

A-202-06
2007 FCA 272

A-202-06
2007 CAF 272

Canadian Imperial Bank of Commerce (*Appellant*)

Banque Canadienne Impériale de Commerce
(*appelante*)

v.

c.

Chief Commissioner, Canadian Human Rights Commission (*Respondent*)

Commissaire en chef, Commission canadienne des droits de la personne (*intimé*)

and

et

Canadian Bankers Association (*Intervener*)

Association des banquiers canadiens (*intervenante*)

INDEXED AS: CANADIAN IMPERIAL BANK OF COMMERCE v. CANADA (CHIEF COMMISSIONER, HUMAN RIGHTS COMMISSION) (F.C.A.)

RÉPERTORIÉ : BANQUE CANADIENNE IMPÉRIALE DE COMMERCE c. CANADA (COMMISSAIRE EN CHEF, COMMISSION CANADIENNE DES DROITS DE LA PERSONNE) (C.A.F.)

Federal Court of Appeal, Décarý, Nadon and Pelletier JJ.A.—Toronto, April 30; Ottawa, August 27, 2007.

Cour d'appel fédérale, juges Décarý, Nadon et Pelletier, J.C.A.—Toronto, 30 avril; Ottawa, 27 août 2007.

Access to Information — Appeal from Federal Court decision dismissing application for judicial review of decision by Canadian Human Rights Commission to disclose final audit report containing findings about appellant's compliance with Employment Equity Act — That request for information not made in writing as required by Access to Information Act (ATIA), s. 6 not fatal to request — Meaning of "under the control of a government institution" in ATIA, s. 4 — Expectation of confidentiality arising from dealings between source of record, government institution not sufficient to withdraw record from control of government institution — Nothing suggesting exercise of Commission's discretion under ss. 16, 19 unreasonable — Public benefit requirement intended to ensure benefit of exemption only accrues in public interest — Application Judge erred in applying comparative test where none required, in concluding information in final report not exempt from disclosure as confidential commercial information under ATIA, s. 20(1)(b) — Appeal allowed.

Accès à l'information — Appel d'une décision de la Cour fédérale rejetant la demande de contrôle judiciaire de la décision de la Commission canadienne des droits de la personne de communiquer le rapport de vérification final qui contenait des conclusions au sujet du respect de la Loi sur l'équité en matière d'emploi par l'appelante — Le fait que la demande d'accès n'a pas été présentée par écrit comme l'exige l'art. 6 de la Loi sur l'accès à l'information (la LAI) ne porte pas atteinte à la demande — Sens de l'expression « relevant d'une institution fédérale » qui se trouve à l'art. 4 de la LAI — L'attente de confidentialité découlant des relations entre la source du document et l'institution fédérale ne suffit pas pour retirer à l'institution fédérale le contrôle de ce document — Rien ne donnait à penser que la manière dont la Commission a exercé son pouvoir discrétionnaire en vertu des art. 16 et 19 était déraisonnable — L'exigence relative à l'intérêt public a pour but d'assurer que l'exception ne joue qu'en faveur de l'intérêt public — Le juge des requêtes a commis une erreur en appliquant un critère comparatif alors qu'il n'y avait pas lieu de le faire et en concluant que les renseignements contenus dans le rapport final n'échappaient pas à la communication en tant que renseignements commerciaux confidentiels suivant l'art. 20(1)(b) de la LAI — Appel accueilli.

Employment Law — Appellant opposing release of final audit report containing findings about appellant's compliance with Employment Equity Act (EEA) on ground of privilege created by EEA, s. 34 — Bulk of information contained in

Droit de l'emploi — L'appelante s'opposait à la communication du rapport de vérification final qui contenait des conclusions au sujet de son respect de la Loi sur l'équité en matière d'emploi (LEE) en invoquant le privilège prévu à

final report information provided to Canadian Human Rights Commission in course of EEA audit, not drawn from public sources — Final report thus apparently caught by privilege — But must not confuse control of record with control of information — That s. 34 imposes limits on Commission's ability to disseminate information contained in record not meaning record itself not under control of Commission — Confidential relationship between Commission, subject of employment equity audit in public interest.

This was an appeal from a Federal Court decision dismissing an application for judicial review of a decision by the Canadian Human Rights Commission to disclose a final audit report containing findings about compliance with the *Employment Equity Act* (EEA) by the Canadian Imperial Bank of Commerce (the appellant CIBC). The Commission had previously refused a request under the *Access to Information Act* (ATIA) for disclosure of the “CIBC Interim Employment Equity Report” (the interim report) because it contained confidential commercial information, and was thus exempt from disclosure pursuant to paragraph 20(1)(b) of the ATIA. In July 2004, the Commission informed the CIBC that it had received another request under the ATIA for disclosure of its final report, without disclosing that the request was made orally and not in writing. In October 2004, the Commission advised the CIBC that it intended to disclose the final report and that its decision not to release the interim report had, in fact, been based on paragraph 16(1)(c) of the ATIA, the exemption in favour of information which could be injurious to an ongoing lawful investigation, and not on paragraph 20(1)(b) of that Act. The CIBC then applied to the Federal Court for judicial review of the Commission’s decision. The application Judge dismissed the application except with respect to two discrete pieces of information. The issues were: (1) whether the Commission had jurisdiction to disclose the final report in the absence of a written request, as required by section 6 of the ATIA; (2) whether the information provided to the Commission by the CIBC which was reproduced in the final report is subject to the ATIA when it is not under the “control” of the Commission since section 34 of the EEA gives the CIBC, not the Commission, the authority to grant or withhold its consent to disclosure; (3) whether the CIBC information falls within the exemptions to disclosure set out at paragraph 20(1)(b) or 20(1)(c), or section 16 or 19 of the ATIA; and (4) whether the Commission breached the principles of fundamental justice when it misstated the grounds on which it had declined to disclose the interim

l’art. 34 de la LEE — Le gros des renseignements contenus dans le rapport final étaient des renseignements fournis à la Commission canadienne des droits de la personne dans le cadre de la vérification fondée sur la LEE et n’ont pas été tirés de sources publiques — Le rapport final était donc censément assujéti au privilège — Toutefois, il ne faut pas confondre le contrôle des documents et le contrôle des renseignements — Le fait que l’art. 34 impose certaines limites au pouvoir de la Commission de communiquer les renseignements qui sont contenus dans le document ne signifie pas que le document lui-même ne relève pas de la Commission — La relation confidentielle entre la Commission et le sujet d’une vérification de la conformité de l’équité en matière d’emploi est d’intérêt public.

Il s’agissait d’un appel de la décision de la Cour fédérale rejetant la demande de contrôle judiciaire d’une décision de la Commission canadienne des droits de la personne de communiquer un rapport de vérification final qui contenait des conclusions au sujet du respect de la *Loi sur l’équité en matière d’emploi* (la LEE) par la Banque Canadienne Impériale de Commerce (l’appelante CIBC). La Commission avait auparavant refusé une demande présentée en vertu de la *Loi sur l’accès à l’information* (la LAI) pour la communication du « Rapport provisoire sur l’équité en matière d’emploi concernant la CIBC » (le rapport provisoire) parce qu’il renfermait des renseignements commerciaux confidentiels et qu’il était donc visé par l’exception prévue à l’alinéa 20(1)b) de la LAI. En juillet 2004, la Commission a informé la CIBC qu’elle avait reçu une autre demande d’accès à son rapport final, demande présentée en vertu de la LAI, sans divulguer que cette demande avait été faite oralement et non par écrit. En octobre 2004, la Commission a informé la CIBC qu’elle avait l’intention de communiquer le rapport final et que sa décision de ne pas communiquer le rapport provisoire avait, en fait, été fondée sur l’alinéa 16(1)c) de la LAI, exception qui vise les renseignements dont la communication risquerait de nuire au déroulement d’une enquête licite, et non pas sur l’alinéa 20(1)b) de cette loi. La CIBC s’est alors adressée à la Cour fédérale pour demander le contrôle judiciaire de la décision de la Commission. Le juge des requêtes a rejeté la demande, sauf pour ce qui avait trait à deux passages précis. Les questions litigieuses étaient de savoir si : 1) la Commission avait compétence pour communiquer le rapport final en l’absence d’une demande écrite, comme l’exige l’article 6 de la LAI; 2) les renseignements fournis à la Commission par la CIBC qui ont été reproduits dans le rapport final sont assujéti à la LAI quand ils ne relèvent pas de la Commission puisque l’article 34 de la LEE accorde à la CIBC, et non pas à la Commission, le pouvoir de donner ou non son consentement à la communication; 3) les renseignements de la CIBC sont visés par les exceptions à la

report, thereby misleading the CIBC as to the submissions which it ought to make to oppose the disclosure of the final report.

Held, the appeal should be allowed.

(1) Casting the issue of a written request as one of jurisdiction obscured the real issue which is the consequence of non-compliance with the requirement that requests for information must be made in writing. There is no reason why the Commission should not have complied with the plain language of section 6 of the ATIA and demanded that the request for disclosure of the final report be made in writing. Such a requirement is not onerous and is easily satisfied. But the fact that the legislation imposes an obligation does not, in and of itself, define the consequences of non-compliance. There is nothing in the ATIA which purports to make anything done in the absence of a written request void. As no statutory purpose was defeated by the failure to insist upon a written request, it must be assumed that the request for disclosure of the final report was not void solely by reason of not having been made in writing.

(2) The CIBC argued that since section 34 of the EEA prohibits the release of the information which it provided to the Commission without its consent, it has the power to decide if the information is to be released. This argument turns on the meaning of the phrase “under the control of a government institution” found in section 4 of the ATIA. The bulk of information contained in the final report was information provided to the Commission in the course of the EEA audit and was not drawn from public sources. To that extent, there was a factual foundation for the argument that the final report is caught by the privilege created by section 34 of the EEA. The application Judge erred when he concluded that it was sufficient that the information in the final report be of the same sort as information in the public record. An expectation of confidentiality arising from the dealings between the source of the record and the government institution is not sufficient to withdraw a record from the control of the government institution. The CIBC’s argument confounds control of the record and control of the information. The fact that section 34 imposes certain limits on the Commission’s ability to disseminate the information contained in the record does not mean that the record itself is not under the control of the Commission. CIBC also argued that while the record may be subject to the control of the Commission, the information is not subject to the provisions of the ATIA because it is

communication énoncées aux alinéas 20(1)*b*) ou 20(1)*c*) ou aux articles 16 ou 19 de la LAI; et 4) la Commission a enfreint les principes de justice fondamentale quand elle a fourni des motifs erronés pour justifier son refus de divulguer le rapport provisoire, induisant ainsi la CIBC en erreur quant aux arguments qu’elle devait présenter pour s’opposer à la communication du rapport final.

Arrêt : l’appel doit être accueilli.

1) Formuler la question d’une requête écrite comme étant une question de compétence cache la véritable question, à savoir la conséquence du non-respect de la condition qui exige que les demandes de renseignements soient faites par écrit. Rien n’explique pourquoi la Commission n’aurait pas dû respecter le texte clair de l’article 6 de la LAI et exiger que la demande d’accès au rapport final soit faite par écrit. Une telle exigence n’est pas onéreuse et il est facile de s’y conformer. Mais le fait que la Loi impose une obligation ne définit pas en soi les conséquences du non-respect. Il n’y a rien dans la LAI qui est censé annuler tout ce qui est fait en l’absence d’une demande écrite. Étant donné qu’aucun des objets de la loi n’a été mis en échec du fait qu’on n’a pas insisté pour avoir une demande écrite, il faut présumer que la demande de communication du rapport final n’était pas nulle simplement parce qu’on ne l’a pas faite par écrit.

2) La CIBC a soutenu que puisque l’article 34 de la LEE interdit la communication des renseignements qu’elle a fournis à la Commission sans son consentement, elle a le pouvoir de décider si ces renseignements peuvent être communiqués. Cet argument s’appuie sur le sens de l’expression « relevant d’une institution fédérale » qui se trouve à l’article 4 de la LAI. Le gros des renseignements contenus dans le rapport final étaient des renseignements fournis à la Commission dans le cadre de la vérification fondée sur la LEE, et n’ont pas été tirés de sources publiques. Dans cette mesure, il y a un fondement factuel à l’argument selon lequel le rapport final est assujéti au privilège créé par l’article 34 de la LEE. Le juge des requêtes a commis une erreur quand il a conclu qu’il était suffisant que les renseignements contenus dans le rapport final soient du même genre que les renseignements disponibles au grand public. L’attente de confidentialité découlant des relations entre la source du document et l’institution fédérale ne suffit pas pour retirer à l’institution fédérale le contrôle de ce document. L’argument de la CIBC confond le contrôle des documents et le contrôle des renseignements. Le fait que l’article 34 impose certaines limites au pouvoir de la Commission de communiquer les renseignements qui sont contenus dans le document ne signifie pas que le document lui-même ne relève pas de la Commission. La CIBC a également soutenu que bien que le document puisse relever de

privileged. This issue refers to privilege as freedom from forced disclosure, and not to whether the privileged information is admissible in a court of law. Information in the government's hands is subject to disclosure pursuant to the ATIA, unless it is exempt under the terms of the Act, or unless the provision under which it is created or communicated is listed in Schedule II to the ATIA.

