

T-2176-89

T-2176-89

X (Applicant)

v.

Minister of National Defence (Respondent)

INDEXED AS: *X v. CANADA (MINISTER OF NATIONAL DEFENCE) (T.D.)*

Trial Division, Strayer J.—Ottawa, November 19 and 28, 1990.

Access to information — Application for determination failure to give access to requested records within 30 days refusal of access — Information provided outside initial 30-day period allowed under Access to Information Act, but within extended period — Application dismissed — S. 41 inapplicable as neither refusal of access, nor deemed refusal under s. 10(3) — Refusal of access condition precedent to application of ss. 49, 50 — Disclosure only remedy under ss. 49, 50.

Federal Court jurisdiction — Trial Division — Application for determination failure to give access to requested records within 30 days refusal of access under Access to Information Act — Information provided outside initial 30-day period allowed under Act, but within extended period — Ss. 49, 50 authorizing Court to order disclosure or to make "such other order as the Court deems appropriate" — No jurisdiction unless genuine and continuing refusal to disclose — Meaning of phrase "such other order".

This was an application for a determination that the failure to give the applicant access to requested records within thirty days was a "refusal" to give access. The Department of National Defence had advised the applicant that it required an extension of time beyond the 30 days normally allowed under the *Access to Information Act* to respond. The information was provided after expiry of the original 30-day period, but prior to the expiry of the extended time period. The applicant argued that the extension was unnecessary. The respondent submitted that the Court lacked jurisdiction to hear the application under section 41 (which gives any person who has been refused access to a record a right to apply to the Court to review the matter) because the applicant had been given the information. The respondent also submitted that there was no remedy available in the absence of an actual refusal of access. Sections 49 and 50 authorize the Court to order disclosure or to make "such other order as the Court deems appropriate" where a department head has refused to disclose a record. The respondent submitted that "such other order" is limited to matters connected with disclosure since the Court's jurisdiction is predicated upon a refusal to disclose. The issue was whether the Court had a

X (requérant)

c.

^a Ministre de la Défense nationale (intimé)

RÉPERTORIÉ: *X c. CANADA (MINISTRE DE LA DÉFENSE NATIONALE) (1^{re} INST.)*

^b Section de première instance, Juge Strayer—Ottawa, 19 et 28 novembre 1990.

Accès à l'information — Demande visant à obtenir une déclaration selon laquelle le défaut de communiquer, dans les 30 jours, les documents demandés constitue un refus de communication — L'information a été fournie après l'expiration du délai initial de 30 jours prévu en vertu de la Loi sur l'accès à l'information, mais dans le délai prorogé — La demande est rejetée — L'art. 41 ne s'applique pas puisqu'il n'y a pas eu de refus de communication pas plus qu'un défaut valant décision de refus de communication au sens de l'art. 10(3) — Le refus de communication est une condition préalable à l'application des art. 49 et 50 — La communication est le seul redressement prévu par les art. 49 et 50.

Compétence de la Cour fédérale — Section de première instance — Demande visant à obtenir une déclaration selon laquelle le défaut de communiquer, dans les 30 jours, les documents demandés constitue au refus de communication en vertu de la Loi sur l'accès à l'information — L'information a été fournie après l'expiration du délai initial de 30 jours prévu en vertu de la Loi, mais dans le délai prorogé — Les art. 49 et 50 permettent à la Cour d'ordonner communication du document ou de rendre «une autre ordonnance si elle l'estime indiquée» — La Cour n'a pas compétence à moins que le refus de communication ne soit réel et continu — Signification de l'expression «une autre ordonnance».

^e Il s'agit en l'espèce d'une demande visant à obtenir une déclaration selon laquelle le défaut de communiquer, dans les trente jours, les documents demandés par le requérant constitue un «refus» de communication. Le ministère de la Défense avait déjà informé le requérant qu'il avait besoin, pour répondre à sa demande, d'une prorogation de délai en sus du délai normal de 30 jours prévu par la *Loi sur l'accès à l'information*. L'information a été fournie après le délai initial de 30 jours, mais avant l'expiration du délai prorogé. Le requérant a prétendu que la prorogation de délai n'était pas nécessaire. L'intimé a fait valoir que la Cour n'avait pas compétence pour entendre la demande présentée en vertu de l'article 41 (qui accorde à la personne qui s'est vu refuser communication d'un document, le droit d'exercer un recours en révision de la décision de refus devant la Cour) parce que le requérant avait reçu le document. L'intimé a également fait valoir qu'aucune mesure de redressement n'était prévue en l'absence d'un véritable refus de communiquer. Les articles 49 et 50 permettent à la Cour d'ordonner communication du document ou de rendre «une autre ordonnance si elle l'estime indiquée» lorsqu'un responsable d'un ministère a refusé de communiquer un document. ^f L'intimé a prétendu que l'«autre ordonnance» est limitée à des questions reliées à la communication puisque la compétence attribuée à la Cour est subordonnée à un refus de communica-

mandate to review the decision to extend the time limit for responding to a request for access to a record.

Held, the application should be dismissed.

