

**Information Commissioner of
Canada** *Appellant*

v.

Minister of National Defence *Respondent*

and

**Canadian Civil Liberties Association,
Canadian Newspaper Association,
Ad IDEM/Canadian Media Lawyers
Association and Canadian Association of
Journalists** *Intervenors*

- and -

**Information Commissioner of
Canada** *Appellant*

v.

Prime Minister of Canada *Respondent*

and

**Canadian Civil Liberties Association,
Canadian Newspaper Association,
Ad IDEM/Canadian Media Lawyers
Association and Canadian Association of
Journalists** *Intervenors*

- and -

**Information Commissioner of
Canada** *Appellant*

v.

Minister of Transport Canada *Respondent*

and

**Canadian Civil Liberties Association,
Canadian Newspaper Association,**

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

c.

Ministre de la Défense nationale *Intimé*

et

**Association canadienne des libertés civiles,
Association canadienne des journaux,
Ad IDEM/Canadian Media Lawyers
Association et Association canadienne des
journalistes** *Intervenantes*

- et -

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

c.

Premier ministre du Canada *Intimé*

et

**Association canadienne des libertés civiles,
Association canadienne des journaux,
Ad IDEM/Canadian Media Lawyers
Association et Association canadienne des
journalistes** *Intervenantes*

- et -

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

c.

Ministre des Transports du Canada *Intimé*

et

**Association canadienne des libertés civiles,
Association canadienne des journaux,**

**Ad IDEM/Canadian Media Lawyers
Association and Canadian Association of
Journalists** *Interveners*

- and -

**Information Commissioner of
Canada** *Appellant*

v.

**Commissioner of the Royal Canadian
Mounted Police** *Respondent*

and

**Canadian Civil Liberties Association,
Canadian Newspaper Association,
Ad IDEM/Canadian Media Lawyers
Association and Canadian Association of
Journalists** *Interveners*

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

2011 SCC 25

File No.: 33300, 33299, 33296, 33297.

2010: October 7; 2011: May 13.

Present: McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Deschamps,
Fish, Abella, Charron, Rothstein and Cromwell JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF
APPEAL

*Access to information — Access to records — Request
for Ministers' records located in ministerial offices —
Whether records “under control of government
institution” as provided in legislation — Access to
Information Act, R.S.C. 1985, c. A-1, ss. 3, 4(1).*

*Access to information — Exemptions — Privacy —
Personal information — Request for Prime Minister's
agenda — Whether agenda constitutes “personal
information” as defined in legislation — If so, whether
agenda should nonetheless be disclosed because Prime
Minister is “officer” of government institution — Access*

**Ad IDEM/Canadian Media Lawyers
Association et Association canadienne des
journalistes** *Intervenantes*

- et -

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

c.

**Commissaire de la Gendarmerie royale du
Canada** *Intimé*

et

**Association canadienne des libertés civiles,
Association canadienne des journaux,
Ad IDEM/Canadian Media Lawyers
Association et Association canadienne des
journalistes** *Intervenantes*

**RÉPERTORIÉ : CANADA (COMMISSAIRE À L'INFOR-
MATION) c. CANADA (MINISTRE DE LA DÉFENSE
NATIONALE)**

2011 CSC 25

N° du greffe : 33300, 33299, 33296, 33297.

2010 : 7 octobre; 2011 : 13 mai.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

*Accès à l'information — Accès à des documents —
Demande de documents ministériels situés dans les
bureaux de ministres — Les documents « relèvent-ils
d'une institution fédérale » aux termes de la loi? — Loi
sur l'accès à l'information, L.R.C. 1985, ch. A-1, art. 3,
4(1).*

*Accès à l'information — Exceptions — Protection
des renseignements personnels — Renseignements per-
sonnels — Demande de communication de l'agenda du
premier ministre — L'agenda constitue-t-il des « rensei-
gnements personnels » au sens de la loi? — Dans l'affir-
mative, l'agenda doit-il malgré tout être communiqué*

to Information Act, R.S.C. 1985, c. A-1, s. 19(1) — Privacy Act, R.S.C. 1985, c. P-21, s. 3.

These appeals bring together four applications by the Information Commissioner of Canada for judicial review of refusals to disclose certain records, requested almost a decade ago, under the *Access to Information Act*. The first three applications concern refusals to disclose records located within the offices of then Prime Minister Chrétien, then Minister of Defence Eggleton, and then Minister of Transport Collette, respectively. The fourth application concerns the refusal to disclose those parts of the Prime Minister's agenda in the possession of the RCMP and PCO. The applications judge refused disclosure on the first three applications, but ordered it on the fourth. The Federal Court of Appeal overturned his decision on the fourth application only.

Held: The appeals should be dismissed.

Per McLachlin C.J. and Binnie, Deschamps, Fish, Abella, Charron, Rothstein and Cromwell JJ.: Any refusal to disclose requested documents is subject to independent review by the courts on a standard of correctness. In turn, the standard of appellate review of the applications judge's decision on questions of statutory interpretation is also correctness. However, the standard of review of his decision on whether the requested documents were in fact under the control of the government institution is one of deference, provided the decision is not premised on a wrong legal principle and absent palpable and overriding error.

On the first three applications, the applications judge's reasons demonstrate that he conducted a full analysis of the statutes guided by well-established principles of statutory interpretation. At the conclusion of his analysis, the applications judge held that the words in s. 4(1) of the *Access to Information Act* mean that the PMO and the relevant ministerial offices are not part of the "government institution" for which they are responsible. The Federal Court of Appeal rightly held that the applications judge's analysis contains no error. The meaning of "government institution" is clear. No contextual consideration warrants the Court interpreting Parliament to have intended that

parce que le premier ministre est le « cadre » d'une institution fédérale? — Loi sur l'accès à l'information, L.R.C. 1985, ch. A-1, art. 19(1) — Loi sur la protection des renseignements personnels, L.R.C. 1985, ch. P-21, art. 3.

Les pourvois regroupent quatre demandes présentées par la Commissaire à l'information du Canada en vue d'obtenir la révision judiciaire d'un refus de communiquer certains documents réclamés il y a une dizaine d'années en vertu de la *Loi sur l'accès à l'information*. Les trois premières demandes concernent le refus de communiquer des documents qui se trouvaient respectivement au cabinet du premier ministre de l'époque, M. Chrétien, au cabinet du ministre de la Défense nationale de l'époque, M. Eggleton, et au cabinet du ministre des Transports de l'époque, M. Collette. La quatrième demande concerne le refus de communiquer les parties de l'agenda du premier ministre qui se trouvent en la possession de la GRC et du BCP. Le juge de première instance a refusé la communication dans le cas des trois premières demandes, mais il l'a ordonnée dans le cas de la quatrième. La Cour d'appel fédérale n'a infirmé que sa décision relative à la quatrième demande.

Arrêt : Les pourvois sont rejetés.

La juge en chef McLachlin et les juges Binnie, Deschamps, Fish, Abella, Charron, Rothstein et Cromwell : Le refus de communiquer les documents demandés est susceptible de recours indépendants devant les tribunaux selon la norme de la décision correcte. La norme de révision en appel applicable à la décision du juge de première instance relative aux questions d'interprétation des lois est également celle de la décision correcte. La norme de contrôle de sa décision quant à savoir si les documents demandés relèvent effectivement de l'institution fédérale est empreinte de déférence, pourvu que la décision ne soit pas fondée sur un principe juridique erroné ni entachée d'une erreur manifeste et dominante.

Dans le cas des trois premières demandes, les motifs du juge de première instance démontrent qu'il a procédé à une analyse approfondie des lois en se guidant sur des principes bien établis d'interprétation des lois. Au terme de son analyse, le juge a affirmé qu'il ressort des termes employés au par. 4(1) de la *Loi sur l'accès à l'information* que le CPM et les cabinets ministériels en cause ne font pas partie de l'« institution fédérale » dont ils sont responsables. La Cour d'appel fédérale a conclu à bon droit que l'analyse du juge de première instance n'est entachée d'aucune erreur. Le sens de l'expression « institution fédérale » est clair. Aucune considération d'ordre contextuel ne justifie la Cour de penser que le

the definition of “government institution” include ministerial offices.

The question then becomes whether the requested records held within the respective ministerial offices are nonetheless “under the control” of their related government institutions within the meaning of s. 4(1) of the Act. The word “control” is an undefined term in the statute. As the applications judge made clear, the word must be given a broad and liberal meaning in order to create a meaningful right of access to government information. While physical control over a document will obviously play a leading role in any case, it is not determinative of the issue of control. Thus, if the record requested is located in a Minister’s office, this does not end the inquiry. Rather, this is the point at which a two-step inquiry commences. Step one acts as a useful screening device. It asks whether the record relates to a departmental matter. If it does not, that indeed ends the inquiry. If the record requested relates to a departmental matter, however, the inquiry into control continues. Under step two, all relevant factors must be considered in order to determine whether the government institution could reasonably expect to obtain a copy upon request. These factors include the substantive content of the record, the circumstances in which it was created, and the legal relationship between the government institution and the record holder. The reasonable expectation test is objective. If a senior official of the government institution, based on all relevant factors, reasonably should be able to obtain a copy of the record, the test is made out and the record must be disclosed, unless it is subject to any specific statutory exemption. There is no presumption of inaccessibility for records in a minister’s office. Further, this test does not lead to the wholesale hiding of records in ministerial offices. Rather, it is crafted to answer the concern. In addition, Parliament has included strong investigatory provisions that guard against intentional acts to hinder or obstruct an individual’s right to access.

Applying this test to the material before him, the applications judge concluded that none of the requested records was in the control of a government institution. The conclusions he reached on the issue of control were open to him on the record and entitled to deference.

législateur voulait que les cabinets ministériels soient inclus dans la définition de l’expression « institution fédérale ».

Il s’agit alors de savoir si les documents demandés qui se trouvent dans les cabinets ministériels en question « relèvent » malgré tout de l’institution fédérale concernée au sens du par. 4(1) de la Loi. L’expression « relevant de » n’est pas définie dans la Loi. Ainsi que le juge de première instance l’a bien précisé, l’expression doit être interprétée d’une manière large et libérale pour assurer un droit d’accès efficace aux documents de l’administration fédérale. Bien que la possession matérielle du document joue de toute évidence un rôle important dans chaque cas, elle ne constitue pas un facteur déterminant sur la réponse à la question de savoir de qui ce document relève. Ainsi, si le document demandé se trouve au cabinet du ministre, l’analyse ne s’arrête pas là. C’est en fait à ce point qu’il convient d’entamer une analyse en deux étapes. La première étape se veut un mécanisme de tamisage utile. À cette étape, on se demande si le document se rapporte à une affaire ministérielle. Si tel n’est pas le cas, on ne pousse pas l’analyse plus loin. Si, toutefois, le document demandé se rapporte à une affaire ministérielle, l’analyse se poursuit. À la seconde étape, il faut tenir compte de tous les facteurs pertinents pour déterminer si l’institution fédérale pouvait raisonnablement s’attendre à obtenir sur demande une copie du document. Parmi ces facteurs, mentionnons la teneur réelle du document, les circonstances dans lesquelles il a été créé et les rapports juridiques qu’entretiennent l’institution fédérale et le détenteur du document. Le critère de l’attente raisonnable est objectif. Si, compte tenu de tous les facteurs pertinents, le cadre supérieur de l’institution fédérale devrait raisonnablement être en mesure d’obtenir une copie du document, le critère est satisfait et le document doit être communiqué, à moins qu’il ne soit assujéti à une exemption spécifique prévue par la loi. Il n’existe aucune présomption d’inaccessibilité des documents se trouvant au cabinet d’un ministre. De plus, ce critère ne conduit pas à une mise au secret générale des documents se trouvant dans les cabinets ministériels. Le critère est plutôt conçu de manière à éviter ce problème. Qui plus est, le législateur a prévu des dispositions d’enquête solides pour éviter toute tentative délibérée d’entraver le droit d’accès des citoyens.

Applicant ce critère aux documents qui lui étaient soumis, le juge de première instance a conclu qu’aucun des documents demandés ne relevait d’une institution fédérale. Compte tenu du dossier, il lui était loisible de tirer les conclusions auxquelles il en est arrivé sur la question de savoir si les documents relevaient ou non d’une institution fédérale et il y a lieu de faire preuve de déférence envers ces conclusions.

On the fourth application, it is agreed that the Prime Minister's agendas in the possession of the RCMP and the PCO were under the control of a "government institution". Records under the control of these institutions must be disclosed, subject to certain statutory exemptions. Section 19(1) of the *Access to Information Act* prohibits the head of a government institution from releasing any record that contains personal information as defined in s. 3 of the *Privacy Act*. However, s. 3(j) creates an exception by allowing for the disclosure of personal information where such information pertains to an individual who is or was an officer or employee of a government institution and where the information relates to the position or function of the individual. The applications judge held that the Prime Minister was an officer of PCO. In doing so, he relied upon the definitions of public officer found in the *Financial Administration Act* and the *Interpretation Act*. The Federal Court of Appeal rightly held that the applications judge erred in relying upon these definitions. It would be inconsistent with Parliament's intention to interpret the *Privacy Act* in a way that would include the Prime Minister as an officer of a government institution. Had Parliament intended the Prime Minister to be treated as an "officer" of the PCO pursuant to the *Privacy Act*, it would have said so expressly. Thus, the relevant portions of the Prime Minister's agenda under the control of the RCMP and the PCO fall outside the scope of the access to information regime.

Per LeBel J.: Ministers' offices are not listed in Schedule I of the Act, and accordingly they should not be considered "government institutions". Nonetheless, this conclusion cannot be the basis for an implied exception for political records. The fact that Ministers' offices are separate and different from government institutions does not mean that a government institution cannot control a record that is not in its premises. If a government institution controls a record in a Minister's office, the record falls within the scope of the Act. If it falls within the scope of the Act, the head of the government institution must facilitate access to it on the basis of the two-part control test as stated in the reasons of Charron J. If the record holder is the Minister, the fact that his or her office is not part of the government institution he or she oversees may weigh in the balance. The reality that Ministers wear many hats must also be taken into account. A Minister is a member of Cabinet who is accountable to Parliament for the administration

Pour ce qui est de la quatrième demande, il est acquis aux débats que les agendas du premier ministre qui se trouvaient en la possession de la GRC et du BCP relevaient d'une « institution fédérale ». Les documents relevant de ces institutions doivent donc être communiqués, sous réserve de certaines exceptions prévues par la loi. Le paragraphe 19(1) de la *Loi sur l'accès à l'information* prescrit au responsable d'une institution fédérale de refuser la communication de documents contenant les renseignements personnels visés à l'art. 3 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. L'alinéa j) de la définition de « renseignements personnels » figurant à l'art. 3 de cette dernière loi prévoit toutefois une exception en permettant la communication de renseignements personnels qui concernent un cadre ou employé, actuel ou ancien, d'une institution fédérale et qui portent sur son poste ou ses fonctions. Le juge de première instance a affirmé que le premier ministre était un cadre du BCP. Pour ce faire, il s'est fondé sur les définitions de l'expression « fonctionnaire public » que l'on trouve dans la *Loi sur la gestion des finances publiques* et la *Loi d'interprétation*. La Cour d'appel fédérale a jugé à juste titre que le juge avait commis une erreur en se fondant sur ces définitions. Il irait à l'encontre de la volonté du législateur d'interpréter la *Loi sur la protection des renseignements personnels* de manière à assimiler le premier ministre à un cadre d'une institution fédérale. Si le législateur fédéral avait voulu que le premier ministre soit assimilé à un « cadre » du BCP pour l'application de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, il l'aurait dit explicitement. Ainsi, les passages pertinents de l'agenda du premier ministre relevant de la GRC et du BCP échappent à l'application du régime d'accès à l'information.

Le juge LeBel : Les cabinets des ministres ne figurent pas à l'annexe I de la Loi, et ils ne doivent donc pas être considérés comme des « institutions fédérales ». Néanmoins, cette conclusion ne saurait justifier la création d'une exception implicite au sujet des documents politiques. Bien que les cabinets des ministres soient autonomes et différents des institutions fédérales, cette considération n'empêche pas un document qui ne se trouve pas dans les locaux d'une institution fédérale de relever de cette dernière. Si un document conservé au cabinet d'un ministre relève d'une institution fédérale, la Loi s'applique à ce document. En pareil cas, le responsable de l'institution fédérale doit faciliter l'accès au document conformément au critère en deux étapes relatif à l'expression « relevant de » formulé par la juge Charron. Si le ministre détient le document, le fait que son cabinet ne fasse pas partie de l'institution fédérale qu'il dirige peut être pris en considération. Il faut aussi tenir compte du fait que les ministres agissent

of a government department, but is usually also a Member of Parliament in addition to being a member of a political party for which he or she performs various functions and, finally, a private person. It is conceivable that many records will not fall neatly into one category or another. The head of a government institution is responsible for determining whether such hybrid documents should be disclosed. The first step in the assessment is to consider whether the records fall within the scope of the Act. If they do, the head must then perform the second step of the assessment process: to determine whether the records fall under any of the exemptions provided for in the Act. Depending on which exemption applies, the head may or may not have the discretion to disclose the document.

A presumption that a Minister's records are beyond the scope of the Act would upset the balance between the head's discretionary powers and the Commissioner's powers of investigation. Such an interpretation of the Act would effectively leave the head of a government institution with the final say as to whether a given document was under the institution's control and would run counter to the purpose of the Act, according to which decisions on the disclosure of government information must be reviewed independently. This is crucial to the intended balance between access to information and good governance.

In the circumstances in which the records at issue in the first three applications were created and managed, a government institution would not have a reasonable expectation of obtaining them. These documents were therefore not under the control of a government institution. As for the records in the possession of the RCMP and PCO, even though they were under the control of a government institution, the heads of those institutions had an obligation to refuse to disclose them.

Cases Cited

By Charron J.

Referred to: *Ontario (Public Safety and Security) v. Criminal Lawyers' Association*, 2010 SCC 23, [2010] 1 S.C.R. 815; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Commissioner of the Royal Canadian Mounted Police)*, 2003 SCC 8, [2003] 1 S.C.R. 66; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002]

en plusieurs qualités. Un ministre est non seulement membre du Cabinet et responsable devant le Parlement de l'administration d'un ministère, mais il est aussi — dans la plupart des cas — un député, en plus d'appartenir à un parti politique pour le compte duquel il exerce différentes fonctions et, enfin, il demeure un particulier. Il se peut que bon nombre de documents ne relèvent pas clairement de l'une ou l'autre de ces catégories. Il appartient au responsable d'une institution fédérale de déterminer si ces documents mixtes qui se trouvent au cabinet d'un ministre doivent être communiqués. La première étape de cet examen consiste à établir si les documents tombent dans le champ d'application de la Loi. Si c'est le cas, le responsable doit alors, à la deuxième étape de l'examen, se demander s'ils sont assujettis à l'une des exemptions prévues à la Loi. Selon l'exemption applicable, le responsable peut disposer ou non du pouvoir discrétionnaire de communiquer le document.

Une présomption écartant les documents d'un ministre du champ d'application de la Loi romprait l'équilibre qui existe entre le pouvoir discrétionnaire du responsable et le pouvoir d'enquête du Commissaire. Si elle est retenue, cette interprétation de la Loi laisserait effectivement au responsable d'une institution fédérale le soin de décider en dernier ressort si un document donné relève de l'institution fédérale en cause et irait à l'encontre de l'objet de la Loi, soit que les décisions quant à la communication sont susceptibles de recours indépendants. La réalisation de cet objet est fondamentale pour le maintien de l'équilibre recherché entre l'accès à l'information et la bonne gouvernance.

Vu les circonstances dans lesquelles les documents en question dans les trois premières demandes ont été rédigés et gérés, une institution fédérale ne pourrait raisonnablement pas s'attendre à les obtenir. Les documents ne relevaient donc pas d'une institution fédérale. Quant aux documents que possèdent le BCP et la GRC, les responsables de ces institutions étaient tenus d'en refuser la communication même s'ils relevaient d'une institution fédérale.

Jurisprudence

Citée par la juge Charron

Arrêts mentionnés : *Ontario (Sûreté et Sécurité publique) c. Criminal Lawyers' Association*, 2010 CSC 23, [2010] 1 R.C.S. 815; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Commissaire de la Gendarmerie royale du Canada)*, 2003 CSC 8, [2003] 1 R.C.S. 66; *Housen c. Nikolaisen*, 2002

2 S.C.R. 235; *Tele-Mobile Co. v. Ontario*, 2008 SCC 12, [2008] 1 S.C.R. 305; *Francis v. Baker*, [1999] 3 S.C.R. 250; *Bristol-Myers Squibb Co. v. Canada (Attorney General)*, 2005 SCC 26, [2005] 1 S.C.R. 533; *Lavigne v. Canada (Office of the Commissioner of Official Languages)*, 2002 SCC 53, [2002] 2 S.C.R. 773; *Canada Post Corp. v. Canada (Minister of Public Works)*, [1993] 3 F.C. 320; *Canada Post Corp. v. Canada (Minister of Public Works)*, [1995] 2 F.C. 110; *Privacy Commissioner (Can.) v. Canada Labour Relations Board* (2000), 257 N.R. 66; *Rubin v. Canada (Minister of Foreign Affairs and International Trade)*, 2001 FCT 440, 204 F.T.R. 313; *Canada (Attorney General) v. Information Commissioner (Can.)*, 2001 FCA 25, 268 N.R. 328; *Canada Post Corp. v. Canada (Minister of Public Works)*, 2004 FCA 286, 328 N.R. 98; *Dagg v. Canada (Minister of Finance)*, [1997] 2 S.C.R. 403.

By LeBel J.

Referred to: *Ontario (Public Safety and Security) v. Criminal Lawyers' Association*, 2010 SCC 23, [2010] 1 S.C.R. 815; *Lavigne v. Canada (Office of the Commissioner of Official Languages)*, 2002 SCC 53, [2002] 2 S.C.R. 773; *Robichaud v. Canada (Treasury Board)*, [1987] 2 S.C.R. 84; *Béliveau St-Jacques v. Fédération des employées et employés de services publics inc.*, [1996] 2 S.C.R. 345; *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Commissioner of the Royal Canadian Mounted Police)*, 2003 SCC 8, [2003] 1 S.C.R. 66; *H.J. Heinz Co. of Canada Ltd. v. Canada (Attorney General)*, 2006 SCC 13, [2006] 1 S.C.R. 441; *Dagg v. Canada (Minister of Finance)*, [1997] 2 S.C.R. 403; *Rubin v. Canada (Clerk of the Privy Council)*, [1996] 1 S.C.R. 6; *Canada Post Corp. v. Canada (Minister of Public Works)*, [1995] 2 F.C. 110.

Statutes and Regulations Cited

Access to Information Act, R.S.C. 1985, c. A-1, ss. 2, 3 “government institution”, “head”, 4, 6, 7 to 9, 10, 13 to 26, 30(3), 35, 36, 37, 41, 42, 48, 49, 73.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 2.
Federal Accountability Act, S.C. 2006, c. 9.
Financial Administration Act, R.S.C. 1985, c. F-11, s. 2 “public officer”.
Interpretation Act, R.S.C. 1985, c. I-21, ss. 2 “public officer”, 3(1), 24, 35.
Library and Archives of Canada Act, S.C. 2004, c. 11, s. 2 “government record”, “ministerial record”.

CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *Société Télé-Mobile c. Ontario*, 2008 CSC 12, [2008] 1 R.C.S. 305; *Francis c. Baker*, [1999] 3 R.C.S. 250; *Bristol-Myers Squibb Co. c. Canada (Procureur général)*, 2005 CSC 26, [2005] 1 R.C.S. 533; *Lavigne c. Canada (Commissariat aux langues officielles)*, 2002 CSC 53, [2002] 2 R.C.S. 773; *Société canadienne des postes c. Canada (Ministre des Travaux publics)*, [1993] 3 C.F. 320; *Société canadienne des postes c. Canada (Ministre des Travaux publics)*, [1995] 2 C.F. 110; *Canada (Commissaire à la protection de la vie privée du Canada c. Canada (Conseil canadien des relations du travail)*, 2000 CanLII 15487; *Rubin c. Canada (Ministre des Affaires étrangères et du Commerce international)*, 2001 CFPI 440 (CanLII); *Canada (Procureur général) c. Canada (Commissaire à l'information)*, 2001 CAF 25 (CanLII); *Société canadienne des postes c. Canada (Ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux)*, 2004 CAF 286 (CanLII); *Dagg c. Canada (Ministre des Finances)*, [1997] 2 R.C.S. 403.

Citée par le juge LeBel

Arrêts mentionnés : *Ontario (Sûreté et Sécurité publique) c. Criminal Lawyers' Association*, 2010 CSC 23, [2010] 1 R.C.S. 815; *Lavigne c. Canada (Commissariat aux langues officielles)*, 2002 CSC 53, [2002] 2 R.C.S. 773; *Robichaud c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1987] 2 R.C.S. 84; *Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés de services publics inc.*, [1996] 2 R.C.S. 345; *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Commissaire de la Gendarmerie royale du Canada)*, 2003 CSC 8, [2003] 1 R.C.S. 66; *Cie H.J. Heinz du Canada ltée c. Canada (Procureur général)*, 2006 CSC 13, [2006] 1 R.C.S. 441; *Dagg c. Canada (Ministre des Finances)*, [1997] 2 R.C.S. 403; *Rubin c. Canada (Greffier du Conseil privé)*, [1996] 1 R.C.S. 6; *Société canadienne des postes c. Canada (Ministre des Travaux publics)*, [1995] 2 C.F. 110.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 2.
Loi d'interprétation, L.R.C. 1985, ch. I-21, art. 2 « fonctionnaire public », 3(1), 24, 35.
Loi fédérale sur la responsabilité, L.C. 2006, ch. 9.
Loi sur l'accès à l'information, L.R.C. 1985, ch. A-1, art. 2, 3 « institution fédérale », « responsable d'institution fédérale », 4, 6, 7 à 9, 13 à 26, 30(3), 35, 36, 37, 41, 42, 48, 49, 73.
Loi sur la Bibliothèque et les Archives du Canada, L.C. 2004, ch. 11, art. 2 « document fédéral », « document ministériel ».

Privacy Act, R.S.C. 1985, c. P-21, s. 3 “head”, “personal information” (j).

Authors Cited

Canadian Oxford Dictionary. Edited by Katherine Barber. Toronto: Oxford University Press, 2001, “control”.

Drapeau, Michel William, and Marc-Aurèle Racicot. *Federal Access to Information and Privacy Legislation Annotated 2011*. Toronto: Carswell, 2010.

Levine, Gregory James. *The Law of Government Ethics: Federal, Ontario and British Columbia*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2007.

McEldowney, John F. “Accountability and Governance: Managing Change and Transparency in Democratic Government” (2008), 1 *J.P.P.L.* 203.

APPEALS from a judgment of the Federal Court of Appeal (Richard C.J. and Sexton and Sharlow J.J.A.), 2009 FCA 175, 393 N.R. 51, [2009] F.C.J. No. 692 (QL), 2009 CarswellNat 1521, affirming in part a judgment of Kelen J., 2008 FC 766, [2009] 2 F.C.R. 86, 326 F.T.R. 237, 87 Admin. L.R. (4th) 1, [2008] F.C.J. No. 939 (QL), 2008 CarswellNat 1979. Appeals dismissed.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Richard C.J. and Sexton and Sharlow J.J.A.), 2009 FCA 181, 393 N.R. 54, 310 D.L.R. (4th) 748, [2009] F.C.J. No. 693 (QL), 2009 CarswellNat 1523, reversing in part a judgment of Kelen J., 2008 FC 766, [2009] 2 F.C.R. 86, 326 F.T.R. 237, 87 Admin. L.R. (4th) 1, [2008] F.C.J. No. 939 (QL), 2008 CarswellNat 1979. Appeal dismissed.

Jessica R. Orkin, Marlys A. Edwardh, Laurence Kearley and Diane Therrien, for the appellant.

Christopher Rupar, Jeffrey G. Johnston and Mandy Moore, for the respondents.

Ryder Gilliland, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

Paul Schabas, for the interveners the Canadian Newspaper Association, Ad IDEM/Canadian

Loi sur la gestion des finances publiques, L.R.C. 1985, ch. F-11, art. 2 « fonctionnaire public ».

Loi sur la protection des renseignements personnels, L.R.C. 1985, ch. P-21, art. 3 « renseignements personnels » j), « responsable d’institution fédérale ».

Doctrine citée

Canadian Oxford Dictionary. Edited by Katherine Barber. Toronto : Oxford University Press, 2001, « control ».

Drapeau, Michel William, and Marc-Aurèle Racicot. *Federal Access to Information and Privacy Legislation Annotated 2011*. Toronto : Carswell, 2010.

Grand Robert de la langue française (version électronique), « relever de ».

Levine, Gregory James. *The Law of Government Ethics : Federal, Ontario and British Columbia*. Aurora, Ont. : Canada Law Book, 2007.

McEldowney, John F. « Accountability and Governance : Managing Change and Transparency in Democratic Government » (2008), 1 *J.P.P.L.* 203.

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d’appel fédérale (le juge en chef Richard et les juges Sexton et Sharlow), 2009 CAF 175, 393 N.R. 51, [2009] A.C.F. n° 692 (QL), 2009 CarswellNat 4766, qui a confirmé en partie un jugement du juge Kelen, 2008 CF 766, [2009] 2 R.C.F. 86, 326 F.T.R. 237, 87 Admin. L.R. (4th) 1, [2008] A.C.F. n° 939 (QL), 2008 CarswellNat 3718. Pourvois rejetés.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel fédérale (le juge en chef Richard et les juges Sexton et Sharlow), 2009 CAF 181, 393 N.R. 54, 310 D.L.R. (4th) 748, [2009] A.C.F. n° 693 (QL), 2009 CarswellNat 5640, qui a infirmé en partie un jugement du juge Kelen, 2008 CF 766, [2009] 2 R.C.F. 86, 326 F.T.R. 237, 87 Admin. L.R. (4th) 1, [2008] A.C.F. n° 939 (QL), 2008 CarswellNat 3718. Pourvoi rejeté.

Jessica R. Orkin, Marlys A. Edwardh, Laurence Kearley et Diane Therrien, pour l’appellant.

Christopher Rupar, Jeffrey G. Johnston et Mandy Moore, pour les intimés.

Ryder Gilliland, pour l’intervenante l’Association canadienne des libertés civiles.

Paul Schabas, pour les intervenantes l’Association canadienne des journaux, Ad IDEM/Canadian

Media Lawyers Association and the Canadian Association of Journalists.

The judgment of McLachlin C.J. and Binnie, Deschamps, Fish, Abella, Charron, Rothstein and Cromwell JJ. was delivered by

CHARRON J. —

1. Overview

[1] These appeals bring together four applications by the Information Commissioner of Canada for judicial review of refusals to disclose certain records to a person who requested them under the *Access to Information Act*, R.S.C. 1985, c. A-1. The records, requested almost a decade ago, generally consist of agendas, notes and emails relating to the activities of then-Prime Minister Jean Chrétien, then-Minister of National Defence Art Eggleton, and then-Minister of Transport David Collenette.

[2] The first three applications concern refusals to disclose records located within the offices of the Prime Minister, the Minister of National Defence, and the Minister of Transport, respectively. Each record holder, jointly called the “Government” in these appeals, takes the position that his office is not subject to the *Access to Information Act*. The fourth application concerns the refusal to disclose those parts of the Prime Minister’s agenda in the possession of the Royal Canadian Mounted Police (“RCMP”) and the Privy Council Office (“PCO”). The record holders in this application agree that they are subject to the Act; they argue, however, that the information contained in the requested records is exempt from disclosure under s. 19(1) of the *Access to Information Act*, as it constitutes “personal information” within the meaning of s. 3 of the *Privacy Act*, R.S.C. 1985, c. P-21.

Media Lawyers Association et l’Association canadienne des journalistes.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Binnie, Deschamps, Fish, Abella, Charron, Rothstein et Cromwell rendu par

LA JUGE CHARRON —

1. Aperçu général

[1] Les présents pourvois regroupent quatre demandes présentées par la Commissaire à l’information du Canada en vue d’obtenir la révision judiciaire d’un refus de communiquer certains documents à la personne qui les avait réclamés en vertu de la *Loi sur l’accès à l’information*, L.R.C. 1985, ch. A-1. Les documents en question, qui ont été demandés il y a une dizaine d’années, consistent de façon générale en des agendas, des notes et des courriels se rapportant aux activités du premier ministre de l’époque, Jean Chrétien, du ministre de la Défense de l’époque, Art Eggleton, et du ministre des Transports de l’époque, David Collenette.

[2] Les trois premières demandes concernent le refus de communiquer des documents qui se trouvaient respectivement au cabinet du premier ministre, au cabinet du ministre de la Défense nationale et au cabinet du ministre des Transports. Les détenteurs des documents, appelés collectivement « le gouvernement » dans les présents pourvois, soutiennent tous que leur cabinet respectif n’est pas assujéti à la *Loi sur l’accès à l’information*. La quatrième demande concerne le refus de communiquer les pages de l’agenda du premier ministre qui se trouvent en la possession de la Gendarmerie royale du Canada (« GRC ») et du Bureau du Conseil privé (« BCP »). Dans cette demande, tout en admettant qu’ils sont assujéti à la Loi, les détenteurs des documents affirment toutefois que les renseignements contenus dans les documents demandés sont soustraits à la communication par application du par. 19(1) de la *Loi sur l’accès à l’information*, étant donné qu’ils constituent des « renseignements personnels » au sens de l’art. 3 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. 1985, ch. P-21.

[3] The requester has the right, under s. 4 of the *Access to Information Act*, to be given access to “any record under the control of a government institution”. On the first three applications, there is no issue that, by definition, “government institution” includes the PCO, the Department of National Defence, and the Department of Transport. The question is whether each government institution includes the office of the Minister who presides over it. In other words: Is the Prime Minister’s office (“PMO”) part of the PCO? Is the office of the Minister of National Defence part of the Department of National Defence? Is the office of the Minister of Transport part of the Department of Transport?

[4] Following a detailed analysis, Kelen J. of the Federal Court of Canada answered no to each question, holding that the respective entities were separate (2008 FC 766, [2009] 2 F.C.R. 86). In his view, the words of the statute read in their ordinary sense, in context, and harmoniously with the scheme of the Act and the intention of Parliament made this clear. Expert evidence on the functioning of government also supported this interpretation. He concluded that “no contextual consideration could warrant the Court interpreting Parliament to have intended the PMO to be part of the PCO for the purposes of the Act. The same is true with respect to ministers’ offices not being part of the respective government institutions” (para. 77). In a brief oral judgment, Sharlow J.A., speaking for the Federal Court of Appeal, upheld Kelen J.’s interpretation of the statute on this point (2009 FCA 175, 393 N.R. 51 (“Decision 1”), and again in 2009 FCA 181, 393 N.R. 54 (“Decision 2”).

[5] As the ministerial entities were held to be separate, a second question arose: Are the records requested, despite being physically located in

[3] En vertu de l’art. 4 de la *Loi sur l’accès à l’information*, l’auteur de la demande a droit à l’accès « aux documents relevant d’une institution fédérale ». Dans le cas des trois premières demandes, il est acquis aux débats que, par définition, le Bureau du Conseil privé, le ministère de la Défense nationale et le ministère des Transports sont des « institutions fédérales ». La question qui se pose est de savoir si le cabinet du ministre responsable de chacune de ces institutions fédérales fait lui aussi partie de cette institution fédérale. En d’autres termes, le cabinet du premier ministre (« CPM ») fait-il partie du BCP? Le cabinet du ministre de la Défense nationale fait-il partie du ministère de la Défense nationale? Et le cabinet du ministre des Transports fait-il partie du ministère des Transports?

[4] Au terme d’une analyse fouillée, le juge Kelen de la Cour fédérale du Canada a répondu par la négative à chacune de ces questions, estimant que les entités en cause étaient distinctes (2008 CF 766, [2009] 2 R.C.F. 86). À son avis, cette conclusion ressortait à l’évidence des termes de la Loi, lorsqu’on les interprète en tenant compte du contexte de la Loi et suivant le sens ordinaire qui s’harmonise avec l’esprit de la Loi et avec l’intention du législateur. Les témoignages des experts entendus au sujet des rouages du gouvernement appuyaient également cette interprétation. Il a conclu « qu’aucune considération contextuelle n’autorise la Cour à dire que le législateur voulait que le CPM soit considéré comme une partie intégrante du BCP aux fins de la Loi. Il en va de même pour les cabinets des ministres, qui ne font pas partie des institutions fédérales concernées » (par. 77). Dans un bref jugement prononcé à l’audience, la juge Sharlow, qui s’exprimait au nom de la Cour d’appel fédérale, a confirmé sur ce point l’interprétation que le juge Kelen avait faite de la Loi (2009 CAF 175 (CanLII) (« décision 1 »)), et de nouveau à 2009 CAF 181 (CanLII) (« décision 2 »).

[5] Comme les entités ministérielles ont été considérées comme distinctes, une autre question s’est posée, à savoir si les documents demandés

the respective offices of the Prime Minister, the Minister of National Defence, or the Minister of Transport, nonetheless “under the control” of the related government institution within the meaning of s. 4 of the *Access to Information Act*?

[6] After surveying the jurisprudence, Kelen J. concluded that no single factor is determinative of whether a record is under the control of a government institution. However, the relevant factors could usefully be distilled into a two-part test that asks: (1) whether the contents of the document relate to a departmental matter; and (2) whether the government institution could reasonably expect to obtain a copy of the document upon request. If both questions are answered in the affirmative, the document is under the control of the government institution. Kelen J. considered the contents of the records and the circumstances in which they were created, and concluded that none of the records requested was under the control of the related government institution. The Federal Court of Appeal agreed with the control test proposed by Kelen J. It also upheld his decision regarding the requested records, stating that it was open to him to come to this conclusion “by drawing reasonable inferences from the evidence before him, as he did” (Decision 1, at para. 9).

[7] Thus, the answers provided by the courts below on the meaning of “government institution” and “control” effectively disposed of the first three applications in favour of the Government.

[8] In the fourth application, there is no dispute that the RCMP and the PCO are government institutions and that, subject to any exemption under the *Access to Information Act*, records under their control must be disclosed. While a number of exemptions were at issue in first instance, the question on this appeal is whether the records

« relevaient » de l’institution fédérale concernée au sens de l’art. 4 de la *Loi sur l’accès à l’information* malgré le fait qu’ils se trouvaient matériellement au cabinet du premier ministre ou à celui du ministre de la Défense nationale ou du ministre des Transports.

[6] Le juge Kelen a passé en revue la jurisprudence et a conclu qu’aucun facteur n’était à lui seul déterminant pour répondre à la question de savoir si un document relevait ou non d’une institution fédérale. Il a toutefois estimé que les facteurs pertinents pouvaient être utilement ramenés à un seul critère en deux volets, à savoir : (1) le contenu du document se rapporte-t-il à une affaire ministérielle? (2) L’institution fédérale en cause pourrait-elle raisonnablement s’attendre à obtenir une copie du document sur demande? Si la réponse à ces deux questions était affirmative, le document relevait selon lui de l’institution fédérale. Le juge Kelen a tenu compte du contenu des documents et des circonstances dans lesquelles ils ont été créés et a conclu qu’aucun des documents demandés ne relevait de l’institution fédérale concernée. La Cour d’appel fédérale a accepté le critère proposé par le juge Kelen pour déterminer si un document relevait ou non d’une institution fédérale. Elle a également confirmé la décision du juge Kelen en ce qui a trait aux documents réclamés, estimant qu’il était loisible au juge Kelen d’en arriver à cette conclusion « en tirant des inférences raisonnables à partir des éléments de preuve dont il était saisi, ce qu’il a fait d’ailleurs » (décision 1, par. 9).

[7] Ainsi, les réponses que les juridictions inférieures ont données au sujet du sens des expressions « institution fédérale » et « relevant de » ont eu pour effet de trancher les trois premières demandes en faveur du gouvernement.

[8] En ce qui concerne la quatrième demande, il est acquis aux débats que la GRC et le BCP sont des institutions fédérales et que, sous réserve des exceptions prévues par la *Loi sur l’accès à l’information*, les documents qui relèvent de ces institutions doivent être communiqués. Bien que plusieurs exceptions aient été en litige en première instance,

requested consist of “personal information” within the meaning of s. 19(1) of the *Access to Information Act*. This provision prohibits the head of a government institution from disclosing “any record . . . that contains personal information as defined in section 3 of the *Privacy Act*”. Under this provision, “personal information” “means information about an identifiable individual that is recorded in any form”.

[9] The parties agree that the Prime Minister’s agenda falls within the general definition of “personal information”. However, s. 3 “personal information” (j) of the *Privacy Act* creates an exception by excluding from the scope of protection such information which pertains to “an individual who is or was an officer or employee of a government institution” and the information “relates to the position or functions of the individual”. The exception seemingly reflects the view that federal officers or employees are entitled to less protection when the information requested relates to their position or function within the government. It is this exception that is arguably at play in the fourth application: the disclosure issue turns on the question of whether the Prime Minister is an “officer” of the PCO within the meaning of s. 3 “personal information” (j) of the *Privacy Act*.

[10] Kelen J. held that the Prime Minister was an “officer” of the PCO. In a separate judgment, the Federal Court of Appeal overturned his decision, finding that the conclusion reached in the related appeals about the separate nature of the PMO from the PCO governed here as well. Sharlow J.A. held that it would be “inconsistent with the intention of Parliament to interpret the *Privacy Act* in a way that would include the Prime Minister within the scope

la question qui se pose dans le cadre du présent pourvoi est de savoir si les documents demandés constituent des « renseignements personnels » au sens du par. 19(1) de la *Loi sur l'accès à l'information*. Cette disposition prévoit que le responsable d’une institution fédérale est tenu de refuser la communication « de documents contenant les renseignements personnels visés à l’article 3 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* », qui définit comme suit les « renseignements personnels » : « renseignements, quels que soient leur forme et leur support, concernant un individu identifiable ».

[9] Les parties s’entendent pour dire que l’agenda du premier ministre répond à la définition générale des « renseignements personnels ». L’alinéa j) de la définition de « renseignements personnels » figurant à l’art. 3 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* prévoit toutefois une exception à cette règle en soustrayant à l’application de la protection les renseignements concernant « un cadre ou employé, actuel ou ancien, d’une institution fédérale et portant sur son poste ou ses fonctions ». Cette exception semble refléter l’opinion que les cadres et employés fédéraux ont droit à une protection moins étendue lorsque les renseignements demandés concernent leur poste ou les fonctions qu’ils exercent au sein du gouvernement. C’est cette exception qui serait vraisemblablement en jeu dans la quatrième demande. La réponse à la question de la divulgation dépend de celle que l’on donne à la question de savoir si le premier ministre est un « cadre » du BCP au sens de l’al. j) de la définition de « renseignements personnels » figurant à l’art. 3 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*.

[10] Le juge Kelen a conclu que le premier ministre était un « cadre » du BCP. Dans un jugement distinct, la Cour d’appel fédérale a infirmé sa décision, estimant que la conclusion tirée dans les appels connexes au sujet du caractère distinct du CPM par rapport au BCP s’appliquait également en l’espèce. La juge Sharlow a conclu « qu’il irait à l’encontre de l’intention du législateur d’interpréter la *Loi sur la protection des renseignements personnels*

of the phrase “officer of a government institution” in s. 3 (Decision 2, at para. 8).

[11] The Commissioner appeals from the dismissal of each application. She urges the Court to hold that, as “heads” presiding over departments, the Prime Minister and the Ministers are part of these “government institutions” within the meaning of the *Access to Information Act*, when exercising *departmental functions*. Similarly, she argues that the Prime Minister is an “officer” of the PCO. Alternatively, if ministerial offices are held to be separate entities, the Commissioner argues that any record *relating to a departmental matter* is presumptively under the “control” of the government institution over which the Minister presides, regardless of its creation or location within the ministerial office. Thus, any such record must be disclosed, unless it is specifically exempt under the Act.

[12] While the Commissioner raises some specific issues regarding the interpretation in the courts below in support of her position, her arguments are grounded primarily in broad principles of constitutional law, political theory, democratic accountability, and ministerial responsibility. I note at the outset that these principles unquestionably form part of the context in which the *Access to Information Act* operates. The position advanced by the Commissioner also reflects a policy of democratic governance which Parliament could choose to adopt. However, as Kelen J. aptly noted in the introduction to his judgment:

The question for the Court is not whether the documents should be accessible to the public under Canada’s “freedom to information” law, but whether the documents are currently accessible to the public under Canada’s existing law. The Court does not

de manière à ce que le premier ministre soit visé par l’expression “cadre d’une institution fédérale” telle qu’employée à l’alinéa *j*) de la définition de “renseignements personnels” figurant à l’article 3 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* » (décision 2, par. 8).

[11] La Commissaire a formé un pourvoi à l’encontre du rejet de chacune des demandes. Elle exhorte la Cour à statuer qu’en tant que « responsables » d’un ministère, le premier ministre et les ministres font partie des « institutions fédérales » en question au sens de la *Loi sur l’accès à l’information* lorsqu’ils exercent des *fonctions ministérielles*. Dans le même ordre d’idées, elle plaide que le premier ministre est un « cadre » du BCP. À titre subsidiaire, la Commissaire fait valoir, pour le cas où il serait jugé que les cabinets ministériels constituent des entités distinctes, que tout document *se rapportant à une affaire ministérielle* est présumé « relever » de l’institution fédérale dont le ministre est responsable, indépendamment de la façon dont le document a été créé ou de l’endroit où il se trouve aux bureaux du ministère en cause. Ce document doit donc être communiqué à moins de faire l’objet d’une exception expressément prévue par la Loi.

