

	T-1418-92		T-1418-92
<b>The Information Commissioner of Canada</b> (Applicant)		<b>Le commissaire à l'information du Canada</b> (requérant)	
v.		a	c.
<b>The Prime Minister of Canada</b> (Respondent)		<b>Le premier ministre du Canada</b> (intimé)	
	T-1867-92		T-1867-92
<b>The Information Commissioner of Canada</b> (Applicant)		<b>Le commissaire à l'information du Canada</b> (requérant)	
v.		b	c.
<b>The Prime Minister of Canada</b> (Respondent)		c	<b>Le premier ministre du Canada</b> (intimé)
	T-1524-92		T-1524-92
<b>Mary Calamai</b> (Applicant)		<b>Mary Calamai</b> (requérante)	
v.		d	c.
<b>The Prime Minister of Canada and the Privy Council Office</b> (Respondents)		<b>Le premier ministre du Canada et le Bureau du Conseil privé</b> (intimés)	
	T-1390-92		T-1390-92
<b>Ken Rubin</b> (Applicant)		<b>Ken Rubin</b> (requérant)	
v.		e	c.
<b>The Clerk of the Privy Council</b> (Respondent)		<b>Le greffier du Conseil privé</b> (intimé)	
		f	
<i>INDEXED AS: CANADA (INFORMATION COMMISSIONER) v. CANADA (PRIME MINISTER) (T.D.)</i>		<i>RÉPERTORIÉ: CANADA (COMMISSAIRE À L'INFORMATION) c. CANADA (PREMIER MINISTRE) (1<sup>re</sup> INST.)</i>	
Trial Division, Rothstein J.—Ottawa, August 11 and November 19, 1992.		g	Section de première instance, juge Rothstein—Ottawa, 11 août et 19 novembre 1992.
<i>Access to information — Access sought to Government-commissioned public information polls on national unity and constitutional reform — Application to review Government's refusal to disclose most of information sought — Threshold test: "reasonable expectation of probable harm", not "any potential for injury" — No "sliding scale" according to importance of information involved — First case where Access to Information Act, s. 14 exemption (disclosure injurious to conduct of federal-provincial affairs) invoked — Role of Court under Act, s. 50 — Presumption in favour of disclosure — Evidentiary requirement — No reasonable grounds to withhold disclosure of record based on evidence presented by Government.</i>		h	<i>Accès à l'information — Demande de communication des sondages d'opinion, commandés par le gouvernement, sur l'unité nationale et la réforme constitutionnelle — Recours en contrôle judiciaire du refus du gouvernement de divulguer la plus grande partie des informations recherchées — Critère du «risque vraisemblable de préjudice probable» et non de la «possibilité de préjudice» — Non-applicabilité du critère de l'échelle mobile en fonction de l'importance des renseignements en cause — Première affaire portant sur l'exemption prévue à l'art. 14 de la Loi sur l'accès à l'information (communication préjudiciable à la conduite des affaires fédérales-provinciales) — Rôle de la Cour sous le régime de l'art. 50 — Présomption en faveur de la communication — Fardeau de la preuve — Absence de motifs raisonnables pour refuser la communication des documents à la lumière des preuves et témoignages présentés par le gouvernement.</i>
<i>Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental freedoms — Freedom of press — Access sought to Govern-</i>		i	
		j	<i>Droit constitutionnel — Charte des droits — Libertés fondamentales — Liberté de presse — Demande de communication</i>

*ment-commissioned public information polls on national unity and constitutional reform — Whether Access to Information Act, s. 14 should be interpreted in light of Charter, s. 2(b) — Not mere matter of statutory interpretation — If s. 14 expressly confers power on government to limit assumed protected right (access to government information), attack must be on constitutional validity of statutory provision — Charter challenge not dealt with as Federal Court Act, s. 57 requirement of notices to attorneys general not complied with.*

Requests for information sought records of Government-commissioned public information polls and results of focus or survey groups and relevant contracts concerning national unity and constitutional reform for the period July 1, 1990 to December 31, 1991. Of 709 pages identified by the Access to Information/Privacy Coordinator for the Privy Council to be relevant, only 120 pages were disclosed. The Information Commissioner found that the complaints were well founded and that all but 74 pages should be released. This was an application to review the refusal by the Government to disclose the requested record. The refusal was based on section 14 of the *Access to Information Act* which provides that disclosure may be denied if injurious to Government strategy with respect to the conduct of federal-provincial affairs. This was the first time that the Court had been called upon to consider that exemption. The Government argued that the stakes were so high (the very existence of the country) that nothing could justify, at this time, releasing information that could a) constrain the Government's strategic and tactical options, b) have a potentially negative impact on the environment for the federal-provincial negotiations, c) prejudice the ongoing discussions with the provinces and, d) furnish information to those hostile to Canadian unity.

*Held*, the applications should be granted with costs.

Subsection 2(1) of the *Access to Information Act* establishes guiding principles for the interpretation of the operative provisions of the Act: a) government information should be available to the public; b) necessary exemptions should be limited and specific; c) decisions on disclosure should be reviewed independent of government.

Section 14 of the Act, under which the exception was claimed, uses the words "could reasonably be expected to". In *Canada Packers Inc. v. Canada (Minister of Agriculture)*, the Federal Court of Appeal interpreted those words, as used in paragraph 20(1)(c), as meaning that the exception to access must be based on a "reasonable expectation of probable harm". This Court was bound by that decision. The more pro-government Australian approach, with its sliding scale test and more literal statutory interpretation, could not be accepted, given the clear and direct Canadian authority in this area of the law. The Canadian case law interpreting the *Access to Information Act*

*des sondages d'opinion commandés par le gouvernement sur l'unité nationale et la réforme constitutionnelle — Il échet d'examiner s'il faut interpréter l'art. 14 de la Loi sur l'accès à l'information à la lumière de l'art. 2b) de la Charte — Il ne s'agit pas d'une simple question d'interprétation des lois — Si l'art. 14 habilite expressément le gouvernement à limiter un droit réputé protégé (accès aux documents de l'administration fédérale), la contestation doit porter sur la validité constitutionnelle de cet article — La Cour ne prononce pas sur l'argument constitutionnel faute d'observation de l'art. 57 de la Loi sur la Cour fédérale qui prévoit la notification aux procureurs généraux.*

Des demandes de communication ont été faites concernant les documents relatifs aux sondages d'opinion commandés par le gouvernement et aux résultats des groupes de discussion, du 1<sup>er</sup> juillet 1990 au 31 décembre 1991, sur l'unité nationale et la réforme constitutionnelle, ainsi qu'aux contrats y afférents. Des 709 pages identifiées par le coordonnateur de l'accès à l'information et de la protection de la vie privée du Conseil privé comme étant visées par ces demandes, seules 120 pages ont été communiquées. Le Commissaire à l'information a conclu que les plaintes étaient fondées et que tous les documents demandés, à l'exception de 74 pages, devraient être divulgués. Le refus du gouvernement de communiquer les documents demandés fait l'objet du présent recours en contrôle judiciaire. Ce refus était fondé sur l'article 14 de la *Loi sur l'accès à l'information* aux termes duquel la communication peut être refusée si elle risque de porter préjudice à la conduite par le gouvernement des affaires fédérales-provinciales. C'est la première fois que la Cour est appelée à se prononcer sur cette exemption. Le gouvernement soutient que les enjeux étaient si importants (l'existence même du pays) que rien ne justifierait, en cette conjoncture, la communication d'informations qui pourraient a) limiter les orientations et les mesures ouvertes au gouvernement, b) avoir un effet néfaste sur le climat des négociations fédérales-provinciales, c) porter atteinte aux négociations en cours avec les provinces, et d) divulguer des renseignements à ceux qui s'opposent à l'unité canadienne.

*Jugement*: les requêtes sont accueillies avec dépens.

Le paragraphe 2(1) de la *Loi sur l'accès à l'information* établit le principe d'interprétation des dispositions de fond de cette dernière: a) le public a droit à la communication des documents de l'administration fédérale; b) les exceptions indispensables doivent être précises et limitées; c) les décisions quant à la communication sont susceptibles de recours indépendants du pouvoir exécutif.

L'article 14 de la Loi, invoqué pour justifier l'exemption, emploie les mots «risquerait vraisemblablement de». Dans *Canada Packers Inc. c. Canada (Ministre de l'Agriculture)*, la Cour d'appel fédérale a interprété ces mots, tels qu'ils figurent à l'alinéa 20(1)c), comme signifiant que le refus de communication doit être fondé sur le «risque vraisemblable de préjudice probable». Notre Cour est liée par cette décision. L'approche australienne, qui est plus favorable à la thèse du gouvernement, avec son critère à échelle mobile et son interprétation plus littérale de la loi, ne saurait être acceptée vu la clarté et l'applicabilité directe de la jurisprudence canadienne en la matière. La

has established guidelines that can be useful in assessing whether or not there is a reasonable expectation of probable harm from disclosure in a given situation and the procedures to be followed.

Arguments based on paragraph 2(b) of the Charter (freedom of expression) were considered as an attack on the constitutional validity of section 14 of the *Access to Information Act* (assuming, without deciding, that paragraph 2(b) applied to the type of government information under consideration). It was not merely a matter of statutory interpretation (interpreting section 14 in light of paragraph 2(b) of the Charter). Applying the Supreme Court of Canada decision in *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, it was found that a decision under section 14 was confined to the formulation of an opinion as to whether or not disclosure could reasonably be expected to be injurious, and involved little if any discretion. Therefore, the Government's power to limit an assumed protected right (access to government information) would be conferred by section 14 and the attack must be on the constitutionality of that section. Since the notice required by section 57 of the *Federal Court Act* was not given, the Court refused to adjudicate that Charter challenge.

The Federal Court's process under section 50 of the *Access to Information Act* relies on evidence. It is not an expert tribunal with its own resources and must act on the basis of the evidence before it. Therefore, the heavy onus placed on the party seeking to maintain confidentiality must be satisfied in a formal manner on a balance of probabilities through clear and direct evidence.

With the enactment of the *Access to Information Act* in 1982 and the repeal of subsection 41(2) of the *Federal Court Act* (which gave the Government the absolute right to maintain confidentiality in federal-provincial relations matters), Parliament demonstrated that it was no longer satisfied with an unjustifiably cautious approach by Government to disclosure. The question herein was whether the Government had reasonable grounds to expect harm from disclosure or whether it was taking an overly cautious approach to disclosure, based on possibility, which was not justified by the legislation.

It could be inferred from subsection 2(1) of the Act that a general approach to justifying confidentiality was not envisaged. There must be a clear and direct linkage between the disclosure of specific information and the harm alleged. And it must be explained how or why the harm alleged would result from disclosure of specific pages of the record.

On the basis of the evidence of the Government witnesses, it was concluded that: (1) Their approach indicated a well-intentioned attempt to avoid risk rather than to assess a reasonable expectation of harm from disclosure. (2) There was little in the way of specific evidence linking a reasonable expectation of harm to the contents of specific pages. (3) There was only general reference or no express reference by the Government wit-

jurisprudence canadienne portant interprétation de la *Loi sur l'accès à l'information* a défini des principes directeurs qui peuvent servir à déterminer si la communication risquerait vraisemblablement de causer un préjudice probable dans un cas donné; elle a défini aussi la marche à suivre en la matière.

<sup>a</sup> Les arguments fondés sur l'alinéa 2b) de la Charte (liberté d'expression) ont été assimilés à une contestation de la validité constitutionnelle de l'article 14 de la *Loi sur l'accès à l'information* (à supposer que l'alinéa 2b) s'applique au type de documents en cause de l'administration fédérale). Il ne s'agit pas d'une simple question d'interprétation de textes de loi (interprétation de l'article 14 à la lumière de l'alinéa 2b) de la Charte). Par application du précédent *Slaight Communications Inc. c. Davidson* de la Cour suprême du Canada, il a été jugé que la décision à prendre en application de l'article 14 se limite à former une opinion quant à la question de savoir si la divulgation des renseignements risquerait vraisemblablement de causer un préjudice, et qu'elle n'est guère discrétionnaire. Il s'ensuit que si l'article 14 habilite le gouvernement à limiter un droit réputé protégé (accès aux documents de l'administration fédérale), la contestation doit porter sur la constitutionnalité de cet article. Faute d'avis requis par l'article 57 de la *Loi sur la Cour fédérale*, la Cour a refusé de se prononcer sur cette contestation fondée sur la Charte.