The application was frivolous and vexatious. The Court can entertain an application by a private party only under section 41, and then only when access has been refused. There had been neither refusal of access nor deemed refusal of access. Subsection 9(1) indicates that an extension of time for response is not refusal of access, although it could lead to a "deemed refusal" under subsection 10(3) where access is not granted within the time limits set out in the Act. Access was given within the extended time limits.

No remedy could be granted under section 49 or 50. Refusal of access is a condition precedent to an application under sections 49 and 50. Reference in those sections to "such other order as the Court deems appropriate" only authorizes the Court to modify the form of the remedy to achieve disclosure or perhaps to declare that disclosure should have been made where the record no longer exists. In the absence of a genuine claim for refusal of access which is still continuing at the time of hearing, the Court has no jurisdiction.

Not every decision under the Act is subject to judicial review. There may be other remedies available, i.e. the Information Commissioner may investigate complaints that the institution head has extended unreasonably the time limit for response and either prepare a special report to Parliament or identify deficiencies in a general report.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Access to Information Act, R.S.C., 1985, c. A-1, ss. 7, 9(1)(b), 10(3), 30(1)(c), 41, 49, 51.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

X v. Canada (Minister of National Defence), T-1112-89, F.C.T.D., Dubé J., judgment dated 15/6/90, not reported.

NOT FOLLOWED:

Canada (Information Commissioner) v. Canada (Minister of External Affairs), [1990] 3 F.C. 514 (T.D.).

APPEARANCE:

Mr. X on his own behalf.

tion. La question était de savoir si cette Cour avait un mandat pour réviser la décision de proroger le délai de communication d'un document.

Jugement: la demande devrait être rejetée.

a La demande était futile et vexatoire. La Cour est compétente pour entendre une demande présentée par une partie privée uniquement aux termes de l'article 41 et seulement en cas de refus de communication. Il n'y a pas eu de refus de communication pas plus qu'un défaut valant décision de refus de communication. Le paragraphe 9(1) indique qu'une prorogation de délai en vue de fournir une réponse ne constitue pas un refus de communication d'un document, bien que cela puisse valoir «décision de refus de communication» aux termes du paragraphe 10(3) lorsque le document n'est pas communiqué dans le délai énoncé dans la Loi. Il y a eu communication dans le délai prorogé.

c Il n'existait pas de recours en vertu des articles 49 et 50. Le refus de communication est une condition préalable à une demande présentée en vertu des articles 49 et 50. La mention dans ces articles d'une «autre ordonnance que la Cour estime indiquée» ne permet à la Cour que de modifier la forme de redressement pour en arriver à la communication ou peut-être à prononcer que la communication aurait dû être faite lorsque le document n'existe plus. En l'absence d'un refus véritable de communication qui subsiste encore au moment de l'audience, le tribunal n'est pas compétent.

e Ce ne sont pas toutes les décisions prises en vertu de la Loi qui peuvent être assujetties à la révision judiciaire. Il se peut qu'il existe d'autres mesures de redressement, par exemple le Commissaire à l'information peut enquêter sur les plaintes portant que le responsable de l'institution a prorogé le délai de communication de façon abusive et il en dresse un rapport spécial à l'intention du Parlement ou il relève les lacunes dans un rapport général.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi sur l'accès à l'information, L.R.C. (1985), chap. A-1, art. 7, 9(1)(b), 10(3), 30(1)(c), 41, 49, 51.

JURISPRUDENCE

DÉCISION APPLIQUÉE:

X c. Canada (Ministre de la Défense nationale), T-1112-89, C.F. 1^{re} inst., juge Dubé, jugement en date du 15-6-90, non publié.

DÉCISION NON SUIVIE:

Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Ministre des Affaires extérieures), [1990] 3 C.F. 514 (1^{re} inst.).

COMPARUTION:

M. X personnellement.

COUNSEL:

Meg Kinnear for respondent.

APPLICANT ON HIS OWN BEHALF:

Mr. X.

SOLICITOR:

Deputy Attorney General of Canada, Ottawa,
for respondent.*The following are the reasons for order rendered in English by*

STRAYER J.:

Relief Requested

The applicant seeks some kind of determination by the Court that the respondent's failure to give access within thirty days to records requested by the applicant on March 23, 1989 amounted to a "refusal" to give access.

Facts

On March 23, 1989 the applicant submitted an access to information request to the Department of National Defence seeking records containing further information relevant to certain references in a memorandum of March 5, 1985 which he had obtained from the U.S. National Security Agency. On April 21, 1989 the Department of National Defence advised the applicant that it was necessary to consult outside of the Department and therefore an extension of 270 days beyond the normal 30 days statutory time limit for reply was required, such extension being fixed in accordance with paragraph 9(1)(b) of the *Access to Information Act*.¹ It will be noted that section 7 of the Act requires the head of an institution to which a request for access to information is directed to respond to the person making the request within 30 days, either to advise him that the request will not be granted or to grant the request and make the record available. This section is, however subject to subsection 9(1) which provides in part:

¹ R.S.C., 1985, c. A-1.