[12] Bien que la Commissaire soulève, à l’appui de sa thèse, certaines questions spécifiques au sujet de l’interprétation donnée par les juridictions inférieures, sa thèse repose principalement sur des principes généraux de droit constitutionnel, de théorie politique, de responsabilité démocratique et de responsabilité ministérielle. Je constate, d’entrée de jeu, que ces principes s’inscrivent incontestablement dans le cadre d’application de la *Loi sur l’accès à l’information*. La thèse de la Commissaire évoque également une politique de gouvernance démocratique que le Parlement pourrait choisir d’adopter. Toutefois, ainsi que le juge Kelen le fait observer à juste titre dans le préambule de son jugement :

La question à laquelle la Cour doit répondre n’est pas de savoir si les documents devraient être accessibles au public au titre du droit canadien de la “liberté d’accès à l’information”, mais de savoir si les documents sont actuellement accessibles au public en vertu

legislate or change the law; it interprets the existing law (para. 3).

[13] Much as the courts below have concluded, it is my view that the interpretation advanced by the Commissioner on the meaning of “government institution”, “control” and “officer” cannot be sustained under the existing statutes at issue. As the Government rightly argues, such interpretation would dramatically expand the access to information regime in Canada, a result that can only be achieved by Parliament.

[14] I would dismiss the appeals.

2. The Legislative Scheme

[15] As this Court recently stated, “[a]ccess to information in the hands of public institutions can increase transparency in government, contribute to an informed public, and enhance an open and democratic society. Some information in the hands of those institutions is, however, entitled to protection in order to prevent the impairment of those very principles and promote good governance” (*Ontario (Public Safety and Security) v. Criminal Lawyers’ Association*, 2010 SCC 23, [2010] 1 S.C.R. 815, *per* McLachlin C.J. and Abella J., at para. 1). These general principles are reflected in the federal access regime under the *Access to Information Act*. The purpose of the statute is expressly stated as follows:

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

[16] Thus, the statute expressly recognizes that information in the hands of government institutions “should be available to the public”, but the right to access it is subject to “necessary exceptions”.

du droit canadien existant. La Cour ne légifère pas ni ne modifie le droit; elle interprète le droit existant (par. 3).

[13] À l’instar des juridictions inférieures, j’estime que l’interprétation proposée par la Commissaire au sujet du sens des termes « institution fédérale », « relevant de » et « cadre » ne peut être retenue suivant le libellé actuel des lois en cause. Ainsi que le gouvernement l’affirme à juste titre, une telle interprétation aurait pour effet d’élargir considérablement la portée du régime d’accès à l’information au Canada, ce qui demeure l’apanage du législateur.

[14] Je suis d’avis de rejeter les pourvois.

2. Le régime législatif

[15] Ainsi que la Cour l’a récemment affirmé : « [l]’accès à l’information détenue par les institutions publiques peut accroître la transparence du gouvernement, aider le public à se former une opinion éclairée et favoriser une société ouverte et démocratique. Certains renseignements détenus par ces institutions doivent toutefois être protégés pour empêcher une atteinte à ces mêmes principes et promouvoir une bonne gouvernance » (*Ontario (Sûreté et Sécurité publique) c. Criminal Lawyers’ Association*, 2010 CSC 23, [2010] 1 R.C.S. 815 (la juge en chef McLachlin et la juge Abella, par. 1)). Ces principes généraux trouvent un écho dans le régime fédéral d’accès à l’information prévu par la *Loi sur l’accès à l’information*, dont l’objet est expressément formulé comme suit :

2. (1) La présente loi a pour objet d’élargir l’accès aux documents de l’administration fédérale en consacrant le principe du droit du public à leur communication, les exceptions indispensables à ce droit étant précises et limitées et les décisions quant à la communication étant susceptibles de recours indépendants du pouvoir exécutif.

[16] La Loi reconnaît donc explicitement le « droit du public à [la] communication » des renseignements que possèdent les institutions fédérales, tout en assujettissant ce droit à des « exceptions

Before discussing the provisions at issue, I will briefly describe the legislative scheme.

[17] The right to “be given access to any record under the control of a government institution” is provided under s. 4(1). This broad right of access is expressly subject to other provisions of the *Access to Information Act*, but supersedes “any other Act of Parliament”. What constitutes a “government institution” for the purposes of the statute is key to these appeals. The definition is set out in s. 3 and will be discussed more fully below.

[18] The process for accessing government information begins when a member of the public makes a request in writing for a record to a government institution (s. 6). The head of the government institution who receives a request must give written notice to the person who has requested the records as to whether or not access will be given in whole or in part within a reasonable time limit (ss. 7 to 9). Where the government institution refuses to give access to the records requested, it is required to provide notice to the requester that the records do not exist, or to expressly state the exemption it is relying upon in refusing to provide access to the records (ss. 10(1) to (3)). Further, the government institution must inform the requester of his or her “right to make a complaint to the Information Commissioner about the refusal” (s. 10(1)).

[19] If the requester elects to exercise this right and makes a complaint, the Commissioner is entitled to commence an investigation if she is “satisfied that there are reasonable grounds to investigate a matter relating to requesting or obtaining access to records under this Act” (s. 30(3)). Once the Commissioner commences an investigation, the *Access to Information Act* grants her significant investigatory powers (s. 36). If the Commissioner concludes that the complaint is well founded, a report is sent to the head of the government institution containing the findings of the investigation and any recommendations the Commissioner considers appropriate; the report

indispensables ». Mais avant d’aborder les dispositions en cause, je tiens à décrire brièvement le régime législatif.

[17] Le droit « à l’accès aux documents relevant d’une institution fédérale » est prévu au par. 4(1). Ce droit général d’accès est expressément reconnu, sous réserve des autres dispositions de la *Loi sur l’accès à l’information*, mais prime sur « toute autre loi fédérale ». Ce qui constitue une « institution fédérale » au sens de la Loi devient un point capital dans les présents pourvois. La définition de cette expression est énoncée à l’art. 3. Nous nous y attarderons plus longuement plus loin.

[18] La première démarche à accomplir pour obtenir la communication d’un document d’une institution fédérale consiste pour le simple citoyen à en faire la demande par écrit (art. 6). Le responsable de l’institution fédérale à qui est faite la demande est tenu d’aviser par écrit la personne qui a fait la demande de ce qu’il sera donné ou non communication totale ou partielle du document dans un délai raisonnable (art. 7 à 9). En cas de refus de communication, le responsable de l’institution fédérale doit aviser l’auteur de la demande que le document n’existe pas ou préciser la disposition sur laquelle il se fonde pour en refuser la communication (par. 10(1) à (3)). De plus, l’institution fédérale doit informer l’auteur de la demande de son droit « de déposer une plainte auprès du Commissaire à l’information » (par. 10(1)).

[19] Si l’auteur de la demande choisit d’exercer son droit de porter plainte, le Commissaire est habilité à ouvrir une enquête s’il « a des motifs raisonnables de croire qu’une enquête devrait être menée sur une question relative à la demande ou à l’obtention de documents en vertu de la présente loi » (par. 30(3)). Lorsque le Commissaire ouvre une enquête, la *Loi sur l’accès à l’information* lui confère de vastes pouvoirs d’enquête (art. 36). Dans les cas où il conclut au bien-fondé de la plainte, le Commissaire adresse au responsable de l’institution fédérale de qui relève le document un rapport dans lequel elle présente les conclusions de son enquête ainsi que les recommandations qu’elle juge

may also include a request to be notified of any action taken to implement the recommendations or reasons why no such action has been or is proposed to be taken (s. 37(1)).

[20] If the government institution elects not to comply with the Commissioner's recommendations, the individual requesting the record may apply for judicial review pursuant to s. 41 of the *Access to Information Act*. The Commissioner may also apply for judicial review of the government's decision with the consent of the individual who initially requested the records (s. 42). The latter is what occurred here. The Government refused to disclose the information, and the requester complained to the Commissioner. Following her investigation, the Commissioner found the complaints to be well founded and made recommendations accordingly. The recommendations were not implemented by the Government, and the Commissioner brought these four applications for judicial review.

3. Judicial Review in the Courts Below

[21] The four applications for judicial review were combined in one hearing before the Federal Court. Before reviewing the relevant material, Kelen J. determined the appropriate standard of review in accordance with the principles set out in *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190. Under *Dunsmuir*, courts may usefully first inquire whether the jurisprudence has already determined in a satisfactory manner the degree of deference to be given to a particular category of questions. Second, where the first inquiry proves unfruitful, courts proceed to analyze the factors that make it possible to identify the proper standard of review (para. 62). Kelen J. ended the inquiry at the first step, holding that this Court's decision in *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Commissioner of the Royal Canadian Mounted Police)*, 2003 SCC 8, [2003] 1 S.C.R. 66 ("RCMP"), determined in a satisfactory manner

indiquées; elle peut également demander au responsable de lui donner avis soit des mesures prises pour la mise en œuvre de ses recommandations, soit des motifs invoqués pour ne pas y donner suite (par. 37(1)).

[20] Si l'institution fédérale choisit de ne pas donner suite aux recommandations du Commissaire, la personne qui s'est vu refuser la communication du document demandé peut exercer un recours en révision de ce refus en vertu de l'art. 41 de la *Loi sur l'accès à l'information*. Le Commissaire peut aussi exercer lui-même ce recours en révision avec le consentement de la personne qui avait demandé le document au départ (art. 42). C'est ce qui s'est produit en l'espèce. Le gouvernement a refusé de communiquer les renseignements demandés et l'auteur de la demande a porté plainte devant la Commissaire. À la suite de son enquête, la Commissaire a conclu au bien-fondé de la plainte et elle a formulé des recommandations en conséquence. Le gouvernement n'a pas donné suite aux recommandations, à la suite de quoi la Commissaire a introduit les quatre présentes demandes de révision judiciaire.

3. Révision judiciaire devant les juridictions inférieures

[21] Les quatre demandes de révision judiciaire ont été réunies et ont été instruites ensemble lors d'une même audience devant la Cour fédérale. Avant d'examiner les documents en cause, le juge Kelen a arrêté la norme de contrôle appropriée conformément aux principes énoncés dans l'arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190. Suivant cet arrêt, le tribunal peut utilement vérifier en premier lieu si la jurisprudence établit déjà de manière satisfaisante le degré de déférence correspondant à une catégorie de questions en particulier. En second lieu, lorsque cette démarche se révèle infructueuse, le tribunal entreprend l'analyse des éléments qui permettent d'arrêter la bonne norme de contrôle (par. 62). Le juge Kelen a mis fin à l'analyse à la première étape, après avoir estimé que l'arrêt de notre Cour dans l'affaire *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Commissaire de la Gendarmerie royale*

that the questions raised in these four applications should be reviewed on a “correctness” standard (para. 36).

[22] The standard for judicial review of refusals by government institutions to disclose any requested documents under the *Access to Information Act* is not at issue in these appeals. Kelen J. rightly concluded that this Court authoritatively determined the matter in *RCMP*. Determining the appropriate standard of review requires courts to discern the intention of the legislature. Of particular note here is the fact that Parliament expressly states in s. 2(1) that one of the purposes of the *Access to Information Act* is to ensure that “decisions on the disclosure of government information should be reviewed independently of government”. Moreover, the burden is put on the government to demonstrate on judicial review that it is authorized to refuse to disclose the records that were requested (s. 48). If the court concludes that the head of the institution does not have the legal authority to refuse to disclose the relevant records, the court may substitute its own decision and order the disclosure of the documents, subject to any conditions it may elect to impose (s. 49).

[23] In turn, Kelen J.’s decision is subject to appellate review in accordance with the principles set out in *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, at paras. 8-9 and 31-36. His decision on questions of statutory interpretation is reviewable on a standard of correctness. His decision on whether the requested documents were in fact under the control of the government institution, provided it is not premised on a wrong legal principle and absent palpable and overriding error, is entitled to deference. Although not expressly stated, it is apparent from reading both judgments in the Federal Court of Appeal below that Sharlow J.A. reviewed Kelen J.’s decision in accordance with the proper standard of appellate review. I will review the decisions under appeal using the same approach.

du Canada), 2003 CSC 8, [2003] 1 R.C.S. 66 (« l’arrêt *GRC* ») établissait de manière satisfaisante que le tribunal devait, pour l’examen des questions soulevées dans les quatre présentes demandes, appliquer la norme de la « décision correcte » (par. 36).

[22] La norme de révision judiciaire applicable au refus d’une institution fédérale de communiquer un document demandé en vertu de la *Loi sur l’accès à l’information* n’est pas en cause dans les présents pourvois. Le juge Kelen a conclu à bon droit que notre Cour avait tranché la question de façon péremptoire dans l’arrêt *GRC*. Pour arrêter la norme de contrôle appropriée, le tribunal doit discerner l’intention du législateur. Il convient en particulier de souligner que le législateur déclare explicitement au par. 2(1) de la *Loi sur l’accès à l’information* que celle-ci a notamment pour objet de faire en sorte que « les décisions quant à la communication [soient] susceptibles de recours indépendants du pouvoir exécutif ». En outre, dans le cadre de la révision judiciaire, la charge d’établir le bien-fondé du refus de communiquer le document demandé incombe à l’institution fédérale (art. 48). Si elle conclut que la Loi n’autorise pas le responsable de l’institution fédérale à refuser la communication du document demandé, la cour peut ordonner la communication de ce document aux conditions qu’elle juge indiquées (art. 49).

[23] La décision du juge Kelen peut, à son tour, faire l’objet d’une révision en appel conformément aux principes énoncés dans l’arrêt *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, par. 8-9 et 31-36. La décision du juge Kelen sur les questions d’interprétation législative est susceptible de révision selon la norme de la décision correcte. Sa décision quant à savoir si les documents demandés relèvent effectivement de l’institution fédérale commande la déférence, sauf si elle est fondée sur un principe juridique erroné et si elle n’est pas entachée d’une erreur manifeste et dominante. Bien que cela ne soit pas déclaré expressément, il ressort à l’évidence des deux décisions de la Cour d’appel fédérale que la juge Sharlow a révisé la décision du juge Kelen en appliquant la bonne norme de révision en appel. Je vais examiner les décisions visées par les présents pourvois en suivant la même méthode.

4. Analysis

4.1 *Issue 1: Is the Office of the Prime Minister, or a Minister, a “Government Institution” Within the Meaning of the Access to Information Act?*

[24] Subsection 4(1) of the *Access to Information Act* reads as follows:

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

(a) a Canadian citizen, or

(b) a permanent resident within the meaning of subsection 2(1) of the *Immigration and Refugee Protection Act*,

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

[25] Under s. 3 of the Act:

“government institution” means

(a) any department or ministry of state of the Government of Canada, or any body or office, listed in Schedule I, and

(b) any parent Crown corporation, and any wholly-owned subsidiary of such a corporation, within the meaning of section 83 of the *Financial Administration Act*;

[26] Schedule I sets out a list of entities that are government institutions for the purposes of the *Access to Information Act*. This list includes the PCO, the Department of National Defence, the Department of Transport, and the RCMP. However, the PMO, the office of the Minister of National Defence and the office of the Minister of Transport are *not* expressly listed in Schedule I. The term “government institution” is similarly defined under the *Privacy Act*. The question becomes whether Parliament intended to implicitly include ministerial offices within the *Access to Information Act*.

4. Analyse

4.1 *Première question : Les cabinets du premier ministre ou d'un ministre sont-ils des « institutions fédérales » au sens de la Loi sur l'accès à l'information?*

[24] Le paragraphe 4(1) de la *Loi sur l'accès à l'information* est ainsi libellé :

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

a) les citoyens canadiens;

b) les résidents permanents au sens du paragraphe 2(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*.

[25] L'article 3 de la Loi prévoit la définition suivante :

« institution fédérale »

a) Tout ministère ou département d'État relevant du gouvernement du Canada, ou tout organisme, figurant à l'annexe I;

b) toute société d'État mère ou filiale à cent pour cent d'une telle société, au sens de l'article 83 de la *Loi sur la gestion des finances publiques*.

[26] On trouve à l'annexe I de la *Loi sur l'accès à l'information* une liste des entités qui constituent des institutions fédérales au sens de la Loi. On trouve dans cette liste le BCP, le ministère de la Défense nationale, le ministère des Transports et la GRC. Toutefois, le CPM, le cabinet du ministre de la Défense nationale et le cabinet du ministre des Transports *ne* figurent *pas* expressément à l'annexe I. On trouve dans la *Loi sur la protection des renseignements personnels* une définition similaire de l'expression « institution fédérale ». La question qui se pose est donc de savoir si le législateur voulait que la *Loi sur l'accès à l'information* s'applique implicitement aux cabinets des ministres.

[27] The proper approach to statutory interpretation has been articulated repeatedly and is now well entrenched. The goal is to determine the intention of Parliament by reading the words of the provision, in context and in their grammatical and ordinary sense, harmoniously with the scheme of the Act and the object of the statute. In addition to this general roadmap, a number of specific rules of construction may serve as useful guideposts on the court's interpretative journey. Kelen J. instructed himself accordingly (paras. 43-49). He then conducted the following analysis:

- First, Kelen J. considered evidence from political scientists about how government actually works to determine the ordinary meaning of the term “government institution” according to the experts. He held that this evidence demonstrated that the PMO and the relevant ministerial offices are not part of the “government institution” for which they are responsible (paras. 50-52).
- Second, he noted that pursuant to s. 3 of the statute, the Minister is the “head” of his or her department. This fact supported the argument that the Ministers’ offices and the PMO are part of their respective departments. However, he found that the PMO and the Ministers also have many other functions unrelated to the respective departments for which they are responsible (paras. 53-56).
- Third, he considered Hansard debates from 1981, which made it clear that Parliament intended that the *Access to Information Act* apply to information, in any form, held by *specified* government institutions. While the Commissioner agrees that Parliament did not intend the Act to apply to political documents, no exemption or exclusion for such political records is provided for in the Act. Kelen J. therefore reasoned that an interpretation of “government institution” that included the PMO and offices of the Ministers would dramatically extend the right of access. Parliament would not have intended such a “dramatic

[27] La méthode qu’il convient d’appliquer lorsqu’il s’agit d’interpréter une loi a été énoncée à de nombreuses reprises et elle est maintenant solidement établie. Il s’agit de rechercher la volonté du législateur en lisant les termes de la disposition dans leur contexte global, en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec l’esprit et l’objet de la loi. Outre ces indications générales, un tribunal peut compter sur plusieurs règles spécifiques d’interprétation comme points de repère utiles. C’est la démarche qu’a suivie le juge Kelen (par. 43-49) pour ensuite procéder à l’analyse suivante :

- En premier lieu, le juge Kelen a examiné les témoignages de politologues au sujet des rouages de l’appareil gouvernemental afin de déterminer le sens ordinaire que les experts donnent à l’expression « institution fédérale ». Il a estimé que ces témoignages démontraient que le CPM et les cabinets des ministres concernés ne font pas partie de l’« institution fédérale » dont ils sont responsables (par. 50-52).
- Deuxièmement, le juge Kelen a fait observer que, suivant l’art. 3 de la Loi, le ministre est le « responsable » de son ministère. Ce fait appuyait l’argument voulant que les cabinets des ministres et le CPM font partie de leurs ministères respectifs. Il a toutefois jugé que le CPM et les ministres exercent maintes autres fonctions sans rapport avec les ministères dont ils sont responsables (par. 53-56).
- Troisièmement, il a examiné des extraits des Débats de la Chambre des communes de 1981 qui indiquaient clairement que le législateur voulait que la *Loi sur l’accès à l’information* s’applique à l’information, sous toutes ses formes, détenue par les institutions fédérales *nommément désignées*. Bien que la Commissaire admette que le législateur fédéral ne voulait pas que la Loi s’applique aux documents politiques, on ne trouve dans la Loi aucune exception ou exclusion en ce qui concerne cette catégorie de documents. Le juge Kelen a par conséquent expliqué qu’interpréter l’expression « institution fédérale » de manière à y inclure le CPM et les cabinets

- result” without express wording to that effect (paras. 57-60).
- Fourth, following the enactment of the *Access to Information Act*, the Information Commissioner’s 1988-1989 Report to Parliament indicated that Ministers’ offices were *not* subject to the provisions of the Act. The Commissioner adopted the same view in 1991, and again in 1997. These original interpretations confirm that the office of the Information Commissioner itself understood the intent of Parliament was not to include the PMO or a Minister’s office in the government institutions listed in Schedule I of the Act (paras. 61-65).
 - Fifth, since the time the Commissioner publicly urged Parliament to amend the legislation to clarify that the PMO and ministerial offices are subject to the Act, Parliament amended the Act several times, including recent amendments as part of the 2006 *Federal Accountability Act*, S.C. 2006, c. 9, and has not chosen to make this amendment. While Parliament’s intention may not always be inferred from legislative silence, in this case, the silence is clear and constitutes relevant evidence of legislative intent: *Tele-Mobile Co. v. Ontario*, 2008 SCC 12, [2008] 1 S.C.R. 305, at para. 42 (paras. 66-67).
 - Sixth, the Latin maxim of statutory interpretation *expressio unius est exclusio alterius* (“to express one thing is to exclude another”) supports the Government’s view. If Parliament had intended to include the PMO and Ministers’ offices in Schedule I, it would have referred to them expressly (para. 68).
 - Seventh, the evidence at trial demonstrated that there have been many Ministers without a portfolio since Confederation. If the *Access to Information Act* was intended to apply to the offices of Ministers, the Act would not apply to a Minister without a portfolio because he or she
- des ministres concernés élargirait considérablement le droit d’accès. Si le législateur avait voulu qu’il en soit ainsi, il aurait employé des mots explicites en ce sens (par. 57-60).
 - Quatrièmement, à la suite de l’adoption de la *Loi sur l’accès à l’information*, le Commissaire à l’information a déclaré, dans le rapport soumis au Parlement pour 1988-1989, que les cabinets des ministres *n’étaient pas* assujettis aux dispositions de la Loi. Le Commissaire a repris ce point de vue en 1991, puis de nouveau en 1997. Ces interprétations initiales confirment que le bureau même du Commissaire déduisait que le législateur entendait ne pas inclure le CPM ou les cabinets des ministres dans les institutions fédérales énumérées à l’annexe I de la Loi (par. 61-65).
 - Cinquièmement, depuis que le Commissaire a invité publiquement le législateur à modifier la Loi pour préciser que le CPM et les cabinets des ministres sont assujettis à la *Loi sur l’accès à l’information*, le législateur a modifié la Loi à plusieurs reprises, notamment à l’occasion de l’adoption récente de la *Loi fédérale sur la responsabilité*, L.C. 2006, ch. 9, sans toutefois apporter la précision demandée. Bien qu’on ne puisse pas toujours déduire l’intention du législateur du silence de la loi, le silence du législateur constituait en l’espèce une preuve claire et pertinente de son intention : *Société Télé-Mobile c. Ontario*, 2008 CSC 12, [2008] 1 R.C.S. 305, par. 42 (par. 66-67).
 - Sixièmement, la maxime latine d’interprétation des lois *expressio unius est exclusio alterius* (« la mention de l’un implique l’exclusion de l’autre ») appuie la thèse du gouvernement. Si le législateur avait voulu inclure le CPM et les cabinets des ministres dans l’annexe I, il les aurait mentionnés explicitement (par. 68).
 - Septièmement, la preuve présentée au procès démontrait qu’il y avait eu depuis la Confédération de nombreux ministres sans portefeuille. Si l’on avait voulu qu’elle s’applique aux cabinets des ministres, la *Loi sur l’accès à l’information* ne s’appliquerait pas aux ministres sans

would not have a corresponding “government institution” set out in Schedule I. Such a result is absurd (para. 69).