<sup>e</sup> La procédure suivie par la Cour fédérale sous le régime de l'article 50 de la *Loi sur l'accès à l'information* est fondée sur les preuves et les témoignages. La Cour n'est pas un tribunal administratif spécialisé, doté de ressources propres; elle ne peut que se fonder sur les preuves et témoignages soumis à son examen. Il s'ensuit que la partie qui cherche à protéger la confidentialité doit s'acquitter de la lourde charge qui lui incombe d'administrer formellement des preuves claires et directes établissant la prépondérance des probabilités.

<sup>g</sup> Avec l'adoption de la *Loi sur l'accès à l'information* en 1982 et l'abrogation du paragraphe 41(2) de la *Loi sur la Cour fédérale* (confidentialité absolue dans les relations fédérales-provinciales), le législateur a montré qu'il n'était plus satisfait de l'attitude abusivement prudente de l'administration fédérale envers la divulgation des renseignements. Il échet d'examiner si le gouvernement a des motifs raisonnables pour prévoir que la communication causerait un préjudice, ou s'il adopte une attitude abusivement prudente motivée par une possibilité de préjudice, ce que ne permet pas la loi applicable.

<sup>h</sup> On peut déduire du paragraphe 2(1) de la Loi qu'une approche générale ne suffit pas pour justifier la confidentialité. Il faut qu'il y ait un lien clair et direct entre la divulgation de tel ou tel renseignement et le préjudice invoqué. Et il faut expliquer comment ou pourquoi le préjudice invoqué résulterait de la communication de telle ou telle page du dossier.

<sup>i</sup> Voici ce qu'il faut conclure des dépositions des témoins cités par le gouvernement: (1) Leur approche révèle un effort bien intentionné d'éviter le risque plutôt que de considérer si la divulgation risquerait vraisemblablement de causer un préjudice. (2) Il n'y a guère de preuve claire et spécifique d'un lien entre le risque vraisemblable de préjudice et le contenu de pages spécifiques. (3) Les témoins cités par le gouvernement

nesses to approximately 90% of the record. This was insufficient to enable the Court to conclude that there were reasonable grounds for confidentiality in respect of this information. (4) There was no specific assessment of the numerous overlaps between public and Government information.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1, ss. 2, 4, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 41, 42, 47, 48, 50.
- Access to Information Act*, S.C. 1980-81-82-83, c. 111, Sch. 1.
- Canada Labour Code*, R.S.C. 1970, c. L-1.
- Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 2(b).
- Federal Court Act*, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 41(2) (rep. by S.C. 1980-81-82-83, c. 111, s. 3).
- Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 57 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 19).
- Freedom of Information Act*, No. 3, 1982 (Aust.), s. 3, 33A(1) (as enacted by *Freedom of Information Amendment Act, 1983*, No. 81, s. 17).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### FOLLOWED:

*Canada Packers Inc. v. Canada (Minister of Agriculture)*, [1989] 1 F.C. 47; (1988), 53 D.L.R. (4th) 246; 32 Admin. L.R. 178; 26 C.P.R. (3d) 407; 87 N.R. 8 (C.A.); *Saint John Shipbuilding Ltd. v. Canada (Minister of Supply and Services)* (1990), 67 D.L.R. (4th) 315; 107 N.R. 315 (F.C.A.).

##### APPLIED:

*Maislin Industries Limited v. Minister for Industry, Trade and Commerce*, [1984] 1 F.C. 939; (1984), 10 D.L.R. (4th) 417; 8 Admin. L.R. 305; 27 B.L.R. 84 (T.D.); *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; (1989), 59 D.L.R. (4th) 416; 26 C.C.E.L. 85; 89 CLLC 14,031; 93 N.R. 183.

##### DISTINGUISHED:

*Arnold (on behalf of Australians for Animals) v. Queensland* (1987), 73 ALR 607 (Aust. Fed. Ct.).

##### REFERRED TO:

*Rubin v. Canada (Canada Mortgage and Housing Corp.)*, [1989] 1 F.C. 265; (1988), 52 D.L.R. (4th) 671; 19 F.T.R. 160; 86 N.R. 186 (C.A.); *Air Atonabee Ltd. v. Canada (Minister of Transport)* (1989), 27 C.P.R. (3d) 180; 27 F.T.R. 194 (F.C.T.D.); *Ottawa Football Club v. Canada*

ne mentionnent que de façon générale, et non pas expresse, quelque 90 p. 100 du document. Cela ne suffit pas pour permettre à la Cour de conclure qu'il y avait des motifs raisonnables pour protéger la confidentialité de ces renseignements. (4) Il n'y a aucune évaluation spécifique du chevauchement entre les renseignements du domaine public et les données du gouvernement.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

- Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 2b).
- Code canadien du travail*, S.R.C. 1970, ch. L-1.
- Freedom of Information Act*, No. 3, 1982 (Aust.), art. 3, 33A(1) (édicé par *Freedom of Information Amendment Act, 1983*, No. 81, art. 17).
- Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), ch. A-1, art. 2, 4 (mod. par L.C. 1992, ch. 1, art. 144), 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 41, 42, 47, 48, 50.
- Loi sur l'accès à l'information*, S.C. 1980-81-82-83, ch. 111, annexe 1.
- Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 57 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 19).
- Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970 (2<sup>e</sup> Supp.), ch. 10, art. 41(2) (abrogé par S.C. 1980-81-82-83, ch. 111, art. 3).

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS SUIVIES:

*Canada Packers Inc. c. Canada (Ministre de l'Agriculture)*, [1989] 1 C.F. 47; (1988), 53 D.L.R. (4th) 246; 32 Admin. L.R. 178; 26 C.P.R. (3d) 407; 87 N.R. 8 (C.A.); *Saint John Shipbuilding Ltd. c. Canada (Ministre des Approvisionnements et services)* (1990), 67 D.L.R. (4th) 315; 107 N.R. 315 (C.A.F.).

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Maislin Industries Limited c. Ministre de l'Industrie et du Commerce*, [1984] 1 C.F. 939; (1984), 10 D.L.R. (4th) 417; 8 Admin. L.R. 305; 27 B.L.R. 84 (1<sup>re</sup> inst.); *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; (1989), 59 D.L.R. (4th) 416; 26 C.C.E.L. 85; 89 CLLC 14,031; 93 N.R. 183.

##### DISTINCTION FAITE AVEC:

*Arnold (on behalf of Australians for Animals) v. Queensland* (1987), 73 ALR 607 (Aust. Fed. Ct.).

##### DÉCISIONS CITÉES:

*Rubin c. Canada (Société canadienne d'hypothèques et de logement)*, [1989] 1 C.F. 265; (1988), 52 D.L.R. (4th) 671; 19 F.T.R. 160; 86 N.R. 186 (C.A.); *Air Atonabee Ltd. c. Canada (Ministre des Transports)* (1989), 27 C.P.R. (3d) 180; 27 F.T.R. 194 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Ottawa*

(*Minister of Fitness and Amateur Sports*), [1989] 2 F.C. 480; (1989), 23 C.P.R. (3d) 297; 24 F.T.R. 62 (T.D.); *Montana Band of Indians v. Can. (Min. of Indian & Nor. Affairs)*, [1988] 5 W.W.R. 151; (1988), 59 Alta. L.R. (2d) 353; 18 F.T.R. 15 (F.C.T.D.); *Ternette v. Canada (Solicitor General)*, [1992] 2 F.C. 75; (1991), 86 D.L.R. (4th) 281; 39 C.P.R. (3d) 371; 49 F.T.R. 161 (T.D.); *Merck Frosst Canada Inc. v. Canada (Department of Health and Welfare Protection Branch)* (1988), 20 C.P.R. (3d) 177 (F.C.T.D.).

a

b

*Football Club c. Canada (Ministre de la Condition physique et du Sport amateur)*, [1989] 2 C.F. 480; (1989), 23 C.P.R. (3d) 297; 24 F.T.R. 62 (1<sup>re</sup> inst.); *Bande indienne de Montana c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord)*, [1988] 5 W.W.R. 151; (1988), 59 Alta. L.R. (2d) 353; 18 F.T.R. 15 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Ternette c. Canada (Solliciteur général)*, [1992] 2 C.F. 75; (1991), 86 D.L.R. (4th) 281; 39 C.P.R. (3d) 371; 49 F.T.R. 161 (1<sup>re</sup> inst.); *Merck Frosst Canada Inc. c. Canada (Ministère de la Santé et du Bien-être social, Division de la protection)* (1988), 20 C.P.R. (3d) 177 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

## AUTHORS CITED

Johnston, Richard et al. *Letting the People Decide: Dynamics of a Canadian Election*, Montréal: McGill-Queen's University Press, 1992.

c

## DOCTRINE

Johnston, Richard et al. *Letting the People Decide: Dynamics of a Canadian Election*, Montréal: McGill-Queen's University Press, 1992.

APPLICATIONS to review the refusal of the Government to disclose certain records (Government-commissioned public opinion polls on national unity and constitutional reform between July 1, 1990 and December 31, 1991) on the ground that disclosure of the information could be injurious to the conduct of federal-provincial affairs (section 14 of the *Access to Information Act*). Applications granted.

d

e

REQUÊTES en contrôle judiciaire du refus du gouvernement de communiquer certains dossiers (sondages d'opinion commandés par le gouvernement sur l'unité nationale et la réforme constitutionnelle pour la période allant du 1<sup>er</sup> juillet 1990 au 31 décembre 1991) sous prétexte que la communication de ces renseignements pourrait porter préjudice à la conduite des affaires fédérales-provinciales (article 14 de la *Loi sur l'accès à l'information*). Requêtes accueillies.

## COUNSEL:

*David W. Scott, Q.C., Peter K. Doody and Daniel Brunet* for applicant Information Commissioner.  
*Richard G. Dearden and Neil Wilson* for applicant Mary Calamai.  
*Barbara A. McIsaac and T. Bradbrooke Smith* for respondents.

f

g

## AVOCATS:

*David W. Scott, c.r., Peter K. Doody et Daniel Brunet* pour le requérant Commissaire à l'information.  
*Richard G. Dearden et Neil Wilson* pour la requérante Mary Calamai.  
*Barbara A. McIsaac et T. Bradbrooke Smith* pour les intimés.

## APPEARANCE:

Ken Rubin on his own behalf.

h

## A COMPARU:

Ken Rubin pour son propre compte.

## SOLICITORS:

*Scott & Ayles*, Ottawa, for applicant Information Commissioner.  
*Gowling, Strathy & Henderson* for applicant Mary Calamai.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondents.

i

j

## PROCUREURS:

*Scott & Ayles*, Ottawa, pour le requérant Commissaire à l'information.  
*Gowling, Strathy & Henderson* pour la requérante Mary Calamai.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour les intimés.

## APPLICANT ON HIS OWN BEHALF:

Ken Rubin.

*The following are the reasons for order rendered in English by*

ROTHSTEIN J.:

A. INTRODUCTION

This case arises out of four applications brought under the *Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1 (the Act):

1. Application dated June 15, 1992 by the Information Commissioner of Canada (herein referred to as the Information Commissioner or Commissioner) against the Prime Minister of Canada<sup>1</sup> (Court No. T-1418-92) for a review of the refusal of Government to disclose certain records requested by Jeffrey Simpson on November 19, 1991 being:

All records on public opinion polls and focus groups on constitutional matters from July 1, 1990 to September 24, 1991.

and by Kirk Lapointe on November 19, 1991 being:

All records on public opinion polls and focus groups on constitutional matters from September 25, 1991 to the present [to November 19, 1991].

2. Application dated July 22, 1992 by the Information Commissioner against the Prime Minister (Court No. T-1867-92) for a review of the refusal of the Government to disclose certain records requested by Jason Morris on January 30, 1992 being:

In P.C.O. file 929178 "National Unity Polls" regarding constitutional changes from January 1, 1991 to December 30, 1991.

and by Norman Nielsen on January 28, 1992 being:

In P.C.O. file 929179 "Results of public opinion polling" conducted in 90/91 on national unity issues and the constitution.