AVOCAT:

Meg Kinnear pour l'intimé.

a LE REQUÉRANT POUR SON PROPRE COMPTE:

M. X.

b PROCUREUR:

Le sous-procureur général du Canada pour l'intimé.c *Ce qui suit est la version française des motifs de l'ordonnance rendus par*

LE JUGE STRAYER:

d Redressement demandé

Le requérant voudrait que la Cour déclare que le défaut de l'intimé de communiquer dans les trente jours les documents demandés par le requérant le 23 mars 1989 constitue un «refus» de communication.

e Les faits

Le 23 mars 1989, le requérant a présenté au ministère de la Défense nationale une demande de communication de documents contenant des renseignements supplémentaires relatifs à certains faits mentionnés dans un mémoire, daté du 5 mars 1985, qu'il avait obtenu du U.S. National Security Agency. Le 21 avril 1989, le ministère de la Défense nationale a informé le requérant qu'il devait procéder à des consultations à l'extérieur du Ministère et qu'il avait donc besoin d'une prorogation de 270 jours, en sus du délai normal de 30 jours prévu par la Loi, cette prorogation s'inscrivant dans le cadre de l'alinéa 9(1)b) de la *Loi sur l'accès à l'information*¹. Il faut souligner qu'aux termes de l'article 7 de la Loi le responsable d'une institution à qui est faite une demande de communication d'un document est tenu, dans les 30 jours suivant sa réception, de répondre à l'auteur de la demande qu'il refuse cette demande, ou qu'il y fait droit et lui communiquera le document. L'article 7 demeure toutefois assujéti au paragraphe 9(1), qui se lit en partie comme suit:

¹ L.R.C. (1985), chap. A-1.

9. (1) The head of a government institution may extend the time limit set out in section 7 or subsection 8(1) in respect of a request under this Act for a reasonable period of time, having regard to the circumstances, if

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

by giving notice of the extension and, in the circumstances set out in paragraph (a) or (b), the length of the extension, to the person who made the request within thirty days after the request is received, which notice shall contain a statement that the person has a right to make a complaint to the Information Commissioner about the extension.

A letter dated August 4, 1989 was sent by the respondent's department to the applicant providing him with copies of the records requested by him. It will be noted that this material was sent to him some 99 days after the original 30-day period had expired, but 171 days prior to the expiry of the extended time period fixed by the respondent under subsection 9(1). The evidence indicates that the record proved not to be very extensive and that, while consultations were held with the National Security Agency of the United States and with the Department of Justice of Canada, nothing like the 270 additional days reserved for itself by the Department of National Defence was actually required.

The applicant asserts that in fact his request could have been responded to within 30 days and that both the failure to produce the record within 30 days and the extension of time to 270 days amounted to a refusal of access. He made a complaint to the Information Commissioner on August 11, 1989, after receiving the records he sought. The Commissioner investigated the complaint and determined that the 270 days extension was not justified. But the applicant says he is also entitled to bring an application in this Court for a determination that there was a refusal of access, even though he has long since had the information which he requested. He asserts, *inter alia*, that the delays in production of the material and the unnecessary 270 days extension were the result more of staff shortages in the relevant unit in the Department of National Defence than of the

9. (1) Le responsable d'une institution fédérale peut proroger le délai mentionné à l'article 7 ou au paragraphe 8(1) d'une période que justifient les circonstances dans les cas où:

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

Dans l'un ou l'autre des cas prévus aux alinéas a), b) et c), le responsable de l'institution fédérale envoie à la personne qui a fait la demande, dans les trente jours suivant sa réception, un avis de prorogation de délai, en lui faisant part de son droit de déposer une plainte à ce propos auprès du Commissaire à l'information; dans les cas prévus aux alinéas a) et b), il lui fait aussi part du nouveau délai.

L'intimé a écrit au requérant le 4 août 1989 et lui a fourni des copies des documents qu'il demandait. On remarque que l'information a été transmise au requérant 99 jours après le délai initial de 30 jours, mais 171 jours avant l'expiration du délai prorogé fixé par l'intimé, conformément au paragraphe 9(1). Selon la preuve, le document produit n'était pas tellement élaboré et, bien que des consultations aient eu lieu avec le National Security Agency des États-Unis ainsi qu'avec le ministère de la Justice du Canada, le ministère de la Défense nationale n'a pas eu en fait besoin des 270 jours additionnels qu'il s'était réservé.

Le requérant prétend qu'en réalité il aurait été possible de donner suite à sa demande dans les 30 jours et que tant le défaut de communiquer les documents dans les 30 jours que la prorogation du délai pour une période de 270 jours constituaient un refus de communication. Il a déposé une plainte auprès du Commissaire à l'information le 11 août 1989, après avoir obtenu les documents demandés. Le Commissaire a fait enquête et conclu que la prorogation de 270 jours n'était pas justifiée. Toutefois, le requérant prétend qu'il a droit de présenter une requête devant cette Cour pour obtenir une déclaration qu'il y a eu refus de communication, même s'il a obtenu depuis longtemps les renseignements qu'il demandait. Il allègue notamment que le retard à fournir les documents et que la prorogation inutile de 270 jours résultaient davantage d'une pénurie de personnel dans le service en cause du ministère de la Défense nationale que de la difficulté intrinsèque de la demande. Sa preuve à

intrinsic difficulty of his request. His evidence on this point is mostly hearsay and inconclusive.