- Eighth, the internal structure of the Act also provides insight on this question. Sections 21(1)(a), (b), (2)(b) and 26 of the *Access to Information Act* demonstrate that Parliament distinguished between a “government institution” and “a minister of the Crown”. When drafting legislation, Parliament is assumed to have used words precisely and carefully, and so Parliament intended the terms to have different meanings (paras. 70-73).
- Ninth, provisions of the *Library and Archives of Canada Act*, S.C. 2004, c. 11, also draw a distinction between governmental records and ministerial records. The principle of consistent expression in statutory interpretation means that Parliament distinguishes between a “ministerial record” and a “departmental record” (paras. 74-76).

[28] At the conclusion of his analysis, Kelen J. held that the words in s. 4(1) of the *Access to Information Act* mean that the PMO and the relevant ministerial offices are *not* part of the “government institution” for which they are responsible. That is, the PMO cannot be interpreted as part of the PCO, the office of the Minister of National Defence is not part of the Department of National Defence, and the office of the Minister of Transport is not part of the Department of Transport.

[29] The Commissioner presents very little argument on any of the above-noted points. As I understand her submissions, she has only two specific complaints about the approach adopted by Kelen J. and affirmed by the Federal Court of Appeal. First, she argues that the applications judge erred in his use of expert evidence as an interpretative aid. Second, and somewhat related to the first point, she argues that the Federal Court of Appeal erred in relying on a non-existing “constitutional convention” for distinguishing between ministerial offices and their respective government departments. I

portefeuille puisque ceux-ci ne disposent pas d’une « institution fédérale » correspondante énumérée à l’annexe I, ce qui serait absurde (par. 69).

- Huitièmement, l’économie de la Loi donne également une idée sur la question. Il ressort des al. 21(1)a), b) et (2)b) et de l’art. 26 de la *Loi sur l’accès à l’information* que le législateur fait une distinction entre « institution fédérale » et « ministre ». Il faut supposer que, lorsqu’il rédige les lois, le législateur fédéral emploie les mots avec précision et avec soin. Le législateur entendait donc attribuer à ces termes des sens différents (par. 70-73).
- Neuvièmement, la *Loi sur la Bibliothèque et les Archives du Canada*, L.C. 2004, ch. 11, fait aussi une distinction entre un « document ministériel » et un « document fédéral ». La distinction que le législateur établit entre « document fédéral » et « document ministériel » consacre la présomption d’uniformité des expressions en matière d’interprétation des lois (par. 74-76).

[28] Au terme de son analyse, le juge Kelen affirme qu’il ressort des termes employés au par. 4(1) de la *Loi sur l’accès à l’information* que le CPM et les cabinets ministériels en cause *ne font pas* partie de l’« institution fédérale » dont ils sont responsables. Autrement dit, on ne saurait considérer que le CPM fait partie du BCP, que le cabinet du ministre de la Défense nationale fait partie du ministère de la Défense nationale et que le cabinet du ministre des Transports fait partie du ministère des Transports.

[29] La Commissaire a présenté très peu d’arguments sur l’un ou l’autre des points susmentionnés. Si j’ai bien compris sa thèse, les seuls reproches précis qu’elle adresse au sujet de la méthode retenue par le juge Kelen et confirmée par la Cour d’appel fédérale sont de deux ordres. Elle affirme tout d’abord que le juge de première instance a commis une erreur en se servant des témoignages des experts comme outil d’interprétation. En second lieu, ce qui se rattache quelque peu au premier point, elle soutient que la Cour d’appel fédérale a commis une erreur en se fondant sur une « convention constitutionnelle » inexistante pour établir une distinction

will therefore deal specifically with these two arguments.

4.1.1 The Use of Expert Evidence

[30] After setting out the relevant principles of statutory interpretation, Kelen J. briefly considered the evidence tendered from “experts in government machinery” (para. 50). In particular, he examined the evidence of Mr. Nicholas d’Ombrain, Mr. Justice John Gomery, and a reference relied upon by Mr. d’Ombrain from the Honourable Robert Gordon Robertson, Clerk of the Privy Council and Secretary to the Cabinet from 1963 to 1975. Kelen J. summarized the gist of this evidence as follows, at paras. 50-51:

While the two entities work closely together on some matters, the PMO is responsible for many matters unrelated to the PCO. The same is true with respect to the relationship between a minister’s office and the department over which the minister presides.

Accordingly, the evidence demonstrates that in the ordinary sense of the words in subsection 4(1) of the Act, the PMO and the relevant ministerial offices are not part of the “government institution” for which they are responsible.

[31] The Commissioner submits that reliance upon such expert evidence to interpret the *Access to Information Act* constitutes an error of law. She maintains that it was entirely appropriate for her office to consider expert political science evidence at the investigatory stage. However, opinion evidence is inadmissible in the courtroom to prove the ordinary meaning of legislative terms, “as the interpretation and articulation of domestic law lies at the very heart of the judicial function” (A.F., at para. 110). She contends that this approach confirms that both courts below “viewed the central issue of the reach of a ‘government institution’ as a question of fact, to be determined primarily if not entirely on the basis of expert evidence” (para. 112). She argues further that the courts below “did not at any point seek to determine what was included within a ‘government institution’ as a matter of law”; rather, they simply accepted the “assertion that a ministerial office is separate from

entre les divers cabinets ministériels et les ministères gouvernementaux respectifs auxquels ces cabinets correspondent. Je vais donc examiner spécifiquement ces deux moyens.

4.1.1 Recours à des témoignages d’experts

[30] Après avoir énoncé les principes d’interprétation législative applicables, le juge Kelen s’est brièvement arrêté sur le témoignage donné par des « experts de l’appareil gouvernemental » (par. 50). Il a notamment examiné le témoignage de M. Nicholas d’Ombrain et celui du juge John Gomery, en plus d’examiner les propos de M. Robert Gordon Robertson, greffier du Conseil privé et secrétaire du Cabinet de 1963 à 1975, rapportés par M. d’Ombrain. Le juge Kelen résume comme suit l’essentiel de ces témoignages, aux par. 50-51 :

Les deux entités travaillent en étroite collaboration dans certains dossiers, mais le CPM est chargé de nombreuses affaires qui ne concernent pas le BCP. Il en va de même de la relation entre le cabinet d’un ministre et le ministère que dirige ce même ministre.

Par conséquent, la preuve démontre que, selon le sens ordinaire des mots employés au paragraphe 4(1) de la Loi, le CPM et les cabinets des ministres ne font pas partie de l’« institution fédérale » dont ils sont responsables.

[31] La Commissaire affirme qu’en se fondant sur le témoignage de ces experts pour interpréter la *Loi sur l’accès à l’information*, le juge a commis une erreur de droit. Elle maintient qu’il convenait parfaitement que le Commissariat tienne compte du témoignage de politologues à l’étape de l’enquête, mais qu’un témoignage d’opinion n’est pas admissible en justice pour faire la preuve du sens courant des termes de la loi, [TRADUCTION] « étant donné que l’interprétation et l’articulation du droit interne se situent au cœur même de la fonction juridictionnelle » (m.a., par. 110). Elle soutient que cette façon de procéder permet d’affirmer que les deux juridictions inférieures « ont considéré la question centrale de la portée d’une “institution fédérale” comme une question de fait devant être jugée principalement, voire totalement, à la lumière de témoignages d’experts » (par. 112). Elle ajoute que les juridictions inférieures « n’ont jamais cherché à préciser ce que la notion d’“institution

the department over which the Minister presides” (para. 112).

[32] In response, the Government first observes that the Commissioner’s position on this point is “particularly curious”, as the expert evidence generated by the Commissioner’s office and compiled for her investigation was used extensively to support her recommendations and then placed in the record before the Federal Court (R.F., at para. 103). In any event, the Government submits that expert evidence can be properly used as an interpretative aid in discerning the ordinary meaning of words by Parliament when such evidence is relevant and reliable: *Francis v. Baker*, [1999] 3 S.C.R. 250, at para. 35; and *Bristol-Myers Squibb Co. v. Canada (Attorney General)*, 2005 SCC 26, [2005] 1 S.C.R. 533, at para. 47. Further, Kelen J.’s reasons demonstrate that the expert evidence played a limited role in his analysis. He did not rely on any expert opinion on the meaning of the words used by Parliament as contended, given that no such opinion was tendered by the witnesses. He considered this evidence, rather, to situate the interpretative exercise in its proper context, an approach which was then correctly upheld by the Federal Court of Appeal.

[33] I agree with the Government. No objection was raised in respect of this evidence in first instance, not surprisingly in my view, as consideration of expert evidence in the context of these applications was entirely appropriate. It is also apparent from Kelen J.’s reasons that he merely relied upon the expert evidence tendered by both parties to better appreciate the day-to-day workings of the government and to situate his interpretation of the *Access to Information Act* within its proper context. Further, Kelen J.’s meticulous analysis of the law belies any contention that he “viewed the central issue of the reach of a ‘government institution’ as a question of fact”

“fédérale” englobait en droit » et qu’elles se sont plutôt contentées d’accepter [TRADUCTION] « l’assertion qu’un cabinet ministériel est distinct du ministère dont le ministre est responsable » (par. 112).

[32] En réponse, le gouvernement fait tout d’abord observer que la thèse de la Commissaire sur ce point est [TRADUCTION] « d’autant plus curieuse » que, pour appuyer ses recommandations, la Commissaire a utilisé abondamment les témoignages d’experts recueillis par le Commissariat à l’information en vue de l’enquête de la Commissaire et qu’elle les a ensuite versés au dossier soumis à la Cour fédérale (m.i., par. 103). En tout état de cause, le gouvernement affirme que l’on peut régulièrement utiliser les témoignages des experts pour faciliter l’interprétation afin de discerner le sens courant des termes employés par le législateur lorsque ces témoignages sont pertinents et fiables : *Francis c. Baker*, [1999] 3 R.C.S. 250, par. 35; et *Bristol-Myers Squibb Co. c. Canada (Procureur général)*, 2005 CSC 26, [2005] 1 R.C.S. 533, par. 47. Il ressort par ailleurs des motifs du juge Kelen que les témoignages d’experts ont joué un rôle limité dans son analyse. Contrairement à ce qu’on a affirmé, le juge Kelen ne s’est fondé sur aucune opinion d’expert pour déterminer le sens des termes employés par le législateur, puisque les témoins n’ont formulé aucune opinion en ce sens. Il a plutôt tenu compte de ces témoignages pour situer l’exercice d’interprétation dans son contexte, une méthode que la Cour d’appel fédérale a eu raison de confirmer par la suite.

[33] Je suis d’accord avec le gouvernement. Aucune objection n’a été soulevée au sujet de ces témoignages en première instance, ce qui à mon avis n’a rien d’étonnant, puisqu’il était parfaitement acceptable de tenir compte de ces témoignages d’experts dans le contexte des présentes demandes. Il ressort également de ses motifs que le juge Kelen a simplement recouru aux témoignages d’experts présentés par les deux parties pour mieux comprendre les rouages du gouvernement et pour être en mesure de situer son interprétation de la *Loi sur l’accès à l’information* dans le bon contexte. Par ailleurs, l’analyse méticuleuse que le juge Kelen a faite des règles de droit infirme tout argument qu’il

(A.F., at para. 112). His reasons demonstrate, rather, that he conducted a full analysis of the text, guided by well-established principles of statutory interpretation. I see no merit to the Commissioner's argument on the alleged misuse of expert evidence.

4.1.2 Alleged Reliance on a Non-Existing Constitutional Convention

[34] Along the same lines, the Commissioner takes issue with Sharlow J.A.'s characterization of the distinction between ministerial offices and their respective government departments as a "well understood convention" (Decision 1, at para. 7; Decision 2, at para. 7). The Commissioner focuses a significant portion of her argument on the legal criteria for a constitutional convention and takes the position that none is met here. She therefore argues that this phrase demonstrates that the Federal Court of Appeal "erroneously accorded constitutional weight to a disputed, ill-defined and inconsistently followed practice" (A.F., at para. 116).

[35] The Government responds that the Commissioner used the term "convention" in her material in the courts below simply to describe an understanding of the roles and duties of Ministers and government institutions. The Government submits that, similarly, when Sharlow J.A. used the phrase "well understood convention", it is clear from the context that she was simply referring to the day-to-day workings or "conventions" of government.

[36] Again, I agree with the Government on this point. I find no support at all in the record for the suggestion that Sharlow J.A. was actually referring to constitutional conventions in their legal sense.

[TRANSLATION] « considér[ait] la question centrale de la portée d'une "institution fédérale" comme une question de fait » (m.a., par. 112). Ses motifs démontrent plutôt qu'il a procédé à une analyse approfondie du texte, en se guidant sur des principes bien établis d'interprétation des lois. L'argument de la Commissaire au sujet du présumé mauvais usage qui a été fait des témoignages d'experts est mal fondé à mon avis.

4.1.2 Présumé recours à une convention constitutionnelle inexistante

[34] Dans le même ordre d'idées, la Commissaire s'oppose à la conclusion de la juge Sharlow selon laquelle la distinction qui existe entre le cabinet d'un ministre et le ministère correspondant repose sur une « convention bien établie » (décision 1, par. 7; décision 2, par. 7). La Commissaire axe une partie importante de son argumentation sur les critères légaux régissant l'existence d'une convention constitutionnelle et elle adopte le point de vue qu'aucun de ces critères n'a été respecté en l'espèce. Elle soutient par conséquent que cette expression démontre que la Cour d'appel fédérale [TRANSLATION] « a accordé par erreur une valeur constitutionnelle à un usage contesté, mal défini et qui n'est pas suivi de façon constante » (m.a., par. 116).

[35] Le gouvernement rétorque que la Commissaire n'emploie le terme « convention » dans les documents qu'elle a soumis aux juridictions inférieures que pour évoquer une compréhension du rôle et des attributions des ministres et des institutions fédérales. Le gouvernement ajoute, dans le même ordre d'idées, qu'il ressort clairement du contexte que, lorsqu'elle emploie l'expression « convention bien établie », la juge Sharlow fait simplement allusion aux rouages ou aux « conventions » régissant le fonctionnement du gouvernement.

[36] J'abonde là encore dans le sens du gouvernement. Je ne trouve rien au dossier qui appuie l'idée que la juge Sharlow faisait effectivement allusion à des conventions constitutionnelles au sens juridique de cette expression.

4.1.3 “Function-Based” Approach Advocated by the Information Commissioner

[37] Except for the above-noted specific complaints about the use of expert evidence and the reliance on government “conventions”, the Commissioner’s arguments are grounded primarily in broad principles of constitutional law, political theory, democratic accountability, and ministerial responsibility. The Commissioner expounds on these principles in considerable detail and submits that “the right of access and apparatus created by [the *Access to Information Act* was] meant [by Parliament] to be integrated into these legal rules” and “to function as a supplementary mechanism to ensure accountability for the exercise of executive power” (A.F., at para. 102). She therefore urges the Court to adopt a “function-based analysis” so as to create a dividing line between a Minister’s departmental functions on the one hand and non-departmental functions on the other. She explains in her factum that this “analysis is easily translated into the scheme” of the *Access to Information Act* in respect of the ministerial offices at issue in the following manner (A.F., at para. 150):

... a record is subject to [the *Access to Information Act*], regardless of its physical form or location, where it was created by or on behalf of a Minister to document or give effect to a Minister’s exercise of departmental powers, duties or functions, or relies directly on departmental staff in order to exercise the Minister’s departmental powers, duties or functions. By contrast, the record is not subject to [the *Access to Information Act*] if it is created by the Minister or exempt staff for political or non-departmental purposes. Similarly, if the Minister or exempt staff receive information from departmental staff, and then generate further records for political, non-departmental purposes, the additions are not subject to [the *Access to Information Act*].

[38] The Commissioner further submits that a similar analysis could be adopted in relation to Ministers of State “[t]o the extent that a Minister of State exercises the powers, duties and functions of a department”, and also “in relation to government institutions other than departments that fall within

4.1.3 Approche « fonctionnelle » préconisée par la Commissaire à l’information

[37] Hormis les griefs précis déjà mentionnés en ce qui a trait au recours à des témoignages d’experts et à des « conventions » gouvernementales, la thèse de la Commissaire repose principalement sur des principes généraux de droit constitutionnel, de théorie politique, de responsabilité démocratique et de responsabilité ministérielle. La Commissaire disserte longuement sur ces principes et affirme que [TRADUCTION] « le législateur entendait que le droit d’accès et le mécanisme créés par [la *Loi sur l’accès à l’information*] soient intégrés dans ces principes juridiques » et « qu’ils servent de mécanisme supplétif pour assurer que le pouvoir exécutif rende compte de la façon dont il exerce ses pouvoirs » (m.a., par. 102). La Commissaire exhorte par conséquent la Cour à adopter dans son analyse une « approche fonctionnelle » de manière à tracer une ligne de démarcation entre, d’une part, les fonctions ministérielles du ministre et, d’autre part, ses fonctions non ministérielles. Elle explique dans son mémoire qu’[TRADUCTION] « il est facile de transposer cette analyse à l’économie » de la *Loi sur l’accès à l’information* pour ce qui est du cabinet ministériel en litige de la manière suivante (m.a., par. 150) :

[TRADUCTION] ... un document est assujéti à [la *Loi sur l’accès à l’information*] indépendamment de son aspect physique ou du lieu où il se trouve, s’il a été créé par le ministre ou en son nom pour documenter l’exercice que le ministre fait de ses attributions ministérielles ou pour donner effet à cet exercice, ou s’il s’en remet directement au personnel ministériel pour exercer les attributions du ministre. En revanche, un document échappe à l’application de la [Loi sur l’accès à l’information] s’il est créé par le ministre ou par des membres de son personnel exonéré à des fins non politiques ou non ministérielles. De même, si le ministre ou le personnel exonéré reçoit des renseignements du personnel ministériel et crée ensuite d’autres documents à des fins politiques ou non ministérielles, ces nouveaux renseignements ne sont pas assujéti à [la *Loi sur l’accès à l’information*].

[38] La Commissaire plaide qu’on pourrait adopter une analyse similaire dans le cas des ministres d’État [TRADUCTION] « [d]ans la mesure où un ministre d’État exerce les attributions d’un ministre » de même que « dans le cas des institutions fédérales autres que les ministères qui relèvent

the portfolio responsibilities of a given Minister (or Minister of State)” (A.F., at paras. 152-53).

[39] The Government submits that the “function-based” approach advocated by the Commissioner renders the list of institutions detailed in Schedule I essentially meaningless. Her approach is entirely focused on the nature and content of the record and, as such, conflates the issue of defining “government institution” with the issue of how one determines which entity has “control” of a specific record. Moreover, although the Commissioner recognizes that political and non-departmental matters would not be subject to release under the Act, the statute provides no exemption for such records. Her attempt to remedy this deficiency by conceptually building it into a function-based definition of “government institution” goes “well beyond any concept of statutory interpretation recognized by this or any other Court” (R.F., at para. 129).

[40] I agree with the Government. None of the broad principles relied upon by the Commissioner is contentious in these appeals. In my respectful view, nor are they particularly helpful in answering the questions of statutory interpretation at issue. For example, the Commissioner relies heavily on the quasi-constitutional characterization of the *Access to Information Act*. (See *Lavigne v. Canada (Office of the Commissioner of Official Languages)*, 2002 SCC 53, [2002] 2 S.C.R. 773, where the Court affirmed this status in respect of the *Official Languages Act*, R.S.C. 1985, c. 31 (4th Supp.), and the *Privacy Act* (paras. 23-25).) She argues that, as such, the purpose of the Act becomes of paramount importance in the interpretative exercise, and that the legislation should be interpreted broadly in order to best promote the principles of responsible government and democratic accountability. While I agree that the *Access to Information Act* may be considered quasi-constitutional in nature, thus highlighting its important purpose, this does not alter the general principles of statutory interpretation. The fundamental difficulty with the

des responsabilités rattachées au portefeuille d’un ministre (ou ministre d’État) déterminé » (m.a., par. 152-153).

[39] Le gouvernement affirme que l’approche « fonctionnelle » préconisée par la Commissaire vide à toutes fins utiles de son sens la liste des institutions énumérées à l’annexe I. La Commissaire axe entièrement son approche sur la nature et le contenu du document, confondant ainsi la question de la définition d’« institution fédérale » avec celle de savoir comment on s’y prend pour déterminer de quelle entité « relève » un document précis. Qui plus est, bien que la Commissaire reconnaisse que les documents politiques ou non ministériels échappent à l’obligation de communication prévue par la Loi, cette Loi ne prévoit pas d’exceptions dans le cas de ces documents. La tentative que fait la Commissaire pour combler cette lacune en incorporant conceptuellement dans la Loi une définition fonctionnelle de l’expression « institution fédérale » [TRADUCTION] « va bien au-delà de tout concept d’interprétation des lois reconnu par notre Cour ou par toute autre juridiction » (m.i., par. 129).

[40] J’abonde dans le sens du gouvernement. Aucun des principes généraux cités par la Commissaire n’est controversé dans les présents pourvois. À mon humble avis, ces principes ne sont pas non plus particulièrement utiles pour trancher les questions d’interprétation des lois en cause. Par exemple, la Commissaire table fortement sur le fait que la *Loi sur l’accès à l’information* a été qualifiée de loi quasi constitutionnelle (voir l’arrêt *Lavigne c. Canada (Commissariat aux langues officielles)*, 2002 CSC 53, [2002] 2 R.C.S. 773, dans lequel la Cour a reconnu un statut de loi quasi constitutionnelle à la *Loi sur les langues officielles*, L.R.C. 1985, ch. 31 (4^e suppl.), et à la *Loi sur la protection des renseignements personnels* (par. 23-25)). Elle affirme que l’objet de la Loi acquiert de ce fait une importance capitale lorsqu’il s’agit d’interpréter la Loi et que celle-ci devrait être interprétée d’une manière libérale pour mieux promouvoir les principes de gouvernement responsable et de responsabilité démocratique. Bien que je sois d’accord avec l’appelante pour dire que la *Loi sur l’accès à l’information* peut être considérée comme une loi de

Commissioner's approach to the interpretation of the term "government institution" is that she avoids any direct reference to the legislative provision at issue. The Court cannot disregard the actual words chosen by Parliament and rewrite the legislation to accord with its own view of how the legislative purpose could be better promoted.