<sup>1</sup> The applicants named as respondents the Prime Minister of Canada, the Privy Council Office and the Clerk of the Privy Council. I shall refer to these respondents collectively as the "Government".

## RÉQUÉRANT POUR SON PROPRE COMPTE:

Ken Rubin.

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

LE JUGE ROTHSTEIN:

A. INTRODUCTION

La cause en instance résulte de quatre recours exercés en application de la *Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), ch. A-1 (la Loi):

1. Recours en date du 15 juin 1992 du Commissaire à l'information du Canada (appelé ci-après le Commissaire à l'information ou le Commissaire) contre le premier ministre du Canada<sup>1</sup> (numéro du greffe T-1418-92), en contrôle judiciaire du refus du gouvernement de communiquer certains documents demandés par Jeffrey Simpson le 19 novembre 1991, savoir:

[TRADUCTION] Tous les documents relatifs aux sondages d'opinion et aux groupes de discussion sur les questions constitutionnelles, du 1<sup>er</sup> juillet 1990 au 24 septembre 1991.

et par Kirk Lapointe le 19 novembre 1991, savoir:

[TRADUCTION] Tous les documents relatifs aux sondages d'opinion et aux groupes de discussion sur les questions constitutionnelles, depuis le 25 septembre 1991 jusqu'à présent [c'est-à-dire jusqu'au 19 novembre 1991].

2. Recours en date du 22 juillet 1992 du Commissaire à l'information contre le premier ministre (numéro du greffe T-1867-92), en contrôle judiciaire du refus du gouvernement de communiquer certains documents demandés par Jason Morris le 30 janvier 1992, savoir:

[TRADUCTION] Les documents contenus dans le dossier 929178 du BCP «Sondages sur l'unité nationale» en matière de modifications constitutionnelles, du 1<sup>er</sup> janvier 1991 au 31 décembre 1991.

et par Norman Nielsen le 28 janvier 1992, savoir:

[TRADUCTION] Les documents contenus dans le dossier 929179 du BCP «Résultats des sondages d'opinion» effectués en 90/91 sur les questions d'unité nationale et la constitution.

<sup>1</sup> Les intimés en l'espèce sont le premier ministre du Canada, le Bureau du Conseil privé et le greffier du Conseil privé; ils seront collectivement appelés le «gouvernement» dans les présents motifs.

3. Application dated June 23, 1992 by Mary Calamai against the Prime Minister and the Privy Council Office (herein referred to as the PCO) (Court No. T-1524-92) for a review of the Government's refusal to allow Ms. Calamai access to information she requested on November 7, 1991 being:

I request access to the results of all polls, surveys, focus groups or other forms of public opinion sampling on the subject of the constitution or constitutional reform carried out since July 1, 1990. . . .

4. Application filed June 15, 1992 by Ken Rubin against the Clerk of the Privy Council (Court No. T-1390-92) for a review of the refusal of the Government to disclose to Mr. Rubin information he requested on November 29, 1991 being:

A descriptive list of all polls since January 1991 commissioned by the PCO, their costs, contracts, and copies of the interim/final results or any records about these polls. Dec/91 or when this response is provided.

Although each request for information was different in detail, in total they sought records of Government-commissioned public opinion polls and results of focus or survey groups and relevant contracts all related to the subject of national unity and constitutional reform over the period July 1, 1990 to December 31, 1991.

The way in which each request for information was handled was essentially the same. The Access to Information/Privacy Coordinator for the Privy Council identified 709 pages as being relevant to the access request. Of these, 120<sup>2</sup> pages were disclosed and provided to the applicants. Disclosure of some 589 pages<sup>3</sup> was refused. In each case the requesters complained to the Information Commissioner about the refusal.

On January 16, 1992 the Commissioner began an exchange of correspondence with the Clerk of the Privy Council. All relevant records and information

<sup>2</sup> One hundred and eight pages to all requesters and an additional twelve pages in respect of Mr. Rubin's request.

<sup>3</sup> On June 18, 1992 a further 35 pages were disclosed with 554 pages remaining confidential.

3. Recours en date du 23 juin 1992 de Mary Calamai contre le premier ministre et le Bureau du Conseil privé (appelé ci-après BCP) (numéro du greffe T-1524-92), en contrôle judiciaire du refus du gouvernement de communiquer à M<sup>me</sup> Calamai les documents qu'elle a demandés le 7 novembre 1991, comme suit:

[TRADUCTION] Je demande communication des résultats de tous les sondages, groupes de discussion et autres formes d'échantillonnage de l'opinion publique sur la constitution ou la réforme constitutionnelle, qui ont été effectués depuis le 1<sup>er</sup> juillet 1990. . . .

4. Recours en date du 15 juin 1992 de Ken Rubin contre le greffier du Conseil privé (numéro du greffe T-1390-92), en contrôle judiciaire du refus du gouvernement de communiquer à M. Rubin les documents qu'il a demandés le 29 novembre 1991, savoir:

[TRADUCTION] La liste descriptive de tous les sondages d'opinion commandés par le BCP depuis janvier 1991, leur coût, les contrats y afférents, et la copie des résultats provisoires/définitifs ou de tous documents relatifs à ces sondages. Déc/91 ou la date de la réponse.

Bien que les demandes de communication fussent différentes les unes des autres dans leurs détails, elles portaient toutes sur les documents relatifs aux sondages d'opinion commandés par le gouvernement et aux résultats des groupes de discussion, du 1<sup>er</sup> juillet 1990 au 31 décembre 1991, sur l'unité nationale et la réforme constitutionnelle, ainsi qu'aux contrats s'y rapportant.

La suite réservée à chacune de ces demandes a été essentiellement la même. Le coordonnateur de l'accès à l'information et à la protection de la vie privée du Conseil privé a identifié 709 pages comme étant visées par les demandes de communication. Sur ce nombre, 120 pages<sup>2</sup> ont été communiquées aux demandeurs. La communication de quelque 589 pages<sup>3</sup> a été refusée. Dans chaque cas, le demandeur s'est plaint du refus auprès du Commissaire à l'information.

Le 16 janvier 1992, le Commissaire à l'information a commencé à correspondre avec le greffier du Conseil privé à ce sujet. Par suite, le BCP lui a com-

<sup>2</sup> Cent huit pages ont été communiquées à tous les demandeurs, et un supplément de douze pages à M. Rubin.

<sup>3</sup> Le 18 juin 1992, 35 autres pages ont été communiquées, ce qui fait que 554 pages sont demeurées confidentielles.

were provided by the PCO to the Information Commissioner. The Information Commissioner received representations from the requesters and from the Government, notified the parties opposite in interest of the positions being taken by the other and offered all parties further opportunities to make submissions.

On April 15, 1992 the Information Commissioner reported to the Clerk of the Privy Council that he found that the complaints were well-founded and further that all requested material, with the exception of 74 pages, should be released. The Commissioner requested the Clerk of the Privy Council to inform him by May 11, 1992 as to whether or not the Commissioner's recommendations would be implemented and if so to what extent.

On May 13, 1992, the Clerk of the Privy Council responded to the Commissioner and provided reasons why he did not propose to take action on the Commissioner's recommendations.

In June 1992, the Information Commissioner informed the requesters of his findings, conclusions and recommendations, and his willingness, with the consent of the requesters, to apply to this Court for a review of the refusal by the Government to disclose the requested records.

Simpson and Lapointe and later Morris and Nielsen authorized the Information Commissioner to apply to the Federal Court. Ms. Calamai and Mr. Rubin did not do so because they considered that all the information that had been requested (and not just that information sought by the Information Commissioner) should be released.

The reasons for all four orders are given in *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Prime Minister)*, Court No. T-1418-92. They take into account the evidence and arguments made in respect of each of the four motions.

## B. FINDINGS OF THE INFORMATION COMMISSIONER

The Information Commissioner's findings of April 15, 1992 outline the difficulty in this case:

muniqué tous les documents et renseignements pertinents. Le Commissaire à l'information a recueilli les observations des demandeurs et du gouvernement, a notifié aux intéressés les positions respectives de part et d'autre et a donné à toutes les parties la possibilité de présenter de nouvelles observations.

Le 15 avril 1992, le Commissaire à l'information a fait savoir au greffier du Conseil privé qu'il concluait que les plaintes étaient fondées et que tous les documents demandés, à l'exception de 74 pages, devraient être divulgués. Le Commissaire a demandé au greffier du Conseil privé de lui faire savoir au 11 mai 1992 au plus tard, si ses recommandations seraient mises à exécution et, le cas échéant, dans quelle mesure.

Le 13 mai 1992, le greffier du Conseil privé, en réponse, a informé le Commissaire des raisons pour lesquelles il n'envisageait pas de donner suite aux recommandations de ce dernier.

En juin 1992, le Commissaire informa les demandeurs de ses conclusions et recommandations, et du fait qu'il était disposé, s'ils y consentaient, à saisir cette Cour d'un recours en contrôle judiciaire contre le refus du gouvernement de communiquer les documents demandés.

Simpson et Lapointe, suivis par Morris et Nielsen, ont autorisé le Commissaire à l'information à saisir la Cour fédérale. M<sup>me</sup> Calamai et M. Rubin ne l'ont pas fait parce qu'à leur avis, tous les documents demandés devaient être divulgués (et non pas les seuls documents demandés par le Commissaire à l'information).

Les motifs d'ordonnance applicables aux quatre recours sont donnés dans la cause *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Premier Ministre)*, numéro du greffe T-1418-92. Ils prennent en considération les preuves et témoignages ainsi que l'argumentation présentés pour chacune des quatre requêtes.

## B. LES CONCLUSIONS DU COMMISSAIRE À L'INFORMATION

Les conclusions en date du 15 avril 1992 du Commissaire à l'information font ressortir la difficulté que représente cette cause:



There is no doubt that, in the current volatile context of discussions on constitutional renewal, ample justification exists for a cautious approach to information disclosure. A mis-spoken, misinterpreted or mistimed phrase may cause difficulties for ongoing federal-provincial negotiations on unity. Frankly, it is enormously discomfoting for me to have to deal with the question these complaints raise, namely, has PCO been so cautious about disclosure as to fall outside the bounds of the "reasonable expectation of injury" test contained in section 14. Alas, the law thrust that task upon me.

The Information Commissioner then outlined the difficulty he perceived in this case. On this point the Information Commissioner states:

On one point, I have no doubt. Even in the context of our troubling constitutional ills, where the stakes (the very existence of the country as we have known it) are so high, the threshold test to justify secrecy has not changed. While some might wish to withhold records which have "any potential" for injury if disclosed, the law simply does not, in my view, offer the government (or me) such latitude.

That being said, I also have no doubt that the government's decision to withhold the records at issue in these complaints was taken in good faith, after careful review at the highest levels and in the context of a general commitment to openness . . . .

The Information Commissioner's findings and recommendations follow:

Having personally reviewed the withheld records under investigation here and considered the arguments for and against their disclosure, I am not able to be as doctrinaire as I have previously been. In these cases, I am satisfied that some portions of the records, if disclosed, could reasonably be expected to result in the injury described in section 14.

Portions could give insight into strategic alternatives being considered by the government and even an Information Commissioner can see the legitimate need for the government to keep some of its cards close to the vest in sensitive negotiations. And, yes, there are lines of inquiry in the records—designed to probe the depth and limits of the public's reaction to certain ideas, individuals, groups and scenarios—which by their nature may be inelegantly or clumsily phrased, at least from the perspective of public consumption. It is not unreasonable, in my view, to accept that, if disclosed, such information could disrupt the already troubled atmosphere in which the constitutional renewal exercise is being played out.