The respondent primarily contends that this Court has no jurisdiction to hear this application nor to grant the kind of remedy being sought. He also denies that there was any unnecessary delay or that the extension of time was unreasonable.

In support of the Minister's position, his counsel cited, *inter alia*, section 41 of the *Access to Information Act* under which the applicant purports to bring this application. This section provides:

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

The respondent contends that the only role of the Court under the Act is to hear applications by persons who have actually been refused access to a record, and this applicant has not been refused access. In fact he received the material requested over two months before this notice of motion was filed. It is true that subsection 10(3) of the Act provides:

10. ...

(3) Where the head of a government institution fails to give access to a record requested under this Act or a part thereof within the time limits set out in this Act, the head of the institution shall, for the purposes of this Act, be deemed to have refused to give access.

But there was no allegation in the present case that the respondent had failed to give access within the times permitted by the Act. That is, subsection 9(1) quoted above specifically allows a department head to extend the time for reply on certain specified grounds, provided that the applicant is notified and advised that he has a right to make a complaint to the Information Commissioner concerning that extension of time. Thus there was neither refusal of access nor deemed refusal of access, because access was given before even half of the extended time period had expired.

cet égard se fonde surtout sur du oui-dire et n'est guère concluante.

L'intimé affirme principalement que cette Cour n'a pas compétence pour entendre la requête ni pour accorder le genre de redressement demandé. De plus, il nie la prétention du requérant selon lequel le délai n'était pas nécessaire ni la prorogation justifiée.

À l'appui de la position du ministre, son avocat a cité notamment l'article 41 de la *Loi sur l'accès à l'information*, que le requérant invoque pour présenter cette requête. L'article se lit comme suit:

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

L'intimé soutient qu'aux termes de la Loi la Cour n'a d'autre fonction que d'instruire les requêtes des personnes qui se sont vu effectivement refuser communication d'un document, ce qui n'est pas le cas du requérant. En fait, il a reçu les documents demandés plus de deux mois avant le dépôt du présent avis de requête. Il est vrai que le paragraphe 10(3) de la Loi prévoit ce qui suit:

10. ...

(3) Le défaut de communication totale ou partielle d'un document dans les délais prévus par la présente loi vaut décision de refus de communication.

Toutefois, il n'est aucunement allégué en l'espèce qu'il y a eu défaut de communication de la part de l'intimé dans les délais prévus par la Loi. En fait, le paragraphe 9(1), cité ci-dessus, permet expressément au responsable d'une institution de proroger les délais de communiquer le document en certains cas précis, pourvu qu'il en avise le requérant et lui fasse part de son droit de déposer une plainte à ce propos auprès du Commissaire à l'information. Il n'y a donc pas eu de refus de communication pas plus qu'un défaut valant décision de refus de communication, puisque le document a été communiqué au requérant avant que la moitié du délai prorogé se soit écoulée.

The respondent also contends that there is no remedy which the Court can give in the absence of an actual refusal of access. Sections 49, 50, and 51 authorize the Court to make certain orders. Sections 49 and 50 deal with situations where a department head has refused to disclose a record. They provide as follows:

49. Where the head of a government institution refuses to disclose a record requested under this Act or a part thereof on the basis of a provision of this Act not referred to in section 50, the Court shall, if it determines that the head of the institution is not authorized to refuse to disclose the record or part thereof, order the head of the institution to disclose the record or part thereof, subject to such conditions as the Court deems appropriate, to the person who requested access to the record, or shall make such other order as the Court deems appropriate.

50. Where the head of a government institution refuses to disclose a record requested under this Act or a part thereof on the basis of section 14 or 15 or paragraph 16(1)(c) or (d) or 18(d), the Court shall, if it determines that the head of the institution did not have reasonable grounds on which to refuse to disclose the record or part thereof, order the head of the institution to disclose the record or part thereof, subject to such conditions as the Court deems appropriate, to the person who requested access to the record, or shall make such other order as the Court deems appropriate.

It will be noted that these sections both require the Court to order the head of the institution to disclose the record to the person requesting it "or . . . make such other order as the Court deems appropriate". The respondent contends that "such other order" as referred to in these sections must be understood to be limited to matters connected with the disclosure of a record since the jurisdiction of the Court under each of these sections is predicated on there having been a refusal to disclose a record. Therefore, it is said, the broad terminology of "such other order" cannot be taken to support broad declarations of right or wrong which pass judgment on the conduct of the head of an institution, where in fact there has been no refusal of disclosure.

Apart from these legal issues, the respondent asserts that his response to the request of the applicant for access was appropriate in the circumstances and that a response by August 4 to a request of March 23 was reasonable, considering that the security agency of a foreign government had to be consulted.