[41] It is important to recall that Parliament's statement of purpose in s. 2 of the Act recognizes that exceptions to public accessibility are "necessary". For example, in s. 21, Parliament has recognized the need for confidential advice to be sought by and provided to a Minister and, consequently, records in a government institution offering such advice are exempt from disclosure at the discretion of the head of the institution. The advice provided to a Minister may come from a variety of sources and may pertain to a broad range of matters, including matters relating to the department over which the Minister presides. Some of these matters may have a political dimension and some may not. Similarly, the policy rationale for excluding the Minister's office altogether from the definition of "government institution" can be found in the need for a private space to allow for the full and frank discussion of issues. As the Government rightly submits: "It is the process of being able to deal with the distinct types of information, including information that involves political considerations, rather than the specific contents of the records" that Parliament sought to protect by not extending the right of access to the Minister's office (R.F., at para. 82). Of course, not all documents in a Minister's office are excluded from the scope of the Act. As we shall see, despite its physical location in a ministerial office, any document which is "under the control" of the related, or any other, government institution is subject to disclosure.

nature quasi constitutionnelle — ce qui fait ressortir l'importance de son objet —, j'estime que cette qualification ne change en rien les principes généraux d'interprétation des lois. Le problème fondamental que comporte la méthode d'interprétation de l'expression « institution fédérale » que préconise la Commissaire réside dans le fait qu'elle évite de citer directement la disposition législative en cause. La Cour ne peut faire fi des termes que le législateur a effectivement employés et récrire le texte de loi en fonction de sa propre opinion sur la façon dont l'objet de la loi pourrait être mieux favorisé.

[41] Il importe de se rappeler qu'à l'art. 2 de la Loi, le législateur reconnaît, dans l'énoncé de l'objet de la Loi, que les exceptions au droit du public à la communication sont « indispensables ». Par exemple, à l'art. 21, le législateur reconnaît le besoin qu'ont les ministres de solliciter et de recevoir des avis confidentiels de sorte que les documents d'une institution fédérale qui contiennent de tels avis sont soustraits à la communication, à la discrétion du responsable de l'institution. Les avis qui sont fournis à un ministre peuvent provenir de diverses sources et peuvent concerner une vaste gamme de questions, notamment des questions se rapportant au ministère dont le ministre est responsable. Certaines de ces questions peuvent revêtir une dimension politique et d'autres, non. Dans la même veine, la raison de principe qui justifie d'exclure complètement le cabinet d'un ministre de la définition d'« institution fédérale » peut résider dans la nécessité de prévoir un espace privé où il est possible de débattre ouvertement et franchement de certaines questions. Comme le soutient à juste titre le gouvernement, [TRADUCTION] « ce n'est pas le contenu précis des documents, mais bien le processus permettant de traiter divers types de renseignements, y compris ceux qui comportent des considérations politiques », que le législateur a cherché à protéger en s'abstenant d'élargir le droit d'accès au cabinet d'un ministre (m.i., par. 82). Bien entendu, certains documents se trouvant au cabinet d'un ministre n'échappent pas à la portée de la Loi. Comme nous le verrons, un document « relevant de » l'institution fédérale concernée ou de toute autre institution fédérale est sujet à divulgation même s'il se trouve physiquement à l'intérieur du cabinet d'un ministre.

[42] The functional approach advocated by the Commissioner not only creates the problem identified by Kelen J. that some Ministers would be covered by the Act, whereas others would not. It also ignores the practical difficulty of carving out a political class exemption when none is provided in the Act. If a Minister's office is a government institution, all records under its control would be subject to release under the Act, unless expressly exempted or excluded by the Act. The proposal of carving out "political" documents based on an analysis of their content is easier said than done. As the Government notes, "records in a Minister's office are not neatly arranged into clearly defined 'political', 'constituent' and 'departmental' piles. The intermingling of these issues and facts is what makes the Minister's office unique. The simplistic approach of 'carving out' political records is unrealistic" (R.F., at para. 88).

[43] Of course, Parliament could have opted for a different access scheme. However, it did not. Kelen J.'s interpretative analysis contains no error. The meaning of "government institution" is clear. In my view, the courts below rightly concluded that no contextual consideration warrants the Court interpreting Parliament to have intended that the definition of "government institution" include ministerial offices. I would not give effect to this ground of appeal.

4.2 *Issue 2: Are the Records Requested, Despite Their Physical Location in the Respective Ministerial Offices, "Under the Control" of the Related Government Institution Within the Meaning of Section 4 of the Access to Information Act?*

[44] In light of my conclusion regarding the first issue, the question then becomes whether the requested records held within the respective

[42] L'approche fonctionnelle préconisée par la Commissaire crée non seulement le problème déjà évoqué par le juge Kelen, en l'occurrence le fait que certains ministres seraient assujettis à la Loi alors que d'autres ne le seraient pas, mais elle méconnaît aussi les difficultés pratiques engendrées par l'exclusion des renseignements politiques alors que la Loi ne prévoit aucune catégorie de ce genre. Si le cabinet d'un ministre constitue une institution fédérale, tous les documents qui en relèvent devraient être communiqués conformément à la Loi, sauf s'ils sont expressément exemptés ou exclus par la Loi. L'idée d'exclure les documents « politiques » en se fondant sur l'analyse de leur contenu est plus facile à évoquer qu'à réaliser. Ainsi que le gouvernement le signale, [TRADUCTION] « les documents qui se trouvent au cabinet du ministre ne sont pas soigneusement classés en piles portant la claire mention "politique", "électeurs" et "affaires ministérielles". L'entrelacement de ces questions et de ces faits confère un caractère unique au cabinet du ministre. La solution simpliste consistant à "exclure" les documents politiques n'est pas réaliste » (m.i., par. 88).

[43] Le législateur aurait bien sûr pu opter pour un régime d'accès à l'information différent. Mais ce n'est pas ce qu'il a fait. L'analyse interprétative du juge Kelen n'est entachée d'aucune erreur. Le sens de l'expression « institution fédérale » est clair. À mon avis, c'est à bon droit que les juridictions inférieures ont conclu qu'aucune considération d'ordre contextuel ne justifie la Cour de penser que le législateur voulait que les cabinets ministériels soient inclus dans la définition de l'expression « institution fédérale ». Je ne retiendrais donc pas ce moyen d'appel.

4.2 *Deuxième question : Les documents demandés « relèvent »-ils de l'institution fédérale concernée au sens de l'art. 4 de la Loi sur l'accès à l'information malgré le fait qu'ils se trouvent matériellement dans les cabinets ministériels en question?*

[44] Vu ma conclusion sur la première question, il s'agit maintenant de savoir si les documents demandés qui se trouvent dans les cabinets ministériels

ministerial offices are nonetheless “under the control” of their related government institutions within the meaning of s. 4(1) of the Act. Kelen J. concluded that they were not, and the Federal Court of Appeal upheld his decision. The Commissioner appeals from this conclusion.

[45] None of the Commissioner’s arguments is directed at the findings of fact made by Kelen J. regarding the particular records requested. The success of the Commissioner’s appeal on this point is dependent, rather, on whether the Court accepts her proposed test for determining what constitutes “control” for the purposes of access under the Act. As I will explain, the test for control proposed by the Commissioner is entirely focussed on the function or content of the record and, in substance, is essentially the same as the test she proposes for defining a “government institution”. Consequently, much for the reasons stated above, the Commissioner’s interpretation of the word “control” cannot be sustained as it finds no support in the wording of the Act.

[46] First, I will review the control test adopted by the courts below.

[47] The word “control” is an undefined term in the statute. Its meaning has been judicially considered in a number of cases, and Kelen J. turned to this jurisprudence for guidance. In particular, he reviewed the following cases: *Canada Post Corp. v. Canada (Minister of Public Works)*, [1993] 3 F.C. 320 (T.D.); *Canada Post Corp. v. Canada (Minister of Public Works)*, [1995] 2 F.C. 110 (C.A.); *Privacy Commissioner (Can.) v. Canada Labour Relations Board* (2000), 257 N.R. 66 (F.C.A.); *Rubin v. Canada (Minister of Foreign Affairs and International Trade)*, 2001 FCT 440, 204 F.T.R. 313; *Canada (Attorney General) v. Information Commissioner (Can.)*, 2001 FCA 25, 268 N.R. 328; and *Canada Post Corp. v. Canada (Minister of Public Works)*, 2004 FCA 286, 328 N.R. 98. From this jurisprudence, Kelen J. gleaned

en question « relèvent » malgré tout de l’institution fédérale concernée au sens du par. 4(1) de la Loi. Le juge Kelen a répondu par la négative à cette question, et la Cour d’appel fédérale a confirmé sa décision. La Commissaire se pourvoit contre cette conclusion.

[45] Aucun des arguments de la Commissaire ne porte sur les conclusions de fait tirées par le juge Kelen au sujet des documents demandés. Le succès du pourvoi de la Commissaire sur ce point dépend plutôt de la réponse à la question de savoir si la Cour accepte le critère qu’elle propose pour déterminer si un document « relève » d’une institution fédérale au sens de la Loi et doit de ce fait être communiqué. Comme je vais l’expliquer, le critère proposé par la Commissaire pour déterminer si un document « relève » d’une institution fédérale est entièrement axé sur la fonction ou le contenu du document et correspond essentiellement au critère qu’elle propose pour définir une « institution fédérale ». En conséquence, en grande partie pour les motifs déjà exposés, l’interprétation que la Commissaire donne de l’expression « relevant de » ne peut être retenue parce qu’elle ne trouve aucun appui dans le libellé de la Loi.

[46] Je vais d’abord examiner le critère adopté par les juridictions inférieures au sujet de la notion véhiculée par l’expression « relevant de ».

[47] L’expression « relevant de » n’est pas définie dans la Loi. Les tribunaux se sont penchés sur sa signification dans plusieurs affaires et le juge Kelen a puisé dans cette jurisprudence pour trouver des pistes de solution. Il a notamment examiné les décisions suivantes : *Société canadienne des postes c. Canada (Ministre des Travaux publics)*, [1993] 3 C.F. 320 (1^{re} inst.); *Société canadienne des postes c. Canada (Ministre des Travaux publics)*, [1995] 2 C.F. 110 (C.A.); *Canada (Commissaire à la protection de la vie privée du Canada) c. Canada (Conseil canadien des relations du travail)*, 2000 CanLII 15487 (C.A.F.); *Rubin c. Canada (Ministre des Affaires étrangères et du Commerce international)*, 2001 CFPI 440 (CanLII); *Canada (Procureur général) c. Canada (Commissaire à l’information)*, 2001 CAF 25, 268 N.R. 328, et *Société canadienne*

a number of principles, which I will paraphrase as follows.

[48] As “control” is not a defined term in the Act, it should be given its ordinary and popular meaning. Further, in order to create a meaningful right of access to government information, it should be given a broad and liberal interpretation. Had Parliament intended to restrict the notion of control to the power to dispose or to get rid of the documents in question, it could have done so. It has not. In reaching a finding of whether records are “under the control of a government institution”, courts have considered “ultimate” control as well as “immediate” control, “partial” as well as “full” control, “transient” as well as “lasting” control, and “*de jure*” as well as “*de facto*” control. While “control” is to be given its broadest possible meaning, it cannot be stretched beyond reason. Courts can determine the meaning of a word such as “control” with the aid of dictionaries. The *Canadian Oxford Dictionary* defines “control” as “the power of directing, command (under the control of)” (2001, at p. 307). In this case, “control” means that a senior official with the government institution (other than the Minister) has some power of direction or command over a document, even if it is only on a “partial” basis, a “transient” basis, or a “*de facto*” basis. The contents of the records and the circumstances in which they came into being are relevant to determine whether they are under the control of a government institution for the purposes of disclosure under the Act (paras. 91-95).

[49] In applying these principles to the records at issue, Kelen J. articulated the following test, at para. 93:

des postes c. Canada (Ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux), 2004 CAF 286 (CanLII). Le juge Kelen a dégagé de cette jurisprudence un certain nombre de principes, que je vais paraphraser comme suit.

[48] L’expression « relevant de » n’est pas définie dans la Loi. Il convient donc de lui donner son sens ordinaire ou le plus répandu. Par ailleurs, pour conférer un droit d’accès efficace aux documents de l’administration fédérale, il convient d’interpréter cette expression de façon libérale et généreuse. Le législateur aurait pu, s’il l’avait voulu, limiter cette notion au pouvoir de « disposer » des documents en question, c’est-à-dire au pouvoir de s’en débarrasser. Or, il ne l’a pas fait. Pour savoir si des documents « relèvent d’une institution fédérale », les tribunaux se sont demandé s’ils en relèvent de façon « ultime » ou « immédiate », « complète » ou « partielle », « temporaire » ou « permanente » ou encore « *de jure* » ou « *de facto* ». L’expression doit être interprétée de la manière la plus large possible, mais elle ne saurait être étendue plus que de raison. Les tribunaux peuvent déterminer le sens d’une expression comme « relevant de » avec l’aide de dictionnaires. Le *Grand Robert de la langue française* (version électronique) définit « relever de » comme suit : « (Choses). Être du ressort de . . . (ressortir), dépendre de . . . (en parlant d’un fait). » Le *Canadian Oxford Dictionary* définit comme suit le terme anglais « *control* » employé dans la version anglaise de la Loi : [TRADUCTION] . . . pouvoir de diriger, autorité (relevant de) (2001, p. 307). Dans la présente affaire, l’expression « relevant de » signifie qu’un haut fonctionnaire de l’institution fédérale en cause (autre que le ministre) exerce un certain pouvoir de direction ou une autorité à l’égard d’un document, même si ce n’est qu’un pouvoir « partiel », « temporaire » ou « *de facto* ». Le contenu des documents et les circonstances dans lesquelles ils ont été établis permettront de dire s’ils relèvent d’une institution fédérale pour les besoins de leur communication aux termes de la Loi (par. 91-95).

[49] Pour appliquer ces principes aux documents en litige, le juge Kelen a articulé le critère suivant, au par. 93 :

Upon review by the Court, if the content of a document in the PMO or the offices of the Ministers of National Defence and Transport relates to a departmental matter, and the circumstances in which the document came into being show that the deputy minister or other senior officials in the department could request and obtain a copy of that document to deal with the subject-matter, then that document is under the control of the government institution. [Emphasis deleted.]

[50] The Federal Court of Appeal agreed with this test, holding that, in the context of these cases where the record requested is not in the physical possession of a government institution, the record will nonetheless be under its control if two questions are answered in the affirmative: (1) Do the contents of the document relate to a departmental matter? (2) Could the government institution reasonably expect to obtain a copy of the document upon request? (Decision 1, at paras. 8-9).

[51] As I understand her arguments, the Commissioner does not take issue with any of the principles Kelen J. gleaned from his review of the relevant jurisprudence. Indeed, she substantially adopts these principles in her factum at para. 168 and rightly so. Those principles should inform the analysis. Her complaint lies, rather, with how these principles were distilled into the two-step inquiry described above. She submits that the courts below have erred in law by essentially reducing the legal inquiry concerning “control” to two seemingly simple factual questions — whether the record relates to a departmental matter and whether senior members of the departmental staff could request and obtain a copy of the record. She submits that these factual indicia can be too easily manipulated by government actors to avoid releasing documents that validly fall within the scope of the Act. In particular, she submits that the “mechanism of a hypothetical ‘request’” under step two of the test is weak and unacceptable as it “inappropriately relies on past practices and prevalent expectations, rather than the legal relationships at issue” (A.F., at para. 169). Put more colloquially, she argues that if this Court adopts the control test articulated in the courts below, the Minister’s office may effectively

Après examen, si le contenu d’un document en la possession du CPM, du cabinet du ministre de la Défense nationale ou du cabinet du ministre des Transports se rapporte à une affaire ministérielle, et si les circonstances dans lesquelles le document a été créé montrent que le sous-ministre ou les autres hauts fonctionnaires du ministère pourraient demander et obtenir une copie de ce document pour traiter l’affaire, la Cour est d’avis que ce document relève de l’institution fédérale. [Soulignement omis.]

[50] La Cour d’appel fédérale a accepté ce critère en précisant que, dans le contexte des présentes affaires dans lesquelles l’institution n’a pas le document en sa possession matérielle, le document relèvera quand même de l’institution fédérale si l’on répond par l’affirmative aux deux questions suivantes : (1) Le contenu du document se rapporte-t-il à une affaire ministérielle? (2) L’institution fédérale pourrait-elle raisonnablement s’attendre à obtenir une copie du document sur demande? (décision 1, par. 8-9).

[51] Si je comprends bien ses arguments, la Commissaire ne s’oppose à aucun des principes que le juge Kelen a dégagés de son examen de la jurisprudence pertinente. Elle les fait d’ailleurs essentiellement siens dans son mémoire au par. 168 et c’est à raison qu’elle le fait. Ces principes devraient guider l’analyse. Son grief porte plutôt sur la façon dont ces principes ont été exprimés dans l’analyse en deux étapes décrite précédemment. Elle affirme que les juridictions inférieures ont commis une erreur de droit en réduisant l’analyse juridique de l’expression « relevant de » à deux questions factuelles apparemment simples : celle de savoir si le document se rapporte à une affaire ministérielle, et celle de savoir si des cadres supérieurs du ministère pourraient obtenir copie du document sur demande. Elle soutient que ces indices factuels peuvent être trop aisément manipulés par un représentant du gouvernement pour éviter de communiquer des documents qui devraient valablement l’être aux termes de la Loi. Elle prétend en particulier que le [TRADUCTION] « mécanisme de la “demande” hypothétique » prévu par le second volet du critère est faible et inacceptable « parce qu’il repose de façon inadmissible sur des usages du passé et sur des attentes actuelles plutôt que sur les rapports juridiques en cause »

become a “black hole” used to shield certain sensitive documents that properly fall within the ambit of the *Access to Information Act* (A.F., at para. 162).

[52] I agree with the Commissioner that it would be an error to interpret the words “under the control” in a manner that allowed government actors to turn the Minister’s office into a “black hole” to shelter sensitive records that should otherwise be produced to the requester in accordance with the law. However, as I will explain, I am not persuaded that the courts below erred as she contends. In essence, the Commissioner’s complaint on this ground of appeal is based on the same criticism of the institutional distinction between the Minister and the department over which he or she presides argued under the first ground. This is readily apparent from the alternative test that she proposes. In order to counter the “black hole” problem, the Commissioner urges the Court to hold that a record in a Minister’s office is under the control of the corresponding government institution when the following two conditions are met:

- (a) the record was obtained or generated by the Minister or on his or her behalf; and
- (b) the record documents or gives effect to the Minister’s exercise of departmental powers, duties or functions, or relies directly on departmental staff in order to exercise the Minister’s departmental powers, duties or functions. [A.F., at para. 172]

[53] As the Government rightly responds, the test for control proposed by the Commissioner effectively eliminates the need to consider the definition of “government institution”. As the Government puts it in its factum: “If the function

(m.a., par. 169). Autrement dit, elle fait valoir que si notre Cour retient le critère de la notion véhiculée par l’expression « relevant de » que les juridictions inférieures ont formulé, le cabinet du ministre peut effectivement devenir une sorte d’« oubliette » permettant la mise au secret de certains documents délicats qui devraient être communiqués sur demande aux termes de la *Loi sur l’accès à l’information* (m.a., par. 162).

[52] Je suis d’accord avec la Commissaire pour dire que l’on aurait tort d’interpréter l’expression « relevant de » d’une manière qui permettrait aux représentants du gouvernement de transformer le cabinet du ministre en une « oubliette » permettant de mettre à l’abri des documents délicats que l’on devrait autrement communiquer à l’auteur de la demande pour respecter la Loi. Toutefois, ainsi que je vais l’expliquer, je ne suis pas persuadée que les juridictions inférieures ont commis l’erreur que la Commissaire leur reproche. Le grief que la Commissaire articule en ce qui concerne ce moyen d’appel repose essentiellement sur la même critique que celle qu’elle formule à l’appui de son premier moyen relativement à la distinction institutionnelle entre le ministre et le ministère dont il est responsable. Cette similitude ressort à l’évidence du critère qu’elle propose à titre subsidiaire. Pour contrer le problème de l’« oubliette », la Commissaire exhorte la Cour à juger que tout document se trouvant au cabinet d’un ministre relève de l’institution fédérale correspondante dès lors que les deux conditions suivantes sont réunies :

[TRADUCTION]

- a) le document a été obtenu ou créé par le ministre ou en son nom;
- b) le document traite de l’exercice que le ministre fait de ses attributions ministérielles ou donne effet à cet exercice, ou s’en remet directement au personnel ministériel pour exercer les attributions du ministre. [m.a., par. 172]

[53] Ainsi que le gouvernement rétorque à juste titre, le critère que propose la Commissaire au sujet de la notion véhiculée par l’expression « relevant de » a pour effet d’écartier la nécessité de tenir compte de la définition de l’expression « institution

or content of the record determines control, then it does not matter if the record is in a government institution or a Minister's Office, as they are the same entity for the purposes of determining 'control'" (R.F., at para. 179). I agree. A decision on the issue of control based almost exclusively on the content of the record would have the effect of extending the reach of the Act into the Minister's office where, as discussed earlier, Parliament has chosen not to go.

[54] Further, the Commissioner's argument on the deficiency of the control test crafted by the courts below presupposes that the two-part distillation of the test, particularly as articulated by the Federal Court of Appeal, is not intended to fully capture the principles upon which the test was crafted. I do not read the judgments below as having that effect. As Kelen J. made clear, the notion of control must be given a broad and liberal meaning in order to create a meaningful right of access to government information. While physical control over a document will obviously play a leading role in any case, it is not determinative of the issue of control. Thus, if the record requested is located in a Minister's office, this does not end the inquiry. The Minister's office does not become a "black hole" as contended. Rather, this is the point at which the two-step inquiry commences. Where the documents requested are not in the physical possession of the government institution, the inquiry proceeds as follows.

[55] Step one of the test acts as a useful screening device. It asks whether the record relates to a departmental matter. If it does not, that indeed ends the inquiry. The Commissioner agrees that

fédérale ». Ainsi que le gouvernement l'explique dans son mémoire : [TRADUCTION] « Si c'est son rôle ou son contenu qui détermine si un document relève ou non d'une institution fédérale, il est alors indifférent qu'il se trouve dans une institution fédérale ou au cabinet d'un ministre, puisqu'il s'agit de la même entité lorsqu'il s'agit de savoir de qui ce document "relève" » (m.i., par. 179). Je suis du même avis. Une décision sur la question de savoir de qui relève un document qui reposerait presque exclusivement sur le contenu du document aurait pour effet d'élargir la portée de la Loi en y englobant le cabinet des ministres alors que, comme nous l'avons déjà vu, le législateur a choisi de soustraire les cabinets des ministres à l'application de la Loi.

[54] Par ailleurs, l'argument qu'avance la Commissaire au sujet des lacunes que comporterait le critère de la notion véhiculée par l'expression « relevant de » qui a été élaboré par les juridictions inférieures, et notamment par la Cour d'appel fédérale, présuppose que le fait que ce critère a été scindé en deux volets n'est pas censé rendre pleinement compte des principes sur le fondement desquels il a été élaboré. Selon mon interprétation, les jugements des juridictions inférieures n'ont pas cet effet. Ainsi que le juge Kelen l'a bien précisé, l'expression « relevant de » doit être interprétée d'une manière large et libérale pour assurer un droit d'accès efficace aux documents de l'administration fédérale. Bien que la possession matérielle du document joue de toute évidence un rôle important dans chaque cas, elle ne constitue pas un facteur déterminant sur la réponse à la question de savoir de qui ce document relève. Ce n'est donc pas parce que le document demandé se trouve au cabinet du ministre que l'analyse s'arrête là. Le cabinet du ministre ne devient pas l'« oubliette » où les documents sont relégués comme on l'a prétendu. C'est en fait à ce point qu'il convient d'entamer l'analyse en deux étapes. Si l'institution fédérale n'a pas la possession matérielle des documents demandés, l'analyse procède de la façon suivante.

