial review, could not compel compliance with rules 317 and 318 if they were in direct conflict with a statute. However, the Act does not preclude a court from obtaining a confidential transcript. There is no conflict between rules 317 and 318 and the provisions of the *Access to Information Act*. The requirements of sections 35, 62, 63 and 65 of the Act are clear with respect to the issues before the Court. The latter had jurisdiction to order production of the confidential transcripts of the Information Commissioner's *in camera* proceedings. Since the applicants have not sought a determination of the objections made in the copying of records applications, the application to quash subpoenas or the solicitor-client application, and have not adduced evidence with respect to the relevance and necessity of the transcripts to the determination of these applications, the Court did not order the release of these transcripts in each of these three groups of applications. However, it did order their release in the four other groups: the confidentiality order applications, the propriety of questions applications, the compliance with subpoena application and the sections 37/38 applications.

d'examiner les transcriptions afin de déterminer si le Commissaire à l'information a excédé sa compétence en conduisant son enquête. Les tribunaux hésitent toujours à intervenir dans les enquêtes dûment autorisées, mais il est difficile de voir comment la Cour peut déterminer le bien-fondé des allégations que les demandeurs ont faites sans qu'un juge ait accès aux transcriptions. Le législateur ne saurait avoir accordé d'immunité au Commissaire à l'information à l'encontre du contrôle judiciaire de ses pouvoirs d'enquête. Il est inhabituel qu'un tribunal intervienne lorsque pareils pouvoirs sont en cause, mais il doit toujours avoir le droit d'exercer la compétence intrinsèque qu'il possède en matière de supervision. Dans l'arrêt *Rubin c. Canada (Greffier du Conseil privé)*, la Cour d'appel fédérale a statué que la confidentialité des observations qui sont faites dans le cadre d'une enquête doit être préservée pendant et après l'enquête sauf si «la Loi prescrit ou autorise la divulgation». Toutefois, l'arrêt *Rubin* ne se rapporte pas au cas dans lequel la transcription serait uniquement mise à la disposition de la Cour. Dans le cadre d'un contrôle judiciaire, la Cour ne pourrait pas ordonner que l'on observe les règles 317 et 318 si cela allait directement à l'encontre d'une loi fédérale. Toutefois, la Loi n'empêche pas un tribunal d'obtenir une transcription confidentielle. Il n'y a pas de conflit entre les règles 317 et 318 et les dispositions de la *Loi sur l'accès à l'information*. Les exigences des articles 35, 62, 63 et 65 de la Loi sont claires en ce qui concerne les questions dont la Cour est saisie. Cette dernière avait compétence pour ordonner la production des transcriptions confidentielles des procédures tenues à huis clos par le Commissaire à l'information. Étant donné que les demandeurs n'ont pas demandé qu'il soit statué sur les oppositions qui ont été soulevées dans les demandes relatives aux photocopies, dans la demande d'annulation des subpoenas ou dans la demande relative au secret professionnel et qu'ils n'ont pas non plus présenté de preuve au sujet de la question de savoir si les transcriptions sont pertinentes ou nécessaires aux fins du règlement de ces demandes, la Cour n'a pas ordonné que des transcriptions soient communiquées dans chacune de ces trois catégories de demandes. Toutefois, elle a ordonné que les transcriptions appartenant aux quatre autres catégories soient déposées: les demandes relatives aux ordonnances de confidentialité, les demandes relatives au bien-fondé des questions, la demande relative à l'observation du subpoena et les demandes fondées sur les articles 37 et 38.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Access to Information Act, R.S.C., 1985, c. A-1, ss. 30 (as am. by S.C. 1992, c. 21, s. 4), 35, 41, 42, 44 (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 1, s. 45), 62, 63 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 27, s. 187), 64, 65 (as am. *idem*).

LOIS ET RÈGLEMENTS

Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 1, 2b).
Loi sur l'accès à l'information, L.R.C. (1985), ch. A-1,

Canada Evidence Act, R.S.C., 1985, c. C-5, ss. 37, 38.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 1, 2(b).
Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 18 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4), 18.1 (as enacted *idem*, s. 5).
Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 1612 (as enacted by SOR/92-43, s. 19).
Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, rr. 317, 318.

art. 30 (mod. par L.C. 1992, ch. 21, art. 4), 35, 41, 42, 44 (mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 1, art. 45), 62, 63 (mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 27, art. 187), 64, 65 (mod., *idem*).
Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4), 18.1 (édicte, *idem*, art. 5).
Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 37, 38.
Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 1612 (édicte par DORS/92-43, art. 19).
Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règles 317, 318.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

CONSIDERED:

Rowat v. Canada (Information Commissioner) (2000), 193 F.T.R. 1 (F.C.T.D.); *Canada (Attorney General) v. Canada (Information Commissioner)*, [1998] 1 F.C. 337; (1997), 5 Admin. L.R. (3d) 237; 135 F.T.R. 254 (T.D.); *Rubin v. Canada (Clerk of the Privy Council)*, [1994] 2 F.C. 707; (1994), 113 D.L.R. (4th) 275; 25 Admin. L.R. (2d) 241; 54 C.P.R. (3d) 511; 167 N.R. 43 (C.A.); aff'd [1996] 1 S.C.R. 6; (1996), 131 D.L.R. (4th) 608; 36 Admin. L.R. (2d) 131; 66 C.P.R. (3d) 32; 191 N.R. 394.

APPLICATIONS FOR JUDICIAL REVIEW requesting under rule 317 that the Information Commissioner file and serve confidential transcripts of *in camera* proceedings held before the Information Commissioner's delegate. Release of transcripts denied in three groups of applications, allowed in four other groups.

APPEARANCES:

Peter K. Doody for applicants.
Daniel Brunet, Emily McCarthy and *Marlys A. Edwardh* for respondent.

SOLICITORS OF RECORD:

Borden Ladner Gervais LLP, Ottawa, for applicants.
Office of the Information Commissioner, Ottawa, for respondent.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Rowat c. Canada (Commissaire à l'information) (2000), 193 F.T.R. 1 (C.F.1^{er} inst.); *Canada (Procureur général) c. Canada (Commissaire à l'information)*, [1998] 1 C.F. 337; (1997), 5 Admin. L.R. (3d) 237; 135 F.T.R. 254 (1^{er} inst.); *Rubin c. Canada (Greffier du Conseil privé)*, [1994] 2 C.F. 707; (1994), 113 D.L.R. (4th) 275; 25 Admin. L.R. (2d) 241; 54 C.P.R. (3d) 511; 167 N.R. 43 (C.A.); conf. [1996] 1 R.C.S. 6; (1996), 131 D.L.R. (4th) 608; 36 Admin. L.R. (2d) 131; 66 C.P.R. (3d) 32; 191 N.R. 394.

DEMANDES DE CONTRÔLE JUDICIAIRE fondées sur la règle 317 et visant le dépôt et la signification par le Commissaire à l'information des transcriptions confidentielles des procédures tenues à huis clos devant le représentant de ce dernier. La communication des transcriptions a été refusée à l'égard de trois catégories de demandes et elle a été autorisée à l'égard des quatre autres catégories.

ONT COMPARU:

Peter K. Doody pour les demandeurs.
Daniel Brunet, Emily McCarthy et *Marlys A. Edwardh* pour le défendeur.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Borden Ladner Gervais LLP, Ottawa, pour les demandeurs.
Le Commissariat à l'information, Ottawa, pour le défendeur.

The following are the reasons for order rendered in English by

[1] McKEOWN J.: There are 29 applications for judicial review brought by the Attorney General of Canada and named individuals. In 26 of the applications the Attorney General of Canada is the applicant. In the three sections 37/38 [of the *Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5] applications the Information Commissioner is the applicant and the Attorney General of Canada is named as a respondent. They all arise out of four access requests for records made to the Privy Council Office, the Department of National Defence and the Department of Transport, which have resulted in complaints to the Information Commissioner who has commenced investigations. A summary of the four access requests is as follows:

(a) Six requests made to the Privy Council office for access to the daily agendas of the Prime Minister of Canada for fiscal or calendar years 1994 to June 25, 1999 (the "agenda request").

(b) A request made to the Privy Council Office for access to records relating to the proposed appointment of Conrad Black to the British House of Lords (the "Black request")

(c) A request made to the Department of National Defence for access to minutes or documents produced from the M5 management meeting for 1999 (the "M5 request").

(d) A request made to the Department of Transport for access to a copy of the Minister of Transport's itinerary and/or meeting schedule for the period June 1, 1999 to November 5, 1999 (the "Minister of Transport agenda request").