(3) Section 16 of the ATIA, concerning information the disclosure of which could interfere with a lawful investigation, is a discretionary exemption. In order to succeed, the CIBC had to show that the Commission exercised its discretion unreasonably. There was nothing to suggest that the Commission's exercise of its discretion was unreasonable. The same could be said about section 19 of the ATIA which exempts personal information from disclosure. The two major grounds of opposition advanced by the CIBC were paragraphs 20(1)(b) and 20(1)(c) of the ATIA. The application Judge compared the final report to the CIBC's 2002 EEA Annual Report and found that much the same kind of information appeared in that report as appeared in the final report. That is not the test to be applied. The test is not whether information of the same kind is available in the public record but whether the specific information can be found there. The application Judge erred in law in applying the wrong test when deciding if the information in question was confidential. The next leg of the test is whether there is an objective basis for saying that the information was communicated in the expectation that it would be kept in confidence. The application Judge's conclusion that there was no reasonable basis for CIBC's belief in confidentiality was unreasonable. The reasons given did not adequately support his conclusion on this important element of the test for the application of the exemption found in paragraph 20(1)(b) of the ATIA. The last element of the test is the public interest in the disclosure of the information. The public benefit requirement is intended to ensure that the benefit of the exemption only accrues in the public interest. It does not call for a weighing of the public interest between disclosure and non-disclosure. The application Judge erred in applying a comparative test where none was required. The confidential relationship between the Commission and the subject of an employment equity audit is in the public interest. Section 34 of the EEA makes it clear that the confidentiality of that relationship must be maintained. The application Judge erred in law in applying the wrong test with respect to the public benefit aspect of the test and in concluding that the information in the final report is not exempt from disclosure as confidential commercial information pursuant to paragraph 20(1)(b) of the ATIA.

la Commission, les renseignements ne sont pas assujettis aux dispositions de la LAI parce qu'ils sont protégés. Il est question du privilège en tant que liberté de s'opposer à une communication forcée, et il ne s'agit pas de savoir si les renseignements protégés sont admissibles dans une cour de justice. Les renseignements dont disposait le gouvernement peuvent être communiqués en vertu de la LAI, à moins qu'ils ne bénéficient d'une exception prévue dans la Loi, ou à moins que la disposition en vertu de laquelle ils sont créés ou communiqués figure à l'annexe II de la LAI.

3) L'article 16 de la LAI, qui traite des renseignements dont la divulgation risquerait de nuire au déroulement d'enquêtes licites, est une exception discrétionnaire. Pour avoir gain de cause, la CIBC devait démontrer que la Commission avait exercé son pouvoir discrétionnaire de façon déraisonnable. Rien ne permettait à la Cour de statuer que la manière dont la Commission a exercé son pouvoir discrétionnaire était déraisonnable. On pourrait en dire autant de l'article 19 de la LAI, qui exempte les renseignements personnels de la communication. Les deux principaux motifs d'opposition formulés par la CIBC étaient les alinéas 20(1)(b) et 20(1)(c) de la LAI. Le juge des requêtes a comparé le rapport final au rapport annuel de 2002 que la CIBC a fourni en vertu de la LEE et a conclu que les renseignements qui figuraient dans ce rapport se rapprochaient beaucoup de ceux figurant dans le rapport final. Ce n'est pas là le critère qu'il fallait appliquer. Le critère n'est pas de savoir si des renseignements du même genre sont à la disposition du grand public, mais bien de savoir si des renseignements précis le sont. Le juge des requêtes a commis une erreur de droit en appliquant le mauvais critère pour décider si les renseignements en question étaient confidentiels. L'élément suivant du critère consistait à déterminer s'il existait un fondement objectif permettant de soutenir que les renseignements ont été communiqués dans l'attente qu'ils resteraient confidentiels. La conclusion du juge des requêtes qu'il n'y avait pas de fondement raisonnable à l'attente de la CIBC que ces renseignements resteraient confidentiels était déraisonnable. Les motifs donnés n'étaient pas suffisamment sa conclusion sur cet élément important du critère relatif à l'application de l'exception qui se trouve à l'alinéa 20(1)(b) de la LAI. Le dernier élément du critère est l'intérêt du public à la communication des renseignements. L'exigence relative à l'intérêt public a pour but d'assurer que l'exception ne joue qu'en faveur de l'intérêt public. Cette exigence n'appelle pas une pondération de l'intérêt public entre la communication et la non-communication. Le juge des requêtes a commis une erreur en appliquant un critère comparatif alors qu'il n'y avait pas lieu de le faire. La relation confidentielle entre la Commission et le sujet d'une vérification de la conformité de l'équité en matière d'emploi est d'intérêt public. L'article 34 de la LEE énonce clairement que la confidentialité de cette relation doit

(4) The Commission's revisiting of the grounds for its refusal to disclose the interim report was surprising and somewhat troubling. It is difficult to conceive how confusion between a refusal based upon confidential commercial information with one based upon interference with a lawful investigation occurred. It is unlikely that the person who made the initial decision intended to make a decision other than the one which was made. That decision could not later be withdrawn and treated as inoperative when further and better grounds which, incidentally, did not conflict with the disclosure of the final report, came to mind later. However, the CIBC was never under any illusion as to the burden it had to meet.

The final report contained confidential commercial information which was treated consistently in a confidential manner by the CIBC as provided in paragraph 20(1)(b) of the ATIA.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1, ss. 4 (as am. by S.C. 1992, c. 1, s. 144, Sch. VII, item 1(F); 2001, c. 27, s. 202), 6, 7, 16, 19, 20, 24, 44 (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 1, s. 45, Sch. III, item 1(F)), 53.
- Bank Act*, S.C. 1991, c. 46, s. 636 (as am. by S.C. 1999, c. 28, s. 41; 2007, c. 6, s. 103).
- Canada Deposit Insurance Corporation Act*, R.S.C., 1985, c. C-3, s. 45.2 (as enacted by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 18, s. 68; S.C. 2001, c. 9, s. 214).
- Employment Equity Act*, S.C. 1995, c. 44, ss. 9(3), 34.
- Financial Consumer Agency of Canada Act*, S.C. 2001, c. 9, s. 17.
- National Archives of Canada Act*, R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 1, s. 5.
- Office of the Superintendent of Financial Institutions Act*, R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 18, s. 22(1) (as am. by S.C. 2001, c. 9, s. 472).
- Privacy Act*, R.S.C., 1985, c. P-21, s. 3 "personal information" (as am. by S.C. 1992, c. 1, s. 144, Sch. VII, item 47(F)).

être préservée. Le juge des requêtes a commis une erreur de droit en appliquant le mauvais critère pour ce qui est de l'aspect relatif à l'intérêt public et en concluant que les renseignements contenus dans le rapport final n'échappaient pas à la communication en tant que renseignements commerciaux confidentiels suivant l'alinéa 20(1)b) de la LAI.

4) La modification par la Commission des motifs justifiant son refus de communiquer le rapport provisoire était surprenante et assez troublante. Il est difficile de concevoir comment on peut confondre un refus se fondant sur des renseignements commerciaux confidentiels et un refus se fondant sur un obstacle à une enquête licite. Il est peu probable que la personne qui a pris la décision initiale ait eu l'intention de prendre une décision autre que celle qui a été prise. Cette décision ne peut par la suite être retirée et traitée comme inopérante quand de meilleurs motifs viennent à l'esprit du décideur, motifs qui, soit dit en passant, ne s'opposent pas à la communication du rapport final. Cependant, la CIBC n'a jamais été trompée quant au fardeau dont elle devait s'acquitter.

Le rapport final renfermait des renseignements commerciaux confidentiels qui ont été traités de façon constante de manière confidentielle par la CIBC, comme le prévoit l'alinéa 20(1)b) de la LAI.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

- Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), ch. A-1, art. 4 (mod. par L.C. 1992, ch. 1, art. 144, ann. VII, n° 1(F); 2001, ch. 27, art. 202), 6, 7, 16, 19, 20, 24, 44 (mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 1, art. 45, ann. III, n° 1(F)), 53.
- Loi sur l'Agence de la consommation en matière financière du Canada*, L.C. 2001, ch. 9, art. 17.
- Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. (1985), ch. P-21, art. 3 « renseignements personnels » (mod. par L.C. 1992, ch. 1, art. 144; ann. VII, n° 47(F)).
- Loi sur la Société d'assurance-dépôts du Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-3, art. 45.2 (édicte par L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 18, art. 68; L.C. 2001, ch. 9, art. 214).
- Loi sur le Bureau du surintendant des institutions financières*, L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 18, art. 22(1) (mod. par L.C. 2001, ch. 9, art. 472).
- Loi sur l'équité en matière d'emploi*, L.C. 1995, ch. 44, art. 9(3), 34.
- Loi sur les archives nationales du Canada*, L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 1, art. 5.
- Loi sur les banques*, L.C. 1991, ch. 46, art. 636 (mod. par L.C. 1999, ch. 28, art. 41; 2007, ch. 6, art. 103).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia, [2003] 1 S.C.R. 226; (2003), 223 D.L.R. (4th) 599; [2003] 5 W.W.R. 1; 11 B.C.L.R. (4th) 1; 48 Admin. L.R. (3d) 1; 179 B.C.A.C. 170; 302 N.R. 34; 2003 SCC 19; *Air Atonabee Ltd. v. Canada (Minister of Transport)* (1989), 37 Admin. L.R. 245; 27 C.P.R. (3d) 180; 27 F.T.R. 194 (F.C.T.D.).

DISTINGUISHED:

Andersen Consulting v. Canada, [2001] 2 F.C. 324; (2001), 9 C.P.C. (5th) 245; 199 F.T.R. 150 (T.D.).

CONSIDERED:

Canada (Information Commissioner) v. Canada (Minister of Industry), [2008] 1 F.C.R. 231; (2007), 284 D.L.R. (4th) 293; 61 Admin. L.R. (4th) 106; 365 N.R. 244; 2007 FCA 212; *British Columbia (Attorney General) v. Canada (Attorney General): An Act respecting the Vancouver Island Railway (Re)*, [1994] 2 S.C.R. 41; (1994), 114 D.L.R. (4th) 193; [1994] 6 W.W.R. 1; 91 B.C.L.R. (2d) 1; 21 Admin. L.R. (2d) 1; 44 B.C.A.C. 1; 166 N.R. 81; 71 W.A.C. 1; *Law Society of New Brunswick v. Ryan*, [2003] 1 S.C.R. 247; (2003), 257 N.B.R. (2d) 207; 223 D.L.R. (4th) 577; 48 Admin. L.R. (3d) 33; 31 C.P.C. (5th) 1; 302 N.R. 1; 2003 SCC 20.

REFERRED TO:

Canada Post Corp. v. Canada (Minister of Public Works), [1993] 3 F.C. 320; (1993), 19 Admin. L.R. (2d) 230; 50 C.P.R. (3d) 253; 64 F.T.R. 62 (T.D.); *R. v. McClure*, [2001] 1 S.C.R. 445; (2001), 195 D.L.R. (4th) 513; 151 C.C.C. (3d) 321; 40 C.R. (5th) 1; 80 C.R.R. (2d) 217; 266 N.R. 275; 142 O.A.C. 201; 2001 SCC 14; *Dagg v. Canada (Minister of Finance)*, [1997] 2 S.C.R. 403; (1997), 148 D.L.R. (4th) 385; 46 Admin. L.R. (2d) 155; 213 N.R. 161.

AUTHORS CITED

Canada. *Treasury Board Manual: Access to Information Policy and Guidelines*, Chapter 2-00 "Guidelines—General". Ottawa: Supply and Services Canada, 1993.
Sopinka, J. et al. *The Law of Evidence in Canada*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1999.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia, [2003] 1 R.C.S. 226; 2003 CSC 19; *Air Atonabee Ltd. c. Canada (Ministre des Transports)*, [1989] A.C.F. n° 453 (1^{re} inst.) (QL).

DÉCISION DIFFÉRENCIÉE :

Andersen Consulting c. Canada, [2001] 2 C.F. 324 (1^{re} inst.).

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Ministre de l'Industrie), [2008] 1 R.C.F. 231; 2007 CAF 212; *Colombie-Britannique (Procureur général) c. Canada (Procureur général): Acte concernant le chemin de l'île de Vancouver (Re)*, [1994] 2 R.C.S. 41; *Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, [2003] 1 R.C.S. 247; 2003 CSC 20.

DÉCISIONS CITÉES :

Société canadienne des postes c. Canada (Ministre des Travaux publics), [1993] 3 C.F. 320 (1^{re} inst.); *R. c. McClure*, [2001] 1 R.C.S. 445; 2001 CSC 14; *Dagg c. Canada (Ministre des Finances)*, [1997] 2 R.C.S. 403.

DOCTRINE CITÉE

Canada. *Guide du Conseil du Trésor : Politiques et lignes directrices en matière d'accès à l'information*, chapitre 2-00 « Lignes directrices—généralités ». Ottawa : Approvisionnement et Services Canada, 1993.
Sopinka, J. et al. *The Law of Evidence in Canada*, 2^e éd. Toronto : Butterworths, 1999.

APPEAL from a Federal Court decision ((2006), 45 Admin. L.R. (4th) 157; 291 F.T.R. 87; 2006 FC 443) dismissing an application for judicial review of a decision by the Canadian Human Rights Commission to disclose a final audit report containing findings about the appellant's compliance with the *Employment Equity Act*. Appeal allowed.

APPEL d'une décision de la Cour fédérale (2006 CF 443) rejetant une demande de contrôle judiciaire d'une décision de la Commission canadienne des droits de la personne de communiquer le rapport de vérification final qui contenait des conclusions au sujet du respect de la *Loi sur l'équité en matière d'emploi* par l'appelante. Appel accueilli.

APPEARANCES:

Paul B. Schabas and Catherine M. Beagan Flood for appellant.

Kathleen P. Fawcett and Mark Searl for respondent.

Guy J. Pratte and Nadia Effendi for intervener.

ONT COMPARU :

Paul B. Schabas et Catherine M. Beagan Flood pour l'appelante.

Kathleen P. Fawcett et Mark Searl pour l'intimé.

Guy J. Pratte et Nadia Effendi pour l'intervenante.

SOLICITORS OF RECORD:

Blake Cassels & Graydon LLP, Toronto, for appellant.

Canadian Human Rights Commission, Ottawa, for respondent.

Borden Ladner Gervais LLP, Ottawa, for intervener.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Blake Cassels & Graydon LLP, Toronto, pour l'appelante.

Commission canadienne des droits de la personne, Ottawa, pour l'intimé.

Borden Ladner Gervais s.r.l., s.e.n.c.r.l., Ottawa, pour l'intervenante.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

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

[1] PELLETIER J.A.: This appeal raises a number of issues with respect to the interplay between the *Employment Equity Act*, S.C. 1995, c. 44 (the EEA) and the *Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1 (the ATIA). When the Canadian Human Rights Commission (the Commission) decided that it was bound to release the results of its audit of the Canadian Imperial Bank of Commerce's (the CIBC) compliance with the EEA pursuant to an access request under the ATIA, the latter objected on the basis that the information contained in the report was privileged and was otherwise exempt from disclosure under one or more provisions of the ATIA. The Commission disagreed, as did the Federal Court. The CIBC now appeals to this Court.