[55] La première étape de ce critère se veut un mécanisme de tamisage utile. À cette étape, on se demande si le document se rapporte à une affaire ministérielle. Si tel n'est pas le cas, on ne pousse

the *Access to Information Act* is not intended to capture non-departmental matters in the possession of Ministers of the Crown. If the record requested relates to a departmental matter, the inquiry into control continues.

[56] Under step two, *all* relevant factors must be considered in order to determine whether the government institution could reasonably expect to obtain a copy upon request. These factors include the substantive content of the record, the circumstances in which it was created, and the legal relationship between the government institution and the record holder. The Commissioner is correct in saying that any expectation to obtain a copy of the record cannot be based on “past practices and prevalent expectations” that bear no relationship on the nature and contents of the record, on the actual legal relationship between the government institution and the record holder, or on practices intended to avoid the application of the *Access to Information Act* (A.F., at para. 169). The reasonable expectation test is objective. If a senior official of the government institution, based on all relevant factors, reasonably *should* be able to obtain a copy of the record, the test is made out and the record must be disclosed, unless it is subject to any specific statutory exemption. In applying the test, the word “could” is to be understood accordingly.

[57] My colleague LeBel J. agrees with this control test, but takes exception to the creation of “an implied presumption that the public does not have a right of access to records in a Minister’s office” (para. 76). With respect, his concern is founded on a misinterpretation of these reasons. There is no presumption of inaccessibility. As LeBel J. rightly notes, at para. 91:

The fact that Ministers’ offices are separate and different from government institutions does not mean that a government institution cannot control a record

pas l’analyse plus loin. La Commissaire reconnaît que la *Loi sur l’accès à l’information* ne vise pas à englober les affaires non ministérielles se trouvant en la possession des ministres fédéraux. Si le document demandé se rapporte à une affaire ministérielle, l’analyse se poursuit pour déterminer s’il relève ou non de l’institution fédérale.

[56] À la seconde étape, il faut tenir compte de *tous* les facteurs pertinents pour déterminer si l’institution fédérale pourrait raisonnablement s’attendre à obtenir une copie du document sur demande. Parmi ces facteurs, mentionnons la teneur réelle du document, les circonstances dans lesquelles il a été créé et les rapports juridiques qu’entretiennent l’institution fédérale et le détenteur du document. La Commissaire a raison de dire qu’on ne peut s’attendre à obtenir une copie du document en se fondant [TRADUCTION] « sur des usages du passé et sur des attentes actuelles » sans lien avec la nature et le contenu du document, sur les rapports juridiques qui existent effectivement entre l’institution fédérale et le détenteur du document ou sur des pratiques visant à se dérober à l’application de la *Loi sur l’accès à l’information* (m.a., par. 169). Le critère de l’attente raisonnable est objectif. Si, compte tenu de tous les facteurs pertinents, le cadre supérieur de l’institution fédérale *devrait* raisonnablement être en mesure d’obtenir une copie du document, le critère est satisfait et le document doit être communiqué, à moins qu’il ne soit assujéti à une exemption spécifique prévue par la loi. Pour l’application du critère, le mot « pourrait » doit être interprété dans le même sens.

[57] Mon collègue le juge LeBel souscrit à ce critère de la notion véhiculée par l’expression « relevant de », mais il s’inscrit en faux contre le fait de créer « implicitement une présomption qui priverait le public de tout droit d’accès aux documents se trouvant au cabinet d’un ministre » (par. 76). En toute déférence, sa crainte repose sur une mauvaise interprétation des présents motifs. Il n’existe aucune présomption d’inaccessibilité. Comme le fait remarquer à bon droit le juge LeBel au par. 91 :

Bien que les cabinets des ministres soient autonomes et différents des institutions fédérales, cette considération n’empêche pas un document qui ne se trouve pas

that is not in its premises. If a government institution controls a record in a Minister's office, the record falls within the scope of the Act. If it falls within the scope of the Act, the head must facilitate access to it on the basis of the procedure and the limits specified in the Act.

[58] I agree. Conversely, if a document is under the control of the Minister's office and *not* under the control of the related, or any other, government institution, it does not fall within the purview of the *Access to Information Act*. If one views this result as creating a factual "presumption of inaccessibility", or alternatively an implied exemption for political records, in my respectful view, it is a consequence that inevitably flows from the fact that Ministers' offices are not government institutions within the meaning of the Act, a conclusion with which LeBel J. agrees.

[59] Thus, the test articulated by the courts below, properly applied, does not lead to the wholesale hiding of records in ministerial offices. Rather, it is crafted to answer the concern. In addition, as the Government rightly notes, Parliament has included strong investigatory provisions that guard against intentional acts to hinder or obstruct an individual's right to access. My colleague reviews some of these investigatory powers. It is true, as he points out, that the statutory power to enter any "government institution" would not allow the Commissioner to enter a Minister's office. However, again here, it seems to me that this result inevitably flows from the limited scope of the term "government institution" and must be taken to have been intended by Parliament. I disagree with my colleague that this limitation on the Commissioner's powers effectively leaves the Minister as head of the government institution with the final say as to whether a given document is under the control of a government institution (para. 109). The Commissioner has significant powers of investigation that include the authority to "summon and enforce the appearance of persons", including Ministers, "and compel them to give oral or written evidence on oath and to produce such documents and things as the Commissioner deems

dans les locaux d'une institution fédérale de relever de cette dernière. Si un document conservé au cabinet d'un ministre relève d'une institution fédérale, la Loi s'applique à ce document. En pareil cas, le responsable doit faciliter l'accès au document conformément à la procédure et aux limites prescrites par la Loi.

[58] Je suis d'accord sur ce point. À l'inverse, un document relevant du cabinet d'un ministre mais *non* de l'institution fédérale concernée ou de toute autre institution fédérale ne tombe pas sous le coup de la *Loi sur l'accès à l'information*. Si l'on considère que cette règle crée, dans les faits, une « présomption d'inaccessibilité » ou, subsidiairement, une exemption implicite applicable aux documents politiques, j'estime en toute déférence que cette règle découle inévitablement du fait que les cabinets des ministres ne sont pas des institutions fédérales au sens de la Loi, une conclusion à laquelle souscrit le juge LeBel.

[59] En conséquence, une application appropriée du critère articulé par les juridictions inférieures ne conduit pas à une mise au secret générale des documents se trouvant dans les cabinets ministériels. Le critère est plutôt conçu de manière à éviter ce problème. Qui plus est, ainsi que le gouvernement le fait observer avec raison, le législateur a prévu des dispositions d'enquête solides pour éviter toute tentative délibérée d'entraver le droit d'accès des citoyens. Mon collègue passe en revue certains de ces pouvoirs d'enquête. Comme il le souligne, le pouvoir légal du Commissaire de pénétrer dans les locaux d'une « institution fédérale » ne lui permettrait certes pas d'entrer dans le cabinet d'un ministre. Mais là encore, il me semble que cette règle découle inévitablement de la portée limitée du terme « institution fédérale », et qu'on doit présumer que telle était l'intention du législateur. Je ne suis pas d'accord avec mon collègue pour dire que cette restriction des pouvoirs du Commissaire laisse bel et bien le ministre, en qualité de responsable de l'institution fédérale, décider en dernier ressort si un document donné relève de cette institution (par. 109). Le Commissaire dispose de pouvoirs d'enquête considérables, notamment celui d'« assigner et de contraindre des témoins », y compris des ministres, « à comparaître devant lui,

requisite to the full investigation and consideration of the complaint, in the same manner and to the same extent as a superior court of record”: s. 36(1)(a). Further, as an additional safeguard, any refusal to disclose requested records is subject to independent review by the courts on a standard of correctness.

[60] In the result, I agree with the Federal Court of Appeal that the two questions posed by Kelen J. were adequate to determine whether the records requested in the three applications at issue were under the control of a government institution. It is also clear from his detailed analysis that he considered all relevant factors on an objective basis, as discussed above. Applying this test to the material before him, he concluded that none of the requested records was in the control of a government institution. In brief, he disposed of the first three applications on the following bases.

[61] First, the Prime Minister’s agendas were not under the control of the PCO. The agendas were created by the Prime Minister’s exempt staff and were always in possession of the Prime Minister or his exempt staff. No “government institution” had physical possession of the records or the right to obtain them.

[62] Second, the Minister of Transport’s unabridged and abridged agendas were not under the control of a government institution. The unabridged agendas were always in the possession of the Minister’s office and were not provided to the Deputy Minister or anyone else in the government institution. The abridged agendas were in the possession of the government institution for a limited time, but were not kept after the relevant date and there was no expectation that the Minister’s office would provide the agendas for a second time.

[63] Third, the notebooks held in the Minister of National Defence’s office were not under the control of the Department of National Defence. They were

à déposer verbalement ou par écrit sous la foi du serment et à produire les pièces qu’il juge indispensables pour instruire et examiner à fond les plaintes dont il est saisi, de la même façon et dans la même mesure qu’une cour supérieure d’archives » : al. 36(1)a). De plus, à titre de garantie supplémentaire, tout refus de communication des documents demandés peut faire l’objet d’un examen judiciaire indépendant selon la norme de la décision correcte.

[60] Je suis donc d’accord avec la Cour d’appel fédérale pour dire que les deux questions posées par le juge Kelen permettaient de déterminer si les documents réclamés dans les trois demandes en litige relevaient d’une institution fédérale. Il ressort également de son analyse détaillée que le juge Kelen a tenu compte de tous les facteurs pertinents de façon objective comme nous l’avons déjà vu. Appliquant ce critère aux documents qui lui étaient soumis, le juge Kelen a conclu qu’aucun des documents demandés ne relevait d’une institution fédérale. En bref, il a tranché les trois premières demandes sur le fondement suivant.

[61] En premier lieu, le juge Kelen a conclu que les agendas du premier ministre ne relevaient pas du BCP. Les agendas avaient été créés par des membres du personnel exonéré du premier ministre et ils demeuraient toujours en la possession du premier ministre ou de son personnel exonéré. Aucune « institution fédérale » n’avait la possession matérielle des documents ou le droit de les obtenir.

[62] Deuxièmement, les copies abrégées ou non abrégées des agendas du ministre des Transports ne relevaient pas d’une institution fédérale. Les agendas originaux demeuraient toujours en la possession du cabinet du ministre et ils n’étaient communiqués ni au sous-ministre ni à personne d’autre au sein de l’institution fédérale. Les agendas abrégés se trouvaient en la possession de l’institution fédérale pour une période de temps limitée, mais ils n’étaient pas conservés après la date en cause et personne ne s’attendait à ce que le cabinet du ministre communique les agendas une seconde fois.

[63] Troisièmement, les blocs-notes détenus par le cabinet du ministre de la Défense nationale ne relevaient pas du ministère de la Défense nationale.

created and maintained by exempt staff for their personal use and would not have been produced to government officials. While the Minister relied upon his exempt staff for taking notes of meetings, he himself never looked at the notes. The emails also were not under the control of the Department of National Defence. They did not contain substantive information about departmental matters.

[64] As stated earlier, the Commissioner presents virtually no argument in respect of the findings of fact made by Kelen J. I agree with the Federal Court of Appeal that the conclusions reached by Kelen J. on the issue of control were open to him on the record and entitled to deference.

[65] I would not give effect to the second ground of appeal on the issue of control. Consequently, I would dismiss the Commissioner's appeals on the first three applications with costs.

[66] On the fourth application, it is agreed that the Prime Minister's agendas in the possession of the RCMP and the PCO were under the control of a "government institution" for the purposes of the *Access to Information Act*. Therefore, this brings us to the final issue.

4.3 *Issue 3: Are the Prime Minister's Agendas at Issue Exempt or Excluded From Disclosure Pursuant to Section 19 of the Access to Information Act and Section 3(j) of the Privacy Act?*

[67] The definition of "government institution" is the same under both the *Access to Information Act* and the *Privacy Act*. The RCMP and the PCO are specifically listed in Schedule I and,

Ils étaient créés et conservés par le personnel exonéré pour son usage personnel et ils n'auraient pas été communiqués aux fonctionnaires du gouvernement. Même si le ministre comptait sur son personnel exonéré pour prendre des notes lors des rencontres, il ne consultait jamais lui-même ces notes. Les courriels ne relevaient pas non plus du ministère de la Défense nationale. Ils ne renfermaient pas de renseignements de fond portant sur des affaires ministérielles.

[64] Comme nous l'avons déjà précisé, la Commissaire n'invoque pratiquement aucun argument au sujet des conclusions de fait tirées par le juge Kelen. Je suis d'accord avec la Cour d'appel fédérale pour dire que, compte tenu du dossier, il était loisible au juge Kelen de tirer les conclusions auxquelles il en est arrivé sur la question de savoir si les documents relevaient ou non d'une institution fédérale. J'estime également qu'il y a lieu de faire preuve de déférence envers ces conclusions.

[65] Je ne retiendrais pas le second moyen d'appel en ce qui concerne la question de savoir si les documents relevaient ou non d'une institution fédérale. En conséquence, je suis d'avis de rejeter avec dépens les pourvois formés par la Commissaire sur les trois premières demandes.

[66] Sur la quatrième demande, il est acquis aux débats que les agendas du premier ministre qui se trouvaient en la possession de la GRC et du BCP relevaient d'une « institution fédérale » au sens de la *Loi sur l'accès à l'information*. Ce qui nous amène donc à la dernière question à trancher.

4.3 *Troisième question : Les agendas en cause du premier ministre sont-ils soustraits à la communication en vertu de l'art. 19 de la Loi sur l'accès à l'information et de l'al. j) de la définition de « renseignements personnels » figurant à l'art. 3 de la Loi sur la protection des renseignements personnels?*

[67] La définition d'« institution fédérale » est la même dans la *Loi sur l'accès à l'information* et dans la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. La GRC et le BCP sont expressément nommés

as such, are government institutions. Records under their control must be disclosed, subject to certain statutory exemptions. Section 19(1) of the *Access to Information Act* prohibits the head of a government institution from releasing any record that contains “personal information as defined in section 3 of the *Privacy Act*”. However, s. 3(j) creates an exception by allowing for the disclosure of personal information where such information pertains to “an individual who is or was an officer or employee of a government institution” and where the information in question “relates to the position or functions of the individual”. In short, the s. 3(j) exception will apply, and those parts of the Prime Minister’s agenda that relate to his job must be disclosed, if the Prime Minister is an “officer . . . of a government institution”.

[68] Under both statutes, the “head” of a government institution includes “in the case of a department or ministry of state, the member of the Queen’s Privy Council for Canada”. The Prime Minister is the head of the PCO under this definition. The term “officer”, however, is not defined. The question is whether the Prime Minister as “head” of a government institution is also an “officer” of that institution.

[69] Kelen J. held that he was. In reaching this conclusion, he relied upon the definition of “public officer” found in the *Financial Administration Act*, R.S.C. 1985, c. F-11, s. 2, which includes “a minister of the Crown and any person employed in the federal public administration”. He also relied on the definition of “public officer” in the *Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21, s. 2, which includes “any person in the federal public administration who is authorized by or under an enactment to do or enforce the doing of an act or thing or to exercise a power, or on whom a duty is imposed by or under an enactment” (para. 107).

à l’annexe I et ils constituent donc des institutions fédérales. Les documents relevant de la GRC et du BCP doivent donc être communiqués, sous réserve de certaines exceptions prévues par la Loi. Le paragraphe 19(1) de la *Loi sur l’accès à l’information* prévoit que le responsable d’une institution fédérale est tenu de refuser la communication de documents « contenant les renseignements personnels visés à l’article 3 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* ». L’alinéa j) de la définition de « renseignements personnels » figurant à l’art. 3 de cette dernière Loi prévoit toutefois une exception en permettant la communication de renseignements personnels qui concernent « un cadre ou employé, actuel ou ancien, d’une institution fédérale » et qui portent « sur son poste ou ses fonctions ». Bref, l’exception prévue à cet alinéa joue si le premier ministre est un « cadre [. . .] d’une institution fédérale », auquel cas les passages de l’agenda du premier ministre qui portent sur son poste doivent être communiqués.

[68] Sous le régime des deux lois en question, le « responsable » d’une institution fédérale comprend « [l]e membre du Conseil privé de la Reine pour le Canada sous l’autorité duquel est placé un ministère ou un département d’État ». Le premier ministre est le responsable du BCP au sens de cette définition. Le terme « cadre » n’est cependant pas défini. La question qui se pose est celle de savoir si le premier ministre, en tant que « responsable » d’une institution fédérale, est également un « cadre » de cette institution.

[69] Le juge Kelen a répondu par l’affirmative à cette question. Pour en arriver à cette conclusion, il s’est fondé sur la définition de l’expression « fonctionnaire public » que l’on trouve dans la *Loi sur la gestion des finances publiques*, L.R.C. 1985, ch. F-11, art. 2, en l’occurrence : « Ministre ou toute autre personne employée dans l’administration publique fédérale ». Il s’est également fondé sur la définition de « fonctionnaire public » de la *Loi d’interprétation*, L.R.C. 1985, ch. I-21, art. 2, en l’occurrence : « Agent de l’administration publique fédérale dont les pouvoirs ou obligations sont prévus par un texte » (par. 107).

[70] The Federal Court of Appeal reversed this finding, holding that Kelen J. “erred in law in importing into the *Privacy Act* the definitions of ‘public officer’ from statutes dealing with different subjects that use that term in different contexts” (Decision 2, at para. 5). In its view, “[t]he same understanding about the special governmental role of the Prime Minister” discussed in the first three applications “would have formed part of the foundation for the drafting of the *Privacy Act*” (para. 8). The Federal Court of Appeal concluded that it would be inconsistent with Parliament’s intention to interpret the *Privacy Act* in a way that would include the Prime Minister as an officer of a government institution.

[71] I agree with the Federal Court of Appeal that Kelen J. erred in relying on the definition of “public officer” in two other statutes. It is clear that the definition of “public officer” found in the *Financial Administration Act* is a broad definition which deals with an unrelated subject and operates in a different context. The definition contained in the *Interpretation Act* could arguably be relevant, as s. 3(1) states: “Every provision of this Act applies, unless a contrary intention appears, to every enactment, whether enacted before or after the commencement of this Act”. However, I find no support for incorporating the definition of “public officer” in this context. First, while there may be overlap between the two terms, the term “public officer” used in the *Interpretation Act* is simply not the same as the term “officer . . . of a government institution” used in the *Privacy Act*. Second, the definition “public officer” is contained in the list of definitions under s. 2 of the *Interpretation Act*, which is expressly stated to apply “[i]n this Act”. The definition is not repeated in the definitions contained in s. 35, which conversely, apply “[i]n every enactment”. Finally, the *Interpretation Act* itself differentiates between a “public officer” and a “minister of the Crown” (see, e.g., s. 24). In my view, the Federal Court of Appeal rightly concluded that the meaning of “officer of a

[70] La Cour d’appel fédérale a infirmé cette conclusion en jugeant que le juge Kelen « a commis une erreur de droit en important dans la *Loi sur la protection des renseignements personnels* la définition de “fonctionnaire public” de lois portant sur des sujets différents et qui emploient cette expression dans des contextes différents » (décision 2, par. 5). À son avis, « [l]a rédaction de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* aurait été inspirée en partie de cette même compréhension [retenue dans les trois premières demandes] de la fonction du premier ministre au sein du gouvernement » (par. 8). La Cour d’appel fédérale a conclu qu’il irait à l’encontre de la volonté du législateur d’interpréter la *Loi sur la protection des renseignements personnels* de manière à assimiler le premier ministre à un cadre d’une institution fédérale.

[71] Je suis d’accord avec la Cour d’appel fédérale pour dire que le juge Kelen a commis une erreur en se fondant sur la définition de l’expression « fonctionnaire public » donnée par deux autres lois. Il est évident que la définition de l’expression « fonctionnaire public » que l’on trouve dans la *Loi sur la gestion des finances publiques* est une définition large qui porte sur un tout autre objet et qui s’applique dans un contexte différent. On pourrait soutenir que la définition que donne la *Loi d’interprétation* est pertinente, si l’on tient compte du libellé du par. 3(1) qui dispose : « Sauf indication contraire, la présente loi s’applique à tous les textes, indépendamment de leur date d’édiction. » Je ne vois toutefois rien qui justifierait d’incorporer la définition de « fonctionnaire public » dans ce contexte. En premier lieu, bien que les acceptions du terme « cadre » et de l’expression « fonctionnaire public » puissent se recouper, cette dernière expression, telle qu’elle est employée dans la *Loi d’interprétation*, n’est tout simplement pas la même que l’expression « cadre [. . .] d’une institution fédérale » que l’on trouve dans la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. En deuxième lieu, la définition de « fonctionnaire public » se trouve dans la liste des définitions qui sont prévues à l’art. 2 de la *Loi d’interprétation*, et qui, selon ce que cette Loi précise bien, ne s’appliquent qu’« à la présente loi ».

government institution” must be ascertained in its proper context.

[72] In effect, the Commissioner’s position on this issue follows the same rationale underlying her arguments on the other grounds of appeal. She argues in favour of a function-based approach in order to interpret the term “officer”, according to which a Minister would be considered an officer of a government institution when exercising powers in relation to the institution, and not an officer of a government institution when exercising powers unrelated to the institution. The problem with this approach, however, is that there is nothing in either statute suggesting that a person might be an officer for some purposes and not for others.

[73] Nor is there any support in either statute for finding that a Minister is intended to be an “officer” of the government institution simply because he is the “head” of that institution. In fact, s. 73 of the *Access to Information Act* suggests the opposite, given that it provides that the “head” of the government institution may delegate powers and duties under the Act to one or more “officers or employees” of the government institution. A distinction is therefore drawn between “head” and “officer” in that provision. Further, as noted earlier in discussing the definition of “government institution”, s. 21 of the *Access to Information Act* also makes a distinction between “officer”, “employee”, and “minister”.

[74] Finally, as this Court explained in *Dagg v. Canada (Minister of Finance)*, [1997] 2 S.C.R. 403 (*per* La Forest J. in dissent but not on this point), and reiterated in *RCMP*, the *Access to Information*

Cette définition n’est pas reprise dans les définitions que l’on trouve à l’art. 35, lequel, à l’inverse, s’applique « à tous les textes ». Enfin, la *Loi d’interprétation* fait elle-même une distinction entre un « fonctionnaire public » et un « ministre » (voir, p. ex., l’art. 24). À mon avis, c’est à bon droit que la Cour d’appel fédérale a conclu que le sens de l’expression « cadre d’une institution fédérale » doit être déterminé en le situant dans le contexte qui lui est propre.