[2] In all four cases the access requester was denied access to records and made a complaint to the Commissioner pursuant to section 30 of the Act [*Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1 (as am. by S.C.

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

[1] LE JUGE McKEOWN: Vingt-neuf demandes de contrôle judiciaire ont été présentées par le procureur général du Canada et par certaines personnes désignées. Dans 26 demandes, le procureur général du Canada est le demandeur. Dans trois demandes fondées sur les articles 37 et 38 [de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5], le Commissaire à l'information est le demandeur et le procureur général du Canada est désigné à titre de défendeur. Ces demandes découlent toutes de quatre demandes de communication de documents qui ont été faites au Bureau du Conseil privé, au ministère de la Défense nationale et au ministère des Transports, à la suite desquelles des plaintes ont été déposées devant le Commissaire à l'information, qui a entamé des enquêtes. Voici un résumé des quatre demandes d'accès:

a) Six demandes ont été faites au Bureau du Conseil privé en vue de la communication des agendas quotidiens du Premier ministre du Canada pour les années financières ou civiles 1994 et suivantes, et ce, jusqu'au 25 juin 1999 (la demande relative à l'agenda);

b) Une demande a été faite au Bureau du Conseil privé en vue de la communication de documents se rapportant à la nomination proposée de Conrad Black à la Chambre des lords britannique (la demande concernant M. Black);

c) Une demande a été faite au ministère de la Défense nationale en vue de la communication des procès-verbaux des réunions de gestion du «M5» pour l'année 1999 (la demande concernant le M5) ou des documents découlant de ces réunions;

d) Une demande a été faite au ministère des Transports en vue de la communication d'une copie de l'itinéraire ou du calendrier des réunions du ministre des Transports pour la période allant du 1^{er} juin au 5 novembre 1999 (la demande relative à l'agenda du ministre des Transports).

[2] Dans les quatre cas, la personne qui demandait la communication s'était vu refuser l'accès aux documents et avait déposé une plainte devant le Commissaire conformément à l'article 30 de la Loi [*Loi sur l'accès à*

1992, c. 21, s. 4)]. The applicants submit that the access requesters are seeking access to documents located in the Prime Minister's Office or the office of a minister of the Crown. The applicants seek an order consolidating all of the applications and orders to require the transcripts of proceedings before the Information Commissioner's delegate to be filed on a confidential basis on the judicial review applications. Counsel for the applicants is not seeking leave to discuss the transcripts with the Attorney General of Canada. Only the lawyers will see the transcripts and the witnesses who have signed the confidentiality orders in respect of their own transcripts. Out of 29 applications for judicial review, six originate out of the agenda request, 17 out of the M5 request, four out of the Black request and two out of the Minister of Transport agenda request.

[3] Both parties agree that these 29 applications for judicial review fall into seven groups.

[4] Three applications seek declaratory relief that certain records are under the control of the Prime Minister's office or the office of the Minister of National Defence and not under the control of the Privy Council Office or the Department of National Defence respectively. They also seek *certiorari* to quash subpoenas issued to persons who are employed by either the Prime Minister or the Minister of National Defence as "exempt staff". These three applications are T-1640-00, T-1641-00 and T-606-01 (hereinafter collectively called the "applications to quash subpoenas").

[5] There are nine applications seeking declaratory relief and orders quashing confidentiality orders issued by the Information Commissioner's delegate, many in identical terms, which prohibit the individual applicants from disclosing to anyone, other than their counsel (who have been ordered to execute similar undertakings), all information disclosed during their testimony before the

l'information, L.R.C. (1985), ch. A-1 (mod. par L.C. 1992, ch. 21, art. 4)]. Les demandeurs soutiennent que les personnes qui ont demandé la communication cherchent à avoir accès à des documents qui se trouvent dans le Cabinet du premier ministre ou dans le Cabinet d'un ministre. Ils sollicitent une ordonnance consolidant toutes les demandes et des ordonnances portant que les transcriptions des procédures qui ont eu lieu devant le représentant du Commissaire à l'information doivent être déposées sur une base confidentielle dans le cadre des demandes de contrôle judiciaire. L'avocat des demandeurs ne demande pas l'autorisation de discuter des transcriptions avec le procureur général du Canada. Seuls les avocats verront les transcriptions et les témoins qui ont signé les ordonnances de confidentialité au sujet de leurs propres transcriptions. Sur les 29 demandes de contrôle judiciaire, six se rapportent à la demande relative à l'agenda, 17 à la demande concernant le M5, quatre à la demande concernant M. Black et deux à la demande relative à l'agenda du ministre des Transports.

[3] Les deux parties conviennent que ces 29 demandes de contrôle judiciaire se répartissent en sept catégories.

[4] Trois demandes visent l'obtention d'une mesure de redressement déclaratoire portant que certains documents relèvent du Cabinet du premier ministre ou du Cabinet du ministre de la Défense nationale plutôt que du Bureau du Conseil privé ou du ministère de la Défense nationale respectivement. Elles visent également l'obtention d'un bref de *certiorari* annulant les subpoenas délivrés à certaines personnes employées par le Premier ministre ou par le ministre de la Défense nationale à titre de [TRADUCTION] «membres du personnel exempté». Ces trois demandes ont été présentées dans les dossiers T-1640-00, T-1641-00 et T-606-01 (ci-après collectivement appelées les «demandes d'annulation des *subpoenas*»).

[5] Neuf demandes visent l'obtention d'une mesure de redressement déclaratoire et d'ordonnances annulant les ordonnances de confidentialité rendues par le représentant du Commissaire à l'information, lesquelles sont dans bien des cas libellées en des termes identiques et interdisent aux demandeurs individuels de divulguer à qui que ce soit, à part leurs avocats (à qui il a été

Information Commissioner's delegate pursuant to subpoenas issued by him. Six of those witnesses were testifying pursuant to subpoenas which are at issue in the applications to quash subpoenas. Those nine applications are T-582-01, T-792-01, T-877-01, T-878-01, T-883-01, T-892-01, T-1047-01, T-1254-01, T-1909-01 (hereinafter collectively called the "confidentiality order applications").

[6] Nine of the applications seek orders quashing decisions by the Information Commissioner's delegate to photocopy materials delivered to him pursuant to subpoenas *duces tecum* (five of which are at issue in the applications to quash subpoenas), *mandamus* compelling him to return the copies made, and declarations that he had no jurisdiction to make the orders to copy the materials. These applications are T-684-01, T-763-01, T-880-01, T-895-01, T-896-01, T-1049-01, T-1255-01, T-1448-01 and T-1910-01 (hereinafter collectively called the "copying of records applications").

[7] Three applications seek declarations that the Information Commissioner's delegate lacks jurisdiction to order that certain questions be answered by witnesses and that, by asking the questions during the examination under oath, the Information Commissioner's delegate exceeded his jurisdiction. Those are applications T-801-01, T-887-01 and T-891-01 (hereinafter collectively called the "propriety of questions applications").

[8] One application is for a declaration that a subpoena *duces tecum* issued to the Honourable Art C. Eggleton, the Minister of National Defence, in the M5 request, has been complied with. That application is T-924-01 (hereinafter called the "compliance with subpoena application").

ordonné de signer des engagements similaires) tous les renseignements divulgués au cours du témoignage qu'ils ont présenté devant le représentant du Commissaire à l'information conformément aux subpoenas que celui-ci avait délivrés. Six de ces témoins témoignaient conformément à des subpoenas qui sont en cause dans les demandes d'annulation des subpoenas. Ces neuf demandes ont été présentées dans les dossiers T-582-01, T-792-01, T-877-01, T-878-01, T-883-01, T-892-01, T-1047-01, T-1254-01, T-1909-01 (ci-après collectivement appelées les «demandes relatives aux ordonnances de confidentialité»).

[6] Neuf demandes visent l'obtention d'ordonnances annulant la décision du représentant du Commissaire à l'information de photocopier les documents qui lui avaient été remis conformément aux subpoenas *duces tecum* (dont cinq sont en cause dans les demandes d'annulation des subpoenas), d'un bref de *mandamus* enjoignant à celui-ci de remettre les copies qui ont été faites, et de déclarations portant qu'il n'avait pas compétence pour rendre les ordonnances selon lesquelles les documents devaient être copiés. Ces demandes ont été présentées dans les dossiers T-684-01, T-763-01, T-880-01, T-895-01, T-896-01, T-1049-01, T-1255-01, T-1448-01 et T-1910-01 (ci-après appelées collectivement les «demandes relatives aux photocopies»).