L'intimé soutient également que la Cour ne peut ordonner aucune mesure de redressement s'il n'y a pas eu un véritable refus de communication. Les articles 49, 50 et 51 permettent à la Cour de rendre certaines ordonnances. Les articles 49 et 50 traitent de cas où un responsable d'un ministère refuse de communiquer un document:

49. La Cour, dans les cas où elle conclut au bon droit de la personne qui a exercé un recours en révision d'une décision de refus de communication totale ou partielle d'un document fondée sur des dispositions de la présente loi autres que celles mentionnées à l'article 50, ordonne, aux conditions qu'elle juge indiquées, au responsable de l'institution fédérale dont relève le document en litige d'en donner à cette personne communication totale ou partielle; la Cour rend une autre ordonnance si elle l'estime indiqué.

50. Dans les cas où le refus de communication totale ou partielle du document s'appuyait sur les articles 14 ou 15 ou sur les alinéas 16(1)c) ou d) ou 18d), la Cour, si elle conclut que le refus n'était pas fondé sur des motifs raisonnables, ordonne, aux conditions qu'elle juge indiquées, au responsable de l'institution fédérale dont relève le document en litige d'en donner communication totale ou partielle à la personne qui avait fait la demande; la Cour rend une autre ordonnance si elle l'estime indiqué.

Il faut souligner qu'aux termes de ces deux articles la Cour est tenue d'ordonner au responsable de l'institution de donner communication du document à la personne qui l'a demandé ou de rendre «une autre ordonnance si elle l'estime indiqué». L'intimé prétend que l'«autre ordonnance» mentionnée dans ces articles doit être interprétée comme devant se limiter à des questions reliées à la communication d'un document puisque la compétence attribuée à la Cour par chacun de ces articles est subordonné à un refus préalable de communication. Par conséquent, on ne peut se fonder, dit-on, sur le sens large de «autre ordonnance» pour justifier des déclarations générales qui constitueraient à juger de la bonne ou mauvaise conduite du responsable d'une institution, alors qu'en réalité il n'y a pas eu de refus de communication.

En plus de ces questions de nature juridique, l'intimé prétend que sa réponse à la demande de communication du requérant était appropriée dans les circonstances et qu'une réponse donnée le 4 août, à une demande faite le 23 mars, était raisonnable, étant donné qu'il fallait consulter une agence de sécurité d'un gouvernement étranger.

Conclusions

I have concluded that this application is frivolous and vexatious. The essential legal issue is as to whether this Court has a mandate to review the decision by the head of an institution under subsection 9(1) to extend the time limit for responding to a request for access to a record. It is true that subsection 9(1) as quoted above says that the head of the institution may only extend the time limit "for a reasonable period of time" and only on certain specified grounds such as that consultations are necessary. This means that the head is constrained in certain ways in the exercise of his discretion. But that does not mean that the Federal Court has the responsibility of second-guessing the department head on such matters as whether a delay beyond 30 days, as in this case, was "reasonable". The Court has power to entertain an application by a private party in support of access only under section 41, and under that section only by a "person who has been refused access to a record". It is clear by subsection 9(1) that an extension of time for response by the head of an institution is not a refusal of access. It is obviously not on its face a refusal to disclose. It only leads to a "deemed refusal" under subsection 10(3) if no decision is taken within the extended time period and no disclosure is made.

It is amply clear from looking at the Act as a whole that not every decision taken thereunder by heads of institutions is subject to judicial review. This is readily understandable when one considers that prior to this statute there was no common law or statutory right of access to records held by the Government of Canada and no right of action in respect thereto. How government institutions responded to requests by citizens for information was typically a matter for political judgment only and the sanctions, if any, for refusal to disclose were essentially political. Into this situation the *Access to Information Act* was introduced, relying in large measure on (1) a statutory codification of

Conclusions

Je conclus que la présente requête est frivole et vexatoire. La question juridique essentielle est celle de savoir si cette Cour a un mandat pour réviser la décision prise par le responsable d'une institution, aux termes du paragraphe 9(1), de proroger le délai de communication d'un document. Il est vrai que le paragraphe 9(1) cité ci-dessus mentionne que le responsable d'une institution peut seulement proroger le délai «d'une période que justifient les circonstances» et seulement dans certains cas, notamment lorsque des consultations sont nécessaires. Il s'ensuit que l'exercice du pouvoir discrétionnaire par le responsable de l'institution est assujéti à certaines restrictions. Mais cela ne veut pas dire qu'il incombe à la Cour fédérale de se substituer au responsable de l'institution pour décider, par exemple si les circonstances justifiaient une prorogation du délai de 30 jours, comme c'est le cas en l'espèce. La Cour est compétente pour instruire une requête présentée par une partie privée en matière d'accès à l'information uniquement aux termes de l'article 41 et seulement si cette requête est présentée par une «personne qui s'est vu refuser communication... d'un document». Il est clair qu'aux termes du paragraphe 9(1) une prorogation de délai par le responsable d'une institution ne constitue pas de sa part un refus de communication d'un document. Il ne s'agit pas à première vue d'un refus de donner l'information. Cela ne peut que valoir «décision de refus de communication» aux termes du paragraphe 10(3), si aucune décision n'est prise dans le délai prorogé et que le document n'est pas communiqué.