[72] En fait, la thèse de la Commissaire sur ce point suit le même raisonnement que celui qui est à la base des arguments qu’elle fait valoir au sujet des autres moyens d’appel. Elle plaide en faveur d’une approche fonctionnelle qui ferait en sorte que l’on interprète le terme « cadre » en considérant un ministre comme un cadre d’une institution fédérale lorsqu’il exerce ses pouvoirs en rapport avec l’institution, et différemment d’un cadre d’une institution fédérale lorsqu’il exerce des pouvoirs qui ne sont pas reliés à l’institution. Le problème que comporte cette approche réside toutefois dans le fait que rien, dans l’une ou l’autre loi, ne permet de penser qu’une personne pourrait être un cadre pour certaines fins et non pour d’autres.

[73] Aucune des deux lois ne permet non plus de conclure qu’un ministre est censé être un « cadre » de l’institution fédérale du simple fait qu’il est le « responsable » de cette institution. En fait, l’art. 73 de la *Loi sur l’accès à l’information* laisse entrevoir le contraire, compte tenu du fait qu’il prévoit que le « responsable » d’une institution fédérale peut déléguer certaines de ses attributions à « des cadres ou employés » de l’institution. Cette disposition établit donc une distinction entre un « responsable » et un « cadre ». De plus, ainsi que je l’ai déjà signalé en discutant de la définition de l’expression « institution fédérale », l’art. 21 de la *Loi sur l’accès à l’information* établit également une distinction entre les termes « dirigeant », « employé » et « ministre ».

[74] Enfin, comme notre Cour l’a expliqué dans l’arrêt *Dagg c. Canada (Ministre des Finances)*, [1997] 2 R.C.S. 403 (le juge La Forest, dissident, mais pas sur ce point), et l’a répété dans l’arrêt

Act and the *Privacy Act* are to be read together as a seamless code. The interpretation of Kelen J. and the Commissioner would create discordance between the two statutes. Under the *Access to Information Act*, a Minister or Prime Minister would not be part of a government institution, while under the *Privacy Act*, he would be considered an “officer” of the government institution. I agree with the Federal Court of Appeal. Had Parliament intended the Prime Minister to be treated as an “officer” of the PCO pursuant to the *Privacy Act*, it would have said so expressly. Applying s. 3(j) of the *Privacy Act* to the relevant portions of the Prime Minister’s agenda under the control of the RCMP and the PCO, I conclude that they fall outside the scope of the access to information regime.

[75] I would therefore dismiss the Commissioner’s appeal on the fourth application with costs.

The following are the reasons delivered by

LEBEL J. —

1. Overview

[76] I agree with Charron J.’s conclusions and with much of what she says in her reasons, including her findings on the applicable standard of review and on the use of expert evidence, and the control test she proposes. I also agree with my colleague’s view that a Minister’s office is not a “government institution” for the purposes of the *Access to Information Act*, R.S.C. 1985, c. A-1 (“the Act”). Nonetheless, in my opinion, this conclusion cannot be the basis for an implied exception for political records. The legal relationship between a Minister’s office and the government institution for which the Minister is responsible may have some bearing on whether or not the institution in question controls a

GRC, la *Loi sur l’accès à l’information* et la *Loi sur la protection des renseignements personnels* doivent être considérées ensemble comme s’il s’agissait d’un code homogène. L’interprétation proposée par le juge Kelen et par la Commissaire créerait une dissonance entre ces deux lois. Suivant la *Loi sur l’accès à l’information*, un ministre ou le premier ministre ne feraient pas partie d’institutions fédérales, tandis que, sous le régime de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, ils seraient considérés comme des « cadres » d’institutions fédérales. J’abonde dans le sens de la Cour d’appel fédérale. Si le législateur fédéral avait voulu que le premier ministre soit assimilé à un « cadre » du BCP pour l’application de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, il l’aurait dit explicitement. Appliquant aux passages pertinents de l’agenda du premier ministre relevant de la GRC et du BCP, l’al. j) de la définition de « renseignements personnels » figurant à l’art. 3 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, je conclus que ces passages échappent à l’application du régime d’accès à l’information.

[75] Je suis par conséquent d’avis de rejeter avec dépens le pourvoi de la Commissaire en ce qui concerne la quatrième demande.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE LEBEL —

1. Aperçu général

[76] Je souscris aux conclusions de la juge Charron et, dans une large mesure, aux propos qu’elle tient dans ses motifs, notamment ses constatations sur la norme de contrôle applicable et sur l’utilisation de la preuve d’expert, ainsi qu’au critère qu’elle propose à l’égard de l’expression « relevant de ». Je partage également l’avis de ma collègue que le cabinet d’un ministre n’est pas une « institution fédérale » pour l’application de la *Loi sur l’accès à l’information*, L.R.C. 1985, ch. A-1 (« la Loi »). J’estime néanmoins que cette conclusion ne saurait justifier la création d’une exception implicite au sujet des documents politiques. Les rapports juridiques entre le cabinet d’un ministre et

requested record. However, that relationship does not give rise to an implied presumption that the public does not have a right of access to records in a Minister's office.

[77] As my colleague points out, at para. 41, s. 2 of the *Access to Information Act* indicates that exceptions to the public's right of access must be "necessary". Moreover, such exceptions must be "limited and specific" according to the Act. If the Act does not specifically exempt political records, the right of access is presumed to apply to them. For the reasons that follow, I disagree with my colleague and with the Government that this presumption, which follows from a plain reading of the Act, "would dramatically expand the access to information regime in Canada" (see para. 13).

2. Purpose of the *Access to Information Act*: To Strike a Balance Between Democracy and Efficient Governance

[78] As my colleague points out in para. 15, this Court recently stated that access to government information "can increase transparency in government, contribute to an informed public, and enhance an open and democratic society. Some information in the hands of those institutions is, however, entitled to protection in order to prevent the impairment of those very principles and promote good governance" (*Ontario (Public Safety and Security) v. Criminal Lawyers' Association*, 2010 SCC 23, [2010] 1 S.C.R. 815, per McLachlin C.J. and Abella J., at para. 1).

[79] Access to information legislation embodies values that are fundamental to our democracy. In *Criminal Lawyers' Association*, this Court recognized that where access to government information is essential, it is protected by the right to freedom of expression under s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* as a derivative right. Statutes that protect *Charter* rights

l'institution fédérale dont celui-ci est responsable peuvent avoir une certaine incidence sur la question de savoir si le document demandé relève de l'institution en cause. Cependant, ces rapports juridiques ne créent pas implicitement une présomption qui priverait le public de tout droit d'accès aux documents se trouvant au cabinet d'un ministre.

[77] Comme ma collègue le souligne au par. 41, l'art. 2 de la Loi indique que les exceptions au droit d'accès du public doivent être « indispensables ». De plus, selon la Loi, ces exceptions doivent être « précises et limitées ». Si la Loi ne prévoit pas explicitement qu'ils sont exemptés, il faut présumer que le droit d'accès s'applique aux documents politiques. Pour les motifs qui suivent, je ne puis convenir avec ma collègue et le gouvernement que cette présomption, clairement exprimée dans la Loi, « aurait pour effet d'élargir considérablement la portée du régime d'accès à l'information au Canada » (voir le par. 13).

2. L'objet de la *Loi sur l'accès à l'information* : établir un équilibre entre la démocratie et une gouvernance efficace

[78] Comme ma collègue le souligne au par. 15 de ses motifs, notre Cour a récemment affirmé que l'accès aux renseignements gouvernementaux « peut accroître la transparence du gouvernement, aider le public à se former une opinion éclairée et favoriser une société ouverte et démocratique. Certains renseignements détenus par ces institutions doivent toutefois être protégés pour empêcher une atteinte à ces mêmes principes et promouvoir une bonne gouvernance » (*Ontario (Sûreté et Sécurité publique) c. Criminal Lawyers' Association*, 2010 CSC 23, [2010] 1 R.C.S. 815, la juge en chef McLachlin et la juge Abella, par. 1).

[79] La législation en matière d'accès à l'information incarne des valeurs fondamentales pour notre démocratie. La Cour a reconnu dans l'arrêt *Criminal Lawyers' Association* que l'accès aux renseignements gouvernementaux a un caractère essentiel et jouit, en tant que droit dérivé, de la garantie de la liberté d'expression accordée par l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

have often been found to have quasi-constitutional status (see, e.g., *Lavigne v. Canada (Office of the Commissioner of Official Languages)*, 2002 SCC 53, [2002] 2 S.C.R. 773, at paras. 21-23, but also *Robichaud v. Canada (Treasury Board)*, [1987] 2 S.C.R. 84, and *Béliveau St-Jacques v. Fédération des employées et employés de services publics inc.*, [1996] 2 S.C.R. 345). One such statute is the *Privacy Act*, R.S.C. 1985, c. P-21, which, as has often been stated, must be read together with the *Access to Information Act* as a “seamless code” (see *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Commissioner of the Royal Canadian Mounted Police)*, 2003 SCC 8, [2003] 1 S.C.R. 66, at para. 22, and *H.J. Heinz Co. of Canada Ltd. v. Canada (Attorney General)*, 2006 SCC 13, [2006] 1 S.C.R. 441, at para. 2).

[80] Moreover, this Court’s position is consistent with the view that access to information legislation creates and safeguards certain values — transparency, accountability and governance — that are essential to making democracy workable (see M. W. Drapeau and M.-A. Racicot, *Federal Access to Information and Privacy Legislation Annotated 2011* (2010), at p. v). Before the advent of modern government, the mechanisms that embodied these values were subsumed in the doctrine of ministerial responsibility, according to which Ministers were accountable to Parliament for their actions. The sovereign Parliament, and only Parliament, was responsible for holding governments to account (J. F. McEldowney, “Accountability and Governance: Managing Change and Transparency in Democratic Government” (2008), 1 *J.P.P.L.* 203, at pp. 203-4).

[81] As McEldowney observes, the growing complexity of modern government has entailed unprecedented delegation of parliamentary powers to the executive branch of government. In this context, “[t]he complexity and variety of bodies involved in decision-making has contributed to a gap in our system of accountability” (p. 209). In Canada, access to information legislation was enacted to respond to and deal with the rising

De plus, les lois protégeant des droits garantis par la *Charte* ont souvent été qualifiées de quasi constitutionnelles (voir, p. ex., *Lavigne c. Canada (Commissariat aux langues officielles)*, 2002 CSC 53, [2002] 2 R.C.S. 773, par. 21-23, mais aussi *Robichaud c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1987] 2 R.C.S. 84, et *Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés de services publics inc.*, [1996] 2 R.C.S. 345). Citons à titre d'exemple la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. 1985, ch. P-21, qui, comme on l’a affirmé à maintes reprises, doit être interprétée conjointement avec la *Loi sur l'accès à l'information* comme un « code homogène » (voir *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Commissaire de la Gendarmerie royale du Canada)*, 2003 CSC 8, [2003] 1 R.C.S. 66, par. 22, et *Cie H.J. Heinz du Canada ltée c. Canada (Procureur général)*, 2006 CSC 13, [2006] 1 R.C.S. 441, par. 2).

[80] De plus, la position de notre Cour concorde avec l’opinion que la législation en matière d’accès à l’information établit et protège certaines valeurs — la transparence, la responsabilité et la gouvernance — essentielles au bon fonctionnement de la démocratie (voir M. W. Drapeau et M.-A. Racicot, *Federal Access to Information and Privacy Legislation Annotated 2011* (2010), p. v). Avant l’avènement de l’État moderne, les mécanismes qui incarnaient ces valeurs étaient subordonnés au principe de la responsabilité ministérielle, selon lequel les ministres devaient rendre compte de leurs actes devant le Parlement. Seul le Parlement souverain pouvait demander des comptes aux gouvernements (J. F. McEldowney, « Accountability and Governance : Managing Change and Transparency in Democratic Government » (2008), 1 *J.P.P.L.* 203, p. 203-204).

[81] Comme le fait remarquer McEldowney, la complexité croissante de l’État moderne a donné lieu à une délégation sans précédent des pouvoirs du Parlement aux organes exécutifs du gouvernement. Dans ce contexte, [TRADUCTION] « [l]a complexité et la diversité des organismes participant à la prise des décisions a entraîné un décalage dans le régime de responsabilité canadien » (p. 209). La législation canadienne en matière d’accès

power of administrative agencies (see *Dagg v. Canada (Minister of Finance)*, [1997] 2 S.C.R. 403, at paras. 60-61; see also G. J. Levine, *The Law of Government Ethics: Federal, Ontario and British Columbia* (2007), at pp. 109-10).

[82] This being said, in access to information matters, the Court has consistently sought to ensure a degree of government accountability to Canadian citizens, while at the same time accepting that rights of access and the values they safeguard must be balanced against the interests of efficient governance (see *Criminal Lawyers' Association*, at para. 1, and *Dagg*, at paras. 45-57). This balance has been struck in access to information legislation by means of a presumption of a right of access — as opposed to a presumption that access should be refused — to all records, subject to exceptions that are specified in the legislation.

[83] In *Criminal Lawyers' Association*, this Court reaffirmed that the right of access to government documents is not absolute (para. 35; see also *Rubin v. Canada (Clerk of the Privy Council)*, [1996] 1 S.C.R. 6). There is no constitutional right of access. The right is created by statute and is subject to specific exceptions provided for in the statute. Though the right must be interpreted liberally, exceptions to it must be interpreted narrowly, as is suggested by s. 2 of the Act, which requires that exceptions be not only “specific”, but “limited”. Accordingly, it is imperative that exemptions be limited to those provided for in ss. 13 to 26; qualifying words should not be read into the Act (see *Canada Post Corp. v. Canada (Minister of Public Works)*, [1995] 2 F.C. 110 (C.A.)).

3. To Protect “Full and Frank Discussion” in a Minister’s Office Without Excluding Ministers’ Offices From the Scope of the Act

[84] “[P]olitical records” are not explicitly exempt from disclosure under the *Access to Information Act*. They are records that pertain to

à l’information a été adoptée en réaction au pouvoir grandissant de l’administration (voir *Dagg c. Canada (Ministre des Finances)*, [1997] 2 R.C.S. 403, par. 60-61; voir aussi G. J. Levine, *The Law of Government Ethics : Federal, Ontario and British Columbia* (2007), p. 109-110).

[82] Cela dit, dans le domaine de l’accès à l’information, la Cour a toujours cherché à assurer un certain degré de responsabilité gouvernementale envers les citoyens canadiens, tout en reconnaissant la nécessité de concilier, d’une part, les droits d’accès et les valeurs que ceux-ci protègent et, d’autre part, les intérêts d’une gouvernance efficace (voir *Criminal Lawyers' Association*, par. 1, et *Dagg*, par. 45-57). La législation en matière d’accès à l’information a réalisé cet équilibre en créant une présomption d’accessibilité de tous les documents, sous réserve des exceptions prévues par la législation — plutôt qu’une présomption selon laquelle l’accès doit être refusé.

[83] Dans *Criminal Lawyers' Association*, la Cour a réitéré que le droit d’accès aux documents gouvernementaux n’est pas absolu (par. 35, voir aussi *Rubin c. Canada (Greffier du Conseil privé)*, [1996] 1 R.C.S. 6). La Constitution ne garantit pas un tel droit d’accès. La Loi crée ce droit et le subordonne aux exceptions précises qu’elle prescrit. Ce droit commande une interprétation libérale, mais les exceptions dont il est assorti doivent recevoir une interprétation étroite, comme l’indique l’art. 2 de la Loi, selon lequel les exceptions seront non seulement « précises », mais aussi « limitées ». Il est donc impératif que les exemptions se limitent à celles énumérées aux art. 13 à 26; il faut éviter d’ajouter à la Loi, par interprétation, des termes restrictifs (voir *Société canadienne des postes c. Canada (Ministre des Travaux publics)*, [1995] 2 C.F. 110 (C.A.)).

3. Protéger la tenue de « débats ouverts et francs » au cabinet d’un ministre sans exclure ce cabinet du champ d’application de la Loi

[84] La Loi ne soustrait pas explicitement les « documents politiques » à la communication. Ces documents concernent les activités du ministre en

a Minister's activities as a member of a political party, as opposed to his or her duties as a member of Cabinet who is accountable to Parliament for the administration of a government department. In line with the interpretative approach adopted by this Court in *Criminal Lawyers' Association*, we must conclude that the right of access can be presumed to apply to political records but that it is subject to any of the statutory exceptions that apply. These exceptions reflect the complexity of the various functions of Ministers of the Crown in a modern parliamentary democracy.

[85] I agree completely with my colleague that this interpretative approach must be reconciled with "the need for a private space to allow for the full and frank discussion of issues" (para. 41). I also agree with her that in s. 21 of the Act, Parliament has recognized "the need for confidential advice to be sought by and provided to a Minister and [that], consequently, records in a government institution offering such advice are exempt from disclosure at the discretion of the head of the institution" (para. 41). I would contend, however, that the structure of the Act and the inclusion of s. 21 already address this concern explicitly.

[86] As a result, I disagree with the assertion that the need for a full and frank discussion justifies excluding Ministers' offices from the scope of the Act. To read such a broad exemption into the Act is not "necessary" within the meaning of s. 2, because the concern is already addressed explicitly. In my view, to read this exclusion into the Act is to deviate from the approach adopted by the Court in *Criminal Lawyers' Association*, as outlined above.

[87] The conclusion that a Minister's office is not a government institution flows from the modern approach to statutory interpretation, which my colleague describes as a "general roadmap", at para. 27. But I feel it necessary to distance myself from the findings of Kelen J., which my colleague draws

sa qualité de membre d'un parti politique plutôt que les fonctions qu'il exerce à titre de membre du Cabinet, responsable devant le Parlement de l'administration d'un ministère. Pour rester fidèle à la méthode d'interprétation que la Cour a retenue dans *Criminal Lawyers' Association*, nous devons conclure que le droit d'accès est présumé s'appliquer aux documents politiques sous réserve des exceptions légales applicables. Ces exceptions traduisent la complexité des différentes fonctions qu'exercent les ministres dans une démocratie parlementaire moderne.

[85] Je suis tout à fait d'accord avec ma collègue pour affirmer qu'il faut concilier cette méthode d'interprétation avec « la nécessité de prévoir un espace privé où il est possible de débattre ouvertement et franchement de certaines questions » (par. 41). Je conviens aussi avec elle que le législateur reconnaît, à l'art. 21 de la Loi, « le besoin qu'ont les ministres de solliciter et de recevoir des avis confidentiels de sorte que les documents d'une institution fédérale qui contiennent de tels avis sont soustraits à la communication, à la discrétion du responsable de l'institution » (par. 41). Toutefois, à mon avis, l'économie de la Loi et l'insertion de l'art. 21 répondent déjà expressément à cette nécessité.

[86] En conséquence, je ne peux souscrire à l'affirmation de ma collègue que la nécessité d'un débat ouvert et franc justifie de soustraire les cabinets des ministres à l'application de la Loi. Il n'est pas « indispensable », au sens de l'art. 2, d'incorporer par interprétation à la Loi une exemption aussi générale, car la Loi pourvoit déjà expressément à cette préoccupation. À mon avis, intégrer par interprétation pareille exclusion dans la Loi ne respecte pas l'approche retenue par notre Cour dans *Criminal Lawyers' Association*, comme je l'ai expliqué précédemment.

[87] La conclusion que le cabinet d'un ministre n'est pas une institution fédérale découle de la méthode moderne d'interprétation des lois, méthode que ma collègue qualifie d'« indications générales » au par. 27. J'estime toutefois nécessaire d'exprimer ma réserve à l'égard des conclusions du

on as “useful guideposts” for her interpretation (para. 27).

[88] More specifically, I take issue with Kelen J.'s interpretation of Parliament's silence regarding political records (2008 FC 766, [2009] 2 F.C.R. 86, at paras. 57-60). On the basis of that silence, Kelen J. reasoned that an interpretation of the term “government institution” that included Ministers' offices would dramatically extend the right of access. I cannot agree with this view.

[89] As I mentioned above, this Court's approach has been that access to information legislation creates a general right of access to which there are necessary exceptions that must be limited and specific. If the legislature is silent with respect to a given class of documents, such as political records, courts must assume, *prima facie* at least, that the documents in question are not exempt. Whether access can indeed be obtained as requested is a different matter for which it is necessary to design an appropriate control test. Therefore, it cannot be inferred from the legislature's silence that political records were not intended to be disclosed at all. Politics and administration are sometimes intertwined in our democratic system. As a result, the contents of ministerial records may straddle the two worlds of politics and pure administration, if it is even possible to draw so sharp a distinction between the different roles of Ministers in Canada's political system. On this basis, the much bolder inference that Ministers' offices are presumptively excluded from the purview of the *Access to Information Act* is also incorrect.

[90] Kelen J. also concluded that all ministerial records are presumptively excluded on the basis that the *Library and Archives of Canada Act*, S.C. 2004, c. 11, differentiates “government records” from “ministerial records”. Government records and ministerial records are indeed different. In s. 2 of the *Library and Archives of Canada Act*, a “government record” is defined as “a record that is

juge Kelen, que ma collègue utilise comme « points de repère utiles » pour son interprétation (par. 27).

[88] Je m'inscris plus particulièrement en faux contre l'interprétation donnée par le juge Kelen au silence du législateur à propos des documents politiques (2008 CF 766, [2009] 2 R.C.F. 86, par. 57-60). En raison de ce silence, le juge Kelen estime qu'interpréter « institution fédérale » comme englobant les cabinets des ministres aurait pour effet d'élargir considérablement le droit d'accès. Je ne puis accepter son raisonnement sur ce point.

[89] Rappelons que, selon la Cour, la législation en matière d'accès à l'information crée un droit général d'accès assorti d'exceptions indispensables qui doivent demeurer limitées et précises. Si le législateur reste muet à l'égard d'une catégorie donnée de documents, comme les documents politiques, les cours doivent présumer, du moins à première vue, que ces documents ne sont pas soustraits à la communication. La possibilité d'obtenir sur demande l'accès à ces documents est une question distincte qui commande l'élaboration d'un critère adéquat pour dégager le sens de l'expression « relevant de ». On ne saurait donc conclure du silence du législateur que les documents politiques se trouvent exclus de l'application de l'obligation générale de communication. Dans notre régime démocratique, le politique et l'administratif se chevauchent parfois. Par conséquent, le contenu des documents ministériels peut recouper les sphères de la politique et de l'administration pure, à supposer qu'il soit même possible d'établir une distinction aussi nette entre les différents rôles attribués aux ministres dans le régime politique canadien. En conséquence, la conclusion beaucoup plus tranchée que les cabinets des ministres sont présumés soustraits à l'application de la Loi est elle aussi incorrecte.

[90] Le juge Kelen a également conclu à l'existence d'une présomption d'inaccessibilité de tous les documents ministériels en se fondant sur la *Loi sur la Bibliothèque et les Archives du Canada*, L.C. 2004, ch. 11, qui distingue les « documents fédéraux » des « documents ministériels ». Ces deux types de documents sont effectivement différents. Selon l'art. 2 de la *Loi sur la Bibliothèque et les*

under the control of a government institution”. On the other hand, a “ministerial record” is a record

of a member of the Queen’s Privy Council for Canada who holds the office of a minister and that pertains to that office, other than a record that is of a personal or political nature or that is a government record.