[7] Trois demandes visent des déclarations portant que le représentant du Commissaire à l'information n'a pas compétence pour ordonner aux témoins de répondre à certaines questions et qu'en posant les questions au cours des interrogatoires sous serment, le représentant du Commissaire à l'information a excédé sa compétence. Il s'agit des demandes qui ont été présentées dans les dossiers T-801-01, T-887-01 et T-891-01 (ci-après appelées collectivement les «demandes relatives au bien-fondé des questions»).

[8] Une demande vise l'obtention d'une déclaration portant qu'il a été satisfait à un subpoena *duces tecum* délivré à l'honorable Art C. Eggleton, ministre de la Défense nationale, dans la demande concernant le M5. Il s'agit de la demande qui a été présentée dans le dossier T-924-01 (ci-après appelée la «demande relative à l'observation du subpoena»).

[9] Three of the applications were brought by the Information Commissioner for orders in the nature of *certiorari* quashing certificates issued pursuant to sections 37 and 38 of the *Canada Evidence Act*, pursuant to which certain information and documents described in subpoenas issued to Meribeth Morris, Randy Mylyk, and Emechete Onuoha, were not provided to the Information Commissioner. Those are applications T-656-01, T-814-01 and T-1714-01 (hereinafter collectively called the “sections 37/38 applications”).

[10] One application is for a declaration that 11 documents or groups of documents are subject to solicitor-client privilege and that the Information Commissioner lacks jurisdiction to require their production to him. That is application T-1083-01 (hereinafter called the “solicitor-client application”).

[11] Although both parties agree there are seven groups, the applicants submit that there are common issues of fact and law to the seven groups and that, therefore, the 29 applications should be consolidated. The respondent does not agree that there are common issues of fact and law.

[12] The applicants submit that the question of control as between the Prime Minister’s Office and Privy Council Office or between the Minister of National Defence Office and the Department of National Defence, is an overriding question with respect to the seven groups. There is no doubt that this is true with respect to the first group, the application to quash subpoenas. However, the Information Commissioner takes the position that it does not apply to the other six groups. The applicants submit that it is an issue in the copying of records applications, the compliance with subpoena application and the sections 37/38 applications. It would be inappropriate for me at this time to decide whether there is a control issue in these other three groups. However, even the applicant takes the position that in three groups it is not an issue. I also should not be taken as deciding that the control issue is

[9] Le Commissaire à l’information a présenté trois demandes en vue d’obtenir des ordonnances de la nature d’un *certiorari* annulant les attestations délivrées conformément aux articles 37 et 38 de la *Loi sur la preuve au Canada*, selon lesquelles certains renseignements et documents décrits dans les subpoenas délivrés à Meribeth Morris, Randy Mylyk et Emechete Onuoha n’avaient pas été fournis au Commissaire à l’information. Il s’agit des demandes qui ont été présentées dans les dossiers T-656-01, T-814-01 et T-1714-01 (ci-après appelées collectivement les «demandes fondées sur les articles 37 et 38»).

[10] Une demande vise l’obtention d’une déclaration portant que 11 documents ou catégories de documents sont assujettis au secret professionnel et que le Commissaire à l’information n’a pas compétence pour demander qu’ils soient produits devant lui. Il s’agit de la demande qui a été présentée dans le dossier T-1083-01 (ci-après appelée la «demande relative au secret professionnel»).

[11] Les deux parties conviennent qu’il y a sept catégories de demandes, mais les demandeurs soutiennent que des questions de fait et de droit communes aux sept catégories se posent et que les 29 demandes devraient donc être consolidées. Le défendeur ne souscrit pas à l’avis selon lequel il existe des questions de fait et de droit communes.

[12] Les demandeurs affirment que la question du contrôle qui se pose entre le Cabinet du Premier ministre et le Bureau du Conseil privé ou entre le ministre de la Défense nationale et le ministère de la Défense nationale est une question primordiale en ce qui concerne les sept catégories. Cela est sans aucun doute vrai en ce qui concerne la première catégorie, la demande d’annulation des subpoenas. Toutefois, le Commissaire à l’information soutient que cela ne s’applique pas aux six autres catégories. Les demandeurs affirment que la question se pose en ce qui concerne les demandes relatives aux photocopies, la demande relative à l’observation du subpoena et les demandes fondées sur les articles 37 et 38. Il ne convient pas que je détermine maintenant s’il existe une question de contrôle dans ces trois autres catégories. Toutefois, même le demandeur soutient qu’en ce qui concerne trois catégories, cette

the same with respect to the Prime Minister's Office and the Privy Council Office as it is with respect to the Minister of National Defence and the Department of National Defence. I am making no finding as to whether the documents are under the control of a government institution.

[13] The applicants also submit that there is a common question of fact in respect of the Information Commissioner's practice of telling a witness in the hearings before him what another witness had said. In some of the applications there is no request for a transcript of evidence in the hearings before the Commissioner because the applications were filed prior to the commencement of the hearings. If all the applications were consolidated, the applicants might be entitled to rely on all the transcript evidence to argue the merits of the applications where the transcripts were not relevant. Again, the applicants say that this practice is only relevant to three groups, the confidentiality order applications, the propriety of questions applications and the sections 37/38 applications.

[14] The applicants submit that there is much common evidence to these applications. For example, they suggest that the evidence of the expert witness in respect of the separation between the Prime Minister's Office and the office of a minister of the Crown and the Privy Council Office or the Minister's Department has already been filed in three applications, and that evidence will be relevant to all three applications to quash subpoenas, all nine copying of records applications, the compliance with subpoena application and the sections 37/38 applications.

[15] In my view there is insufficient common evidence to justify consolidation of the applications. The Information Commissioner would be substantially prejudiced if the applications were consolidated. For

question ne se pose pas. On ne devrait pas non plus considérer que je conclus que la question relative au contrôle est la même en ce qui concerne le Cabinet du premier ministre et le Bureau du Conseil privé et en ce qui concerne le ministre de la Défense nationale et le ministère de la Défense nationale. Je ne tire aucune conclusion au sujet de la question de savoir si les documents relèvent d'une institution fédérale.

[13] Les demandeurs affirment également qu'il existe une question de fait commune en ce qui concerne la pratique selon laquelle le Commissaire à l'information met un témoin au courant, aux audiences qui ont lieu devant lui, des déclarations qui ont été faites par un autre témoin. Dans certaines demandes, on n'a pas demandé la transcription de la preuve présentée aux audiences qui ont eu lieu devant le Commissaire parce que les demandes avaient été présentées avant le début des audiences. Si toutes les demandes étaient consolidées, les demandeurs pourraient peut-être à bon droit se fonder sur l'ensemble de la preuve des transcriptions pour débattre le bien-fondé des demandes dans lesquelles les transcriptions ne sont pas pertinentes. Les demandeurs affirment encore une fois que cette pratique se rapporte uniquement à trois catégories, à savoir les demandes relatives aux ordonnances de confidentialité, les demandes relatives au bien-fondé des questions et les demandes fondées sur les articles 37 et 38.

[14] Les demandeurs déclarent que ces demandes comportent de nombreux éléments de preuve communs. Ainsi, ils soutiennent que la preuve que le témoin expert a présentée au sujet du fait que le Cabinet du Premier ministre ou le Cabinet d'un ministre et le Bureau du Conseil privé ou le ministère du ministre en question sont des entités séparées a déjà été présentée dans trois demandes et que cette preuve est pertinente dans les trois demandes d'annulation des subpoenas, dans les neuf demandes relatives aux photocopies, dans la demande relative à l'observation du *subpoena* et dans les demandes fondées sur les articles 37 et 38.

[15] À mon avis, il n'existe pas suffisamment d'éléments de preuve communs pour justifier la consolidation des demandes. Le Commissaire à l'information subirait un préjudice sérieux si les

example, the applicants have not sought the introduction of the transcripts of the *in camera* proceedings before the Commissioner in all of the applications which they seek to consolidate. More specifically, the applicants have not sought the determination of the Commissioner's objections in the copying of records applications, the solicitor-client application and the applications to quash the subpoenas. The applicants could improve their position by indirectly obtaining disclosure of the evidence which they have not shown to be necessary in those applications. This would be contrary to the spirit and the letter of the confidentiality provisions set out by Parliament in the *Access to Information Act*.

[16] The respondent, the Information Commissioner, also submits that the sections 37/38 applications should be heard in an expedited manner. Two of the applications have already been consolidated and the Commissioner has filed all his affidavit evidence in support of his application. It is not my intention to determine if these three applications should be heard in an expedited manner. This determination should be left to the judge or judges hearing these applications.