Having recognized all that, I must report that my personal review of the survey records has also convinced me that, if some information certainly qualifies for exemption, that does not. For the most part, the questions, answers and analyses deal

[TRADUCTION] Il n'y a aucun doute que, dans le climat instable actuel des négociations sur le renouveau constitutionnel, une approche prudente à la divulgation des renseignements est amplement justifiée. Une phrase mal articulée, mal interprétée ou prononcée à un moment inopportun peut causer des difficultés pour les négociations fédérales-provinciales en cours sur l'unité. Je dois avouer qu'il m'est très pénible d'avoir à me prononcer sur la question soulevée par les plaintes dans cette affaire, savoir si le BCP a été excessivement prudent dans la divulgation au point de faillir au critère du «risque vraisemblable de préjudice» visé à l'article 14. Malheureusement, je suis tenu par la loi à cette tâche.

Le Commissaire à l'information explique la difficulté qu'il relève en l'espèce. Il fait cette observation:

[TRADUCTION] Sur un point, je n'ai aucun doute. Même dans le contexte de nos inquiétantes difficultés constitutionnelles, dont l'enjeu (l'existence même du pays tel que nous le connaissons) est si important, la condition minimum de la confidentialité n'a pas changé. Si certains tiennent à garder secrets des documents qui présentent «un risque» de préjudice s'ils sont divulgués, je suis d'avis que la loi ne donne tout simplement pas cette latitude au gouvernement (ou à moi-même).

Cela dit, je ne doute pas non plus que la décision du gouvernement de ne pas divulguer les documents visés par ces plaintes ait été prise en bonne foi, après examen minutieux aux échelons les plus élevés et dans le contexte d'un engagement général à la transparence. . .

Viennent ensuite les conclusions et recommandations du Commissaire à l'information:

[TRADUCTION] Ayant personnellement examiné les dossiers soustraits à la communication et faisant l'objet de cette enquête, et pris en considération les arguments avancés pour ou contre leur divulgation, je ne peux être aussi doctrinaire que je l'ai été. En l'espèce, je suis convaincu que si elles sont divulguées, certaines parties des documents visés risqueraient vraisemblablement de causer le préjudice visé à l'article 14.

Des parties de documents pourraient donner une idée des choix stratégiques envisagés par le gouvernement et même un commissaire à l'information peut comprendre le besoin légitime du gouvernement de garder certaines de ses cartes secrètes lors de négociations délicates. Et il y a en fait dans ces documents des questions—destinées à sonder la profondeur et les limites de la réaction du public à certaines idées, individus, groupes ou hypothèses—qui de par leur nature peuvent être formulées de façon inélégante ou malhabile, du moins du point de vue des relations publiques. Il n'est pas déraisonnable, à mon avis, d'admettre que si elles sont divulguées, ces informations pourraient perturber l'atmosphère déjà troublée où se déroulent les négociations de réforme constitutionnelle.

Cela dit, je dois rendre compte qu'après avoir personnellement examiné le dossier des sondages d'opinion, je suis convaincu que si certains renseignements méritent certainement d'être exemptés, il n'en est pas de même de la plupart d'entre

with public issues and public proposals. I'm simply not able to agree that disclosure of such information could compromise the government's strategic or tactical options.

To return to the formal legal position I must tell you that, in my view, the majority of the withheld records could not reasonably be expected to injure the conduct of federal-provincial relations if disclosed. In particular, I believe there should be disclosure of questions and answers about matters publicly known to be under consideration in the unity discussions or which reveal the survey responses to questions about publicly announced policies, proposals, strategies or ideas (be they federal, provincial or from other groups or individuals).

True, if such information were disclosed, it might well become the subject of media or other public comment and it could be used to support or criticize the positions of various players in the unity debate. To such a concern I would answer with the government's own view that a significant level of informed public involvement in the debate is necessary to avoid the perception of public exclusion—a perception, which, I would argue, itself carries a heavy risk of injury to federal-provincial relations. And one must bear in mind that the most recent of the surveys at issue here is even now out of date by almost half a year.

Put in somewhat more legalistic language—even a non-lawyer cannot escape it!—it is my conclusion that additional severance and disclosure is possible, pursuant to section 25, without giving rise to the harm described in section 14. For that reason, I must find the complaints dealt with in this report to be well-founded. It is my recommendation that additional portions of the requested records be disclosed. A marked package of records indicating my proposed approach to satisfactory severance has been provided to your access coordinator.

The Information Commissioner determined that of the total of 709 pages all but 74 should be released.

### C. RELEVANT STATUTORY PROVISIONS

Section 2 of the *Access to Information Act* sets forth the purpose of the Act:

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

eux. Pour la plus grande partie, les questions, réponses et analyses portent sur des questions publiques et des propositions publiques. Il m'est tout simplement impossible de convenir que leur divulgation pourrait compromettre les orientations ou les mesures ouvertes au gouvernement.

a

Pour en revenir à la règle juridique, je dois faire observer qu'à mon avis, la plupart des documents retenus ne risqueraient vraisemblablement pas, s'ils étaient divulgués, de porter préjudice à la conduite des relations fédérales-provinciales. En particulier, j'estime qu'il faut divulguer les questions et réponses relatives aux sujets dont on sait qu'ils ont été abordés dans les discussions sur l'unité ou qui révèlent les réponses aux questions posées dans les sondages sur des politiques, propositions, stratégies ou idées publiquement annoncées (qu'elles émanent du gouvernement fédéral, des provinces ou d'autres institutions ou individus).

Il est vrai que si elles étaient divulguées, ces informations pourraient faire l'objet de commentaires dans les médias ou autres forums publics, et elles pourraient servir à soutenir ou à critiquer la position des divers intervenants dans le débat sur l'unité. À cette objection, je répondrais que de l'avis du gouvernement lui-même, une large participation du public informé au débat est nécessaire pour éviter l'impression qu'il en est exclu, impression qui, à mon avis, comporte un risque considérable de préjudice pour les relations fédérales-provinciales. Et il ne faut pas oublier que le plus récent des sondages en cause est maintenant dépassé de près de six mois.

Pour emprunter le vocabulaire du droit—même un non-juriste ne peut y échapper—je conclus qu'il est possible de prélever et de communiquer davantage de documents, en application de l'article 25, sans donner lieu au préjudice visé à l'article 14. Pour cette raison, je ne peux que conclure au bien-fondé des plaintes faisant l'objet du présent rapport. J'ai communiqué à votre coordonnateur de l'accès à l'information un ensemble marqué de documents que je juge propres au prélèvement.

Le Commissaire à l'information a conclu que sur le total de 709 pages demandées, toutes, à l'exception de 74 pages, devraient être communiquées.

h

### C. LES TEXTES DE LOI APPLICABLES

L'article 2 de la *Loi sur l'accès à l'information* en énonce l'objet comme suit:

i

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

j

(2) This Act is intended to complement and not replace existing procedures for access to government information and is not intended to limit in any way access to the type of government information that is normally available to the general public.

Subsection 4(1) [as am. by S.C. 1992, c. 1, s. 144] sets forth a basic right of access to government information. It states:

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 the *Immigration Act*,

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

Sections 13 to 24 set forth exemptions from the general principle of access set out in subsection 4(1). Section 14 is the provision relied upon by the Government in this case for refusing to disclose the records requested:

14. The head of a government institution may refuse to disclose any record requested under this Act that contains information the disclosure of which could reasonably be expected to be injurious to the conduct by the Government of Canada of federal-provincial affairs, including, without restricting the generality of the foregoing, any such information

(a) on federal-provincial consultations or deliberations; or

(b) on strategy or tactics adopted or to be adopted by the Government of Canada relating to the conduct of federal-provincial affairs.

Section 25 provides for severance of disclosable from non-disclosable portions of the record:

25. Notwithstanding any other provision of this Act, where a request is made to a government institution for access to a record that the head of the institution is authorized to refuse to disclose under this Act by reason of information or other material contained in the record, the head of the institution shall disclose any part of the record that does not contain, and can reasonably be severed from any part that contains, any such information or material.

Sections 30 to 37 set forth the procedures involving the Information Commissioner.

Under section 41 persons who have been refused access to information, if they have made a complaint to the Information Commissioner, may apply to this Court for a review of the matter:

(2) La présente loi vise à compléter les modalités d'accès aux documents de l'administration fédérale; elle ne vise pas à restreindre l'accès aux renseignements que les institutions fédérales mettent normalement à la disposition du grand public.

Le paragraphe 4(1) [mod. par L.C. 1992, ch. 1, art. 144] définit le droit d'accès fondamental aux documents de l'administration fédérale, comme suit:

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

a) les citoyens canadiens;

b) les résidents permanents au sens de la *Loi sur l'immigration*.

Les articles 13 à 24 prévoient les exceptions au principe général d'accès défini au paragraphe 4(1). L'article 14 est la disposition invoquée en l'espèce par le gouvernement pour refuser de communiquer les documents demandés:

14. Le responsable d'une institution fédérale peut refuser la communication de documents contenant des renseignements dont la divulgation risquerait vraisemblablement de porter préjudice à la conduite par le gouvernement du Canada des affaires fédéro-provinciales, notamment des renseignements sur:

a) des consultations ou délibérations fédéro-provinciales;

b) les orientations ou mesures adoptées ou à adopter par le gouvernement du Canada touchant la conduite des affaires fédéro-provinciales.

L'article 25 prévoit la possibilité de prélever les documents consultables sur ceux qui ne le sont pas:

25. Le responsable d'une institution fédérale, dans les cas où il pourrait, vu la nature des renseignements contenus dans le document demandé, s'autoriser de la présente loi pour refuser la communication du document, est cependant tenu, nonobstant les autres dispositions de la présente loi, d'en communiquer les parties dépourvues des renseignements en cause, à condition que le prélèvement de ces parties ne pose pas de problèmes sérieux.

Les articles 30 à 37 prévoient les modalités de l'intervention du Commissaire à l'information.

Aux termes de l'article 41, quiconque s'est vu refuser la communication de documents peut, après plainte auprès du Commissaire à l'information, saisir cette Cour d'un recours en contrôle judiciaire:

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

Under section 42 the Information Commissioner may apply to this Court for a review of any refusal to disclose in respect of which he has conducted an investigation provided he has the consent of the person who requested access:

42. (1) The Information Commissioner may

(a) apply to the Court, within the time limits prescribed by section 41, for a review of any refusal to disclose a record requested under this Act or a part thereof in respect of which an investigation has been carried out by the Information Commissioner, if the Commissioner has the consent of the person who requested access to the record;

(b) appear before the Court on behalf of any person who has applied for a review under section 41; or

(c) with leave of the Court, appear as a party to any review applied for under section 41 or 44.

Section 47 requires the Court, in any proceeding arising from applications under sections 41 or 42 to take every reasonable precaution to avoid disclosure of the record that is the subject-matter of the application. This unusual procedure was the subject of comment by Jerome A.C.J. in *Maislin Industries Limited v. Minister for Industry, Trade and Commerce*, [1984] 1 F.C. 939 (T.D.), at page 942:

On the subject of closed hearings, proceedings in our courts must take place in full public view and in the presence of all parties. Exceptions to this principle occur from time to time, but must be kept to the minimum of absolute necessity. Even then, directions should be such as to safeguard the public interest in the administration of justice, and the rights of any parties not permitted to participate. In applications under these access to information statutes, the issue is confidentiality, and obviously to conduct them in public view pre-empts the final decision. For the present, therefore, there does not seem to be any alternative but to restrict attendance to counsel for the parties.

In any proceeding pursuant to sections 41 or 42, section 48 places the burden on the Government to establish authorization to refuse disclosure:

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

L'article 42 prévoit qu'avec le consentement de la personne qui a demandé le document, le Commissaire à l'information peut saisir cette Cour d'un recours en contrôle judiciaire contre le refus de communication sur lequel il a effectué une enquête:

42. (1) Le Commissaire à l'information a qualité pour:

a) exercer lui-même, à l'issue de son enquête et dans les délais prévus à l'article 41, le recours en révision pour refus de communication totale ou partielle d'un document, avec le consentement de la personne qui avait demandé le document;

b) comparaître devant la Cour au nom de la personne qui a exercé un recours devant la Cour en vertu de l'article 41;

c) comparaître, avec l'autorisation de la Cour, comme partie à une instance engagée en vertu des articles 41 ou 44.