[91] With respect, the fact that these two kinds of records are treated differently in the *Library and Archives of Canada Act* does not mean that ministerial records are presumptively outside the scope of the *Access to Information Act*. My position on the legal relationship between a Minister’s office and the government institution for which the Minister is responsible flows from a plain reading of the Act. As my colleague mentions, Ministers’ offices are not listed in Schedule I of the Act, and I accordingly agree with her that they should not be considered “government institutions” for the purposes of the Act. This being said, it does not follow that Ministers’ offices are presumptively excluded from the scope of the Act. The fact that Ministers’ offices are separate and different from government institutions does not mean that a government institution cannot control a record that is not in its premises. If a government institution controls a record in a Minister’s office, the record falls within the scope of the Act. If it falls within the scope of the Act, the head must facilitate access to it on the basis of the procedure and the limits specified in the Act.

[92] The *Access to Information Act* applies to records. Ministers’ offices remain within the scope of the Act inasmuch as they possess “record[s] under the control of a government institution” (s. 4). The right of access is presumed to apply to such records unless they fall under a specific exemption.

[93] In my view, the presumption that the Act applies to Ministers’ offices does not expand the right of access at all. Any requested record that is

Archives du Canada, « document fédéral » s’entend d’un « [d]ocument qui relève d’une institution fédérale ». Pour sa part, le « document ministériel » est un document afférent à la qualité de ministre

d’un membre du Conseil privé de la Reine pour le Canada, à l’exclusion des documents personnels ou politiques et des documents fédéraux.

[91] Avec égards pour l’opinion contraire, la différence de traitement faite entre ces deux types de documents dans la *Loi sur la Bibliothèque et les Archives du Canada* ne signifie pas qu’il existe une présomption soustrayant les documents ministériels à l’application de la Loi. Ma position concernant les rapports juridiques qu’entretiennent le cabinet d’un ministre et l’institution fédérale dont celui-ci est responsable se fonde sur le sens clair de la Loi. Comme l’affirme ma collègue, les cabinets des ministres ne figurent pas à l’annexe I de la Loi, et je conviens donc avec elle qu’ils ne doivent pas être considérés comme des « institutions fédérales » pour l’application de la Loi. Cela dit, il ne s’ensuit pas que les cabinets des ministres sont présumés échapper à l’application de la Loi. Bien que les cabinets des ministres soient autonomes et différents des institutions fédérales, cette considération n’empêche pas un document qui ne se trouve pas dans les locaux d’une institution fédérale de relever de cette dernière. Si un document conservé au cabinet d’un ministre relève d’une institution fédérale, la Loi s’applique à ce document. En pareil cas, le responsable doit faciliter l’accès au document conformément à la procédure et aux limites prescrites par la Loi.

[92] La Loi s’applique aux documents et les cabinets des ministres continuent de relever du champ d’application de celle-ci dans la mesure où ils sont en possession de « documents des institutions fédérales » (art. 4). Le droit d’accès est présumé viser ces documents si aucune exemption précise ne s’applique à leur égard.

[93] À mon avis, la présomption que la Loi s’applique aux cabinets des ministres n’a aucunement pour effet d’élargir le droit d’accès. Tout document

located in a Minister's office is subject to the two-part control test proposed by my colleague.

[94] For this purpose, the “head” of the government institution must determine, first, whether the requested record relates to a departmental matter. In other words, does the record contain government information? This first stage of the test, “a useful screening device” (para. 55), will exclude all documents, such as political records (e.g. plans for a party fundraiser), that do not relate to a departmental matter.

[95] Second, the head of the government institution must determine whether the institution could reasonably expect to obtain a copy of the record upon request. As my colleague proposes, this stage of the test requires an objective analysis to determine whether that expectation is reasonable in which all relevant factors, including the content of the record, the circumstances in which it was created and the legal relationship between the government institution and the record holder, are taken into account (para. 56). If the record holder is the Minister, the fact that his or her office is not part of the government institution he or she oversees may weigh in the balance; it does not, however, create a presumption of an exception to the right of access.

4. Question of “Hybrid” Records

[96] The *Access to Information Act* is of course not applied in a vacuum. The reality that Ministers wear many hats must be taken into account in doing so. Thus, a Minister is a member of Cabinet who is accountable to Parliament for the administration of a government department, but is usually also a Member of Parliament in addition to being a member of a political party for which he or she performs various functions and, finally, a private person. Records connected with these different functions may blend into each other in the course of regular business.

demandé qui se trouve au cabinet d'un ministre demeure assujéti au critère d'application en deux étapes de l'expression « relevant de » que propose ma collègue.

[94] À cette fin, le « responsable » de l'institution fédérale doit d'abord décider si le document demandé se rapporte à une affaire ministérielle. Autrement dit, le document contient-il des renseignements gouvernementaux? Cette première étape du critère, à savoir « un mécanisme de tamisage utile » (par. 55), permet d'exclure tous les documents — tels les documents politiques (p. ex., des projets de collecte de fonds pour un parti) — qui ne se rapportent pas à une affaire ministérielle.

[95] Deuxièmement, le responsable de l'institution fédérale doit se demander s'il est raisonnable de s'attendre à ce que l'institution obtienne une copie du document sur demande. Comme l'indique ma collègue, cette étape du critère implique une analyse objective du caractère raisonnable des attentes qui tiennent compte de tous les critères pertinents, notamment la teneur du document, les circonstances dans lesquelles il a été créé et les rapports juridiques qu'entretiennent l'institution fédérale et le détenteur du document (par. 56). Si le ministre détient le document, le fait que son cabinet ne fasse pas partie de l'institution fédérale qu'il dirige peut être pris en considération, mais ce facteur ne fait toutefois pas présumer l'existence d'une exception au droit d'accès au document.

4. La question des documents « mixtes »

[96] Bien entendu, la Loi ne s'applique pas dans l'abstrait. Son application doit tenir compte du fait que les ministres agissent en plusieurs qualités. Ainsi, le ministre est non seulement membre du Cabinet et responsable devant le Parlement de l'administration d'un ministère, mais il est aussi, dans la plupart des cas, un député, en plus d'appartenir à un parti politique pour le compte duquel il exerce différentes fonctions et, enfin, il demeure un particulier. Il est donc normal que des documents portent sur des sujets se rattachant à ces diverses qualités du ministre.

[97] As I mentioned above, the right of access is presumed to apply to “political records”, but such records are unlikely to be under the control of a government institution if they do not relate to a departmental matter. At the other end of the spectrum are records that relate to departmental matters and are under the control of a government institution. I will refer to the latter as “government records” for the purposes of this discussion. If requested, government records should be disclosed under the *Access to Information Act*.

[98] It is conceivable, however, that many records will not fall neatly into one category or another. For example, departmental matters are sometimes decided on the basis of political priorities. Documents in which departmental targets are assessed in light of political aims would fall into a grey area. I will refer to such documents as “hybrid records”.

[99] The *Access to Information Act* provides for the existence of this grey area, at least to some extent. Thus, s. 25 provides for the severance of part of a record. Where a Minister is authorized to refuse to disclose a record, the Minister can redact the exempted portions of the document, but must disclose the portions that are not exempted.

[100] In addition, s. 21(1) provides that, subject to specific exceptions in s. 21(2), a Minister has a very broad authorization to refuse to disclose a requested record that contains any of the following:

21. (1) . . .

- (a) advice or recommendations developed by or for a government institution or a minister of the Crown,
- (b) an account of consultations or deliberations in which directors, officers or employees of a government institution, a minister of the Crown or the staff of a minister participate,
- (c) positions or plans developed for the purpose of negotiations carried on or to be carried on by

[97] Comme je l’ai mentionné précédemment, le droit d’accès est présumé viser les « documents politiques », mais il est peu probable que ces documents relèvent d’une institution fédérale s’ils ne se rapportent pas à une affaire ministérielle. On trouve, à l’autre extrémité du spectre, les documents relatifs à une affaire ministérielle qui relèvent d’une institution fédérale. J’appellerai ceux-ci les « documents fédéraux » pour les besoins de la présente analyse. Les documents fédéraux doivent être communiqués sur demande en application de la Loi.

[98] Il se peut toutefois que bon nombre de documents ne relèvent pas clairement de l’une ou l’autre de ces catégories. Par exemple, certaines affaires ministérielles sont parfois décidées en fonction de priorités d’ordre politique. Les documents dans lesquels des objectifs ministériels sont appréciés à la lumière de buts politiques se situeraient dans une zone grise. Je qualifierai de « mixtes » les documents de ce genre.

[99] La Loi tient compte, du moins dans une certaine mesure, de l’existence de cette zone grise. Ainsi, l’art. 25 prévoit la possibilité d’expurger des parties de documents. Lorsqu’il est autorisé à refuser la communication d’un document, le ministre peut expurger les parties du document qui sont soustraites à la communication, mais il doit communiquer celles qui ne le sont pas.

[100] Qui plus est, le par. 21(1) dispose que, sous réserve des exceptions précises établies au par. (2), le ministre est investi d’un très large pouvoir l’autorisant à refuser de communiquer tout document demandé, daté de moins de vingt ans, lorsqu’il contient un des éléments suivants :

21. (1) . . .

- a) des avis ou recommandations élaborés par ou pour une institution fédérale ou un ministre;
- b) des comptes rendus de consultations ou délibérations auxquelles ont participé des administrateurs, dirigeants ou employés d’une institution fédérale, un ministre ou son personnel;
- c) des projets préparés ou des renseignements portant sur des positions envisagées dans le cadre de

or on behalf of the Government of Canada and considerations relating thereto, or

(d) plans relating to the management of personnel or the administration of a government institution that have not yet been put into operation,

if the record came into existence less than twenty years prior to the request.

Section 21(2) reads as follows:

21. . . .

(2) Subsection (1) does not apply in respect of a record that contains

(a) an account of, or a statement of reasons for, a decision that is made in the exercise of a discretionary power or an adjudicative function and that affects the rights of a person; or

(b) a report prepared by a consultant or an adviser who was not a director, an officer or an employee of a government institution or a member of the staff of a minister of the Crown at the time the report was prepared.

[101] Section 21 covers many of the circumstances in which certain kinds of hybrid records that contain information relating to departmental matters are produced (see s. 21(1)(a)). Section 21(1) is specifically designed to cover material produced in the course of *full and frank discussions*, such as deliberations in which directors, officers or employees of a government institution participate together with a Minister or a Minister's staff (see s. 21(1)(b)).

5. Investigatory Powers of the Commissioner

[102] Though the head of a government institution has a broad discretion to either disclose or retain hybrid records, the Information Commissioner is given equally broad investigatory powers in s. 36 of the *Access to Information Act*. These powers can act as a check on the Minister's discretion. As I mentioned above, Parliament has sought to strike a balance between access rights and efficient governance. On the one hand, through s. 21 and the

négociations menées ou à mener par le gouvernement du Canada ou en son nom, ainsi que des renseignements portant sur les considérations qui y sont liées;

d) des projets relatifs à la gestion du personnel ou à l'administration d'une institution fédérale et qui n'ont pas encore été mis en œuvre.

Le paragraphe (2) est rédigé en ces termes :

21. . . .

(2) Le paragraphe (1) ne s'applique pas aux documents contenant :

a) le compte rendu ou l'exposé des motifs d'une décision qui est prise dans l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire ou rendue dans l'exercice d'une fonction judiciaire ou quasi judiciaire et qui touche les droits d'une personne;

b) le rapport établi par un consultant ou un conseiller qui, à l'époque où le rapport a été établi, n'était pas un administrateur, un dirigeant ou un employé d'une institution fédérale ou n'appartenait pas au personnel d'un ministre, selon le cas.

[101] L'article 21 vise bon nombre des circonstances dans lesquelles sont produits certains types de documents mixtes contenant des renseignements sur des affaires ministérielles (voir l'al. 21(1)a)). Le paragraphe 21(1) s'applique spécifiquement aux documents produits dans le cours de *débats ouverts et francs*, par exemple des délibérations auxquelles des administrateurs, dirigeants ou employés d'une institution fédérale ont participé conjointement avec un ministre ou son personnel (voir l'al. 21(1)b)).

5. Les pouvoirs d'enquête du Commissaire

[102] Bien que le responsable d'une institution fédérale dispose d'un large pouvoir discrétionnaire l'habilitant à communiquer ou à conserver des documents mixtes, l'art. 36 de la Loi investit le Commissaire à l'information de pouvoirs d'enquête tout aussi larges, qui peuvent être utilisés comme contrepoids au pouvoir discrétionnaire du ministre. Comme je l'ai déjà mentionné, le législateur a cherché à établir un équilibre entre le droit d'accès

general structure of the Act, Parliament has created a space in which Ministers may review and debate issues in private. On the other hand, through s. 36 and the general structure of the Act, Parliament has ensured that this private space is not abused.

[103] The Commissioner has the same power to summon witnesses and compel them to give evidence as a superior court of record (s. 36(1)(a)), and also has the power to administer oaths (s. 36(1)(b)), and to receive and accept such evidence as the Commissioner sees fit (s. 36(1)(c)). The Commissioner may also enter any premises of a government institution for the purposes of an investigation, as well as converse with persons and examine documents in those premises (s. 36(1)(d)). However, since a Minister's office is not a government institution for the purposes of the Act, the Commissioner does not have the power to enter one.

[104] Importantly, pursuant to s. 36(2), the Commissioner has the power to examine "any record to which this Act applies that is under the control of a government institution". In light of the above reasoning, records located in a Minister's office can fall within the ambit of this provision. Section 36(2) is crucial to the balance Parliament intended to strike. Indeed, it is the first mechanism, prior to judicial review, for applying the principle that "decisions on the disclosure of government information should be reviewed independently of government" (s. 2).

[105] Under s. 21, the head of a government institution is responsible for determining whether requested hybrid documents located in a Minister's office should be disclosed. The first step in the assessment is to consider whether the records fall within the scope of the Act: for this purpose, the head must perform the control test we propose. If the requested documents are found to fall within the scope of the Act, the head must then perform the second step of the assessment process: to determine

et une gouvernance efficace. D'une part, le législateur a créé, par l'art. 21 et l'économie générale de la Loi, un espace où les ministres peuvent examiner certaines questions et en débattre en privé. D'autre part, le législateur a veillé, au moyen de l'art. 36 et de l'économie générale de la Loi, à ce que l'on n'abuse pas du recours à cet espace privé.

[103] Le Commissaire possède, pour assigner et contraindre des témoins à déposer, le même pouvoir que celui d'une cour supérieure d'archives (al. 36(1)a)). Il dispose aussi du pouvoir de faire prêter serment (al. 36(1)b)) et de recevoir tous les éléments de preuve qu'il estime indiqués (al. 36(1)c)). De plus, le Commissaire peut pénétrer dans les locaux d'une institution fédérale pour les besoins d'une enquête, et il peut s'entretenir avec des personnes et examiner des documents qui se trouvent dans ces locaux (al. 36(1)d)). Mais comme le cabinet d'un ministre n'est pas une institution fédérale pour l'application de la Loi, le Commissaire ne dispose pas du pouvoir d'y entrer.

[104] Fait important, le par. 36(2) investit le Commissaire du pouvoir d'examiner « tous les documents qui relèvent d'une institution fédérale et auxquels la présente loi s'applique ». Pour les raisons exposées ci-dessus, cette disposition peut s'appliquer aux documents qui se trouvent au cabinet d'un ministre. Le paragraphe 36(2) constitue un élément essentiel au maintien de cet équilibre recherché par le législateur. Il s'agit en fait du premier mécanisme, avant le contrôle judiciaire, permettant d'appliquer le principe selon lequel « les décisions quant à la communication [sont] susceptibles de recours indépendants du pouvoir exécutif » (art. 2).

[105] Aux termes de l'art. 21, il appartient au responsable d'une institution fédérale de déterminer si les documents mixtes demandés qui se trouvent au cabinet d'un ministre doivent être communiqués. La première étape de cet examen consiste à établir si les documents tombent dans le champ d'application de la Loi; à cette fin, le responsable doit utiliser le critère d'application de l'expression « relevant de » que nous préconisons. S'il juge que les documents demandés tombent sous

whether the requested records fall under any of the exemptions provided for in the Act, including in s. 21. Depending on which exemption applies, the head may or may not have the discretion to disclose the document.

[106] The purpose of the Commissioner's investigatory powers is to determine whether the head of a government institution has complied with the Act in performing his or her duties. This includes an inquiry into whether the head has conducted the correct analysis at both stages.

[107] If a head claims to have refused access on the basis that the requested document was not under the control of a government institution, then the Commissioner may exercise only his or her powers under s. 36(1)(a) to (c). If the evidence garnered under those subsections leads the Commissioner to believe that the documents are likely under the control of a government institution, he or she may examine them to ascertain whether the control test was applied properly.

[108] If the Commissioner is entitled to inquire into whether the head applied the control test properly, the Commissioner may require access to some documents that are ultimately outside the scope of the Act. This does not broaden the public's right of access. Section 35(1) of the Act provides that "[e]very investigation of a complaint . . . by the Information Commissioner shall be conducted in private." Further, in the course of an investigation, parties affected by the investigation have a right to make representations (s. 35(2)). Following an investigation, the Commissioner cannot compel the head of a government institution to disclose the documents in question; rather, the Commissioner may only make recommendations to the head (s. 37). Finally, anyone who has been refused access to such records after an investigation is entitled to apply for judicial review of the decision (s. 41).

le coup de la Loi, le responsable doit alors, à la deuxième étape de l'examen, se demander s'ils sont assujettis à l'une des exemptions prévues à la Loi, notamment à l'art. 21. Selon l'exemption applicable, le responsable peut disposer ou non du pouvoir discrétionnaire de communiquer le document.

[106] Les pouvoirs d'enquête du Commissaire doivent lui permettre d'établir si le responsable d'une institution fédérale s'est conformé à la Loi dans l'exercice de ses fonctions. Pour ces fins, le Commissaire peut notamment enquêter pour déterminer si le responsable a bien respecté les deux étapes de l'analyse.

[107] Si un responsable prétend avoir refusé l'accès au document demandé parce que celui-ci ne relevait pas d'une institution fédérale, le Commissaire ne peut alors exercer que les pouvoirs que lui confèrent les al. 36(1)a) à c). Si la preuve recueillie en vertu des alinéas susmentionnés amène le Commissaire à croire que les documents relèvent vraisemblablement d'une institution fédérale, il peut les examiner pour vérifier si le critère d'application de l'expression « relevant de » a été utilisé correctement.

[108] Si le Commissaire a le droit d'enquêter pour établir si le responsable a bien utilisé le critère relatif à l'expression « relevant de », il peut avoir besoin d'accéder à certains documents qui, en dernière analyse, échappent à la portée de la Loi. Ce pouvoir n'élargit pas le droit d'accès du public car, aux termes du par. 35(1) de la Loi, « [l]es enquêtes menées sur les plaintes par le Commissaire [. . .] sont secrètes. » Par surcroît, les parties touchées par l'enquête ont le droit de faire des observations au cours de celle-ci (par. 35(2)). Le Commissaire ne peut pas contraindre le responsable d'une institution fédérale à communiquer les documents en question à la suite d'une enquête; il peut seulement lui transmettre des recommandations (art. 37). Enfin, les personnes auxquelles on a refusé de communiquer ces documents possèdent le droit d'exercer un recours en révision de la décision (art. 41).

[109] With respect, I am of the view that a presumption that a Minister's records are beyond the scope of the Act would upset the balance between the head's discretionary powers and the Commissioner's powers of investigation. My colleague's analysis involves a presumption that the Commissioner would have no power whatsoever to examine records located in a Minister's office. The Commissioner's power would be limited to summoning witnesses and compelling them to give evidence concerning such records. Even if that evidence led the Commissioner to suspect that the control test had not been applied properly, the Commissioner would not be able to examine the documents to confirm his or her suspicions. Such an interpretation of the Act would effectively leave the head of a government institution with the final say as to whether a given document was under the institution's control and would run counter to the purpose of the Act as outlined in s. 2, according to which decisions on the disclosure of government information must be reviewed independently. In my opinion, the presumption of an exception to the right of access that my colleague proposes would significantly weaken the Commissioner's powers of investigation, which are crucial to the intended balance between access to information and good governance.

6. Application to the Records at Issue

[110] I agree with my colleague that, in the circumstances in which the records at issue in the first three applications were created and managed, a government institution would not have a reasonable expectation of obtaining them and that these documents were therefore not under the control of a government institution.

[111] As for the records in the possession of the Privy Council Office and the Royal Canadian Mounted Police, I agree with my colleague that, even though they were under the control of a government institution, they were subject to s. 19 of the *Access to Information Act* and the heads of

[109] En toute déférence, j'estime qu'une présomption écartant les documents d'un ministre du champ d'application de la Loi romprait l'équilibre qui existe entre le pouvoir discrétionnaire du responsable et le pouvoir d'enquête du Commissaire. Dans son analyse, ma collègue présume que le Commissaire ne disposerait d'aucun pouvoir d'examiner des documents se trouvant au cabinet d'un ministre. Le Commissaire détiendrait seulement le pouvoir d'assigner et de contraindre des témoins à déposer au sujet de ces documents. Même si de tels éléments de preuve amenaient le Commissaire à soupçonner que le critère relatif à l'expression « relevant de » n'a pas été appliqué correctement, il ne serait pas autorisé à examiner les documents pour confirmer ses soupçons. Si elle est retenue, cette interprétation de la Loi laisserait effectivement au responsable d'une institution fédérale le soin de décider en dernier ressort si un document donné relève de l'institution fédérale en cause et irait à l'encontre de l'objet de la Loi, exposé à l'art. 2, soit que les décisions quant à la communication sont susceptibles de recours indépendants. À mon avis, la présomption proposée par ma collègue, selon laquelle le droit d'accès est soumis à une telle exception, affaiblirait considérablement les pouvoirs d'enquête du Commissaire, malgré leur caractère fondamental pour le maintien de l'équilibre recherché entre l'accès à l'information et la bonne gouvernance.

6. Application aux documents en cause

[110] À l'instar de ma collègue, j'estime que, vu les circonstances dans lesquelles les documents en question dans les trois premières demandes ont été rédigés et gérés, une institution fédérale ne pourrait raisonnablement pas s'attendre à les obtenir. Les documents ne relevaient donc pas d'une institution fédérale.

[111] Quant aux documents que possèdent le Bureau du Conseil privé et la Gendarmerie royale du Canada, je suis d'accord avec ma collègue pour conclure que l'art. 19 de la *Loi sur l'accès à l'information* s'applique à eux même s'ils relevaient d'une institution fédérale. Par conséquent, les

those institutions accordingly had an obligation to refuse to disclose them.

[112] For these reasons, I would dismiss the appeals.

Appeals dismissed with costs.

Solicitor for the appellant: Information Commissioner of Canada, Ottawa.

Solicitor for the respondents: Attorney General of Canada, Ottawa.

Solicitors for the interveners: Blake, Cassels & Graydon, Toronto.

responsables de ces institutions étaient tenus d'en refuser la communication.

[112] Pour ces motifs, je rejeterais les pourvois.

Pourvois rejetés avec dépens.

Procureur de l'appellant : Commissaire à l'information du Canada, Ottawa.

Procureur des intimés : Procureur général du Canada, Ottawa.

Procureurs des intervenantes : Blake, Cassels & Graydon, Toronto.