Il est évident, si l'on examine la Loi dans son ensemble, que ce ne sont pas toutes les décisions prises par les responsables d'institutions qui peuvent être assujétiées à la révision judiciaire. Cela se comprend facilement si l'on considère qu'il n'existait, avant l'adoption de cette Loi, aucun droit, ni en common law ni dans la législation, d'accès aux documents en possession du gouvernement du Canada, pas plus que de droit d'action à cet égard. La réponse donnée par les institutions gouvernementales aux demandes de renseignements des citoyens était strictement une question de jugement politique et les sanctions, le cas échéant, de refuser la communication des documents était éga-

rules for the guidance of officials as to what records should or should not be disclosed; (2) overall administrative supervision of all government institutions in this respect by a "designated Minister", referred to in section 70, who is to keep under review the manner in which "records" are maintained in the government and to prescribe for all institutions certain procedures for compliance with the Act; (3) an independent ombudsman-type officer, the Information Commissioner, who can receive complaints under the Act or indeed initiate such complaints, and can carry out investigations which can then be followed by discussions with departments with a view to resolving the problem without further difficulties; (4) reports to Parliament and designated committees of both Houses by the Information Commissioner under sections 38 and 39 and by heads of each institution under section 72; and (5) a right to seek judicial review in cases of actual or deemed refusal of access for the purpose of obtaining that access. It will be seen from this that a large measure of administrative and political control has been provided to try to ensure the proper administration of the Act, as well as a new right of action in specified circumstances. Among other matters of which complaint may be made to the Information Commissioner, a person requesting access may pursuant to paragraph 30(1)(c) complain that the institution head has extended unreasonably the time limit for response. Such a complaint can be pursued by the Information Commissioner and can be the subject of a special report to Parliament or be referred to in a general report. The Information Commissioner can also through such processes identify and report on patterns of conduct or systemic deficiencies, where similar complaints are frequently made about the same institution or about access to the same type of information.

This history and framework confirms the somewhat narrow scope of the new powers specifically

lement de nature essentiellement politique. C'est dans ce contexte que la *Loi sur l'accès à l'information* a été adoptée. Elle repose en grande partie sur (1) une codification législative de règles énoncées pour conseiller les fonctionnaires sur les documents qui doivent ou ne doivent pas être communiqués; (2) une surveillance générale à cet effet de toutes les institutions fédérales par un «ministre désigné», mentionné à l'article 70, responsable du contrôle des modalités de tenue des «documents» du gouvernement et de l'établissement pour toutes les institutions de procédures pour assurer le respect de la Loi; (3) un fonctionnaire indépendant, genre protecteur du citoyen, soit le Commissaire à l'information, qui peut recevoir les plaintes en vertu de la Loi, ou même les porter lui-même, et effectuer des enquêtes qui peuvent aboutir à des entretiens avec les ministères en vue de trouver une solution immédiate au problème; (4) des rapports présentés par le Commissaire à l'information au Parlement et aux comités mixtes désignés, conformément aux articles 38 et 39, ainsi que par les responsables de chaque institution fédérale, conformément à l'article 72; et (5) un recours en révision judiciaire dans les cas de défaut de communication ou d'une décision valant refus de communication d'un document, afin d'obtenir cette communication. On peut donc déduire qu'on a prévu de nombreux moyens de contrôle administratif et politique pour assurer une application adéquate de la Loi ainsi qu'un nouveau droit d'action en des circonstances particulières. Parmi les différentes plaintes que peut recevoir le Commissaire à l'information, il y a celle que peut déposer une personne, aux termes de l'alinéa 30(1)c), qui a demandé communication d'un document et qui considère que le responsable de l'institution a prorogé le délai de communication de façon abusive. Le Commissaire à l'information peut faire enquête sur cette plainte, qui peut faire l'objet d'un rapport spécial au Parlement ou être mentionnée dans un rapport général. Le Commissaire à l'information peut aussi, grâce à ces démarches, constater l'existence de caractéristiques de comportement ou de lacunes systémiques, lorsque des plaintes semblables sont fréquemment faites à l'égard de la même institution ou à l'égard de la communication de la même catégorie de renseignements.

Cet historique et ce cadre législatif confirment la portée plutôt limitée des nouveaux pouvoirs qui

given to the Federal Court: under section 41, it can hear the application of a person (or, under section 42, of the Information Commissioner) where there has been actual or deemed refusal of access to a record; and under section 44 it can hear the application of a "third party" who objects to disclosure by the head of an institution of a record which may affect that third party. The applicant here does not come within section 41, the only section relevant to the present situation and the one on which he relies, because he has not been refused access: access was delayed but in fact has long since been given to him and within the time limits permitted by the statute. That being the case there can be no remedy granted under sections 49 or 50, the sections authorizing appropriate orders by the Court, because those remedial powers arise only where the Court finds a refusal to disclose a record. I am satisfied that where those sections authorize "such other order as the Court deems appropriate" such orders must be directly pertinent to providing access or its equivalent where there is first a finding that access has been refused. Refusal of access is a condition precedent to an application under those sections and the only matter to be remedied by the Court where it finds for the applicant. The reference to "such other order", in my view, only authorizes the Court to modify the form of the remedy to achieve disclosure in some form or perhaps to declare that disclosure should have been made where the record no longer exists.