L'article 47 prévoit qu'en cas de procédure engagée en application des articles 41 ou 42, la Cour prendra toutes les précautions nécessaires pour éviter que ne soient divulgués les renseignements en cause. Cette règle de procédure inhabituelle a été expliquée par le juge en chef adjoint Jerome dans *Maislin Industries Limited c. Ministre de l'Industrie et du Commerce*, [1984] 1 C.F. 939 (1<sup>re</sup> inst.), à la page 942:

En ce qui concerne les audiences à huis clos, les débats devant nos tribunaux doivent être publics et être tenus en présence de toutes les parties. Il peut y avoir à l'occasion des exceptions à ce principe, mais ces exceptions doivent se limiter aux cas de nécessité absolue. Même alors, les directives doivent permettre de sauvegarder l'intérêt qu'a le public dans l'administration de la justice et les droits de toutes les parties qui sont exclues du débat. Dans les demandes faites en vertu des lois sur l'accès à l'information, le litige porte sur le caractère confidentiel de certains renseignements, et il est évident qu'une audience publique dans ce cas rendrait inutile la décision finale. En conséquence, il semble qu'il n'y ait en l'espèce d'autre solution que de n'admettre à l'audience que les avocats des parties.

L'article 48 prévoit que dans toute instance engagée en application de l'article 41 ou 42, il incombe au gouvernement de prouver le bien-fondé du refus de communication:

48. In any proceedings before the Court arising from an application under section 41 or 42, the burden of establishing that the head of a government institution is authorized to refuse to disclose a record requested under this Act or a part thereof shall be on the government institution concerned.

Section 50 sets forth the role and jurisdiction of the Court in the case of an application arising out of the refusal by the Government to make disclosure based on section 14 of the Act:

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

#### D. THE LEGAL TEST FOR CONFIDENTIALITY

This is the first case in which this Court has been called upon to consider the exemption provided under section 14 of the Act (“injurious to the conduct by the Government of Canada of federal-provincial affairs”).

The Act contains two types of exemptions, mandatory (sections 13, 19, 20, 24) and discretionary (sections 14, 15, 16, 17, 18, 21, 22, 23). In the case of mandatory exemptions, the only decision to be made is whether the record comes within the description that the Act requires be exempted from disclosure. In the case of discretionary exemptions such as that under section 14, two decisions are necessary: first, does the record come within the description that is contemplated by the statutory exemption invoked in a particular case; and second, if it does, should the record nevertheless be disclosed. It is with respect to the first type of decision that evidence was filed and counsel devoted their arguments.

Subsection 2(1) which sets forth the purpose of the Act provides a guide to the interpretation of the operative provisions of the Act. It says that the purpose of the Act is:

48. Dans les procédures découlant des recours prévus aux articles 41 ou 42, la charge d'établir le bien-fondé du refus de communication totale ou partielle d'un document incombe à l'institution fédérale concernée.

*a*

L'article 50 définit le rôle et la compétence de la Cour en cas de recours contre le refus de communication fondé par le gouvernement sur l'article 14 de la Loi:

*b*

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

*d*

#### D. LE CRITÈRE JURIDIQUE DE LA CONFIDENTIALITÉ

Cette cause est la première où la Cour est appelée à se prononcer sur l'exception prévue à l'article 14 de la Loi «porter préjudice à la conduite par le gouvernement du Canada des affaires fédéro-provinciales».

*f*

La Loi prévoit deux catégories d'exemptions, les exemptions obligatoires (articles 13, 19, 20, 24) et les exemptions discrétionnaires (articles 14, 15, 16, 17, 18, 21, 22, 23). Dans le cas des exemptions obligatoires, il s'agit seulement de décider si le document relève des catégories que la Loi soustrait à la communication. Dans le cas des exemptions discrétionnaires, telles les exceptions prévues à l'article 14, deux décisions sont nécessaires: il faut tout d'abord déterminer si le document relève de la catégorie soumise à l'exception légale invoquée dans le cas d'espèce; et ensuite, le cas échéant, s'il y a quand même lieu de communiquer ce document. C'est sur le premier type de décision que des preuves et témoignages ont été produits et que les avocats de part et d'autre ont présenté leur argumentation en l'espèce.

*i*

Le paragraphe 2(1) qui énonce l'objet de la Loi établit aussi le principe d'interprétation des dispositions de fond. Selon ce paragraphe, la Loi a pour objet:

2. (1) . . . to extend the present laws of Canada to provide a right of access to information in records under the control of a government institution. . . .

It establishes guiding principles:

(a) government information should be available to the public;

(b) necessary exemptions . . . should be limited and specific;

(c) decisions on disclosure . . . should be reviewed independent of government.

In considering the purpose of the *Access to Information Act* [S.C. 1980-81-82-83, c. 111, Sch. I] in *Maislin Industries Limited v. Minister for Industry, Trade and Commerce*, *supra*, Jerome A.C.J. stated at pages 942-943:

There was no disagreement that the burden of proof rests upon the applicant Maislin. It should be emphasized however, that since the basic principle of these statutes is to codify the right of public access to Government information two things follow: first, that such public access ought not be frustrated by the courts except upon the clearest grounds so that doubt ought to be resolved in favour of disclosure; second, the burden of persuasion must rest upon the party resisting disclosure whether, as in this case, it is the private corporation or citizen, or in other circumstances, the Government.

In this case the exception is claimed pursuant to section 14. The words "could reasonably be expected to" in section 14 are also found in other sections of the Act. In considering the same wording in paragraph 20(1)(c), the Federal Court of Appeal has determined that the exception to access must be based on a "reasonable expectation of probable harm": *Canada Packers Inc. v. Canada (Minister of Agriculture)*, [1989] 1 F.C. 47, at pages 59-60. A careful reading of the decision of MacGuigan J.A. reveals that he was "tempted" to construe the words "could reasonably be expected to" by analogy to an approach to tort law but resisted that temptation since it might open the door to an exception for possible rather than probable harm:

. . . I believe the temptation to carry through the tort analogy should be resisted, particularly if *Wagon Mound (No. 2)*, *supra*,

2. (1) . . . d'élargir l'accès aux documents de l'administration fédérale. . . .

Il établit les principes directeurs suivants:

(a) le public a droit à la communication des documents de l'administration fédérale;

(b) les exceptions indispensables doivent être précises et limitées;

(c) les décisions quant à la communication sont susceptibles de recours indépendants du pouvoir exécutif.

En analysant l'objet de la *Loi sur l'accès à l'information* [S.C. 1980-81-82-83, ch. 111, ann. I] dans le jugement *Maislin Industries Limited c. Ministre de l'Industrie et du Commerce*, *supra*, le juge en chef adjoint Jerome a tiré cette conclusion aux pages 942 et 943:

Toutes les parties admettent que le fardeau de la preuve incombe à la requérante Maislin. Il faut cependant souligner que, puisque le principe de base de ces lois est de codifier le droit du public à l'accès aux documents du gouvernement, deux conséquences en découlent: d'abord, les tribunaux ne doivent pas neutraliser ce droit sauf pour les motifs les plus évidents, de sorte qu'en cas de doute, il faut permettre la communication; deuxièmement, le fardeau de convaincre la cour doit incomber à la partie qui s'oppose à la communication, qu'il s'agisse, comme en l'espèce, d'une société privée ou d'un citoyen ou, dans d'autres cas, du gouvernement.

En l'espèce, c'est l'article 14 qui a été invoqué pour justifier l'exemption. Les mots «risquerait vraisemblablement de» figurant à l'article 14 se retrouvent dans d'autres dispositions de la Loi. Face à la même formule qui se trouve à l'alinéa 20(1)(c), la Cour d'appel fédérale a conclu que le refus de communication doit être fondé sur le «risque vraisemblable de préjudice probable»; voir *Canada Packers Inc. c. Canada (Ministre de l'Agriculture)*, [1989] 1 C.F. 47, aux pages 59 et 60. Il ressort d'une lecture attentive des motifs prononcés par le juge MacGuigan J.C.A., qu'il était «tenté» d'interpréter les mots «risquerait vraisemblablement de» par analogie avec les principes de responsabilité délictuelle, mais a repoussé cette tentation parce qu'elle pourrait ouvrir la porte à l'exception fondée sur le préjudice possible et non le préjudice probable:

. . . j'estime qu'il faille repousser la tentation d'établir une analogie en matière de responsabilité délictuelle, particulièrement

is thought of as opening the door to liability for the mere possibility of foreseeable damage, as opposed to its probability. The words-in-total-context approach to statutory interpretation which this Court has followed in *Lor-Wes Contracting Ltd. v. The Queen*, [1986] 1 F.C. 346; (1985), 60 N.R. 321 and *Cashin v. Canadian Broadcasting Corporation*, [1988] 3 F.C. 494 requires that we view the statutory language in these paragraphs in their total context, which must here mean particularly in the light of the purpose of the Act as set out in section 2. Subsection 2(1) provides a clear statement that the Act should be interpreted in the light of the principle that government information should be available to the public and that exceptions to the public's right of access should be "limited and specific". With such a mandate, I believe one must interpret the exceptions to access in paragraphs (c) and (d) to require a reasonable expectation of probable harm.

It is clear that the statutory provisions as they have been construed in the jurisprudence place a heavy burden upon the party seeking to prevent disclosure. Faced as they were with such an onus, counsel for the Government in this case attempted to persuade me that I should not follow *Canada Packers, supra*, and that I should have regard to Australian jurisprudence on the Australian *Freedom of Information Act* 1982 [No. 3, 1982] which is more favourable to the Government's position.

The decision in *Canada Packers, supra*, is binding on me. Nonetheless, one of the Government's arguments requires some brief comment. It was argued that subsection 2(1) of the *Access to Information Act* is merely descriptive and should not be used as a guide to interpreting the Act. I cannot accept this proposition. Statutes are to be interpreted with a view to carrying out their objects and purposes. When Parliament has been explicit in setting forth the purpose of an enactment and principles to be applied in construing it, I am of the opinion that such purpose and principles must form the foundation on which to interpret the operative provisions of the Act. Indeed, in the excerpt from the *Canada Packers* case, *supra*, quoted above, MacGuigan J.A. came to that very conclusion in respect of this Act.

Counsel for the Government also advanced arguments attempting to distinguish *Canada Packers* (it dealt with paragraph 20(1)(c) and not section 14) or attempting to argue that it was incorrectly decided. In pursuit of this argument, counsel also had to argue that *Saint John Shipbuilding Ltd. v. Canada (Minister*

si on pense que l'affaire *Wagon Mound (No. 2)*, susmentionnée, ouvre la porte à la responsabilité fondée sur la simple possibilité d'un préjudice prévisible, par opposition à sa probabilité. La méthode d'interprétation des lois qui consiste à examiner les termes dans leur contexte global et que cette Cour a suivie dans l'affaire *Lor-Wes Contracting Ltd. c. La Reine*, [1986] 1 C.F. 346; (1985), 60 N.R. 321, et *Cashin c. Société Radio-Canada*, [1988] 3 C.F. 494, exige que nous examinions le texte de ces alinéas dans leur contexte global, c'est-à-dire en tenant compte en l'espèce particulièrement de l'objet énoncé à l'article 2 de la Loi. Le paragraphe 2(1) énonce clairement que la Loi devrait être interprétée en tenant compte du principe que les documents de l'administration fédérale devraient être mis à la disposition du public et que les exceptions au droit d'accès du public devraient être «précises et limitées». Avec un tel mandat, j'estime qu'on doit interpréter les exceptions au droit d'accès figurant aux alinéas c) et d) comme exigeant un risque vraisemblable de préjudice probable.

Il est clair que les textes de loi applicables, tels que la jurisprudence les a interprétés, imposent un lourd fardeau à la partie qui s'oppose à la communication. Face à pareil fardeau, les avocats représentant le gouvernement font valoir que je ne devrais pas suivre le précédent *Canada Packers (supra)*, mais que je devrais m'inspirer de l'application faite par la jurisprudence australienne de la loi *Freedom of Information Act* 1982 [No. 3, 1982] d'Australie, qui est plus favorable à la thèse du gouvernement.