[1] LE JUGE PELLETIER, J.C.A. : Le présent appel soulève un certain nombre de questions ayant trait à l'interaction entre la *Loi sur l'équité en matière d'emploi*, L.C. 1995, ch. 44 (la LEE) et la *Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), ch. A-1 (la LAI). Quand la Commission canadienne des droits de la personne (la Commission) a décidé qu'elle était tenue de divulguer les résultats de sa vérification menée auprès de la Banque Canadienne Impériale de Commerce (la CIBC) au sujet du respect de la LEE, par suite d'une demande d'accès fondée sur la LAI, la banque s'est opposée au motif que les renseignements contenus dans le rapport étaient confidentiels et qu'ils étaient visés par une exception prévue dans une ou plusieurs dispositions de la LAI. La Commission n'a pas souscrit à ce point de vue, non plus que la Cour fédérale. La CIBC en appelle maintenant devant cette Cour.

The Facts

[2] The facts are not complicated. In June 2000, the Commission informed the CIBC, that it wished to audit its compliance with its obligations pursuant to the EEA. The CIBC cooperated with the Commission in the conduct of the audit, submitting such information as was asked of it from time to time.

[3] In the fall of 2002, the Commission issued its “CIBC Interim Employment Equity Report” (the interim report) containing its preliminary findings to the CIBC. In November 2002, the Commission received a request under the ATIA for disclosure of the interim report. It informed the CIBC of the request and invited its comments. The CIBC opposed the release of the interim report on the ground of the statutory privilege created by section 34 of the EEA. The CIBC claimed, as well, that the report contained sensitive commercial information which it had supplied to the Commission in confidence. The Commission advised the CIBC by letter dated February 13, 2003, that it did not intend to disclose the interim report because it contained confidential commercial information, and was thus exempt from disclosure pursuant to paragraph 20(1)(b) of the ATIA.

[4] On July 9, 2004, the Commission advised the CIBC that it had now received a request under the ATIA for disclosure of its final report, without disclosing that the request was made orally and not in writing. Once again, the CIBC was invited to comment and once again it opposed the release of the report, relying on the same grounds as it did in opposing the release of the interim report. On October 26, 2004, the Commission advised the CIBC that it intended to disclose the final report.

[5] Two days later, the Commission notified the CIBC that its decision not to release the interim report had, in fact, been based on paragraph 16(1)(c) of the ATIA, the exemption in favour of information which could be injurious to an ongoing lawful investigation, and not on paragraph 20(1)(b) as it had advised the CIBC earlier.

Les faits

[2] Les faits sont assez simples. En juin 2000, la Commission a informé la CIBC qu'elle souhaitait faire une vérification de la conformité à la LEE. La CIBC a collaboré avec la Commission au cours de la vérification, en fournissant les renseignements qui lui étaient périodiquement demandés.

[3] À l'automne 2002, la Commission a remis à la CIBC le « Rapport provisoire sur l'équité en matière d'emploi concernant la CIBC » (le rapport provisoire) qui exposait ses conclusions préliminaires. En novembre 2002, la Commission a reçu une demande d'accès au rapport provisoire fondée sur la LAI. Elle a informé la CIBC de la requête et l'a invitée à formuler ses observations. La CIBC s'est opposée à la communication du rapport provisoire en invoquant le privilège prévu à l'article 34 de la LEE. La CIBC soutenait également que le rapport renfermait des renseignements commerciaux confidentiels qu'elle avait fournis à la Commission dans l'expectation qu'ils demeureraient confidentiels. La Commission a informé la CIBC, dans une lettre en date du 13 février 2003, qu'elle n'avait pas l'intention de divulguer le rapport provisoire parce qu'il renfermait des renseignements commerciaux confidentiels et qu'il était donc visé par l'exception prévue à l'alinéa 20(1)(b) de la LAI.

[4] Le 9 juillet 2004, la Commission a informé la CIBC qu'une demande d'accès au rapport final lui avait été présentée, sans divulguer que cette demande avait été faite oralement et non par écrit. Une fois encore, la CIBC était invitée à déposer ses observations et, de nouveau, elle s'est opposée à la communication du rapport en s'appuyant sur les mêmes motifs qui l'avaient amenée à contester la communication du rapport provisoire. Le 26 octobre 2004, la Commission a informé la CIBC qu'elle avait l'intention de communiquer le rapport final.

[5] Deux jours plus tard, la Commission a informé la CIBC que sa décision de ne pas communiquer le rapport provisoire avait en fait été fondée sur l'alinéa 16(1)(c) de la LAI, exception qui vise les renseignements dont la communication risquerait de nuire au déroulement d'une enquête licite, et non pas sur l'alinéa 20(1)(b) comme elle en avait informé précédemment la CIBC.

[6] The CIBC then applied to the Federal Court under section 44 [as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 1, s. 45, Sch. III, item 1(F)] of the ATIA for judicial review of the Commission's decision. The application Judge, Blanchard J., in a decision reported at *Canadian Imperial Bank of Commerce v. Canada (Human Rights Commission)* (2006), 45 Admin. L.R. (4th) 157 (F.C.), dismissed the application except with respect to two discrete pieces of information.

The Issues

[7] The CIBC argues that this appeal raises the following issues:

1- Whether the Commission had jurisdiction to disclose the Final Report in the absence of a written request, as required by section 6 of the ATIA.

2- Whether the information provided to the Commission by the CIBC which was reproduced in the Final Report (the CIBC information) is subject to the ATIA when it is not under the "control" of the Commission since section 34 of the EEA gives the CIBC, not the Commission, the authority to grant or withhold its consent to disclosure.

3- Whether the CIBC information falls within the exemptions to disclosure set out at paragraph 20(1)(b) or 20(1)(c) or section 16 or 19 of the ATIA.

4- Whether the Commission breached the principles of fundamental justice when it misstated the grounds on which it had declined to disclose the Interim Report, thereby misleading the CIBC as to the submissions which it ought to make to oppose the disclosure of the Final Report.

5- Whether the CIBC should pay the Commission's costs.

The Canadian Bankers Association (the CBA) was granted intervenor status in this matter. Its position is essentially that of the CIBC, supplemented by an argument as to the interplay between the confidentiality provisions in legislation governing banks and financial institutions and the ATIA.

Standard of Review

[8] The standard of review applicable to the application Judge was set out by my colleague Evans

[6] La CIBC a alors invoqué l'article 44 [mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 1, art. 45; ann. III, n° 1(F)] de la LAI pour demander à la Cour fédérale le contrôle judiciaire de la décision de la Commission. Le juge Blanchard, qui a entendu la demande, a rejeté celle-ci, sauf pour ce qui a trait à deux passages précis, dans une décision publiée *Banque Canadienne Impériale de Commerce c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, 2006 CF 443.

Les questions en litige

[7] La CIBC soutient que le présent appel soulève les questions suivantes :

1- La Commission avait-elle compétence pour communiquer le Rapport final en l'absence d'une demande écrite, comme l'exige l'article 6 de la LAI ?

2- Les renseignements fournis à la Commission par la CIBC qui ont été reproduits dans le Rapport final (les renseignements de la CIBC) sont-ils assujettis à la LAI quand ils ne relèvent pas de la Commission puisque l'article 34 de la LEE accorde à la CIBC, et non pas à la Commission, le pouvoir de donner ou non son consentement à la communication ?

3- Les renseignements de la CIBC sont-ils visés par les exceptions à la communication énoncées aux alinéas 20(1)(b) ou 20(1)(c) ou aux articles 16 ou 19 de la LAI ?

4- La Commission a-t-elle enfreint les principes de justice fondamentale quand elle a fourni des motifs erronés pour justifier son refus de divulguer le Rapport provisoire, induisant ainsi la CIBC en erreur quant aux arguments qu'elle devait présenter pour s'opposer à la communication du Rapport final ?

5- La CIBC devrait-elle payer les dépens de la Commission ?

Le statut d'intervenante a été accordé en l'espèce à l'Association des banquiers canadiens (ABC). Sa position est essentiellement celle de la CIBC, à l'exception d'un argument concernant l'interaction entre les dispositions relatives à la confidentialité dans les lois régissant les banques et les institutions financières et la LAI.

La norme de contrôle

[8] La norme de contrôle applicable au juge des requêtes a été énoncée par mon collègue le juge Evans

J.A. in *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Minister of Industry)*, [2008] 1 F.C.R. 231 (F.C.A.), at paragraph 65 of the Court's reasons. While Evans J.A. was in dissent in this case, his colleagues adopted his formulation of the standard of review:

Questions relating to the interpretation of the Access Act by an institution head in refusing to disclose records in response to an access request are reviewable on a standard of correctness, while the exercise of any statutory discretion under the Access Act is reviewable for unreasonableness *simpliciter*: see, for example, *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Commissioner of the Royal Canadian Mounted Police)*, [2003] 1 S.C.R. 66, at paragraphs 14-19; *3430901 Canada Inc. v. Canada (Minister of Industry)*, [2002] 1 F.C. 421 (F.C.A.), at paragraphs 28-47.

[9] The standard of review applicable to this Court, sitting on appeal from the application Judge, was set out in *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 S.C.R. 226, at paragraph 43:

The role of the Court of Appeal was to determine whether the reviewing judge had chosen and applied the correct standard of review, and in the event she had not, to assess the administrative body's decision in light of the correct standard of review, reasonableness. At this stage in the analysis, the Court of Appeal is dealing with appellate review of a subordinate court, not judicial review of an administrative decision. As such, the normal rules of appellate review of lower courts as articulated in *Housen, supra*, apply. The question of the right standard to select and apply is one of law and, therefore, must be answered correctly by a reviewing judge.

[10] In the present case, the application Judge proceeded on the basis of correctness or, where certain arguments were not raised before the Commission, on the basis of a *de novo* determination: see paragraphs 31 and 32 of the application Judge's reasons.

Submissions and Analysis

Whether the Commission had jurisdiction to disclose the final report in the absence of a written request, as required by section 6 of the ATIA.

dans *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Ministre de l'Industrie)*, [2008] 1 R.C.F. 231 (C.A.F.), au paragraphe 65 des motifs de la Cour. Bien que le juge Evans ait exprimé sa dissidence dans cette affaire, ses collègues ont adopté la manière dont il avait formulé la norme de contrôle :

Les questions relatives à la façon dont le responsable d'une institution interprète la *Loi sur l'accès à l'information* pour refuser de communiquer des dossiers en réponse à une demande d'accès sont susceptibles de contrôle selon la norme de la décision correcte, tandis que l'exercice de tout pouvoir discrétionnaire conféré par la *Loi sur l'accès à l'information* est susceptible de contrôle selon la décision déraisonnable *simpliciter* : voir, par exemple, *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Commissaire de la Gendarmerie royale du Canada)*, [2003] 1 R.C.S. 66, aux paragraphes 14 à 19; *3430901 Canada Inc. c. Canada (Ministre de l'Industrie)*, [2002] 1 C.F. 421 (C.A.F.), aux paragraphes 28 à 47.

[9] La norme de contrôle applicable à cette Cour, qui siège en appel de la décision du juge des requêtes, a été énoncée dans l'arrêt *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 R.C.S. 226, au paragraphe 43 :

Le rôle de la Cour d'appel était de décider si la juge de révision avait choisi et appliqué la norme de contrôle appropriée et, si cela n'était pas le cas, d'examiner la décision de l'organisme administratif à la lumière de la norme de contrôle appropriée, soit celle de la décision raisonnable. À cette étape de l'analyse, la Cour d'appel effectue le contrôle en appel d'une décision judiciaire, et non pas le contrôle judiciaire d'une décision administrative. Par conséquent, les règles usuelles applicables au contrôle en appel d'une décision judiciaire énoncées dans *Housen*, précité, s'appliquent. La question du choix et de l'application de la norme appropriée est une question de droit et le juge de révision doit donc y avoir répondu correctement.

[10] En l'espèce, le juge des requêtes a utilisé la norme de la décision correcte ou, dans le cas où certains arguments n'avaient pas été soulevés devant la Commission, il a procédé *de novo* : voir les paragraphes 31 et 32 de ses motifs.

Les prétentions et l'analyse

La Commission avait-elle compétence pour communiquer le rapport final en l'absence d'une demande écrite, comme l'exige l'article 6 de la LAI?

[11] Section 6 of the ATIA provides as follows:

6. A request for access to a record under this Act shall be made in writing to the government institution that has control of the record and shall provide sufficient detail to enable an experienced employee of the institution with a reasonable effort to identify the record.

[12] The CIBC argues that the Commission did not have jurisdiction to deal with the request for disclosure of the final report because the request for that record was made orally and not in writing. The Commission took the position that there was a written request, the original request for the interim report, and that it treated the verbal request for the disclosure of the final report as a valid request under section 6 “in keeping with both the spirit and purpose of the ATIA.”: see paragraph 39 of the application Judge’s reasons.

[13] The application Judge agreed with the Commission’s position. While acknowledging that it would have been desirable for a second written request to have been made for the final report, he found that the absence of a written request did not make the Commission’s decision void. He found that the Commission’s acceptance of the oral request satisfied the spirit and purpose of the ATIA, which is to provide “—rather than hinder—” access to information. He went on to find that even if the CIBC’s complaint were well founded, it would make no difference as the requester would then simply make a written request for the final report.

[14] The CIBC also argued that the Commission was *functus officio* once it declined to disclose the interim report so that it lacked jurisdiction to entertain a request for the final report pursuant to the original written request for the interim report. The Commission argued that each decision was a separate decision based upon a separate request so that the doctrine of *functus officio* did not apply. The application Judge agreed with the Commission.

[15] In my view, it is not helpful to view the Commission’s conduct through the lens of judicial

[11] L’article 6 de la LAI prévoit ce qui suit :

6. La demande de communication d’un document se fait par écrit auprès de l’institution fédérale dont relève le document; elle doit être rédigée en des termes suffisamment précis pour permettre à un fonctionnaire expérimenté de l’institution de trouver le document sans problèmes sérieux.

[12] La CIBC soutient que la Commission n’avait pas compétence pour traiter la requête d’accès au rapport final parce qu’elle avait été faite oralement et non par écrit. La Commission prétend qu’il y avait une demande écrite, c’est-à-dire la première demande d’accès au rapport provisoire, et qu’elle a traité la demande verbale concernant la communication du rapport final comme étant une demande valide aux termes de l’article 6, « conforme à l’esprit et à l’objet de la LAI » : voir le paragraphe 39 des motifs du juge des requêtes.