I was referred to two recent decisions of my colleagues, Dubé and Muldoon JJ. which appear to me somewhat divergent. In *X v. Canada (Minister of National Defence)*² the present applicant had brought a motion under section 41 in respect of material he had requested from the Department of National Defence on August 12, 1988. The Department extended the reply time by ninety days and then failed to make disclosure until two

² T-1112-89, June 15, 1990, not reported.

ont été particulièrement confiés à la Cour fédérale: aux termes de l'article 41, elle peut instruire une requête d'une personne (ou, selon l'article 42, du Commissaire à l'information) lorsqu'il y a eu effectivement refus de communication d'un document ou une décision équivalant à un refus. Aux termes de l'article 44 [mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), chap. 1, art. 45, annexe III, n^o 1], la Cour peut instruire la requête d'un «tiers» qui s'oppose à la communication par le responsable d'une institution d'un dossier qui peut le concerner. En l'espèce, le requérant ne peut invoquer l'article 41, le seul article pertinent dans la présente situation et sur lequel il se fonde parce qu'il n'y a pas eu refus de communication: il y a eu prorogation du délai de communication, mais il a obtenu le dossier depuis longtemps et avant l'expiration du délai permis par la Loi. Dans les circonstances, il n'existe pas de recours en vertu des articles 49 et 50, les articles qui permettent à la Cour de rendre les ordonnances qu'elle estime indiquées, puisque ces recours ne peuvent s'exercer que lorsque la Cour conclut à un refus de communication d'un document. Je suis convaincu que lorsque ces articles permettent à la Cour de rendre «une autre ordonnance si elle l'estime indiqué», cette ordonnance doit porter directement sur la communication à donner, ou sur une mesure équivalente, lorsqu'il y a eu d'abord constatation du refus de communication. Ce refus est une condition préalable à une requête déposée en vertu de ces articles et c'est la seule situation à laquelle la Cour peut remédier lorsqu'elle conclut en faveur du requérant. La mention d'une «autre ordonnance» ne permet, à mon avis, à la Cour que de modifier la forme de redressement pour en arriver à la communication ou peut-être à prononcer que la communication aurait dû être faite lorsque le document n'existe plus.

h

On m'a cité deux décisions rendues récemment par mes collègues, les juges Dubé et Muldoon, qui me semblent quelque peu divergentes. Dans l'affaire *X c. Canada (Ministre de la Défense nationale)*², le même requérant avait présenté une requête, en vertu de l'article 41, pour obtenir des documents qu'il avait demandés au ministère de la Défense nationale le 12 août 1988. Le Ministère a prorogé le délai de communication de 90 jours et

² T-1112-89, le 15 juin 1990, jugement non publié.

months after the expiry of that extended period. The applicant requested the Court to require the Minister of National Defence to provide a detailed explanation as to why he had failed to respond in time and a “judgment” that the Minister was “deemed to have refused to give access to records by reason of subsection 10(3) of the *Access to Information Act*”. Dubé J., while making it clear that he did not condone these delays, held that he could not award any “judgment” to Mr. X because there was no actual refusal to disclose. Although there would have been a “deemed refusal” because disclosure had not been made before the expiry of the extended time, the material had since been provided to the applicant long before the hearing of the motion. That is, the only remedy the Court can give is to order disclosure and such an order is not available if disclosure has already taken place.

In *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Minister of External Affairs)*,³ however, where the facts were somewhat similar in that a time extension had been fixed by the Department of External Affairs and disclosure was not made within that time but was made prior to the hearing of the motion, Muldoon J. proceeded to accept jurisdiction to make a series of declarations as to the shortcomings of the respondent department in its administration of the Act. He reviewed the exercise of discretion under section 9 of the Act, holding that a 120-day time extension was not justified under subsection 9(1). He further found the Department to have acted unreasonably in the pace at which it processed the request. He found that the 120-days’ extension amounted to a deemed refusal to disclose. He apparently based his jurisdiction to make such declarations on the closing words of section 49 that “the Court . . . shall make such other order as the Court deems appropriate”.

n’a communiqué ensuite les documents que deux mois après l’expiration de ce délai. Le requérant a demandé à la Cour qu’elle exige que le ministre de la Défense nationale fournisse une explication détaillée de son défaut de communiquer les documents à temps et qu’elle rende un jugement statuant que le défaut du ministre valait décision de refus de communication, par application du paragraphe 10(3) de la *Loi sur l’accès à l’information*. Le juge Dubé, tout en indiquant clairement qu’il n’approuvait pas le retard, a statué qu’il ne pouvait pas rendre un jugement en faveur de M. X parce qu’il n’y avait pas effectivement refus de communication. Bien qu’il pût y avoir une «décision valant refus» puisque la communication n’avait pas été faite avant l’expiration du délai prorogé, les documents avaient été fournis au requérant longtemps avant que la requête soit entendue. Autrement dit, le seul redressement que la Cour peut ordonner est la communication des documents et une ordonnance en ce sens n’a plus sa raison d’être lorsque les documents ont été communiqués.