Je suis tenu de suivre la décision *Canada Packers (supra)*. Je dois cependant m'arrêter brièvement sur l'un des arguments avancés par le gouvernement. Selon celui-ci, le paragraphe 2(1) de la *Loi sur l'accès à l'information* n'a que valeur descriptive et ne doit pas servir de guide pour l'interprétation de la même Loi. Je ne saurais accueillir cet argument. Si on interprète les lois, c'est pour en atteindre les buts et objectifs. Puisque le législateur a expressément énoncé l'objet du texte ainsi que les principes à appliquer pour son interprétation, cet objet et ces principes doivent constituer le fondement sur lequel on doit interpréter les dispositions de fond de la Loi. En effet, dans le passage ci-dessus de la décision *Canada Packers (supra)*, le juge MacGuigan J.C.A., est parvenu à la même conclusion à l'égard de cette Loi.

Les avocats représentant le gouvernement ont encore avancé des arguments pour distinguer les faits de la cause en instance de ceux de l'affaire *Canada Packers* (qui portait sur l'alinéa 20(1)c) et non sur l'article 14), ou encore pour faire valoir que cette dernière cause a été mal jugée. En poursuivant cet argu-

of *Supply and Services*) (1990), 67 D.L.R. (4th) 315 (F.C.A.), which followed *Canada Packers* was also wrongly decided. The words "could reasonably be expected to" as interpreted in *Canada Packers* and subsequently followed by *Saint John Shipbuilding* are the same as in this case. I do not consider it fruitful to dissect counsel's arguments in detail since I am bound by *Canada Packers* and *Saint John Shipbuilding* in any event. Suffice it to say I have considered the arguments and am not persuaded by them.

As mentioned, the Government also submitted that guidance in interpreting and applying the Canadian Act may be found in examining the Australian jurisprudence as it relates to the Australian *Freedom of Information Act* 1982.

Subsection 3(1) of the Australian Act is a purpose clause similar but not the same as subsection 2(1) of the Canadian *Access to Information Act*. Subsection 3(1) of the Australian Act states:

3. (1) The object of this Act is to extend as far as possible the right of the Australian community to access to information in the possession of the Government of the Commonwealth by—

- (a) making available to the public information about the operations of departments and public authorities and, in particular, ensuring that rules and practices affecting members of the public in their dealings with departments and public authorities are readily available to persons affected by those rules and practices; and
- (b) creating a general right of access to information in documentary form in the possession of Ministers, departments and public authorities, limited only by exceptions and exemptions necessary for the protection of essential public interest and the private and business affairs of persons in respect of whom information is collected and held by departments and public authorities.

(2) It is the intention of the Parliament that the provisions of this Act shall be interpreted so as to further the object set out in sub-section (1) and that any discretions conferred by this Act shall be exercised as far as possible so as to facilitate and promote, promptly and at the lowest reasonable cost, the disclosure of information.

The Government submitted that the Australian equivalent to section 14 of the Canadian Act is found

ment, ils ont dû soutenir que la décision *Saint John Shipbuilding Ltd. c. Canada (Ministre des Approvisionnements et services)* (1990), 67 D.L.R. (4th) 315 (C.A.F.), qui suivait *Canada Packers*, était aussi mal jugée. Les mots «risquerait vraisemblablement de», dont l'interprétation donnée dans *Canada Packers* a été suivie dans *Saint John Shipbuilding*, sont les mêmes que ceux qui nous intéressent en l'espèce. Il ne servirait à rien d'analyser l'argument des avocats du gouvernement à ce sujet puisque je suis tenu de suivre les précédents *Canada Packers* et *Saint John Shipbuilding*. Il suffit de noter que j'ai examiné ces arguments et que je ne les ai pas trouvés concluants.

Comme noté plus haut, le gouvernement soutient aussi qu'on peut interpréter et appliquer la loi canadienne en s'inspirant de la jurisprudence australienne portant sur la loi *Freedom of Information Act* 1982 d'Australie.

Le paragraphe 3(1) de la loi australienne, qui en définit l'objet, est semblable mais non identique au paragraphe 2(1) de la loi canadienne. Voici ce qu'il prévoit:

[TRADUCTION] 3. (1) La présente loi a pour objet d'élargir autant que possible l'accès du public australien aux documents du gouvernement du commonwealth:

- (a) par la mise à la disposition du public des renseignements sur les activités des ministères et des autorités publiques, et en particulier, par la garantie que les règles et pratiques régissant les rapports entre le public et les ministères et autorités publiques soient à la disposition de ceux qui en sont affectés;
- (b) par la création d'un droit général d'accès aux renseignements contenus dans les documents se trouvant en la possession des ministres, des ministères et des autorités publiques, ce droit n'étant limité que par des exceptions et exemptions nécessaires à la protection de l'intérêt public essentiel, ainsi que de la vie privée et du commerce des personnes au sujet desquelles ces renseignements ont été recueillis et détenus par les ministères et autorités publiques concernés.

(2) Les dispositions de la présente loi seront interprétées de façon que l'objet prévu au paragraphe (1) soit atteint et que tout pouvoir discrétionnaire conféré par elle soit exercé de manière, autant que faire se peut, à faciliter et à promouvoir la communication des renseignements, promptement et au coût le plus bas possible.

Le gouvernement soutient que l'équivalent de l'article 14 de la loi canadienne est le paragraphe 33A(1)



at subsection 33A(1) [as enacted by *Freedom of Information Amendment Act, 1983*, No. 81, s. 17] of the Australian Act which states:

33A (1) Subject to sub-section (5), a document is an exempt document if disclosure of the document under this Act—

(a) would, or could reasonably be expected to, cause damage to relations between the Commonwealth and a State; or

(5) This section does not apply to a document in respect of matter in the document the disclosure of which under this Act would, on balance, be in the public interest.

In support of its position, the Government referred to a number of Australian authorities. However, in argument, counsel submitted that *Arnold (on behalf of Australians for Animals) v Queensland* (1987), 73 ALR 607 (Aust. Fed. Ct.), provided a summary of the relevant Australian authorities and would be sufficient in outlining the interpretation he wished to advance.

In defining the proper test to apply under subsection 33A(1), Burchett J. in *Arnold v. Queensland*, *supra*, at page 628, wrote:

A feature of the drafting of para (a) of s 33A(1) is that it does not require a finding that disclosure would cause damage to relations between the Commonwealth and a State. It provides the alternative: "or could reasonably be expected to cause [such] damage". It is now established that this does not require a probability, though a possibility which fails to reach the level of probability must be sufficiently tangible to answer to the notion of a reasonable capacity to be expected.

Later, on the same page the learned Judge stated:

I think the statute employs the expression "could reasonably be expected" in a sense corresponding to that which this passage conveys, but when all analysis has been exhausted the ultimate requirement of the statute is to apply its words directly to the problem thrown up by the circumstances of the case. . . .

These two passages capture, I believe, the thrust of what the Government wished to import from the Australian jurisprudence. That is: (1) there should exist a sliding scale test where the more serious the injury from disclosure, the more one should accept a possibility of injury; the less serious the injury from disclosure, the more one would tip the balance toward requiring a probability of injury; and (2) the words of

[édicte par *Freedom of Information Amendment Act, 1983*, No. 81, art. 17] de la loi australienne qui porte:

[TRADUCTION] 33A (1) Sous réserve du paragraphe (5), est exempté de la communication tout document dont la communication sous le régime de la présente loi:

(a) nuirait ou risquerait vraisemblablement de nuire aux relations entre le commonwealth et un État;

(5) Le présent article ne s'applique pas aux documents renfermant des renseignements dont la divulgation sous le régime de la présente loi est, tout bien considéré, conforme à l'intérêt public.

À l'appui de sa thèse, le gouvernement cite divers précédents australiens. Son avocat fait cependant valoir dans son argumentation que la décision *Arnold (on behalf of Australians for Animals) v Queensland* (1987), 73 ALR 607 (Aust. Fed. Ct.), donne le sommaire de la jurisprudence australienne applicable et constitue une illustration suffisante de l'interprétation qu'il défend.

En définissant le critère à appliquer dans le cadre du paragraphe 33A(1), le juge Burchett a tiré cette conclusion dans *Arnold v. Queensland*, *supra*, à la page 628:

[TRADUCTION] Un trait caractéristique du libellé de l'alinéa (a) du paragraphe 33A(1) est qu'il n'est pas nécessaire de conclure que la divulgation nuirait aux relations entre le commonwealth et un État. Cet alinéa prévoit une seconde possibilité: «ou risquerait vraisemblablement de nuire». Il est maintenant établi que cette disposition n'exige pas d'établir la probabilité, bien qu'une possibilité qui n'atteigne pas au niveau de probabilité doit être suffisamment tangible pour être qualifiée de risque vraisemblable.

Et un peu plus loin:

[TRADUCTION] Je pense que les mots «risquerait vraisemblablement de» figurant dans la loi ont un sens correspondant à celui qu'exprime ce passage, mais en dernière analyse, l'impératif ultime que prévoit cette loi, c'est qu'il faut l'appliquer telle qu'elle est formulée au problème qui se pose dans le cas d'espèce.

Ces deux passages cernent, il me semble, le sens que le gouvernement entend dégager de la jurisprudence australienne, à savoir: (1) qu'il faut appliquer un critère à échelle mobile, c'est-à-dire que plus le préjudice résultant de la divulgation est grave, plus on doit opter pour le critère du préjudice possible, et que moins le préjudice éventuel est grave, plus on doit faire pencher la balance du côté de la preuve du ris-

the *Access to Information Act* should be read on their own without the incorporation of other words into their meaning.

As enticing as these propositions may be, they simply cannot be accepted given the clear and direct Canadian authority in this area of the law. On the first point, the Canadian jurisprudence (*Canada Packers, supra*) precludes me from adopting a sliding scale evaluation that would justify confidentiality based upon a reasonable expectation of possible harm having regard to the seriousness of the injury that might be caused by disclosure.<sup>4</sup> On the second point, it is abundantly clear from the same jurisprudence that the test that I must apply in interpreting the words "could reasonably be expected to be injurious to" in section 14 of the *Access to Information Act* is one of reasonable expectation of probable harm.

The Canadian jurisprudence interpreting the *Access to Information Act* has established guidelines that can be useful in assessing whether or not there is a reasonable expectation of probable harm from disclosure in a given situation and the procedures to be followed. The following are not exhaustive:

1. The exceptions to access require a reasonable expectation of probable harm: *Canada Packers, supra*, at page 60.
2. The considered opinion of the Information Commissioner should not be ignored: *Rubin v. Canada (Canada Mortgage and Housing Corp.)*, [1989] 1 F.C. 265 (C.A.), at page 272.
3. Use of the information is to be assumed in assessing whether its disclosure would give rise to a reasonable expectation of probable harm: *Air Atonabee Ltd.*

<sup>4</sup> I am clearly bound by the jurisprudence. However the facts of the case at bar invite consideration of whether the test which has evolved may be too stringent and unyielding and that in cases where defences to disclosure are based on those sections which incorporate wording such as "could reasonably be expected to be injurious to", that the seriousness of the consequences that may flow from disclosure should be taken into account.

que probable; et (2) que la *Loi sur l'accès à l'information* doit être interprétée telle qu'elle est libellée, sans qu'on cherche à y introduire des mots qui n'y figurent pas.

<sup>a</sup> Aussi séduisants que puissent être ces arguments, ils ne sauraient être accueillis vu la clarté et l'applicabilité directe de la jurisprudence canadienne en la matière. Sur le premier point, cette jurisprudence (*Canada Packers, supra*) m'interdit d'appliquer une évaluation sur échelle mobile qui justifierait le refus de communication par un risque vraisemblable de préjudice possible compte tenu de la gravité du préjudice qui pourrait résulter de la divulgation<sup>4</sup>. Sur le second point, cette jurisprudence ne laisse aucun doute que le critère que je dois appliquer pour interpréter les mots «risquerait vraisemblablement de» figurant à l'article 14 de la *Loi sur l'accès à l'information* est le critère du risque vraisemblable de préjudice probable.