[17] I am ordering that the seven groups be heard serially. The order of such groups shall be determined by the judge or judges hearing the applications. Further, I order that the applications in each group be consolidated within that group. I also note that notwithstanding the fact that there is an access requester in T-1641-00, that T-1640-00 and T-606-01 should be consolidated with T-1641-00.

[18] I now propose to review the facts and analysis with respect to whether the transcripts of the proceedings before the Information Commissioner should be filed on a confidential basis. The issues are whether this Court has jurisdiction to order the Information Commissioner to file a confidential transcript of his *in camera* proceedings pursuant to rule 318 of the *Federal Court Rules, 1998* [SOR/98-106] and if so, how should the Court's discretion to order

demandes étaient consolidées. Ainsi, les demandeurs n'ont pas demandé la production des transcriptions des procédures qui ont eu lieu à huis clos devant le Commissaire dans toutes les demandes qu'ils cherchent à consolider. Plus précisément, les demandeurs n'ont pas cherché à obtenir une décision au sujet des objections soulevées par le Commissaire dans les demandes relatives aux photocopies, la demande relative au secret professionnel et les demandes d'annulation des subpoenas. Les demandeurs pourraient améliorer leur position en obtenant indirectement la communication d'une preuve dont ils n'ont pas établi la nécessité dans ces demandes. Cela serait contraire à l'esprit et à la lettre des dispositions relatives à la confidentialité énoncées par le législateur dans la *Loi sur l'accès à l'information*.

[16] Le défendeur, soit le Commissaire à l'information, soutient également que les demandes fondées sur les articles 37 et 38 devraient faire l'objet d'une audition accélérée. Deux des demandes ont déjà été consolidées et le Commissaire a déposé toute sa preuve par affidavit à l'appui de sa demande. Je n'ai pas l'intention de décider si ces trois demandes devraient faire l'objet d'une audition accélérée. Cette décision devrait être laissée à l'appréciation du juge ou des juges qui entendront ces demandes.

[17] J'ordonne que les sept catégories de demandes soient entendues l'une à la suite de l'autre. L'ordre suivi sera déterminé par le juge ou par les juges qui entendront les demandes. J'ordonne en outre, que les demandes de chaque catégorie soient consolidées. Je note également que même si une personne a demandé la communication dans le dossier T-1641-00, les dossiers T-1640-00 et T-606-01 devraient être consolidés avec le dossier T-1641-00.

[18] Je me propose maintenant d'examiner les faits et d'analyser la question de savoir si les transcriptions des procédures qui ont eu lieu devant le Commissaire à l'information doivent être déposées sur une base confidentielle. Il s'agit de savoir si la Cour a compétence pour ordonner au Commissaire à l'information de déposer une transcription confidentielle des procédures qui ont été tenues à huis clos conformément à la règle 318 des *Règles de la Cour*

production of the confidential transcripts of the Information Commissioner's *in camera* proceedings be exercised.

[19] The applicants' notices of application for judicial review all contain a request pursuant to rule 317 of the *Federal Court Rules, 1998* that the Information Commissioner file and serve certain materials in the possession of the Information Commissioner and not in the possession of the applicant, i.e. the transcripts of the hearings before the Information Commissioner's delegate. The Information Commissioner objected to producing any material in any application, except in the confidentiality order application brought by Bruce Hartley in file T-582-01. In that application, the applicants had requested that the Information Commissioner file:

. . . the transcript of the proceedings before Mr. Alan Leadbeater, the Information Commissioner's delegate, on March 30, 2001.

[20] The Information Commissioner authorized the disclosure of a portion of the transcript and stated that that portion:

. . . in his opinion, is necessary to carry out his investigations under the *Act* of six complaints in files 3100-13128/001 to 3100-13133/001. This information relates to jurisdictional facts with respect to the Information Commissioner's orders of confidentiality issued on March 30, 2001 pursuant to ss. 34, 35, 36, and 64 of the *Access to Information Act* and to the Information Commissioner's power of a superior court of record referred to at s. 36(1)(a) of the *Act*.

[21] The portions of the transcript referred to in that objection consist of exchanges between the Information Commissioner's delegate and Mr. Hartley's counsel, Mr. Doody, and Mr. Doody's submissions.

[22] The applicants submit that the transcript of the proceedings before the Information Commissioner's

fédérale (1998) [DORS/98-106] et, dans l'affirmative, quelles sont les modalités d'exercice du pouvoir discrétionnaire que possède la Cour d'ordonner la production des transcriptions confidentielles des procédures à huis clos qui ont eu lieu devant le Commissaire à l'information.

[19] Dans les avis de demande de contrôle judiciaire, les demandeurs demandent tous, conformément à la règle 317 des *Règles de la Cour fédérale (1998)* que le Commissaire à l'information dépose et signifie certains documents qui sont en sa possession et qui ne sont pas en la possession du demandeur, à savoir les transcriptions des audiences qui ont eu lieu devant le représentant du Commissaire à l'information. Le Commissaire à l'information s'est opposé à la production des documents dans quelque demande que ce soit, sauf pour ce qui est de la demande relative à l'ordonnance de confidentialité présentée par Bruce Hartley dans le dossier T-582-01. Dans cette demande, les demandeurs avaient demandé que le Commissaire à l'information dépose:

[TRADUCTION] [. . .] la transcription des procédures qui [avaie]nt eu lieu devant le représentant du Commissaire à l'information, M. Alan Leadbeater, le 30 mars 2001.

[20] Le Commissaire à l'information a autorisé la communication d'une partie de la transcription; il a déclaré que cette partie:

[TRADUCTION] [. . .] à son avis, [était] nécessaire aux fins de la tenue d'enquêtes fondées sur la Loi concernant six plaintes qui [avaie]nt été déposées dans les dossiers 3100-13128/001 à 3100-13133/001. Ces renseignements ont trait à des faits juridiques, en ce qui concerne les ordonnances de confidentialité que le Commissaire à l'information a[vait] rendues le 30 mars 2001 conformément aux articles 34, 35, 36 et 64 de la *Loi sur l'accès à l'information* et au pouvoir semblable à celui d'une cour supérieure d'archives que poss[édait] le Commissaire à l'information, dont il [était] fait mention à l'alinéa 36(1)a) de la Loi.

[21] Les parties de la transcription mentionnées dans cette objection sont composées de conversations entre le représentant du Commissaire à l'information et l'avocat de M. Hartley, M^e Doody, ainsi que des arguments avancés par M^e Doody.

[22] Les demandeurs soutiennent que la transcription des procédures qui ont eu lieu devant le représentant du

delegate is relevant to a number of these applications.

[23] The evidence is relevant to the nine confidentiality order applications for the following reasons:

(a) The applicants have asserted, in the notices of application and the confidentiality order applications, that there was no evidence to support the confidentiality order. In order for this claim to be assessed, it will be necessary for the judge hearing this group of applications to examine the evidence which was before the Information Commissioner's delegate.

(b) The applicants have taken the position that the confidentiality orders are in breach of the right of the individual applicants to freedom of expression as guaranteed by paragraph 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* [being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] and that the provisions of the confidentiality order cannot be justified in a free and democratic society pursuant to section 1 of the Charter. In order for the judge to assess that claim, it will be necessary for the judge to review the precise information at issue—that is, the information disclosed during the course of proceedings, which the confidentiality orders prohibit the applicants from disclosing.

(c) The practice followed by the Information Commissioner's delegate of putting evidence from one witness to another witness, which is relevant to the confidentiality order applications, is best understood by reading the transcripts.

(d) It will also be relevant for the Court to see the discussions and submissions on the scope of the confidentiality orders, other than those made at the time the order governing Mr. Hartley's evidence was considered.

[24] The applicants submit that the transcripts of the evidence given by the Minister of Defence are relevant

Commissaire à l'information a un rapport avec un certain nombre de ces demandes.