[13] Le juge des requêtes a accepté la position de la Commission. Tout en reconnaissant qu’il aurait été préférable qu’une deuxième demande écrite soit présentée pour avoir accès au rapport final, il a jugé que l’absence d’une demande écrite n’annulait pas la décision de la Commission. Il a conclu que l’acceptation par la Commission de la requête orale était conforme à l’esprit et à l’objet de la LAI qui est de « faciliter— plutôt que d’empêcher— » l’accès à des renseignements. Il a ajouté que même si la plainte de la CIBC était fondée, cela ne changerait rien puisque le requérant n’aurait qu’à déposer une demande écrite pour obtenir le rapport final.

[14] La CIBC a également fait valoir que la Commission était dessaisie dès lors qu’elle avait refusé de communiquer le rapport provisoire de sorte qu’elle n’avait pas compétence pour traiter une demande d’accès au rapport final en se fondant sur la première demande écrite concernant le rapport provisoire. La Commission soutient que chaque décision était une décision distincte se fondant sur une demande distincte de sorte que la doctrine du dessaisissement ne s’appliquait pas. Le juge des requêtes a souscrit à cette position de la Commission.

[15] À mon avis, il n’est pas utile d’examiner la conduite de la Commission sous l’angle d’une procédure

proceedings. Casting the issue of a written request as one of jurisdiction obscures the real issue which is the consequence of non-compliance with the requirement that requests for information must be made in writing. Similarly, invoking the doctrine of *functus officio* begs the question of whether there were one or two requests for access to information.

[16] I can think of no reason why the Commission should not have complied with the plain language of section 6 of the ATIA and demanded that the request for disclosure of the final report be made in writing. Such a requirement is not onerous and is easily satisfied. The written request then defines the boundaries of the disclosure sought as well as providing a firm reference point for the time limits in the legislation. Invoking the “spirit and purpose of the ATIA” as justification for the failure to observe a straightforward legislative requirement leaves the impression of an *ex post facto* rationalization.

[17] That said, what are the consequences of non-compliance with the requirement that a request for information be made in writing? The fact that the legislation imposes an obligation does not, in and of itself, define the consequences of non-compliance. There is nothing in the ATIA which purports to make anything done in the absence of a written request void. The obvious purpose of the written request is to “provide sufficient detail to enable an experienced employee of the institution with a reasonable effort to identify the record.”: see section 6 of the ATIA.

[18] The distinction between a mandatory, as opposed to a directory, provision was not argued before us, that question having been supplanted by the question of jurisdiction. As Iacobucci J. wrote in *British Columbia (Attorney General) v. Canada (Attorney General); An Act respecting the Vancouver Island Railway (Re)*, [1994] 2 S.C.R. 41, at pages 123-124:

... the court which decides what is mandatory, and what is directory, brings no special tools to bear upon the decision.

judiciaire. Formuler la question d’une requête écrite comme étant une question de compétence cache la véritable question, savoir la conséquence du non-respect de la condition qui exige que les demandes de renseignements soient faites par écrit. De même, faire intervenir la doctrine du dessaisissement ne répond pas à la question de savoir s’il y avait une ou deux demandes d’accès à l’information.

[16] Je ne vois rien qui puisse expliquer pourquoi la Commission n’aurait pas dû respecter le texte clair de l’article 6 de la LAI et exiger que la demande d’accès au rapport final soit faite par écrit. Une telle exigence n’est pas onéreuse et il est facile de s’y conformer. La demande écrite définit ensuite les limites de la communication demandée de même qu’elle fournit un point de référence solide à l’égard des délais prévus dans la loi. Invoquer « l’esprit et l’objet de la LAI » pour justifier l’omission d’observer une condition législative très simple donne l’impression qu’on tente de rationaliser la décision après le fait.

[17] Cela dit, quelles sont les conséquences du non-respect de l’exigence voulant qu’une demande de renseignements soit présentée par écrit ? Le fait que la loi impose une obligation ne définit pas en soi les conséquences du non-respect. Il n’y a rien dans la LAI qui est censé annuler tout ce qui est fait en l’absence d’une demande écrite. Le but évident des requêtes écrites est de fournir des « termes suffisamment précis pour permettre à un fonctionnaire expérimenté de l’institution de trouver le document sans problème sérieux » : voir l’article 6 de la LAI.

[18] La distinction entre une disposition impérative et une disposition directive n’a pas été débattue devant nous, cette question ayant été supplannée par la question de la compétence. Comme l’écrit le juge Iacobucci dans l’arrêt *Colombie-Britannique (Procureur général) c. Canada (Procureur général); Acte concernant le chemin de fer de l’Île de Vancouver (Re)*, [1994] 2 R.C.S. 41, aux pages 123 et 124 :

[. . .] le tribunal appelé à décider ce qui est impératif ou directif ne recourt à aucun outil spécial pour prendre sa

The decision is informed by the usual process of statutory interpretation. But the process perhaps evokes a special concern for “inconvenient” effects, both public and private, which will emanate from the interpretive result.

[19] Given that we have not had the benefit of an adversarial argument on this issue, I prefer not to express a view beyond saying that, on the facts of this case, I am not persuaded that any statutory purpose has been defeated by the failure to insist upon a written request. Given the nature of the record in issue here, the Commission had no difficulty identifying the record which it was being asked to disclose. Furthermore, no issue has been taken with respect to the 30-day time limit imposed in section 7 of the ATIA. As a result, I will assume, without deciding, that the request for disclosure of the final report was not void solely by reason of not having been made in writing.

[20] This disposes not only of the “jurisdictional” argument but also of the “*functus officio*” argument since the request for the final report was a valid, if flawed, request for disclosure.

[21] For those reasons, I would not interfere with the application Judge’s disposition of this issue.

Whether the information provided to the Commission by the CIBC which was reproduced in the final report (the CIBC information) is subject to the ATIA when it is not under the “control” of the Commission since section 34 of the EEA gives the CIBC, not the Commission, the authority to grant or withhold its consent to disclosure.

[22] The premise underlying this issue is that the information contained in the final report is the same information as was provided by the CIBC to the Commission and which was covered by the statutory privilege created by section 34 of the EEA, reproduced below:

décision. La décision repose sur le processus habituel d’interprétation législative. Cependant, ce processus suscite peut-être une préoccupation spéciale pour les inconvénients tant publics que privés auxquels donnera lieu l’interprétation adoptée.

[19] Compte tenu du fait que nous n’avons pas eu l’avantage d’entendre d’arguments contradictoires sur la question, je préfère ne pas m’exprimer sur ce point autrement que pour dire que, d’après les faits de l’espèce, je ne suis pas convaincu que l’un des objets de la loi a été mis en échec du fait qu’on n’a pas insisté pour avoir une demande écrite. Compte tenu de la nature du document en l’espèce, la Commission n’a eu aucune difficulté à identifier le document auquel on lui demandait l’accès. En outre, aucune question n’a été posée concernant le délai de 30 jours imposé par l’article 7 de la LAI. Par conséquent, je présume, sans trancher la question, que la demande de communication du rapport final n’est pas nulle simplement parce qu’on ne l’a pas faite par écrit.

[20] Ce raisonnement règle non seulement l’argument de la « compétence », mais aussi celui fondé sur le « dessaisissement » puisque la demande d’accès au rapport final était une demande valide, même si elle n’était pas parfaite.

[21] Pour ces motifs, je ne modifierais pas la décision du juge des requêtes sur ce point.

Les renseignements fournis à la Commission par la CIBC qui ont été reproduits dans le rapport final (les renseignements de la CIBC) sont-ils assujettis à la LAI quand ils ne relèvent pas de la Commission puisque l’article 34 de la LEE accorde à la CIBC, et non à la Commission, le pouvoir de donner ou non son consentement à la communication ?

[22] La prémisse qui sous-tend cette question suppose que les renseignements contenus dans le rapport final sont les mêmes que ceux que la CIBC a fournis à la Commission et qui étaient visés par le privilège prévu à l’article 34 de la LEE, reproduit ci-dessous :

34. (1) Information obtained by the Commission under this Act is privileged and shall not knowingly be, or be permitted to be, communicated, disclosed or made available without the written consent of the person from whom it was obtained.

[23] The CIBC's argument on this issue turns on the meaning of "under the control of a government institution," a phrase which is found in section 6 of the ATIA, reproduced above, and section 4 [as am. by S.C. 1992, c. 1, s. 144, Sch. VII, item 1(F); 2001, c. 27, s. 202], reproduced below:

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.

[24] The CIBC's argument, briefly stated, is that since section 34 prohibits the release of the information which it provided to the Commission without its consent, it has the power to decide if the information is to be released. As a result, the information is not within the control of the government institution.

[25] The CIBC relies upon *Andersen Consulting v. Canada*, [2001] 2 F.C. 324 (T.D.) (*Andersen Consulting*) for the proposition that where material in the Crown's hands is subject to a limitation as to the use to which it may be put, that material is not within the control of a government institution. In *Andersen Consulting*, the limitation was the implied undertaking which, it will be recalled, is the rule which precludes the use of information obtained in the course of the discovery process in civil litigation for any purpose other than the litigation itself.

[26] As there is no statutory definition of control, the Commission relies upon *Canada Post Corp. v. Canada (Minister of Public Works)*, [1993] 3 F.C. 320 (T.D.) for

34. (1) Les renseignements obtenus par la Commission dans le cadre de la présente loi sont protégés. Nul ne peut sciemment les communiquer ou les laisser communiquer sans l'autorisation écrite de la personne dont ils proviennent.

[23] L'argument de la CIBC sur cette question s'appuie sur le sens de l'expression « relevant d'une institution fédérale », expression qui se trouve à l'article 6 de la LAI, figurant ci-dessus, et à l'article 4 [mod. par L.C. 1992, ch. 1, art. 144, ann. VII, n° 1(F); 2001, ch. 27, art. 202], reproduit ci-après :

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*.

[24] L'argument de la CIBC, brièvement résumé, fait valoir que, puisque l'article 34 interdit la communication des renseignements qu'elle a fournis à la Commission sans son consentement, elle a le pouvoir de décider si ces renseignements peuvent être communiqués. Par conséquent, les renseignements ne relèvent pas de l'institution fédérale.

[25] La CIBC s'appuie sur la décision *Andersen Consulting c. Canada*, [2001] 2 C.F. 324 (1^{re} inst.) (*Andersen Consulting*) pour étayer la proposition selon laquelle, lorsque des documents aux mains de la Couronne sont assujettis à une restriction quant à l'utilisation qui peut en être faite, ces documents ne relèvent pas d'une institution fédérale. Dans *Andersen Consulting*, cette restriction était l'engagement implicite qui, on s'en souviendra, est la règle qui empêche l'utilisation de renseignements obtenus à l'étape de la communication de la preuve dans une action civile pour des fins autres que celles qui ont trait à cette action.

[26] Comme la loi ne donne pas de définition du terme « relevant », la Commission s'appuie sur la décision *Société canadienne des postes c. Canada*

the proposition that records which are in the possession of the government are within its control.

[27] The application Judge noted the introductory words of section 4, “notwithstanding any other Act of Parliament,” and interpreted them to mean that the “provisions of the ATIA take precedence over other statutory provisions restricting disclosure, except for those provisions included in Schedule II of the ATIA”: see reasons for decision, at paragraph 47. The broad exemption of the statutory provisions listed in Schedule II arises from section 24 of the ATIA:

24. (1) The head of a government institution shall refuse to disclose any record requested under this Act that contains information the disclosure of which is restricted by or pursuant to any provision set out in Schedule II.

[28] Section 34 of the EEA does not appear in Schedule II of the Act. The application Judge concluded from this that Parliament intended the ATIA to apply to information in the Commission’s hands, notwithstanding the privilege created by section 34.

[29] Finally, the application Judge distinguished *Andersen Consulting* on the basis that while the implied undertaking kept the control over the documents in question out of the Crown’s hands, in the present case, the legal obligations created by the EEA and the ATIA put the control over the final report into the Commission’s hands. No legal restriction such as section 34 of the EEA operated to remove control of the final report from the Commission.

[30] The application Judge concluded that exempting the information protected by section 34 of the EEA from the operation of the ATIA would deprive the broad language of section 4 (“notwithstanding any other Act of Parliament”) of any practical significance.

[31] The CIBC attacked the application Judge’s conclusion by pointing to the *Treasury Board Manual*:

(*Ministre des Travaux publics*), [1993] 3 C.F. 320 (1^{re} inst.), pour soutenir que les documents qui sont en possession du gouvernement relèvent d’elle.

[27] Le juge des requêtes a repris l’expression suivante dans l’énoncé liminaire de l’article 4, « nonobstant toute autre loi fédérale », et l’a interprétée comme signifiant que « les dispositions de la LAI ont préséance sur d’autres dispositions législatives restreignant la communication de documents, sauf sur les dispositions énoncées à l’annexe II de la LAI »: voir les motifs de la décision, au paragraphe 47. La très large exception touchant les dispositions législatives énumérées à l’annexe II découle de l’article 24 de la LAI :

24. (1) Le responsable d’une institution fédérale est tenu de refuser la communication de documents contenant des renseignements dont la communication est restreinte en vertu d’une disposition figurant à l’annexe II.

[28] L’article 34 de la LEE ne figure pas à l’annexe II de la Loi. Le juge des requêtes en a conclu que le législateur avait voulu que la LAI s’applique à des renseignements dont disposait la Commission, malgré le privilège créé par l’article 34.

[29] Finalement, le juge des requêtes a fait la distinction avec l’affaire *Andersen Consulting* en statuant que, bien qu’en vertu de l’engagement implicite les documents en question n’étaient pas sous la responsabilité de la Couronne, en l’espèce, les obligations légales découlant de la LEE et de la LAI faisaient clairement que le rapport final relevait de la Commission. Aucune restriction légale, comme celle créée par l’article 34 de la LEE, n’opère de façon que le rapport final ne relève pas de la Commission.

[30] Le juge des requêtes a conclu que soustraire à l’opération de la LAI les renseignements protégés par l’article 34 de la LEE enlèverait tout son sens au texte largement formulé de l’article 4 (« nonobstant toute autre loi fédérale »).