<sup>e</sup> La jurisprudence canadienne portant interprétation de la *Loi sur l'accès à l'information* a défini des principes directeurs qui peuvent servir à déterminer si la communication risquerait vraisemblablement de causer un préjudice probable dans un cas donné; elle a aussi défini la marche à suivre en la matière. Voici les règles qui s'en dégagent, et la liste n'en est pas exhaustive:

1. Les exceptions au droit d'accès doivent être justifiées par un risque vraisemblable de préjudice probable; voir *Canada Packers (supra)*, à la page 60.
2. On doit tenir compte de l'avis mûrement réfléchi du Commissaire à l'information; voir *Rubin c. Canada (Société canadienne d'hypothèques et de logement)*, [1989] 1 C.F. 265 (C.A.), à la page 272.
3. Il faut présumer que les renseignements demandés seront utilisés, lorsqu'il s'agit d'examiner si la divulgation risquerait vraisemblablement de causer un ris-

<sup>4</sup> Je suis certainement tenu par la jurisprudence. Peu importe que les faits de la cause engagent à examiner si le critère qui s'est instauré est peut-être trop rigoureux et trop rigide, et ce dans les cas où le refus de communication est fondé sur les articles comportant des mots tels que «risquerait vraisemblablement de», et s'il y a lieu de prendre en considération la gravité des conséquences possibles de la communication.

v. *Canada (Minister of Transport)* (1989), 27 C.P.R. (3d) 180 (F.C.T.D.), at page 210.

4. It is relevant to consider if the information sought to be kept confidential is available from sources otherwise available by the public and whether it could be obtained by observation or independent study by a member of the public acting on his or her own: *Air Atonabee*, *supra*, at page 202.

5. Press coverage of a confidential record is relevant to the issue of expectation of probable harm from its disclosure: *Canada Packers*, *supra*, at page 63; *Ottawa Football Club v. Canada (Minister of Fitness and Amateur Sports)*, [1989] 2 F.C. 480 (T.D.), at page 488.

6. Evidence of the period of time between the date of the confidential record and its disclosure is relevant: *Ottawa Football Club*, *supra*, at page 488.

7. Evidence that relates to consequences that could ensue from disclosure that describe the consequences in a general way falls short of meeting the burden of entitlement to an exemption from disclosure: *Ottawa Football Club*, *supra*, at page 488; *Air Atonabee*, *supra*, at page 211.

8. Each distinct record must be considered on its own and in the context of all the documents requested for release, as the total contents of the release are bound to have considerable bearing on the reasonable consequences of its disclosure: *Canada Packers*, *supra*, at page 64.

9. Section 25 of the Act provides for severance of material in a record that can be disclosed from that which is protected from disclosure under an exemption provision. The severance must be reasonable. To disclose a few lines out of context would be worthless: *Montana Band of Indians v. Can. (Min. of Indian & Nor. Affairs)*, [1988] 5 W.W.R. 151 (F.C.T.D.), at page 166.

10. Exemptions from disclosure should be justified by affidavit evidence explaining clearly the rationale exempting each record: *Ternette v. Canada (Solicitor General)*, [1992] 2 F.C. 75 (T.D.), at pages 109-110; and *Merck Frosst Canada Inc. v. Canada (Depart-*

que probable; voir *Air Atonabee Ltd. c. Canada (Ministre du Transport)* (1989), 27 C.P.R. (3d) 180 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), à la page 210.

4. Il convient d'examiner si les renseignements dont la communication est refusée peuvent être obtenus de sources auxquelles le public a normalement accès, ou peuvent être obtenus par observation ou par étude indépendante par un simple citoyen agissant de son propre chef; voir *Air Atonabee (supra)*, à la page 202.

5. La couverture par la presse d'un renseignement confidentiel est un facteur à prendre en considération dans l'examen du risque de préjudice probable résultant de la divulgation; voir *Canada Packers (supra)*, à la page 63; *Ottawa Football Club c. Canada (Ministre de la Condition physique et du Sport amateur)*, [1989] 2 C.F. 480 (1<sup>re</sup> inst.), à la page 488.

6. Est admissible la preuve relative à l'intervalle séparant la date du renseignement confidentiel et celle de sa divulgation; voir *Ottawa Football Club (supra)*, à la page 488.

7. La preuve des conséquences susceptibles de découler de la divulgation, qui donne une description générale de ces conséquences, ne satisfait pas à la norme de preuve applicable à l'exemption de communication; voir *Ottawa Football Club (supra)*, à la page 488; *Air Atonabee (supra)*, à la page 211.

8. Chaque document distinct doit être considéré à part et dans le contexte de tous les documents demandés car la teneur totale d'une communication doit influencer énormément sur les conséquences vraisemblables de sa divulgation; voir *Canada Packers (supra)*, à la page 64.

9. L'article 25 de la Loi prévoit la possibilité de séparer dans un document les renseignements qui peuvent être divulgués de ceux qui sont protégés par une exception. Le prélèvement doit être raisonnable. Il ne servirait à rien de divulguer quelques lignes hors de contexte; voir *Bande indienne de Montana c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord)*, [1988] 5 W.W.R. 151 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), à la page 166.

10. Le refus de communication doit être justifié au moyen de témoignages par affidavit expliquant clairement la raison de l'exemption de chaque document; voir *Ternette c. Canada (Solliciteur général)*, [1992] 2 C.F. 75 (1<sup>re</sup> inst.), aux pages 109 et 110 et *Merck*

ment of Health and Welfare Protection Branch) (1988), 20 C.P.R. (3d) 177 (F.C.T.D.), at page 179.

In analyzing the material in this case I have had regard to these principles and procedures.

## E. THE EVIDENCE

The evidence in these four motions consists of some sixteen affidavits and transcripts of cross-examinations on four of the affidavits. Each of the affidavits consists of voluminous exhibits and attachments. It would not be an exaggeration to say that the material in this case amounted to well over one thousand pages.

### Evidence in Support of the Motions

#### 1. Public Affidavit of Paul Tetro—June 16, 1992

Mr. Tetro is General Counsel in the Office of the Information Commissioner. In this affidavit Mr. Tetro recites the chronology of events relating to the Simpson and Lapointe access to information request. Attached as an exhibit are 108 pages (out of 709 pages) which the PCO indicated were the pages available for disclosure and which were severed from the balance of the information which it was alleged qualified for exemption under section 14 of the Act.

The affidavit explains that an investigator was appointed by the Information Commissioner's Office, that all relevant pages, both confidential and non-confidential, were provided by the PCO to the investigator and that internal PCO memoranda relating to the access requests were also provided to the investigator.

The affidavit goes on to outline the procedure followed by the Information Commissioner to which I referred earlier.

The Information Commissioner process took from mid-January to mid-May, 1992. The affidavit concludes by explaining how the court applications were instituted.

*Frost Canada Inc. c. Canada (Ministère de la Santé et du Bien-être social, Division de la protection)* (1988), 20 C.P.R. (3d) 177 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), à la page 179.

<sup>a</sup> J'ai tenu compte des principes et méthodes ci-dessus pour analyser les documents en cause.

## E. LES PREUVES ET TÉMOIGNAGES

<sup>b</sup> Les témoignages produits dans le cadre de ces quatre requêtes consistent en quelque seize affidavits et transcriptions des contre-interrogatoires consacrés à quatre de ces affidavits. De nombreuses pièces sont jointes à chacun des affidavits. Il ne serait pas exagéré de dire que les documents versés aux débats dépassent les mille pages.

### <sup>c</sup> Les témoignages à l'appui des requêtes

#### 1. L'affidavit public du 16 juin 1992 de Paul Tetro

<sup>e</sup> M. Tetro, qui est conseiller juridique au Commissariat à l'information, rapporte dans son affidavit la chronologie des événements faisant suite à la demande de communication de Simpson et de Lapointe. Cet affidavit est accompagné d'une pièce composée de 108 pages (sur 709 pages) dont le BCP indique qu'elles sont consultables et qui ont été séparées du restant des renseignements dont celui-ci soutient qu'ils sont exemptés en application de l'article 14 de la Loi.

<sup>f</sup> Cet affidavit explique que le Commissariat à l'information a désigné un enquêteur, que le BCP a communiqué à ce dernier toutes les pages visées, confidentielles ou non, ainsi que ses notes de service internes à ce sujet.

<sup>g</sup> L'affidavit rapporte ensuite la procédure observée par le Commissaire à l'information, telle qu'elle est notée plus haut.

<sup>h</sup> L'instance devant le Commissaire à l'information a duré de la mi-janvier à la mi-mai 1992. L'affidavit relate enfin comment les recours judiciaires ont été engagés.

## 2. Public Affidavit of Paul Tetro—July 22, 1992

This affidavit essentially covers the chronology of events relating to the access request of Nielsen and Morris. To all intents and purposes the facts outlined in Mr. Tetro's affidavit of June 16, 1992 in relation to the access requests of Simpson and Lapointe apply to the access requests of Nielsen and Morris.

## 3. Confidential Affidavit of Paul Tetro—June 16, 1992

This affidavit lists all of the records identified by the PCO as being embraced by the original requests made pursuant to the Act and attaches all such records. It also refers to the access to information record of decision of the PCO, and internal PCO memoranda related to the access requests and attaches these documents. Various submissions and correspondence between the complainants and the Information Commissioner and the PCO and the Commissioner are attached. The documents recommended for disclosure are listed and attached and those not recommended for disclosure are attached.

## 4. Affidavit of Mary Calamai—June 23, 1992

This affidavit sets forth a chronology of events relating to Ms. Calamai's request for access to information. Essentially the same course of events occurred as with the Simpson and Lapointe requests. Ms. Calamai deposes that the Information Commissioner advised that he would represent her interest in this Court but in doing so attached certain conditions. Ms. Calamai says that it is her firm belief that all of the records requested should be disclosed (and this is the reason she makes her own application and does not consent to be represented by the Information Commissioner). Attached to this affidavit are copies of the information requests, subsequent correspondence with the PCO and the Information Commissioner, the disclosed documents, some further information that was released at a later date, and notes from a 1984 address by the Prime Minister of Canada.

## 2. L'affidavit public du 22 juillet 1992 de Paul Tetro

Cet affidavit donne essentiellement la chronologie des événements faisant suite à la demande de communication de Nielsen et de Morris. Essentiellement, tous les faits articulés dans l'affidavit du 16 juin 1992 de M. Tetro au sujet de la demande de communication de Simpson et de Lapointe s'appliquent aux demandes de Nielsen et de Morris.

## 3. L'affidavit confidentiel du 16 juin 1992 de Paul Tetro

Cet affidavit énumère tous les documents relevés par le BCP comme faisant l'objet des demandes initiales faites en application de la Loi, lesquels documents y sont joints. Il mentionne également le rapport de décision du BCP en matière d'accès à l'information, et les notes de service internes de ce dernier au sujet des demandes de communication, ces documents étant joints à l'affidavit. Divers mémoires et lettres échangés entre les plaignants et le Commissaire à l'information d'une part, et entre celui-ci et le BCP d'autre part, y sont également joints. Les documents dont la communication est recommandée sont énumérés et joints; ceux dont la communication n'est pas recommandée sont également joints mais non énumérés.

## 4. L'affidavit du 23 juin 1992 de Mary Calamai

Cet affidavit donne la chronologie des événements faisant suite à la demande de communication de M<sup>me</sup> Calamai. Ces événements suivaient essentiellement le même cours que ceux qui faisaient suite aux demandes Simpson et Lapointe. M<sup>me</sup> Calamai témoigne qu'elle a été informée par le Commissaire à l'information qu'il était disposé à la représenter devant la Cour mais à certaines conditions. M<sup>me</sup> Calamai exprime sa ferme conviction que tous les documents demandés devraient être divulgués (et c'est pour cette raison qu'elle a intenté elle-même son recours et n'a pas consenti à ce que le Commissaire à l'information la représente). Elle a joint à son affidavit copie de ses demandes de communication, de la correspondance subséquente avec le BCP et le Commissaire à l'information, des documents divulgués, de certains renseignements qui ont été communiqués par la suite, et des notes prises d'un discours de 1984 du premier ministre du Canada.