[23] La preuve est pertinente, en ce qui concerne les neuf demandes relatives aux ordonnances de confidentialité, et ce, pour les raisons ci-après énoncées:

a) dans les avis de demande et dans les demandes relatives aux ordonnances de confidentialité, les demandeurs ont affirmé qu'aucun élément de preuve n'étayait l'ordonnance de confidentialité. Pour apprécier cette allégation, le juge qui entendra cette catégorie de demandes devra examiner la preuve dont disposait le représentant du Commissaire à l'information;

b) les demandeurs ont soutenu que les ordonnances de confidentialité portent atteinte au droit des demandeurs individuels à la liberté d'expression telle qu'elle est garantie à l'alinéa 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* [qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]], et que les dispositions de l'ordonnance de confidentialité ne peuvent pas se justifier dans le cadre d'une société libre et démocratique conformément à l'article premier de la Charte. Pour apprécier cette allégation, le juge devra examiner les renseignements précis en question—c'est-à-dire les renseignements divulgués au cours des procédures, lesquels, selon les ordonnances de confidentialité, ne peuvent pas être divulgués par les demandeurs;

c) la lecture des transcriptions permet de mieux comprendre la pratique suivie par le représentant du Commissaire à l'information, lorsqu'il s'agit de communiquer à un témoin la preuve fournie par un autre témoin, cette preuve ayant un rapport avec les demandes relatives aux ordonnances de confidentialité;

d) il est également approprié que la Cour prenne connaissance des discussions et des prétentions concernant la portée des ordonnances de confidentialité, à part celles qui ont été présentées au moment où l'ordonnance régissant la preuve soumise par M. Hartley a été examinée.

[24] Les demandeurs affirment que les transcriptions de la preuve remises par le ministre de la Défense ont un

to the compliance with subpoena application because, in correspondence between counsel and the Information Commissioner's delegate, Mr. Leadbeater stated that the order as to what the Minister of National Defence was required to do was clear if certain pages of the transcript were read. I agree that the transcripts are relevant to this application.

[25] The propriety of questions applications do not identify the questions at issue, because of the confidentiality orders. They are, however, identified in the affidavit of Lawrence A. Elliot. The transcripts of the evidence of Jean Pelletier, the Honourable Mr. Eggleton and Meribeth Morris are relevant to the propriety of questions applications because, in order to determine the propriety of the questions put by the Information Commissioner's delegate, it will be necessary for the Court to read the question, the nature of the objections made, the submissions by counsel, and the reasons, if any, given by Mr. Leadbeater before making the order.

[26] The transcripts of evidence, particularly where they show the Information Commissioner's delegate putting evidence of one witness to another witness, are also relevant to the sections 37/38 applications for the following reasons: The Information Commissioner has listed as the grounds for his application in those cases that production of the information to the Information Commissioner "in the course of his private investigations" does not "constitute disclosure of the said information" and that:

. . . in light of the mandatory provisions against disclosure contained in the *Access to Information Act*, the clear public interest in the Information Commissioner's conduct of a private investigation into a complaint . . . outweighs the specific public interest referred to in the certificate.

This practice is relevant to a determination as to how "private" the Information Commissioner's investigations are, and how certain are the provisions against disclosure contained in the *Access to Information Act*.

rapport avec la demande relative à l'observation du subpoena parce que, dans les lettres qui ont été échangées entre les avocats et le représentant du Commissaire à l'information, M. Leadbeater a déclaré que l'ordonnance relative aux mesures que le ministre de la Défense nationale devait prendre était claire à la lecture de certaines pages de la transcription. Je suis d'accord pour dire que les transcriptions ont un rapport avec la présente demande.

[25] Les demandes relatives au bien-fondé des questions n'indiquent pas les questions en litige, et ce, à cause des ordonnances de confidentialité. Toutefois, ces questions sont désignées dans l'affidavit de Lawrence A. Elliot. Les transcriptions des témoignages de Jean Pelletier, de l'honorable Eggleton et de Meribeth Morris ont un rapport avec les demandes relatives au bien-fondé des questions parce que, afin de déterminer le bien-fondé des questions posées par le représentant du Commissaire à l'information, il faudra que la Cour prenne connaissance de la question, de la nature des objections soulevées, des arguments avancés par les avocats et, le cas échéant, des motifs que M. Leadbeater a fournis avant de rendre l'ordonnance.

[26] Les transcriptions de la preuve, en particulier lorsqu'elles montrent que le représentant du Commissaire à l'information a présenté la preuve d'un témoin à un autre témoin, ont également un rapport avec les demandes fondées sur les articles 37 et 38, et ce, pour les raisons suivantes: le Commissaire à l'information a affirmé à l'appui de la demande qu'il a présentée dans ces cas que la production des renseignements devant lui [TRADUCTION] «dans le cadre de ses enquêtes secrètes» ne [TRADUCTION] «constitue [pas] une divulgation desdits renseignements» et que:

[TRADUCTION] [. . .] à la lumière des dispositions obligatoires de la *Loi sur l'accès à l'information* interdisant la divulgation, les raisons d'intérêt public qui justifient clairement la tenue d'une enquête secrète de la part du Commissaire à l'information [. . .] l'emportent sur les raisons d'intérêt public déterminées invoquées dans l'attestation.

Cette pratique est pertinente lorsqu'il s'agit de déterminer jusqu'à quel point les enquêtes du Commissaire à l'information sont «secrètes» et jusqu'à quel point les dispositions de la *Loi sur l'accès à l'information* interdisant la divulgation sont certaines.

[27] The applicants also changed their submissions to make it clear that they wished to have copies of the transcript provided to the Court and to counsel only. The individual witnesses would be permitted to go to their counsel's office and review their own transcript but not any other witness and the Attorney General of Canada would not receive any of the transcripts. The Court would also receive copies of the transcripts.

[28] The Information Commissioner submitted that they were prohibited by the *Access to Information Act* from providing confidential information to the Court in the context of a judicial review proceeding under section 18 of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4)]. They also submitted that the Court cannot compel compliance with rules 317 and 318 because the Rules are in direct conflict with the *Access to Information Act* and the Act must prevail over the Rules. Thirdly, they argued that the Charter does not enhance the applicants' position with respect to production of the transcripts.

[29] The Information Commissioner reviewed the relevant provisions of the *Access to Information Act* and the general position of the Information Commissioner thereunder to show that he does not have authority to voluntarily provide the Court with copies of the transcripts of the *in camera* proceedings before him. The Information Commissioner is a neutral ombudsman charged with the conduct of investigations into complaints in relation to the refusal by a head of a government institution to disclose records requested under the Act. His role is one of mediator and not adjudicator. The Commissioner is limited to making recommendations to the head of a government institution reporting to the complainant. He cannot order the disclosure of any information. He makes no determination of civil or criminal liability. He is like a commissioner conducting an inquiry.

[30] The Information Commissioner submits that sections 35, 62 and 63 [as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 27, s. 187] of the Act preclude the provision

[27] Les demandeurs ont également modifié leurs arguments de façon à montrer clairement qu'ils voulaient que les copies des transcriptions soient fournies uniquement à la Cour et aux avocats. Les témoins individuels seraient autorisés à se rendre au cabinet de leur avocat pour examiner leur propre transcription, mais non celle d'un autre témoin, et le procureur général du Canada ne recevrait aucune transcription. La Cour recevrait également des copies des transcriptions.

[28] Le Commissaire à l'information a soutenu qu'il était interdit, en vertu de la *Loi sur l'accès à l'information*, de fournir des renseignements confidentiels à la Cour dans le contexte d'une demande de contrôle judiciaire fondée sur l'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), ch. F-7 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4)]. Il a également soutenu que la Cour ne peut pas exiger l'observation des règles 317 et 318 parce que les Règles vont directement à l'encontre de la *Loi sur l'accès à l'information* et que la Loi doit l'emporter sur les Règles. Troisièmement, il a affirmé que la Charte n'améliore pas la position des demandeurs en ce qui concerne la production des transcriptions.

[29] Le Commissaire à l'information a examiné les dispositions pertinentes de la *Loi sur l'accès à l'information* et la position générale qu'il a prise à ce sujet pour montrer qu'il n'est pas autorisé à fournir volontairement à la Cour des copies des transcriptions des procédures qui ont eu lieu à huis clos devant lui. Le Commissaire à l'information est un protecteur neutre chargé d'enquêter sur les plaintes découlant du refus d'un responsable d'une institution fédérale de communiquer les documents demandés en vertu de la Loi. Le Commissaire a le rôle d'un médiateur plutôt que celui d'un arbitre. Il peut uniquement faire des recommandations au responsable d'une institution fédérale rendant compte au plaignant. Il ne peut pas ordonner la divulgation de renseignements. Il ne rend aucune décision en matière de responsabilité civile ou criminelle. Son rôle ressemble à celui d'un commissaire qui conduit une enquête.