[31] La CIBC a contesté la conclusion du juge des requêtes en citant le Guide du Conseil du Trésor :

Access to Information Policy and Guidelines [Chapter 2-00 “Guidelines—General”] which define “under the control” as follows:

Under the control (*relever de*)—A record is under the control of a government institution when that institution is authorized to grant or deny access to the record, to govern its use and, subject to the approval of the National Archivist, to dispose of it.

[32] In addition, the CIBC pointed to other statutory dispositions which limit the use to which information gathered under the EEA may be put. Specifically, the CIBC relied upon the following dispositions:

9. . . .

(3) Information collected by an employer under paragraph (1)(a) is confidential and shall be used only for the purpose of implementing the employer’s obligations under this Act.

...

34. . . .

(2) No member of the Commission or person employed by it who obtains information that is privileged under subsection (1) shall be required, in connection with any legal proceedings, other than proceedings relating to the administration or enforcement of this Act, to give evidence relating to that information or to produce any statement or other writing containing that information.

...

(5) No information obtained by the Commission or a Tribunal under this Act may be used in any proceedings under any other Act without the consent of the employer concerned.

[33] The CIBC argued that these limitations on the use of information gathered during the employment equity audit would all be defeated if the information was simply available for the asking pursuant to the ATIA.

Politiques et lignes directrices en matière d’accès à l’information [chapitre 2-00 « Lignes directrices—généralités » qui définit l’expression « relever de » de la manière suivante :

Relever de (*under the control*)—Un document relève d’une institution fédérale si cette institution est autorisée à accorder ou à refuser l’accès à ce document, à décider de son utilisation et, sous réserve de l’approbation de l’archiviste fédéral, à s’en défaire.

[32] En outre, la CIBC a signalé d’autres dispositions législatives qui limitent l’utilisation qui peut être faite des renseignements recueillis en vertu de la LEE. Elle s’est appuyée plus précisément sur les dispositions suivantes :

9. [. . .]

(3) Les renseignements recueillis par l’employeur dans le cadre de l’alinéa (1)a) sont confidentiels et ne peuvent être utilisés que pour permettre à l’employeur de remplir ses obligations dans le cadre de la présente loi.

[. . .]

34. [. . .]

(2) Il ne peut être exigé d’un commissaire ou d’un agent de la Commission qui obtient des renseignements protégés dans le cadre de la présente loi qu’il dépose en justice à leur sujet, ni qu’il produise des déclarations, écrits ou autres pièces à cet égard, sauf lors d’une instance relative à l’application de la présente loi.

[. . .]

(5) Les renseignements obtenus par la Commission ou un tribunal dans le cadre de l’application de la présente loi ne peuvent être utilisés, sans le consentement de l’employeur concerné, dans des procédures intentées en vertu d’une autre loi.

[33] La CIBC fait valoir que ces restrictions à l’utilisation des renseignements recueillis au cours d’une vérification sur l’équité en matière d’emploi n’auraient plus aucun sens si les renseignements étaient tout simplement à la disposition de tous ceux qui en font la demande en vertu de la LAI.

[34] The CIBC also revisited the *Andersen Consulting* case and pointed out that the key to the reasoning in that case was the distinction between, on the one hand, a unilateral limitation imposed by one party or a mere contractual limitation on the use which may be made of information and, on the other hand, a condition imposed by the law itself on the government institution which receives a document. In this case, the CIBC argued that the Commission received the CIBC information subject to the limits imposed by section 34 so that the case fell squarely within the principle set out in *Andersen Consulting*.

[35] In addition, the CIBC challenged the application Judge's reasoning with respect to section 4 of the ATIA by pointing out that the latter only applies if the information in question is under the control of the government institution. As a result, the question of whether a record is under the control of the government institution must be answered without regard to section 4. The application Judge erred to the extent that he reasoned that the final report was under government control because section 4 applied "notwithstanding any other Act of Parliament".

[36] As a preliminary matter, I am satisfied, on the basis of the colour coded material filed by the CIBC that the bulk of the information contained in the final report was information provided to the Commission in the course of the EEA audit, and was not drawn from public sources. To that extent, there is a factual foundation for the argument that the final report is caught by the privilege created by section 34 of the EEA. In my view, the application Judge erred when he concluded that it was sufficient that the information in the final report be of the same sort as information in the public record. As will be seen later, the test is whether the information itself can be found in the public record.

[37] The question as to whether records are under the control of a government institution has arisen on a few occasions. The jurisprudence was summarized by

[34] La CIBC a également réexaminé l'affaire *Andersen Consulting* et signalé que la clé du raisonnement dans cette affaire était la distinction établie entre, d'une part, une restriction unilatérale imposée par une partie ou une simple limitation contractuelle à l'utilisation qui peut être faite des renseignements et, d'autre part, une condition imposée par la loi elle-même à l'institution fédérale qui reçoit un document. En l'espèce, la CIBC soutient que la Commission a reçu les renseignements qu'elle lui a fournis sous réserve des limites imposées par l'article 34 de sorte que l'affaire tombe clairement sous le coup du principe énoncé dans l'affaire *Andersen Consulting*.

[35] En outre, la CIBC a contesté le raisonnement du juge des requêtes concernant l'article 4 de la LAI en signalant que ce dernier ne s'applique que si les renseignements en question relèvent de l'institution fédérale. Par conséquent, il faut répondre à la question de savoir si un document relève de l'institution sans tenir compte de l'article 4. Le juge des requêtes a commis une erreur dans la mesure où il a conclu que le rapport final relevait du gouvernement parce que l'article 4 s'appliquait « nonobstant toute autre loi fédérale ».

[36] Tout d'abord, je suis convaincu, d'après le code de couleurs attribué aux documents déposés par la CIBC que le gros des renseignements contenus dans le rapport final étaient des renseignements fournis à la Commission dans le cadre de la vérification fondée sur la LEE, et n'ont pas été tirés de sources publiques. Dans cette mesure, il y a un fondement factuel à l'argument selon lequel le rapport final est assujéti au privilège créé par l'article 34 de la LEE. À mon avis, le juge des requêtes a commis une erreur quand il a conclu qu'il était suffisant que les renseignements contenus dans le rapport final soient du même genre que les renseignements disponibles au grand public. Comme on le verra plus tard, le critère à appliquer est de déterminer si les renseignements eux-mêmes peuvent se trouver dans des documents publics.

[37] La question de savoir si des documents relèvent d'une institution fédérale s'est posée à quelques reprises. La jurisprudence a été résumée par le juge Hugessen

Hugessen J. in *Andersen Consulting*, as follows at paragraph 14:

While there appears to be virtually no jurisprudence under the *National Archives of Canada Act*, the cases under the *Access to Information Act* have taken a generous view of the sense to be given to the concept of control. In particular, it has been held that an obligation of confidentiality imposed by the originator of the document (*Baldasaro, Blacklock and Tucker v. Canada* (1986), 4 F.T.R. 120 (F.C.T.D.)), by the governmental recipient (*Canada (Information Commissioner) v. Canada (Immigration and Refugee Board)* (1997), 4 Admin. L.R. (3d) 96 (F.C.T.D.)), or by a party entering into contractual relations with the government (*Canada Post Corp. v. Canada (Minister of Public Works)*, [1995] 2 F.C. 110 (C.A.)), do not operate to remove such documents from being in the “control” of a government department within the meaning of that statute.

[38] In short, an expectation of confidentiality arising from the dealings between the source of the record and the government institution is not sufficient to withdraw a record from the control of the government institution.

[39] *Andersen Consulting* is not an ATIA case. *Andersen Consulting* deals with section 5 of the *National Archives of Canada Act*, R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 1, which prohibits the destruction or disposition of records “under the control of a government institution.” It is the use of this phrase in both the *National Archives of Canada Act* and ATIA which invites the application of the reasoning in that case to the facts of the present dispute.

[40] The difficulty with the CIBC’s argument is that it confounds control of the record and control of the information. If one were to draw an analogy, one might think of the difference between ownership of a book and ownership of the copyright in the content of the book. The owner of a book has the control of the physical volume, even though he or she may not be authorized to reproduce the work contained in that book.

[41] In the same way, the Commission has control of the final report, considered as a record, even if there may be limits on the use which it may make of the information contained in the report. The fact that section

dans la décision *Andersen Consulting*, de la manière suivante, au paragraphe 14 :

Bien qu’il semble n’y avoir aucune jurisprudence fondée sur la *Loi sur les Archives nationales du Canada*, les décisions fondées sur la *Loi sur l’accès à l’information* ont adopté une position large quant au sens qu’il faut donner à la notion de contrôle. Plus particulièrement, on a statué qu’une obligation de confidentialité imposée par l’auteur du document (*Baldasaro, Blacklock et Tucker c. Canada* (1986), 4 F.T.R. 120 (C.F. 1^{re} inst.)), par l’institution fédérale qui le reçoit (*Canada (Commissaire à l’information) c. Canada (Commission de l’immigration et du statut de réfugié)* (1997), 4 Admin. L.R. (3d) 96 (C.F. 1^{re} inst.)), ou par une partie qui a des relations contractuelles avec le gouvernement (*Société canadienne des postes. c. Canada (Ministre des Travaux publics)*, [1995] 2 C.F. 110 (C.A.)), n’a pas pour effet de faire en sorte que ces documents ne sont plus sous le « contrôle » d’un ministère fédéral au sens de cette loi.

[38] En résumé, l’attente de confidentialité découlant des relations entre la source du document et l’institution fédérale ne suffit pas pour retirer à l’institution fédérale le contrôle de ce document.

[39] L’affaire *Andersen Consulting* ne porte pas sur la LAI. La décision *Andersen Consulting* traite de l’article 5 de la *Loi sur les archives nationales du Canada*, L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 1, qui interdit l’élimination ou l’aliénation « des documents des institutions fédérales ». C’est l’utilisation de cette expression dans la *Loi sur les archives nationales du Canada* et la LAI qui est à l’origine de l’application du raisonnement de cette affaire aux faits de la présente espèce.

[40] La difficulté que pose l’argument de la CIBC vient de ce qu’il confond le contrôle des documents et le contrôle des renseignements. Pour faire une analogie, on pourrait penser à la différence qui existe entre la propriété d’un livre et la propriété du droit d’auteur sur le contenu du livre. Le propriétaire d’un livre a le contrôle sur le volume en tant que tel, même s’il n’est pas autorisé à reproduire le texte que contient ce livre.

[41] De la même manière, la Commission a le contrôle du rapport final, en tant que document, même s’il peut exister des limites à la reproduction des renseignements qu’il contient. Le fait que l’article 34

34 imposes certain limits on the Commission's ability to disseminate the information contained in the record is not a reason for concluding that the record itself is not under the control of the Commission. While the application Judge did not employ this reasoning, he came to the same conclusion and so, there is no reason to interfere with his conclusion on this issue.

[42] This leads to the CIBC's subsidiary argument which is that while the record may be subject to the control of the Commission, the information is not subject to the provisions of the ATIA because it is privileged. The effect of privilege is often described in terms of exclusion of evidence. For example, in their introductory comments to the subject of privilege, the editors of *The Law of Evidence in Canada*, 2nd ed. (Toronto: Butterworths, 1999) describe it as an exclusionary rule: see paragraph 14.1. But privilege also refers to freedom from forced disclosure, as in solicitor-client privilege. We are concerned here with privilege as freedom from forced disclosure, and not with whether the privileged information is admissible in a court of law. The latter point is dealt with by subsection 34(5) of the EEA.

[43] As there is no higher claim to disclosure in our system of law than the necessity of rendering justice (or preventing injustice) (see, for example, *R. v. McClure*, [2001] 1 S.C.R. 445, at paragraphs 46-47) the ability to resist forced disclosure in legal proceedings, would seem to imply the ability to resist forced disclosure in any other context. Thus the argument that a privileged communication is not subject to forced disclosure pursuant to the ATIA.

[44] This argument would be difficult to resist were it not for section 24 of the ATIA which exempts the information described in the statutory dispositions listed in Schedule II to the ATIA from disclosure under the ATIA. The federal statute book contains 32 statutes which create a statutory privilege, in the sense of

imposer certaines limites au pouvoir de la Commission de communiquer les renseignements qui sont contenus dans le document ne permet pas de conclure que le document lui-même ne relève pas de la Commission. Bien que le juge des requêtes n'ait pas suivi ce raisonnement, il en est venu à la même conclusion et, donc, il n'y a pas de raison de modifier sa conclusion sur ce point.

[42] Cela nous amène à l'argument subsidiaire de la CIBC voulant que, bien que le document puisse relever de la Commission, les renseignements ne sont pas assujettis aux dispositions de la LAI parce qu'ils sont protégés. L'effet du privilège est souvent décrit en termes d'exclusion de la preuve. Par exemple, dans leurs observations d'ouverture sur la question du privilège, les éditeurs de l'ouvrage *The Law of Evidence in Canada* (2^e éd.) (Toronto: Butterworths, 1999) le décrivent comme une règle d'exclusion : voir le paragraphe 14.1. Mais le privilège fait également référence à la liberté de s'opposer à une communication forcée, comme le privilège entre avocat et client. Nous traitons ici du privilège en tant que liberté de s'opposer à une communication forcée, et non pas de la question de savoir si les renseignements protégés sont admissibles dans une cour de justice. Ce dernier point est traité au paragraphe 34(5) de la LEE.

[43] Comme il n'y a pas, dans notre régime juridique, d'argument plus important en faveur de la communication que la nécessité de rendre justice (ou de prévenir une injustice) (voir, par exemple, *R. c. McClure*, [2001] 1 R.C.S. 445, aux paragraphes 46 et 47), le pouvoir de s'opposer à une communication forcée dans des poursuites judiciaires semblerait impliquer le pouvoir de s'opposer à une communication forcée dans tout autre contexte. D'où l'argument selon lequel la communication privilégiée n'est pas assujettie à la communication forcée au sens de la LAI.

[44] Cet argument serait difficile à réfuter si ce n'était de l'article 24 de la LAI, qui soustrait à la communication les renseignements décrits dans les dispositions législatives énumérées à l'annexe II de la LAI. Les recueils des lois fédérales renferment 32 lois qui créent un privilège d'origine législative, dans le sens

immunity from forced disclosure, as opposed to immunity from liability as in the law of defamation. Of those 32 statutes, 19 of them are listed in Schedule II. It is difficult to resist the inference that the other 13, including section 34 of the EEA, were intended to be subject to the ATIA.