e

Toutefois, dans l’affaire *Canada (Commissaire à l’information) c. Canada (Ministre des Affaires extérieures)*,³ dans laquelle les faits étaient sensiblement similaires, puisque le ministère des Affaires extérieures avait fixé une prorogation du délai et la communication du document n’avait pas été faite dans ce délai mais avant l’audition de la requête, le juge Muldoon a considéré qu’il avait compétence pour prononcer une série de jugements déclaratoires concernant les manquements du ministère intimé dans sa façon d’appliquer la Loi. Il a examiné l’exercice du pouvoir discrétionnaire sous le régime de l’article 9 de la Loi et a conclu que la prorogation du délai de 120 jours n’était pas justifiée en vertu du paragraphe 9(1). Il a statué également que le Ministère n’avait pas traité la demande avec suffisamment de célérité. Il a conclu que le délai de 120 jours valait décision de refus de communication. Il semble avoir fondé sa compétence pour prononcer un jugement déclaratoire semblable sur les derniers mots de l’article 49 selon lesquels «la Cour rend une autre ordonnance si elle l’estime indiqué».

j

³ [1990] 3 F.C. 514 (T.D.).

³ [1990] 3 C.F. 514 (1^{re} inst.).

It will be apparent from what I have already indicated that I respectfully agree with the approach taken by Dubé J., that in the absence of a genuine claim for refusal of access, a refusal which is still continuing at the time of hearing in this Court, the Court has no jurisdiction in the matter. Further, unless there is a genuine and continuing refusal to disclose and thus an occasion for making an order for disclosure or its equivalent, no remedy can be granted by this Court. In my respectful view it is not the role of the Court to immerse itself in the reasonability of the conduct of the internal affairs of a government department in matters of access to information, except where a genuine and continuing refusal or deemed refusal of access can be demonstrated. Other remedies exist under the Act for enhancing political and administrative control over any deficiencies, if such they be.

As I indicated earlier, I regard this application as frivolous and vexatious because its futility should have been amply evident to the applicant. Having already failed in a previous application against the same respondent⁴ to obtain any order from the Court even in a stronger case (a situation where access had only been granted after the expiration of the extended time) I cannot imagine how the applicant could reasonably believe that he could come back and obtain an order in a case where there had been no failure to disclose during the extended period. While Dubé J. granted the applicant costs in the earlier motion, which was one of first impression and where there had been a "deemed refusal" to grant access at least for a short period, there are no such extenuating circumstances in this case. The applicant has unnecessarily occupied the time and resources of the Court and of the respondent. Costs are awarded against him which I shall fix in the amount of \$200, the respondent having requested the Court to fix an amount if he should be awarded costs.

⁴ *Supra*, note 2.

Mes remarques antérieures indiquent évidemment que je souscris respectueusement à l'opinion du juge Dubé, à savoir qu'en l'absence d'un refus véritable de communication, un refus subsistant encore au moment de l'audience devant cette Cour, le tribunal n'est pas compétent en la matière. De plus, à moins que le refus de communication ne soit réel et continu et qu'il ne soit, par conséquent, possible de rendre une ordonnance de communication ou une ordonnance en ce sens, la Cour ne peut accorder de redressement. À mon humble avis, il n'incombe pas à la Cour de se pencher sur la question du caractère raisonnable des activités internes d'un ministère pour ce qui est des questions relatives à l'accès à l'information, sauf lorsqu'on peut établir qu'il existe un véritable refus ou une décision valant un refus de communication, et que ce refus subsiste. Il existe d'autres recours en vertu de la Loi pour assurer un meilleur contrôle politique et administratif des activités des ministères qui présentent des lacunes, le cas échéant.

Comme je l'ai mentionné auparavant, je considère la présente requête comme étant frivole et vexatoire parce que le requérant aurait dû être lui-même très conscient de sa futilité. Ayant échoué dans une requête antérieure contre le même intimé⁴ dans une tentative d'obtenir une ordonnance dans une affaire pourtant mieux fondée (alors que le document n'avait été communiqué qu'après l'expiration du délai prorogé), je ne vois pas comment le requérant pouvait normalement croire qu'il puisse revenir à la charge et obtenir une ordonnance alors qu'il n'y avait pas eu défaut de communication durant le délai prorogé. Bien que le juge Dubé ait accordé les dépens au requérant dans la première requête, qui était fondée sur une première lecture du texte et qu'il y avait eu une «décision valant refus» de communication au moins durant une courte période, il n'y a pas en l'espèce de circonstances atténuantes semblables. Le requérant a inutilement accaparé le temps et les ressources de la Cour et de l'intimé. Il est condamné aux dépens que j'établis à 200 \$, l'intimé ayant demandé à la Cour d'en taxer le montant si les dépens devaient lui être adjugés.

⁴ *Supra*, note 2.