[30] Le Commissaire à l'information affirme que les articles 35, 62 et 63 [mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 27, art. 187] de la Loi interdisent la communication

of the transcripts of the *in camera* proceedings. Subsection 35(1) of the Act requires the Commissioner to conduct his investigations in private. Section 62 of the Act precludes the Commissioner and every person acting on his behalf from disclosing information that comes to their knowledge in the performance of their duties and functions under the Act. Section 63 of the Act creates specific exceptions to section 62 and, subject to section 64 of the Act, allows the Commissioner to disclose information that:

- (a) in the opinion of the Commissioner is necessary to carry out an investigation under the Act;
- (b) in the opinion of the Commissioner is necessary to establish the grounds for findings and recommendations contained in any report under the Act.

Section 63 also authorizes the Commissioner to disclose information in the course of a prosecution for an offence under the Act, for perjury or in the course of a review under the Act and an appeal therefrom. Subsection 63(2) gives the Commissioner discretion to disclose information relating to the commission of an offence against any law of Canada or a province on the part of any officer or employee of the government to the Attorney General of Canada. There is no authorization of disclosure of information in the course of a review under section 18.1 [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5] of the *Federal Court Act* unless the disclosure is necessary to carry out an investigation under the Act. There is no evidence before me that the disclosure is necessary to carry out an investigation under the Act except in file T-582-01 reviewed at paragraphs 19 to 21 above.

[31] In my view Parliament has not passed legislation which would restrict a court from reviewing transcripts in order to determine if the Information Commissioner has exceeded his jurisdiction in conducting his investigation. This would be the most effective privative clause that Parliament could design. Parliament certainly intended to avoid making the transcripts public but never intended to give the Information Commissioner the right to conduct investigations without any review.

des transcriptions des procédures à huis clos. En vertu du paragraphe 35(1) de la Loi, les enquêtes menées par le Commissaire sont secrètes. En vertu de l'article 62 de la Loi, le Commissaire et les personnes agissant en son nom sont tenus au secret en ce qui concerne les renseignements dont ils prennent connaissance dans l'exercice des pouvoirs et fonctions que leur confère la Loi. L'article 63 de la Loi crée des exceptions précises à l'article 62 et, sous réserve de l'article 64 de la Loi, permet au Commissaire de divulguer les renseignements qui, à son avis, sont nécessaires pour:

- a) mener une enquête prévue par la Loi,
- b) motiver les conclusions et recommandations contenues dans les rapports prévus par la Loi.

L'article 63 autorise également le Commissaire à divulguer les renseignements dont la divulgation est nécessaire, soit dans le cadre des poursuites intentées pour infraction à la Loi ou pour parjure, soit lors d'un recours en révision prévu par la Loi ou lors de l'appel de la décision y afférente. Le paragraphe 63(2) permet au Commissaire de faire part au procureur général du Canada des renseignements qu'il détient à l'égard de la perpétration d'infractions fédérales ou provinciales par un cadre ou employé d'une institution fédérale. La divulgation de renseignements dans le cadre d'un examen fondé sur l'article 18.1 [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5] de la *Loi sur la Cour fédérale* n'est pas autorisée à moins d'être nécessaire aux fins d'une enquête menée en vertu de la Loi. Je ne dispose d'aucun élément de preuve montrant que la divulgation est nécessaire aux fins de la tenue d'une enquête fondée sur la Loi sauf pour ce qui est du dossier T-582-01 dont il est question ci-dessus aux paragraphes 19 à 21.

[31] À mon avis, le législateur n'a pas édicte de loi qui empêcherait un tribunal d'examiner les transcriptions afin de déterminer si le Commissaire à l'information a excédé sa compétence en conduisant son enquête. Cela serait la clause privative la plus efficace que le législateur puisse élaborer. Le législateur avait certes l'intention d'éviter de rendre les transcriptions publiques, mais il n'a jamais eu l'intention de conférer au Commissaire à l'information le droit de mener des

Courts are historically always reluctant to interfere with duly authorized investigations and it may very well be that in these applications the Court will take the position that there is nothing untoward which requires the intervention of the Court. However, it is difficult to see how the Court can determine if the allegations by the applicants in this case have any merit without a judge having access to the transcripts.

[32] The case law with respect to whether the Information Commissioner's transcripts should be made available to the Court and the opposing counsel is not of much assistance. The applicants rely on *Rowat v. Canada (Information Commissioner)* (2000), 193 F.T.R. 1 (F.C.T.D.), where the applicant brought a judicial review application in which the Deputy Information Commissioner was one of the respondent parties and which was not a review pursuant to sections 41, 42 or 44 [as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 1, s. 45] of the *Access to Information Act*. The *Rowat* case raised the question as to whether there was any jurisdiction for the Information Commissioner to undertake an investigation. It appears that in the *Rowat* case the Information Commissioner made a decision that the disclosure of information was necessary to carry out his investigation into the complaint underlying the litigation. Accordingly, he appears to have exercised his discretion under paragraph 63(1)(a) to disclose information to the Court. The applicants submit that the effect of the Information Commissioner's submission is that they can pick and choose which transcripts will be put before a court. In my view Parliament could not have been granting the Information Commissioner immunity from a review by a court of his investigatory powers. As stated earlier, it is unusual for a court to interfere with investigation powers but the court always must have the right to exercise its inherent jurisdiction to supervise any tribunal.

[33] The Information Commissioner takes the view that the cases of *Canada (Attorney General) v. Canada (Information Commissioner)*, [1998] 1 F.C. 337 (T.D.) (hereinafter *Petzinger*) and *Rubin v. Canada (Clerk of*

enquêtes sans qu'un examen soit effectué. Les tribunaux ont toujours hésité à intervenir dans les enquêtes dûment autorisées et il se peut fort bien que, dans ces demandes, la Cour prenne la position selon laquelle il n'y a rien d'anormal qui exige son intervention. Toutefois, il est difficile de voir comment la Cour peut déterminer le bien-fondé des allégations que les demandeurs ont faites dans ce cas-ci sans qu'un juge ait accès aux transcriptions.

[32] La jurisprudence relative à la question de savoir si les transcriptions du Commissaire à l'information doivent être mises à la disposition de la Cour et des avocats de la partie adverse n'est pas très utile. Les demandeurs se fondent sur la décision *Rowat c. Canada (Commissaire à l'information)* (2000), 193 F.T.R. 1 (C.F. 1^{re} inst.), où le demandeur avait présenté une demande de contrôle judiciaire dans laquelle le sous-commissaire à l'information était l'une des parties défenderesses, cette demande n'étant pas fondée sur les articles 41, 42 ou 44 [mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 1, art. 45] de la *Loi sur l'accès à l'information*. L'affaire *Rowat* soulevait la question de savoir si le Commissaire à l'information avait compétence pour mener une enquête. Il semble que dans l'affaire *Rowat*, le Commissaire à l'information ait décidé qu'il fallait divulguer les renseignements afin d'enquêter sur la plainte sous-tendant le litige. Il semble donc avoir exercé son pouvoir discrétionnaire en vertu de l'alinéa 63(1)a afin de divulguer les renseignements à la Cour. Les demandeurs soutiennent que, selon l'argument invoqué par le Commissaire à l'information, ils peuvent choisir les transcriptions qui seront portées à la connaissance de la Cour. À mon avis, le législateur ne peut pas avoir accordé au Commissaire à l'information une immunité à l'encontre de l'examen de ses pouvoirs d'enquête par un tribunal. Comme il en a ci-dessus été fait mention, il est inhabituel qu'un tribunal intervienne lorsque des pouvoirs d'enquête sont en cause, mais le tribunal doit toujours avoir le droit d'exercer la compétence intrinsèque qu'il possède en matière de supervision.

[33] Selon le Commissaire à l'information, les décisions *Canada (Procureur général) c. Canada (Commissaire à l'information)*, [1998] 1 C.F. 337 (1^{re} inst.) (ci-après *Petzinger*), et *Rubin c. Canada*

the Privy Council), [1994] 2 F.C. 707 (C.A.) affd [1996] 1 S.C.R. 6 are determinative on the issue of the rule 318 objections.

[34] In *Rubin*, Stone J.A. states at pages 713-718:

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

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

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

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

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

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

(*Greffier du Conseil privé*), [1994] 2 C.F. 707 (C.A.) confirmé par [1996] 1 R.C.S. 6 sont déterminantes, en ce qui concerne les oppositions fondées sur la règle 318.

[34] Dans l'arrêt *Rubin*, le juge Stone, J.C.A. dit ce qui suit, aux pages 713-718:

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

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

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

62. Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, le Commissaire à l'information et les personnes agissant en son nom ou sous son autorité sont tenus au secret en ce qui concerne les renseignements dont ils prennent connaissance dans l'exercice des pouvoirs et fonctions que leur confère la présente loi.