[45] If that is so, as I conclude it must be, information in the government's hands is subject to disclosure pursuant to the ATIA, unless it is exempt under the terms of the Act, or unless the provision under which it is created or communicated is listed on Schedule II, statutory guarantees of confidentiality (including statutory privilege) serve a very limited purpose. They do not withdraw communications from the operation of the ATIA though they may act as a statutory indications of the treatment to be afforded those communications under the ATIA.

[46] As a result, there is no reason to interfere with the application Judge's disposition of this issue.

Whether the CIBC information falls within the exemptions to disclosure set out at paragraph 20(1)(b) or 20(1)(c) or section 16 or 19 of the ATIA.

[47] The CIBC argued that the CIBC information contained in the final report was exempt from disclosure under the terms of paragraph 20(1)(b) (confidential commercial information), paragraph 20(1)(c) (information whose disclosure could adversely affect a party's competitive position), section 16 (information whose disclosure could interfere with a lawful investigation) and section 19 (personal information). The last two cases can be dealt with relatively summarily.

[48] Section 16 of the ATIA, in its material parts, provides as follows:

16. (1) The head of a government institution may refuse to disclose any record requested under this Act that contains

...

de l'immunité contre la communication forcée, par opposition à l'immunité à l'égard d'une responsabilité comme dans la législation sur la diffamation. Sur ces 32 lois, 19 sont énumérées à l'annexe II. Il est difficile de ne pas en venir à la conclusion que le législateur avait l'intention d'assujettir les 13 autres, notamment l'article 34 de la LEE, à la LAI.

[45] Si tel est le cas, comme je conclus que cela doit être, les renseignements dont disposait le gouvernement peuvent être communiqués en vertu de la LAI, à moins qu'ils ne bénéficient d'une exception prévue dans la Loi, ou à moins que la disposition en vertu de laquelle ils sont créés ou communiqués figure à l'annexe II, et les garanties législatives de confidentialité (y compris le privilège prévu par la loi) ne servent qu'un but très limité. Ces garanties n'exemptent pas les communications de l'opération de la LAI, bien qu'elles puissent servir d'indices législatifs de la manière dont doivent être traitées ces communications au regard de la LAI.

[46] Par conséquent, il n'y a pas de raison de modifier la décision du juge des requêtes sur ce point.

Les renseignements de la CIBC sont-ils visés par les exceptions à la communication énoncées aux alinéas 20(1)(b) ou 20(1)(c) ou aux articles 16 ou 19 de la LAI?

[47] La CIBC a fait valoir que ses renseignements contenus dans le rapport final étaient visés par l'exception prévue à l'alinéa 20(1)(b) (des renseignements commerciaux confidentiels), à l'alinéa 20(1)(c) (des renseignements dont la divulgation risquerait de nuire à la compétitivité d'une partie), à l'article 16 (des renseignements dont la divulgation risquerait de nuire au déroulement d'enquêtes licites) et à l'article 19 (des renseignements personnels). Les deux derniers cas peuvent être traités de façon assez sommaire.

[48] L'article 16 de la LAI dispose, pour l'essentiel, comme suit :

16. (1) Le responsable d'une institution fédérale peut refuser la communication de documents :

[...]

(c) information the disclosure of which could reasonably be expected to be injurious to the enforcement of any law of Canada or a province or the conduct of lawful investigations, including, without restricting the generality of the foregoing, any such information:

...

(iii) that was obtained or prepared in the course of an investigation; or

[49] The CIBC argues that the release of the CIBC information contained in the final report will have a chilling effect on subsequent EEA audits because employers, and employees, will be aware of the fact that their information is subject to disclosure under the terms of the ATIA.

[50] Section 16 is a discretionary exemption. In order to succeed, the CIBC would have to show that the Commission exercised its discretion unreasonably. The investigations which will suffer the chilling effect are those to be undertaken by the Commission. If the Commission is not apprehensive about any chilling effect, it is not apparent why the CIBC would be. Nothing has been put before the Court to suggest that the Commission's exercise of its discretion is unreasonable.

[51] The application Judge disposed of this issue on the basis that the CIBC had not shown a reasonable basis for its claim that "disclosure of the final report could be injurious to future employment equity compliance review audits": see paragraph 66. While not expressing myself in the same way, I come to the same conclusion.

[52] Section 19 deals with personal information and provides as follows:

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

[53] Section 3 [as am. by S.C. 1992, c. 1, s. 144, Sch. VII, item 45(F)] of the *Privacy Act*, R.S.C., 1985, c.

c) contenant des renseignements dont la divulgation risquerait vraisemblablement de nuire aux activités destinées à faire respecter les lois fédérales ou provinciales ou au déroulement d'enquêtes licites, notamment :

[. . .]

(iii) des renseignements obtenus ou préparés au cours d'une enquête;

[49] La CIBC soutient que la communication de ses renseignements contenus dans le rapport final aura un effet très négatif sur les vérifications ultérieures faites en vertu de la LEE parce que les employeurs et les employés sauront que leurs renseignements pourraient être rendus publics en application de la LAI.

[50] L'article 16 est une exception discrétionnaire. Pour avoir gain de cause, la CIBC devrait démontrer que la Commission a exercé son pouvoir discrétionnaire de façon déraisonnable. Les enquêtes qui souffriront de cet effet très négatif sont celles qui sont entreprises par la Commission. Si la Commission ne craint pas cet effet, on ne voit pas pourquoi la CIBC devrait en avoir peur. La Cour ne dispose d'aucun élément qui lui permette de statuer que la manière dont la Commission a exercé son pouvoir discrétionnaire était déraisonnable.

[51] Le juge des requêtes a traité de ce point en concluant que la CIBC n'avait pas établi qu'elle avait des motifs raisonnables de croire que « la communication du rapport final nuirait aux vérifications futures de la conformité à l'équité en matière d'emploi » : voir le paragraphe 66. Même si je ne me serais pas exprimé de la même manière, j'en viens à la même conclusion.

[52] L'article 19 traite des renseignements personnels et est rédigé dans les termes suivants :

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

[53] L'article 3 [mod. par L.C. 1992, ch. 1, art. 144, ann. VII, n° 47(F)] de la *Loi sur la protection des*

P-21, defines personal information as follows:

3. . . .

“personal information” means information about an identifiable individual that is recorded in any form including, without restricting the generality of the foregoing,

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

renseignements personnels, L.R.C. (1985), ch. P-21, définit les renseignements personnels comme suit :

3. [. . .]

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

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

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

c) tout numéro ou symbole, ou toute autre indication identificatrice, qui lui est propre;

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

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

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

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

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

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

toutefois, il demeure entendu que, pour l'application des articles 7, 8 et 26, et de l'article 19 de la *Loi sur l'accès à*

- l'information*, les renseignements personnels ne comprennent pas les renseignements concernant :
- | | |
|--|--|
| <p>(j) information about an individual who is or was an officer or employee of a government institution that relates to the position or functions of the individual including,</p> <p>(i) the fact that the individual is or was an officer or employee of the government institution,</p> <p>(ii) the title, business address and telephone number of the individual,</p> <p>(iii) the classification, salary range and responsibilities of the position held by the individual,</p> <p>(iv) the name of the individual on a document prepared by the individual in the course of employment, and</p> <p>(v) the personal opinions or views of the individual given in the course of employment,</p> <p>(k) information about an individual who is or was performing services under contract for a government institution that relates to the services performed, including the terms of the contract, the name of the individual and the opinions or views of the individual given in the course of the performance of those services,</p> <p>(l) information relating to any discretionary benefit of a financial nature, including the granting of a licence or permit, conferred on an individual, including the name of the individual and the exact nature of the benefit, and</p> <p>(m) information about an individual who has been dead for more than twenty years;</p> | <p>j) un cadre ou employé, actuel ou ancien, d'une institution fédérale et portant sur son poste ou ses fonctions, notamment :</p> <p>(i) le fait même qu'il est ou a été employé par l'institution,</p> <p>(ii) son titre et les adresse et numéro de téléphone de son lieu de travail,</p> <p>(iii) la classification, l'éventail des salaires et les attributions de son poste,</p> <p>(iv) son nom lorsque celui-ci figure sur un document qu'il a établi au cours de son emploi,</p> <p>(v) les idées et opinions personnelles qu'il a exprimées au cours de son emploi;</p> <p>k) un individu qui, au titre d'un contrat, assure ou a assuré la prestation de services à une institution fédérale et portant sur la nature de la prestation, notamment les conditions du contrat, le nom de l'individu ainsi que les idées et opinions personnelles qu'il a exprimées au cours de la prestation;</p> <p>l) des avantages financiers facultatifs, notamment la délivrance d'un permis ou d'une licence accordés à un individu, y compris le nom de celui-ci et la nature précise de ces avantages;</p> <p>m) un individu décédé depuis plus de vingt ans.</p> |
|--|--|

[54] The CIBC argued that section 3 of the *Privacy Act* required that the comments made by a small group of managers who are members of a visible minority be kept confidential on the ground that the information contained in the final report and the knowledge common to CIBC employees would reveal the identity of these managers. The CIBC was also concerned about the disclosure of the identity of certain persons who fell in certain groups listed in Appendix A to the final report.

[54] La CIBC a fait valoir que l'article 3 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* exige que les observations faites par un petit groupe de cadres supérieurs qui sont membres d'une minorité visible restent confidentielles au motif que les renseignements contenus dans le rapport final et les connaissances partagées par les employés de la CIBC révéleraient l'identité de ces personnes. La CIBC se préoccupait également de la divulgation de l'identité de certaines personnes faisant partie de certains groupes énumérés à l'annexe A du rapport final.

[55] The application Judge relied on the decision of the Supreme Court in *Dagg v. Canada (Minister of*

[55] Le juge des requêtes a cité l'arrêt de la Cour suprême dans *Dagg c. Canada (Ministre des Finances)*,

Finance), [1997] 2 S.C.R. 403, at page 426, as authority for the proposition that personal information is information about an identifiable individual. It was his considered opinion that nothing in the final report could reasonably lead to the identification of the individuals in question, or of their individual opinions with respect to various matters raised in the report. This was a conclusion of fact, or of inferences to be drawn from facts, both of which enjoy the greatest deference. Nothing was put before us which would justify interfering with the application Judge's conclusions on this issue.

[56] The two major grounds of opposition advanced by the CIBC are paragraphs 20(1)(b) and 20(1)(c) of the ATIA. Section 20 provides as follows:

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

(a) trade secrets of a third party;

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

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

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

[57] The application Judge accepted that the CIBC information was commercial information but he was not persuaded that the information was confidential. He carefully reviewed the information in the final report and compared it to information available in the EEA annual reports which the CIBC filed each year as a requirement of the *Bank Act*, S.C. 1991, c. 46. The Judge concluded that the kind of information disclosed in the annual reports was generally the same kind of information found in the final report with a few exceptions. In those cases where specific information was not available in the

[1997] 2 R.C.S. 403, à la page 426, à l'appui de la proposition selon laquelle les renseignements personnels sont des renseignements au sujet d'un individu identifiable. Il s'est dit d'avis que rien dans le rapport final ne pouvait raisonnablement mener à l'identification des personnes en question, ou de leurs opinions individuelles concernant les différentes questions soulevées dans le rapport. Il s'agissait d'une conclusion de fait, ou de déductions à tirer des faits, qui exigent de la cour de révision la plus grande déférence. Rien ne nous a été soumis qui justifierait de modifier les conclusions du juge des requêtes sur ce point.

[56] Les deux principaux motifs d'opposition formulés par la CIBC sont les alinéas 20(1)(b) et 20(1)(c) de la LAI. L'article 20 est rédigé comme suit :

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

a) des secrets industriels de tiers;

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

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

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

[57] Le juge des requêtes a reconnu que les renseignements de la CIBC étaient des renseignements commerciaux, mais il n'a pas été convaincu qu'ils étaient confidentiels. Il a soigneusement analysé les renseignements contenus dans le rapport final et les a comparés aux renseignements disponibles dans les rapports annuels exigés par la LEE et que la CIBC dépose en vertu de la *Loi sur les banques*, L.C. 1991, ch. 46. Le juge a conclu que le genre de renseignements communiqués dans les rapports annuels était généralement le même genre de renseignements qui se

annual reports, the application Judge considered whether the CIBC had a reasonable expectation of confidentiality.

[58] The application Judge rejected the CIBC's contention that it had a reasonable expectation that the final report would not be disclosed. He did so on the basis that the ATIA supersedes the provisions of section 34 of the EEA and that, in any event, the Commission specifically advised the CIBC that the Commission was subject to the ATIA so that the Commission could, upon request, be required to release any information which was not exempt under the terms of the ATIA.

[59] Finally, the application Judge considered the CIBC's argument that there was a greater public benefit in non-disclosure, in the form of employee confidence in the confidentiality of material shared in the course of implementation of employment equity programs, and in the full and frank exchange of information between employers and the Commission than there was in disclosure. The application Judge found that there was no factual basis for the assertion that employees would consider that their confidence had been betrayed if aggregated employment data were made public. The application Judge considered it unlikely that responsible employers would not cooperate with the Commission simply because of the possibility of disclosure of employment equity information. In the application Judge's view, there was a public benefit "in making transparent the performance of employers in meeting their statutory requirements under the EEA": see reasons for order, at paragraph 90.

[60] The CIBC disagrees with the application Judge's conclusions as to the confidential nature of the information in question as well as the CIBC's reasonable expectation that the information would not be disclosed.

retrouvaient dans le rapport final, à quelques exceptions près. Dans les cas où des renseignements précis n'étaient pas disponibles dans les rapports annuels, le juge des requêtes s'est demandé si la CIBC avait une attente raisonnable de confidentialité.

[58] Le juge des requêtes a rejeté la prétention de la CIBC selon laquelle elle pouvait raisonnablement s'attendre à ce que le rapport final ne soit pas communiqué. Il l'a fait en statuant que la LAI a préséance sur les dispositions de l'article 34 de la LEE et que, de toute façon, la Commission avait précisément informé la CIBC qu'elle était assujettie à la LAI de sorte que la Commission pouvait, sur demande, être tenue de communiquer tous les renseignements qui n'étaient pas exemptés par la LAI.