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

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

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

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

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

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

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

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

- (a) any information or other material on the basis of which the head of a government institution would be authorized to refuse to disclose a part of a record requested under this Act; or
- (b) any information as to whether a record exists where the head of a government institution, in refusing to give access to the record under this Act, does not indicate whether it exists.

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

65. The Information Commissioner or any person acting on behalf or under the direction of the Commissioner is not a competent or compellable witness,

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

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

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

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

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

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

- a) des renseignements qui, par leur nature, justifient, en vertu de la présente loi, un refus de communication totale ou partielle d'un document;
- b) des renseignements faisant état de l'existence d'un document que le responsable d'une institution fédérale a refusé de communiquer sans indiquer s'il existait ou non.

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

65. En ce qui concerne les questions venues à leur connaissance dans l'exercice, au cours d'une enquête, des pouvoirs et fonctions qui leur sont conférés en vertu de la

in respect of any matter coming to the knowledge of the Commissioner or that person as a result of performing any duties or functions under this Act during an investigation, in any proceedings other than a prosecution for an offence under this Act, a prosecution for an offence under section 131 of the *Criminal Code* (perjury) in respect of a statement made under this Act, a review before the Court under this Act or an appeal therefrom.

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

...

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

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

An important aspect of the development of that credibility and effectiveness is, in my view, the maintenance of strict confidentiality of information that is given to the Commissioner. Indeed, the provisions of the Act that require that the Information Commissioner maintain strict

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

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

[...]

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

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

Un aspect important du développement de cette crédibilité et de cette efficacité est, à mon avis, le respect de la stricte confidentialité des renseignements qui sont communiqués au Commissaire. D'ailleurs, les dispositions de la Loi qui exigent que le Commissaire à l'information assure de façon

confidentiality on a continuing basis over information given to him, support this conclusion. Parties must have confidence that the Information Commissioner will not divulge the information given to him.

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

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

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

...

I find merit in the appellant's argument. Subsection 35(2) appears to have two distinct purposes. It ensures in its opening portion that the persons referred to in paragraphs (a) to (c) must have a reasonable opportunity to make representations "[i]n the course of an investigation of a complaint". The words which follow the paragraphs expressly deny the right of "access to . . . representations made to the Commissioner". I am unable to see that the opening words qualify this denial of access. In my view, sections 61, 62 and 65 reinforce this construction. On their face, sections 61 and 62 create on-going obligations which bind those to whom they are directed at all times. Similarly, section 65 shields information acquired during an investigation from disclosure in legal proceedings except in the types of proceedings which are specifically mentioned. Section 63, on the other hand, enables the Commissioner and the others to whom section 65 is addressed, to disclose information in very limited circumstances. To construe subsection 35(2) as protecting against the disclosure of information to the respondent during the course of an investigation but not afterwards would

permanente la stricte confidentialité des renseignements qui lui sont communiqués appuient cette conclusion. Les intéressés doivent être assurés que le Commissaire à l'information ne divulguera pas les renseignements qui lui sont communiqués.

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

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

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

[. . .]

Je tiens pour bien fondé l'argument de l'appelant. Le paragraphe 35(2) paraît avoir deux objets distincts. D'une part, ses mots liminaires assurent aux personnes visées aux alinéas a) à c) la possibilité de présenter leurs observations «au cours de l'enquête» menée sur une plainte. D'autre part, les mots qui précèdent les alinéas en question refusent expressément le droit de «recevoir communication» des observations faites au Commissaire. Or, je conçois mal que les mots liminaires viennent limiter la portée du refus de ce droit. Les articles 61, 62 et 65 me semblent renforcer cette interprétation. À première vue, les articles 61 et 62 créent des obligations permanentes qui lient en tout temps les personnes auxquelles elles incombent. De même, l'article 65 met les renseignements obtenus au cours d'une enquête à l'abri de la divulgation dans le cadre de procédures judiciaires autres que celles expressément visées par cet article. L'article 63, par contre, habilite le Commissaire et les autres personnes auxquelles s'applique l'article 65 à divulguer des renseignements dans certaines circonstances très limitées. Interpréter le paragraphe 35(2) comme interdisant la

produce inconsistency and disharmony between that subsection and other sections of the Act to which I have just referred. I do not think Parliament should be taken as having intended this to be so. (See e.g., *R. v. Compagnie Immobilière BCN Ltée*, [1979] 1 S.C.R. 865, at page 872; E. A. Driedger, *Construction of Statutes*, 2nd ed. (Toronto, 1983), at pages 34-35.) In my view, the fact that the confidentiality of representations made to the Information Commissioner during an investigation of a complaint must be preserved, save in limited circumstances, indicates that the complainant was given no right of access to any such representations under the appellant's control in the circumstances of this case. I so construe the provisions of subsection 35(2) of the Act.

[35] In *Rubin*, the Federal Court of Appeal held that the confidentiality of representations made in the course of an investigation must be preserved both during and after the investigation is completed unless "the statute requires or permits disclosure." Stone J.A. recognizes at page 716 above that there is an underlying policy at all times preserving the confidentiality of information received from a disputing party during an investigation. The Court further concluded at page 718 that sections 61 and 62 "create on-going obligations which bind those to whom they are directed at all times."

[36] MacKay J. in the *Petzinger*, *supra*, case found that the reasoning of the Federal Court of Appeal in *Rubin*, *supra*, was determinative of a Rule 1612 [of the *Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663 (as enacted by SOR/92-43, s. 19)] (now rule 317) request for disclosure of, *inter alia*, the transcript of the evidence received by a Commissioner during his *in camera* proceedings. However, I agree with the applicants that the *Rubin* case does not deal with the situation where the transcript would be only available to the Court. In the case before me it is also proposed to supply it to the counsel for the witness before the transcript was prepared but the solicitors would be unable to discuss it with their client, the Attorney General of Canada or any of the other witnesses whose transcript was not before the Court.

divulgarion de renseignements à l'intimé pendant l'enquête, mais non après, serait donc cause d'incohérence et d'incompatibilité entre ce paragraphe et les articles de la Loi que je viens de mentionner. Je ne crois pas qu'il faille prêter au législateur l'intention de produire un tel résultat. (Voir, par exemple, *R. c. Compagnie Immobilière BCN Ltée*, [1979] 1 R.C.S. 865, à la page 872; E. A. Driedger, *Construction of Statutes*, 2e éd. (Toronto, 1983), aux pages 34 et 35.) À mon avis, l'obligation d'assurer, sauf dans des circonstances limitées, la confidentialité des observations faites au Commissaire à l'information au cours d'une enquête sur une plainte indique qu'il n'est conféré au plaignant aucun droit de recevoir la communication de telles observations pouvant se trouver en la possession de l'appelant dans les circonstances de la présente affaire. C'est ainsi que j'interprète les dispositions du paragraphe 35(2) de la Loi.

[35] Dans l'arrêt *Rubin*, la Cour d'appel fédérale a statué que la confidentialité des observations qui sont faites dans le cadre d'une enquête doit être préservée pendant et après l'enquête sauf si «la Loi prescrit ou autorise la divulgation». À la page 716 précité, le juge Stone reconnaît qu'il existe toujours une politique sous-jacente visant à préserver la confidentialité des renseignements reçus d'une partie au cours d'une enquête. À la page 718, la Cour a en outre conclu que les articles 61 et 62 «créent des obligations permanentes qui lient en tout temps les personnes auxquelles elles incombent».

[36] Dans la décision *Petzinger*, précitée, le juge MacKay a conclu que le raisonnement que la Cour d'appel fédérale avait fait dans l'arrêt *Rubin*, précité, était déterminant dans le cas d'une demande fondée sur la règle 1612 [des *Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663 (édicte par DORS/92-43, art. 19)] [maintenant la règle 317] en vue de la communication, entre autres, de la transcription de la preuve reçue par un commissaire pendant une procédure tenue à huis clos. Toutefois, je suis d'accord avec les demandeurs pour dire que l'arrêt *Rubin* ne se rapporte pas au cas dans lequel la transcription serait uniquement mise à la disposition de la Cour. Dans l'affaire dont je suis ici saisi, on se propose également de fournir la transcription à l'avocat du témoin avant qu'elle soit préparée, les avocats ne pouvant toutefois pas en discuter avec leur client, le procureur général du Canada, ou avec un témoin dont la transcription n'est pas mise à la disposition de la Cour.

[37] It is also important to note that if the Information Commissioner prevails in this submission, the applicants are not going to be able to put their case before the Court. There are confidentiality orders that were signed by the counsel and witnesses with respect to these four investigations being conducted by the Information Commissioner. Accordingly, it would be contrary to the confidentiality order to have a client or solicitor file an affidavit with respect to what went on before the Deputy Information Commissioner.

[38] I agree with the Information Commissioner that the Court, on judicial review, could not compel compliance with rules 317 and 318 if they were in direct conflict with a parliamentary statute. However, as stated above, in my view the statute does not preclude a court from obtaining a confidential transcript. In my view there is no conflict between rules 317 and 318 and the provisions of the *Access to Information Act*.

[39] The applicants have also raised the Charter issues with respect to the confidentiality order applications. The applicants submit that these transcripts have to be relevant to the confidentiality order because there was no evidence to support the confidentiality orders made by the Information Commissioner's delegate. The applicants submit that in order for the Court to determine whether there was no such evidence, the Court will have to examine the evidentiary material which is the transcript. However, as submitted by the Information Commissioner, the context of the orders for confidentiality is well known. The respondent further submits that it is apparent that the witnesses were subjected to the confidentiality orders, and gave evidence under oath pursuant to subpoena issued in the course of a lawful investigation being conducted *in camera* by the Information Commissioner. I agree with the Information Commissioner that the Court will not require access to the specific content of the speech proscribed by the Confidentiality Order in order to determine whether the requirement that a witness not discuss his or her *in camera* testimony constitutes a Charter infringement that is demonstrably justifiable. In my view, the requirements of sections 35, 62, 63 and 65 [as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 27, s. 187] of the

[37] Il importe également de noter que, si l'argument du Commissaire à l'information est retenu, les demandeurs ne seront pas en mesure de présenter leur preuve à la Cour. Des ordonnances de confidentialité ont été signées par les avocats et par les témoins à l'égard des quatre enquêtes menées par le Commissaire à l'information. Par conséquent, le dépôt par un client ou par un avocat d'un affidavit se rapportant à ce qui s'est passé devant le sous-commissaire à l'information irait à l'encontre de l'ordonnance de confidentialité.

[38] Je suis d'accord avec le Commissaire à l'information lorsqu'il dit que, dans le cadre d'un contrôle judiciaire, la Cour ne pourrait pas ordonner que l'on observe les règles 317 et 318 si cela allait directement à l'encontre d'une loi fédérale. Toutefois, comme il en a ci-dessus été fait mention, je suis d'avis que la loi n'empêche pas un tribunal d'obtenir une transcription confidentielle. À mon avis, il n'y a pas de conflit entre les règles 317 et 318 et les dispositions de la *Loi sur l'accès à l'information*.

[39] Les demandeurs ont également invoqué la Charte en ce qui concerne les demandes relatives aux ordonnances de confidentialité. Ils soutiennent que ces transcriptions doivent avoir un rapport avec l'ordonnance de confidentialité parce qu'il n'existait aucun élément de preuve à l'appui des ordonnances de confidentialité rendues par le représentant du Commissaire à l'information. Les demandeurs affirment que, pour déterminer si pareil élément de preuve existait, la Cour devra examiner la transcription en tant qu'élément de preuve. Toutefois, comme l'a soutenu le Commissaire à l'information, le contexte des ordonnances de confidentialité est bien connu. Le défendeur soutient en outre que, de toute évidence, les témoins étaient assujettis aux ordonnances de confidentialité, et qu'ils ont témoigné sous serment conformément à un subpoena qui avait été délivré dans le cadre d'une enquête licite menée à huis clos par le Commissaire à l'information. Je souscris à l'avis du Commissaire à l'information, à savoir que la Cour n'aura pas à avoir accès au contenu précis de la déclaration visée par l'ordonnance de confidentialité afin de déterminer si l'exigence selon laquelle le témoin ne doit pas discuter du témoignage qu'il a présenté à huis clos constitue une atteinte à la Charte dont la

Access to Information Act are clear with respect to the issues in the case before me.

[40] The Information Commissioner submits that if they are wrong and the Court has jurisdiction to order production, as in my view it does, then the Court should require production of the material that is necessary to the just determination of the relief sought in the notice of application. The Information Commissioner said it would be appropriate for the Court to review the portions of the transcripts identified by the applicants as relevant and then for the Court to hear from the Commissioner as to whether any deletions or additions should be made to the portions of the transcript identified as relevant by the applicants. To assist in this examination, if such an examination is necessary, it would be possible to provide a copy of the transcripts to the Court on the basis that they would be received and not filed. Since I am of the view that the transcripts must be filed on a confidential basis, it is not necessary to deal with the issue of receiving the transcript and not filing them. Although the applicants, in the written representations, identified only certain portions of the transcripts as relevant to the determination of propriety of questions applications, the confidentiality order applications and the compliance with subpoena applications, I am reluctant to limit the filings to those matters.

[41] However, the applicants have not sought a determination of the objections made in the copying of records applications, the application to quash subpoenas or the solicitor-client application. Nor have they adduced any evidence with respect to the relevance and necessity of the transcripts to the determination of these applications. I am therefore not ordering the release of transcripts on a confidential basis to the Court or to the party in question in each application in the three groups: the notices of application and the copying of records applications, the application to quash subpoenas or the solicitor-client application. I order the transcripts in the

justification puisse se démontrer. À mon avis, les exigences des articles 35, 62, 63 et 65 [mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 27, art. 187] de la *Loi sur l'accès à l'information* sont claires en ce qui concerne les questions dont je suis ici saisi.

[40] Le Commissaire à l'information affirme que, s'il se trompe et si la Cour a compétence pour ordonner la production, ce qu'elle peut à mon avis ordonner, la Cour devrait exiger la production des renseignements nécessaires à la juste détermination de la réparation sollicitée dans l'avis de demande. Le Commissaire à l'information a déclaré qu'il conviendrait que la Cour examine les parties des transcriptions désignées par les demandeurs comme étant pertinentes et qu'elle entende ensuite ses arguments au sujet de la question de savoir ce qui devrait être supprimé des parties des transcriptions en question ou ce qui devrait y être ajouté. Pour faciliter cet examen, advenant le cas où pareil examen serait nécessaire, il serait possible de fournir une copie des transcriptions à la Cour en se fondant sur le fait que ces transcriptions seraient reçues mais ne seraient pas déposées. Étant donné qu'à mon avis, les transcriptions doivent être déposées sur une base confidentielle, il n'est pas nécessaire de déterminer s'il convient de les recevoir sans toutefois qu'elles soient déposées. Dans leurs observations écrites, les demandeurs ont uniquement désigné certaines parties des transcriptions comme étant pertinentes aux fins du règlement des demandes relatives au bien-fondé des questions, des demandes relatives aux ordonnances de confidentialité et des demandes relatives à l'observation des subpoenas, mais j'hésite à limiter les dépôts à ces questions.

[41] Toutefois, les demandeurs n'ont pas demandé qu'il soit statué sur les oppositions qui ont été soulevées dans les demandes relatives aux photocopies, dans la demande d'annulation des subpoenas ou dans la demande relative au secret professionnel. Ils n'ont pas non plus présenté de preuve au sujet de la question de savoir si les transcriptions sont pertinentes ou nécessaires aux fins du règlement de ces demandes. Je n'ordonnerai donc pas que les transcriptions soient communiquées à la Cour ou à la partie concernée sur une base confidentielle dans chaque demande appartenant aux trois catégories ci-après mentionnées,

following four groups be filed on a confidential basis: the confidentiality order applications, the propriety of questions applications, the compliance with subpoena application, and the sections 37/38 applications.

[42] As agreed by counsel, I direct that the parties submit in writing a proposed timetable for subsequent steps in these proceedings by February 11, 2002.

à savoir les demandes relatives aux avis de demande et aux photocopies, la demande d'annulation des subpoenas et la demande relative aux secret professionnel. J'ordonnerai que les transcriptions appartenant aux quatre catégories ci-après mentionnées soient déposées sur une base confidentielle: les demandes relatives aux ordonnances de confidentialité, les demandes relatives au bien-fondé des questions, la demande relative à l'observation du *subpoena* et les demandes fondées sur les articles 37 et 38.

[42] Comme les avocats en ont convenu, j'ordonne aux parties de soumettre par écrit au plus tard le 11 février 2002 un projet d'échéancier à l'égard des mesures à prendre dans cette instance.