[59] Finalement, le juge des requêtes a analysé l'argument de la CIBC selon lequel l'intérêt du public serait mieux servi par la non-divulgence des renseignements que par leur communication, en ce sens que les employés auraient davantage confiance en la confidentialité des documents partagés dans l'application de programmes d'équité en matière d'emploi, et que cela favoriserait l'échange complet et franc d'informations entre les employeurs et la Commission. Le juge des requêtes a conclu qu'il n'y avait pas de fondement factuel à l'affirmation selon laquelle les employés considéreraient que leur confiance serait trahie si des données d'emploi globales étaient rendues publiques. Le juge des requêtes a estimé peu probable que des employeurs responsables ne collaboreraient pas avec la Commission à cause de la simple possibilité que des renseignements sur l'équité en matière d'emploi soient rendus publics. De l'avis du juge, « le public a tout à gagner à ce que les mesures déployées par les employeurs pour respecter les exigences qui leur sont imposées par la LEE soient transparentes » : voir les motifs de l'ordonnance, au paragraphe 90.

[60] La CIBC conteste les conclusions du juge des requêtes quant à la nature confidentielle des renseignements en question, de même que sur l'attente raisonnable qu'elle avait que les renseignements ne seraient pas divulgués.

[61] I have already indicated my view that the material contained in the final report was material provided by CIBC in the course of the audit, and was not material taken from the public record. The application Judge compared the final report to the CIBC's 2002 EEA annual report and found that much the same kind of information appeared in that report as appeared in the final report. Unfortunately, that is not the test to be applied. In *Air Atonabee Ltd. v. Canada (Minister of Transport)* (1989), 37 Admin. L.R. 245 (F.C.T.D.), the test for confidential information was said to be that "the content of the record be such that the information it contains is not available from sources otherwise accessible by the public" (emphasis added): see *Air Atonabee Ltd.*, at page 272. Thus the test is not whether information of the same kind is available in the public record but whether the specific information can be found there. Consequently, the application Judge erred in law in applying the wrong test when deciding if the information in question was confidential.

[62] The next leg of the test is whether there is an objective basis for saying that the information was communicated in the expectation that it would be kept in confidence. The application Judge's reasons for concluding that there was no reasonable basis for CIBC's belief in confidentiality are problematic. The first reason given, that section 4 of the ATIA overrides section 34 of the EEA, calls for a conclusion of law, and one which is not necessarily obvious. As noted earlier, a privileged communication is one which is capable of resisting forced disclosure in a court of law. It is not self-evident that such a communication would be subject to disclosure to anyone curious enough to make a request under the ATIA. The fact that the CIBC was wrong about the effect of section 34 does not mean that its views were unreasonable.

[63] The second reason given, that the Commission put the CIBC on notice of its view that it could be

[61] J'ai déjà indiqué qu'à mon avis les renseignements contenus dans le rapport final étaient des renseignements fournis par la CIBC dans le cadre de la vérification, et qu'il ne s'agissait pas de renseignements provenant de documents publics. Le juge des requêtes a comparé le rapport final au rapport annuel de 2002 que la CIBC a fourni conformément à la LEE et a conclu que les renseignements qui figuraient dans ce rapport se rapprochaient beaucoup de ceux figurant dans le rapport final. Malheureusement, ce n'est pas là le critère qu'il faut appliquer. Dans la décision *Air Atonabee Ltd. c. Canada (Ministre des Transports)*, [1989] A.C.F. n° 453 (1^{re} inst.) (QL), le critère applicable à la confidentialité a été décrit dans les termes suivants : « le contenu du document est tel que les renseignements qu'il contient ne peuvent être obtenus de sources auxquelles le public a autrement accès » (non souligné dans l'original) : voir *Air Atonabee Ltd.*, au paragraphe 42. Ainsi donc, le critère n'est pas de savoir si des renseignements du même genre sont à la disposition du grand public, mais bien de savoir si des renseignements précis le sont. Par conséquent, le juge des requêtes a commis une erreur de droit en appliquant le mauvais critère pour décider si les renseignements en question étaient confidentiels.

[62] L'élément suivant du critère consiste à déterminer s'il existe un fondement objectif permettant de soutenir que les renseignements ont été communiqués dans l'attente qu'ils resteraient confidentiels. Les motifs du juge des requêtes pour conclure qu'il n'y avait pas de fondement raisonnable à l'attente de la CIBC que ces renseignements resteraient confidentiels posent problème. Le premier motif donné, c'est-à-dire le fait que l'article 4 de la LAI a préséance sur l'article 34 de la LEE, appelle une conclusion de droit qui n'est pas nécessairement évidente. Comme on l'a noté précédemment, une communication privilégiée est une communication qui peut échapper à la divulgation forcée devant une cour de justice. Le fait qu'une telle communication puisse être dévoilée à quiconque est assez curieux pour en faire la demande en vertu de la LAI ne va pas de soi. Le fait que la CIBC se soit trompée sur l'effet de l'article 34 ne signifie pas que ses opinions étaient déraisonnables.

[63] Le deuxième motif fourni, à savoir que la Commission a informé la CIBC de son opinion selon

required to disclose the information, is, with respect, unpersuasive. The CIBC's view of its rights and obligations under the ATIA does not become unreasonable simply because the Commission takes a different view of its own obligations under that Act. The Commission's opinion as to the ATIA's requirements is no more authoritative than the CIBC's. While the Commission, like all government institutions is bound to respect the letter and the spirit of the ATIA, it is, I must say, surprising that it would assume a position on disclosure which is so clearly at odds with the EEA's assurances of confidentiality.

[64] The reasonableness of a decision is a function of the reasons given to justify it (*Law Society of New Brunswick v. Ryan*, [2003] 1 S.C.R. 247, at paragraph 49):

This signals that the reasonableness standard requires a reviewing court to stay close to the reasons given by the tribunal and "look to see" whether any of those reasons adequately support the decision.

[65] In my view, the application Judge's conclusion on this question is unreasonable: the reasons given for it do not adequately support the application Judge's conclusion on this important element of the test for the application of the exemption found at paragraph 20(1)(b) of the ATIA.

[66] The last element of the test for the application of the exemption found at paragraph 20(1)(b) of the ATIA is the public interest in the disclosure of the information. This requirement was framed as follows in *Air Atonabee Ltd.* (at page 272):

(c) that the information be communicated, whether required by law or supplied gratuitously, in a relationship between government and the party supplying it that is either a fiduciary relationship or one that is not contrary to the public interest, and which relationship will be fostered for public benefit by confidential communication .

laquelle elle pourrait être tenue de communiquer les renseignements, est, peu convaincant. L'opinion de la CIBC concernant ses droits et obligations en vertu de la LAI ne devient pas déraisonnable simplement parce que la Commission a une vue différente de ses propres obligations en vertu de la Loi. L'opinion de la Commission quant aux exigences de la LAI n'a pas plus de poids que l'opinion de la CIBC. Bien que la Commission, comme toutes les institutions fédérales, soit tenue de respecter la lettre et l'esprit de la LAI, il est, je dois l'avouer, surprenant qu'elle adopte une position sur la communication qui aille si clairement à l'encontre des assurances de confidentialité contenues dans la LEE.

[64] Le caractère raisonnable d'une décision est fonction des motifs donnés pour la justifier (*Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, [2003] 1 R.C.S. 247, au paragraphe 49) :

Cela indique que la norme de la décision raisonnable exige que la cour siégeant en contrôle judiciaire reste près des motifs donnés par le tribunal et « se demande » si l'un ou l'autre de ces motifs étaye convenablement la décision.

[65] À mon avis, la conclusion du juge des requêtes sur cette question est déraisonnable : les motifs donnés pour la justifier n'étaient pas suffisamment sa conclusion sur cet élément important du critère relatif à l'application de l'exception que l'on retrouve à l'alinéa 20(1)b) de la LAI.

[66] Le dernier élément du critère relatif à l'application de l'exception qui se trouve à l'alinéa 20(1)b) de la LAI est l'intérêt du public à la communication des renseignements. Cette condition a été énoncée de la façon suivante dans *Air Atonabee Ltd.* (au paragraphe 41) :

c) les renseignements doivent être communiqués, que ce soit parce que la loi l'exige ou parce qu'ils sont fournis gratuitement, dans le cadre d'une relation de confiance entre l'administration et la personne qui les fournit ou dans le cadre d'une relation qui n'est pas contraire à l'intérêt public, et la communication des renseignements confidentiels doit favoriser cette relation dans l'intérêt du public.

[67] The application Judge concluded that there was a public benefit in knowing the progress of employers in meeting their statutory obligations under the EEA. He also found that “the relationship between the Applicant and the Respondent is not exceptional so as to warrant treating the final report as confidential”: see reasons for order, at paragraph 92.

[68] The public benefit requirement is intended to ensure that the benefit of the exemption only accrues in the public interest. It does not call for a weighing of the public interest between disclosure and non-disclosure. If the relationship is not contrary to the public interest, and if that relationship will be fostered by preserving the confidentiality of the communications passing between the parties to the relationship, then non-disclosure is indicated. The application Judge erred in applying a comparative test where none is required.

[69] There cannot be any doubt that the confidential relationship between the Commission and the subject of an employment equity audit is in the public interest. Section 34 of the EEA makes it abundantly clear that the confidentiality of that relationship is to be maintained. I find that the application Judge erred in law in applying the wrong test with respect to the public benefit aspect of the test for the exemption found at paragraph 20(1)(b) of the ATIA. The application of the correct test leads to the conclusion that this element is present.

[70] In the end result, I am of the view that the application Judge erred in concluding that the information in the final report is not exempt from disclosure as confidential commercial information pursuant to paragraph 20(1)(b) of the ATIA and that, as a result, the appeal should be allowed. However, for the sake of completeness, I propose to deal with the remaining grounds of appeal.

[71] The application Judge rejected the CIBC’s evidence with respect to paragraph 20(1)(c) of the ATIA, dealing with the effect of disclosure upon the CIBC’s competitive position, as “speculative.” In large

[67] Le juge des requêtes a conclu que le public avait intérêt à connaître les progrès réalisés par les employeurs en vue de respecter leurs obligations en vertu de la LEE. Il a également conclu que « la relation entre la demanderesse et le défendeur n’est pas exceptionnelle au point de justifier que l’on traite le Rapport final comme un document confidentiel » : voir les motifs de l’ordonnance, au paragraphe 92.

[68] L’exigence relative à l’intérêt public a pour but d’assurer que l’exception ne joue qu’en faveur de l’intérêt public. Cette exigence n’appelle pas une pondération de l’intérêt public entre la communication et la non-communication. Si la relation n’est pas contraire à l’intérêt public, et si cette relation peut être favorisée par l’assurance que les communications échangées entre les parties dans cette relation resteront confidentielles, alors il est indiqué de ne pas les divulguer. Le juge des requêtes a commis une erreur en appliquant un critère comparatif alors qu’il n’y avait pas lieu de le faire.

[69] Il ne fait aucun doute que la relation confidentielle entre la Commission et le sujet d’une vérification de la conformité de l’équité en matière d’emploi est d’intérêt public. L’article 34 de la LEE énonce de façon très claire que la confidentialité de cette relation doit être préservée. Je conclus que le juge des requêtes a commis une erreur de droit en appliquant le mauvais critère pour ce qui est de l’aspect relatif à l’intérêt public dans l’exception qui se trouve à l’alinéa 20(1)(b) de la LAI. L’application du critère adéquat nous amène à conclure que cet élément est présent.

[70] Pour finir, je suis d’avis que le juge des requêtes a commis une erreur en concluant que les renseignements contenus dans le rapport final n’échappaient pas à la communication en tant que renseignements commerciaux confidentiels aux termes de l’alinéa 20(1)(b) de la LAI et que, par conséquent, l’appel devrait être accueilli. Toutefois, par souci d’exhaustivité, je vais traiter des autres motifs d’appel.

[71] Le juge des requêtes a rejeté la preuve de la CIBC relative à l’alinéa 20(1)(c) de la LAI, qui traite de l’effet de la divulgation des renseignements sur la compétitivité de la CIBC, en la qualifiant de

part, that evidence is to the effect that CIBC's competitors will, by reading the final report, get the benefit of CIBC's experience and of the considerable sums which it has paid consultants to assist it in its employment equity programs. CIBC alleges that it will lose any competitive advantage it has in recruiting and developing minority group employees if the information contained in the final report is disclosed.

[72] The application Judge's conclusions on this aspect of the case are conclusions of mixed law and fact which are owed considerable deference. While the CIBC relies upon Mr. Proszowski's unchallenged and uncontradicted evidence, the application Judge treated it as conclusory in nature, consisting of bare conclusions unsupported by any justification. It was certainly open to the Judge to come to that assessment of the quality of the evidence before him.

[73] The CIBC also alleges that the Judge applied the wrong legal test, the probability of harm rather than the possibility of harm ("would" rather than "could" suffer material loss). In my view, the CIBC is making too much of the word "would" where it appears in the application Judge's summary of his conclusions (at paragraph 116):

In my view, the evidence adduced by the Applicant falls short of establishing that it would suffer any material financial loss or that there is a reasonable expectation of harm to its competitive position if the final report is disclosed.

[74] It is clear from a reading of the application Judge's reasons that he is responding to the allegation made by Mr. Proszowski, who says in his affidavit:

79. Disclosure of the exempt information *would* reasonably be expected to cause probable harm to CIBC's competitive position in that:

a) competitors *would* learn . . .

« spéculative ». En très grande partie, cette preuve tente de démontrer que les concurrents de la CIBC pourront, en lisant le rapport final, profiter de l'expérience de la CIBC et des sommes considérables qu'elle a versées à des consultants pour l'aider à mettre en œuvre ses programmes d'équité en matière d'emploi. La CIBC allègue qu'elle perdra tout avantage concurrentiel pour le recrutement et le perfectionnement des employés appartenant à des groupes minoritaires si les renseignements contenus dans le rapport final sont communiqués.

[72] Les conclusions du juge des requêtes sur cet aspect de l'affaire sont des conclusions mixtes de fait et de droit qui appellent une déférence considérable. Bien que la CIBC s'appuie sur le témoignage non contesté et non contredit de M. Proszowski, le juge des requêtes a traité ce témoignage comme se composant de simples conclusions non étayées par une quelconque justification. Il était certainement loisible au juge d'en venir à cette évaluation de la qualité de la preuve qui lui était présentée.

[73] La CIBC allègue également que le juge a appliqué le mauvais critère juridique, c'est-à-dire la probabilité d'un préjudice plutôt que la possibilité d'un préjudice (« subirait » plutôt que « pourrait subir » des pertes importantes). À mon avis, la CIBC s'appuie trop sur le mot « subirait » qui figure dans le résumé des conclusions du juge des requêtes (au paragraphe 116) :

À mon avis, la preuve fournie par la demanderesse n'établit pas qu'elle subirait des pertes financières importantes ou qu'il y a raisonnablement lieu de s'attendre à ce que cela nuise à sa compétitivité si le Rapport final est communiqué.

[74] La lecture des motifs du juge des requêtes fait clairement ressortir qu'il répondait à l'allégation suivante de M. Proszowski dans son affidavit :

[TRADUCTION]

79. La communication des renseignements visés par l'exception *nuirait* vraisemblablement à la compétitivité de la CIBC du fait que :

a) ses concurrentes seraient informées . . .

b) competitors *would* learn . . .

b) ses concurrentes seraient informées . . .

c) competitors *are likely* to adopt . . .

c) ses concurrentes adopteraient vraisemblablement . . .

[75] The application Judge's language simply reflects the arguments which were made before him. As a result, I find nothing unreasonable in the application Judge's conclusions on this issue.

[75] Les mots utilisés par le juge des requêtes reflètent simplement les arguments qui lui ont été présentés. Par conséquent, je ne vois rien de déraisonnable dans ses conclusions sur ce point.

Whether the Commission breached the principles of fundamental justice when it misstated the grounds on which it had declined to disclose the interim report, thereby misleading the CIBC as to the submissions which it ought to make to oppose the disclosure of the final report.

La Commission a-t-elle enfreint les principes de justice fondamentale quand elle a fourni des motifs erronés pour justifier son refus de communiquer le rapport provisoire, induisant ainsi la CIBC en erreur quant aux observations qu'elle devait présenter pour s'opposer à la communication du rapport final?

[76] The CIBC takes exception to the Commission's revision of the grounds upon which it refused to disclose the interim report after the CIBC had made its submissions with respect to the disclosure of the final report. Had it known the grounds which the Commission ultimately relied upon, it would have framed its representations to meet those concerns. The CIBC characterizes this as the absence of a fair hearing, leading to a loss of jurisdiction.

[76] La CIBC soulève une objection au sujet de la modification des motifs sur lesquels la Commission s'est fondée pour refuser de communiquer le rapport provisoire après que la CIBC lui eut présenté des observations concernant la communication du rapport final. Si elle avait connu les motifs sur lesquels la Commission s'est finalement appuyée, elle aurait formulé ses observations de manière à répondre à ces préoccupations. La CIBC prétend qu'une audience équitable lui a été refusée, ce qui prive la Commission de sa compétence.

[77] While I believe the CIBC's argument overreaches, I must say that the Commission's revisiting of the grounds for its refusal to disclose the interim report is surprising and somewhat troubling. I have difficulty conceiving how one might confuse a refusal based upon confidential commercial information with one based upon interference with a lawful investigation. The concerns raised by the Commission at the time said nothing about interference with its investigation and were directed at the confidential nature of the information. I think it unlikely that the person who made the initial decision intended to make a decision other than the one which was made. That decision cannot later be withdrawn and treated as inoperative when further and better grounds which, incidentally, do not conflict with the disclosure of the final report, come to mind later.

[77] Bien qu'à mon avis l'argument de la CIBC soit exagéré, je dois dire que la modification par la Commission des motifs justifiant son refus de communiquer le rapport provisoire est surprenante et assez troublante. J'ai de la difficulté à concevoir comment on peut confondre un refus se fondant sur des renseignements commerciaux confidentiels et un refus se fondant sur un obstacle à une enquête licite. Les préoccupations soulevées par la Commission à l'époque ne mentionnaient nullement une interférence possible avec son enquête et étaient axées sur la nature confidentielle des renseignements. Je crois qu'il est peu probable que la personne qui a pris la décision initiale ait eu l'intention de prendre une décision autre que celle qui a été prise. Cette décision ne peut par la suite être retirée et traitée comme inopérante quand, *a posteriori*, de meilleurs motifs viennent à l'esprit du décideur, motifs qui, soit dit en passant, ne s'opposent pas à la communication du rapport final.

[78] That said, the CIBC was never under any illusions as to the burden it had to meet. The request for disclosure of the final report was a discrete request, subject to evaluation on its own terms. The CIBC may well have taken comfort in the fact that disclosure of the interim report was refused on the ground that it contained commercial confidential information, but it is inconceivable that the CIBC would not have made that argument in any event. If it had other, better arguments to make and failed to make them, that can only be attributed to strategic considerations which, while not trivial, do not rise to the level of a denial of natural justice.

[79] I would not interfere with this aspect of the application Judge's decision.

Whether the CIBC should pay the Commission's Costs

[80] Section 53 of the ATIA provides as follows:

53. (1) Subject to subsection (2), the costs of and incidental to all proceedings in the Court under this Act shall be in the discretion of the Court and shall follow the event unless the Court orders otherwise.

(2) Where the Court is of the opinion that an application for review under section 41 or 42 has raised an important new principle in relation to this Act, the Court shall order that costs be awarded to the applicant even if the applicant has not been successful in the result.

[81] Given my conclusion that the appeal should be allowed, this issue is now moot. Costs should follow the event.

The Canadian Bankers Association's position

[82] I do not propose to revisit the issues which are common to the CIBC and the CBA. The issue raised by the CBA which is specific to the banking industry is the application of the ATIA to information that banks, who are not subject to the ATIA, provide to federal regulators. The CBA's concern is the potential for

[78] Cela dit, la CIBC n'a jamais été trompée quant au fardeau dont elle devait s'acquitter. La demande de communication du rapport final était une demande distincte, sujette à une évaluation distincte. La CIBC peut très bien s'être sentie rassurée du fait que la communication du rapport provisoire avait été refusée au motif qu'il renfermait des renseignements confidentiels commerciaux, mais il est inconcevable qu'elle n'eut pas soulevé cet argument de toute façon. Si elle avait d'autres arguments meilleurs à faire valoir et qu'elle ne l'a pas fait, cela ne peut être attribué qu'à des considérations stratégiques qui, même si elles ne sont pas futiles, ne sont pas importantes au point de constituer un déni de justice naturelle.

[79] Je suis d'avis de ne pas modifier cet aspect de la décision du juge des requêtes.

La CIBC devrait-elle payer les dépens de la Commission?

[80] L'article 53 de la LAI énonce ce qui suit :

53. (1) Sous réserve du paragraphe (2), les frais et dépens sont laissés à l'appréciation de la Cour et suivent, sauf ordonnance contraire de la Cour, le sort du principal.

(2) Dans les cas où elle estime que l'objet des recours visés aux articles 41 et 42 a soulevé un principe important et nouveau quant à la présente loi, la Cour accorde les frais et dépens à la personne qui a exercé le recours devant elle, même si cette personne a été déboutée de son recours.

[81] Compte tenu de ma conclusion selon laquelle l'appel devrait être accueilli, cette question est maintenant théorique. Les dépens suivront le sort du principal.

La position de l'Association des banquiers canadiens

[82] Je ne me propose pas de réexaminer les questions qui sont communes à la CIBC et à l'ABC. La question soulevée par l'ABC qui se rapporte précisément à l'industrie bancaire est l'application de la LAI aux renseignements que les banques, qui ne sont pas assujetties à la LAI, fournissent aux organismes

disclosure of that information as a result of the application Judge's finding that the CIBC had no reasonable basis for its expectation, arising from the statutory privilege created by section 34 of the EEA, that the information it provided to the Commission would remain confidential.

[83] The CBA points to various statutory provisions which impose an obligation of confidentiality on federal regulators. For example, section 636 [as am. by S.C. 1999, c. 28, s. 41; 2007, c. 6, s. 103] of the *Bank Act*, S.C. 1991, c. 46, provides that all information obtained by the Superintendent in the administration and enforcement of the *Bank Act* is confidential and is to be treated accordingly. Similar provisions appear in the *Office of the Superintendent of Financial Institutions Act*, R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 18 (subsection 22(1) [as am. by S.C. 2001, c. 9, s. 472]), as well as in the *Financial Consumer Agency of Canada Act*, S.C. 2001, c. 9 (section 17), and the *Canada Deposit Insurance Corporation Act*, R.S.C., 1985, c. C-3 (section 45.2 [as enacted by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 18, s. 68; S.C. 2001, c. 9, s. 214]). The CBA argues that it is essential that communications made to the financial regulators remain in confidence. If paragraph 20(1)(b) is interpreted so that these statutory dispositions are not sufficient to found a reasonable belief on the part of the banks that the information they provide the regulators will be kept in confidence, then serious mischief could result.

[84] My finding that the CIBC did have a reasonable basis for its belief that the information it provided to the Commission would remain confidential essentially disposes of the issue raised by the CBA. Nonetheless, it is worth repeating that, just as the statutory privilege in section 34 does not preclude the application of section 4 of the ATIA, neither does any statutory guarantee of confidentiality. None of the statutory provisions to which the CBA referred us is found on Schedule II which means that any claim for non-disclosure must

fédéraux de réglementation. L'ABC se préoccupe de la possibilité que ces renseignements soient communiqués au public par suite de la conclusion du juge des requêtes selon laquelle la CIBC n'avait fourni aucun motif raisonnable pour justifier son attente, basée sur le privilège créé par l'article 34 de la LEE, que les renseignements qu'elle a fournis à la Commission demeureraient confidentiels.

[83] L'ABC cite plusieurs dispositions législatives qui imposent une obligation de confidentialité à ces organismes fédéraux de réglementation. Par exemple, l'article 636 [mod. par L.C. 1999, ch. 28, art. 41; 2007, ch. 6, art. 103] de la *Loi sur les banques*, L.C. 1991, ch. 46, précise que tous les renseignements obtenus par le surintendant dans le cadre de l'application de la *Loi sur les banques* sont confidentiels et doivent être traités comme tels. Des dispositions semblables figurent dans la *Loi sur le Bureau du surintendant des institutions financières*, L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 18 (paragraphe 22(1) [mod. par L.C. 2001, ch. 9, art. 472]), de même que dans la *Loi sur l'Agence de la consommation en matière financière du Canada*, L.C. 2001, ch. 9 (art. 17), et la *Loi sur la Société d'assurance-dépôts du Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-3 (article 45.2 [édicte par L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 18, art. 68; L.C. 2001, ch. 9, art. 214]). L'ABC soutient qu'il est essentiel que les communications faites aux organismes de réglementation financière demeurent confidentielles. Si l'alinéa 20(1)b) est interprété de façon que ces dispositions législatives ne suffisent pas à justifier de la part des banques une attente raisonnable que les renseignements qu'ils fournissent à ces organismes de réglementation demeureront confidentiels, alors il pourrait en résulter de graves préjudices.

[84] Ma conclusion selon laquelle la CIBC avait un motif raisonnable de croire que l'information qu'elle avait fournie à la Commission demeurerait confidentielle tranche essentiellement la question soulevée par l'ABC. Néanmoins, il est utile de répéter que, tout comme le privilège prévu à l'article 34 n'empêche pas l'application de l'article 4 de la LAI, il en est de même de toute garantie de confidentialité prévue dans la loi. Aucune des dispositions législatives auxquelles l'ABC nous a référés ne se trouve dans l'annexe II, ce qui signifie que

bring itself within one of the exemptions provided for in the ATIA. The nature of the information provided to the regulators and the circumstances under which it is provided are relevant to the claim for exemption. A statutory guarantee of confidentiality is not, in and of itself, a sufficient basis for a claim of exemption under paragraph 20(1)(b) of the ATIA.

[85] That said, a statutory guarantee of confidentiality (or privilege) can serve the more limited function of providing an objective basis for a belief that the information in question will be held in confidence. Where a statute requires the disclosure to a federal regulator of sensitive commercial information and provides assurances of confidentiality, it would be perverse to hold that the legislator did not intend the person or entity providing the information to rely upon those assurances. Parliament does not deal with Canadians in bad faith.

Conclusion

[86] The appeal should be allowed and the decision to disclose the final report remitted to the Commission with a direction that it disposes of that request on the basis that the final report contains confidential commercial information which is treated consistently in a confidential manner by the CIBC as provided in paragraph 20(1)(b) of the ATIA. The CIBC is entitled to its costs in this Court and in the Federal Court. The CBA will bear its own costs.

DÉCARY J.A.: I agree.

NADON J.A.: I agree.

toute demande de non-divulgence doit se fonder sur l'une des exceptions prévues dans la LAI. La nature des renseignements fournis aux organismes de réglementation et les circonstances dans lesquelles ils ont été fournis sont pertinentes en égard à la demande d'exception. Une garantie de confidentialité prévue par la Loi n'est pas, en elle-même, un fondement suffisant pour justifier une demande d'exception fondée sur l'alinéa 20(1)b) de la LAI.

[85] Cela dit, une garantie de confidentialité (ou un privilège) prévue par la loi peut répondre à un objectif plus limité, soit celui de constituer un fondement objectif à l'attente que les renseignements en question demeureront confidentiels. Lorsqu'une loi exige la communication de renseignements commerciaux confidentiels à un organisme fédéral de réglementation et qu'elle offre des assurances de confidentialité, il serait inique de prétendre que le législateur n'avait pas l'intention que la personne ou l'entité qui fournit les renseignements s'appuient sur ces assurances. Le législateur ne fait pas preuve de mauvaise foi dans ses rapports avec les Canadiens.

Dispositif

[86] Je suis d'avis d'accueillir l'appel et de renvoyer la décision de communiquer le rapport final à la Commission avec comme directive de traiter cette demande en tenant compte du fait que le rapport final renferme des renseignements commerciaux confidentiels qui ont été traités de façon constante d'une manière confidentielle par la CIBC, comme le prévoit l'alinéa 20(1)b) de la LAI. La CIBC a droit aux dépens devant la présente Cour et devant la Cour fédérale. L'ABC paiera ses propres frais.

LE JUGE DÉCARY, J.C.A. : Je souscris à ces motifs.

LE JUGE NADON, J.C.A. : Je souscris à ces motifs.