5. Affidavit of Mary Calamai—July 8, 1992

In this affidavit Ms. Calamai deposes that she is a researcher employed by Southam News which is a wire service owned and operated by Southam Inc. Southam News, together with the Angus Reid Group, conducts polls and surveys. Paragraph 4 of this affidavit states:

4. One area in which extensive polling has been conducted by the Angus Reid Group and by Southam News during the time period covered by my access request of November 7, 1991 (Exhibit "A" to my Affidavit of June 23, 1992) is with respect to national unity, the constitution and constitutional reform. Attached to this my Affidavit as Exhibits "A" to "M", as more particularly listed below in paragraph 5, are polls that have been conducted by the Angus Reid Group and Southam News on the issues of national unity, the constitution and constitutional reform; the same issue that is the subject of these proceedings.

Paragraph 5 lists the names of 13 polls conducted from November 16, 1990 to May 7, 1992. Paragraphs 6 and 7 of this affidavit state:

6. Attached as Exhibits "1" through "60" of this my Affidavit, and contained in a separate bound volume, are computer printouts of articles from the same time period that have been written by reporters with Southam News with respect to these issues and these polls. As I am unaware of the content of those records that have not been released to me and which are the subject of these proceedings, I have produced all of the articles provided by Southam News during the relevant time period that touch on these issues. These articles have been made available for publication to newspapers across Canada by Southam News.

7. From review in the limited materials that were released to me by the Respondent to this Application, it is evident from pages 554 and 555 (as found in Exhibit "D" to my Affidavit of June 23, 1992), that two focus groups were held in which there was a "discussion on the Group of 22 proposals", that participants were asked for "their reactions to this 'federal proposal'" and that participants were asked to "read these 28 proposals." Attached to this my Affidavit as Exhibit "61" is a copy of the Report of the Group of 22, including its 28 proposals and as Exhibit "62" are copies of newspaper articles reporting on reactions to these proposals.

Attached to this affidavit are the results of the 13 polls referred to in paragraph 5 and the 60 articles referred to in paragraph 7. In addition, attached is the "Report of the Group of 22".

5. L'affidavit du 8 juillet 1992 de Mary Calamai

Dans cet affidavit, M<sup>me</sup> Calamai témoigne qu'elle est documentaliste chez Southam News, qui est une agence de presse dont Southam Inc. est la propriétaire et l'exploitante. Southam News effectue des sondages d'opinion avec la collaboration du groupe Angus Reid. Voici ce qu'elle déclare au paragraphe 4 de son affidavit:

[TRADUCTION] 4. Un domaine dans lequel le groupe Angus Reid et Southam News ont effectué des sondages d'opinion extensifs durant la période visée par ma demande de communication du 7 novembre 1991 (pièce «A» jointe à mon affidavit du 23 juin 1992) est celui de l'unité nationale, de la constitution et de la réforme constitutionnelle. Ci-joint à titre de pièces «A» à «M», lesquelles sont énumérées en détail au paragraphe 5 ci-dessous, les sondages effectués par le groupe Angus Reid et Southam News sur les questions d'unité nationale, de constitution et de réforme constitutionnelle, lesquelles questions font l'objet de la procédure en instance.

Le paragraphe 5 énumère les sondages d'opinion effectués durant la période allant du 16 novembre 1990 au 7 mai 1992. Les paragraphes 6 et 7 de l'affidavit portent ce qui suit:

[TRADUCTION] 6. Ci-joint, à titre de pièces «1» à «60» sous reliure séparée, les sorties d'imprimante des articles que les reporters de Southam News ont consacrés pendant la même période à ces questions et à ces sondages. Comme je ne connais pas le contenu des documents qui ne m'ont pas été communiqués et qui font l'objet de ce recours, j'ai produit tous les articles publiés par Southam News sur ces questions durant la période visée. Ces articles étaient offerts par Southam News aux journaux du Canada entier.

7. À la lecture du peu de documents qui m'a été communiqué par l'intimé nommé dans cette requête, il ressort des pages 554 et 555 (incluses dans la pièce «A» de mon affidavit du 23 juin 1992) qu'il y a eu deux groupes de discussion sur les «propositions du Groupe des 22», où les participants ont été invités à faire part de «leur réaction à cette «proposition fédérale»» et à «lire ces 28 propositions». Ci-joint, à titre d'annexe «61», la copie du rapport du Groupe des 22, dont ses 28 propositions, et, à titre de pièce «62», copie des articles de journaux sur la réaction suscitée par ces propositions.

Cet affidavit est accompagné des résultats des 13 sondages d'opinion mentionnés au paragraphe 5 et des 60 articles mentionnés au paragraphe 7. Y est joint en outre le [TRADUCTION] «Rapport du Groupe des 22».

6. Affidavit of Ken Rubin—June 15, 1992

This affidavit sets forth a chronology of events commencing with Rubin's access to information request dated November 29, 1991, the fact that the Information Commissioner offered to apply to the Federal Court on Rubin's behalf but that Rubin "could not give him consent as requested to argue the case on my behalf because I wanted to receive the total 690 [sic] pages of the poll, not 620 [sic] pages."

7. Supplementary Affidavit of Ken Rubin—June 29, 1992

This affidavit sets out a chronology of events and attached correspondence related to earlier access to information requests by Mr. Rubin. Also attached to this affidavit are contracts between the PCO and Decima Research Limited and Créatec+. These contracts are dated September 12, 1991 and set forth that the contracts are for public opinion research surveys as detailed in Appendix A for the period May 15, 1991 to September 30, 1991. The scope of work on Appendix A of each contract was not disclosed.

8. Affidavit of Ken Rubin—June 29, 1992

In this affidavit, Mr. Rubin deposes to the similarity of his access request with those of the Information Commissioner and Ms. Calamai. The affidavit was made in support of an application to join the Rubin proceedings with the others.

Evidence Opposing the Motions9. Public Affidavit of Daniel Joseph Gagnier—July 6, 1992

During the period October 17, 1990 to June 30, 1992 Mr. Gagnier was Deputy Secretary to the Cabinet, Communications and Consultation, PCO. In paragraph 7 of his affidavit Mr. Gagnier deposes that he made the recommendation to the Deputy Head of the PCO, Mr. Tellier, to refuse to release records on the basis that disclosure could reasonably be expected to be injurious to the conduct by the Government of Canada of the issues concerning the Constitution and

6. L'affidavit du 15 juin 1992 de Ken Rubin

Cet affidavit donne la chronologie des événements faisant suite à la demande de communication du 29 novembre 1991 de Rubin, et rapporte que le Commissaire à l'information a offert de saisir la Cour fédérale en son nom, mais que Rubin n'a pu [TRADUCTION] «consentir à ce qu'il me représente comme il me l'a demandé puisque je voulais me faire communiquer toutes les 690 [sic] pages de résultats des sondages d'opinion, et non pas seulement 620 [sic] pages».

7. L'affidavit complémentaire du 29 juin 1992 de Ken Rubin

Cet affidavit présente la chronologie des événements ainsi que la correspondance, qui y est jointe, faisant suite aux demandes de communication antérieures de M. Rubin. Y sont également joints les contrats passés par le BCP avec Decima Research Limited et Créatec+ respectivement. Ces contrats, datés du 12 septembre 1991, portent sur l'exécution de sondages d'opinion dont les détails figurent à l'annexe A, pour la période allant du 15 mai 1991 au 30 septembre 1991. La portée des travaux, indiquée à l'annexe A de chaque contrat, n'est pas divulguée.

8. L'affidavit du 29 juin 1992 de Ken Rubin

Dans cet affidavit, M. Rubin fait état de la similitude entre sa demande de communication et celle du Commissaire à l'information et de M<sup>me</sup> Calamai. L'affidavit était déposé à l'appui de la requête en jonction de la cause Rubin avec les autres instances.

Les témoignages produits contre les requêtes9. L'affidavit public du 6 juillet 1992 de Daniel Joseph Gagnier

Durant la période allant du 17 octobre 1990 au 30 juin 1992, M. Gagnier était sous-secrétaire du Cabinet pour les communications et consultations, au BCP. Au paragraphe 7 de son affidavit, M. Gagnier témoigne qu'il a recommandé au greffier du Conseil privé, M. Tellier, de refuser de communiquer les documents en cause parce que leur divulgation risquerait vraisemblablement de porter préjudice à la conduite par le gouvernement du Canada des affaires

national unity. Paragraph 8 refers to the importance of the subject-matter:

8. These records relate to a subject that is unique and is of signal importance. That subject is the constitutional fabric of Canada. The conduct of the matter by the Government of Canada by this fact alone takes on a special significance—reflected as well in the nature and extent of the records.

Paragraphs 9 to 15 deal with the subject-matter of the record and why public opinion research is important to the Government. Paragraph 17 makes it clear that the refusal to release materials is related to the timing of the release:

17. It should be made clear that the refusal to release the materials is related to the timing of the release. It is not a refusal to release at some future time when the current stage of constitutional discussions has been completed and there is no reasonable expectation of injury to the conduct by the Government of matters relating to the constitution and national unity. The timing of release is related to the character of the records here in issue. Routine release of other types of records relating to public opinion studies within 90 days after a final report is received thereon is now under consideration. The remainder of this my affidavit addresses the expectation of injury from disclosure at this time of the particularly sensitive records in issue here.

Paragraph 20 outlines four general reasons for the Government's refusal to release:

20. Four general reasons have been identified against a background of the acknowledged volatile public environment and the recognized object of the public opinion research—to assist the Government of Canada in its conduct of the important and intertwined constitutional and national unity issues. The four reasons can be described as:

- 1) constraining the strategic and tactical options available to the Government of Canada,
- 2) the potential negative impact on the environment for the federal-provincial negotiations,
- 3) prejudice to ongoing discussions with the provinces, and
- 4) furnishing information to those hostile to Canadian unity.

Paragraphs 21 to 23 set forth the background for the assessment of possible injury by the release of the records:

21. The assessment of possible injury by the release of the records must be dealt with against the background of the Government's obligations in relation to constitutional and unity

intéressant la constitution et l'unité nationale. Le paragraphe 8 souligne l'importance du problème:

[TRADUCTION] 8. Ces documents se rapportent à un sujet qui est unique et revêt une importance primordiale. Il s'agit de la structure constitutionnelle du Canada. Rien que de ce fait, la conduite par le gouvernement du Canada des affaires en la matière revêt une importance particulière, laquelle caractérise aussi la nature et l'étendue de ces documents.

Les paragraphes 9 à 15 portent sur le sujet des documents en cause et expliquent pourquoi les sondages d'opinion sont importants pour le gouvernement. Le paragraphe 17 fait le lien entre le refus de communication et le moment de la divulgation:

[TRADUCTION] 17. Il y a lieu de souligner que le refus de communication s'explique par le moment de la divulgation. Il ne s'agit pas là du refus de communiquer à un moment à l'avenir, où les négociations constitutionnelles en cours auront été menées à bonne fin et où la divulgation ne risquerait pas vraisemblablement de porter préjudice à la conduite par le gouvernement des affaires intéressant la constitution et l'unité nationale. Le moment de la divulgation présente un lien avec le caractère des documents en cause. Le gouvernement examine en ce moment la possibilité de divulguer systématiquement les autres types de documents concernant les sondages d'opinion dans les 90 jours du rapport final. Le restant du présent affidavit consiste en l'analyse du risque de préjudice pouvant résulter de la divulgation à l'heure actuelle des documents particulièrement délicats en question.

Le paragraphe 20 énumère quatre motifs généraux de refus de communication du gouvernement:

[TRADUCTION] 20. Quatre motifs généraux ont été identifiés eu égard à l'humeur reconnue instable du public et au but avoué des sondages d'opinion, qui est d'aider le gouvernement du Canada à s'attaquer aux questions importantes et étroitement liées, de réforme constitutionnelle et d'unité nationale. Ces quatre motifs peuvent se résumer comme suit:

- 1) limitation des orientations et des mesures ouvertes au gouvernement du Canada,
- 2) effet néfaste potentiel sur le climat des négociations fédérales-provinciales,
- 3) atteinte aux négociations en cours avec les provinces, et
- 4) divulgation de renseignements à ceux qui s'opposent à l'unité canadienne.

Les paragraphes 21 à 23 présentent le contexte dans lequel s'effectue l'appréciation du préjudice possible découlant de la divulgation des documents en cause:

[TRADUCTION] 21. L'appréciation du préjudice possible du fait de la divulgation de ces documents doit s'effectuer à la lumière des obligations du gouvernement en matière de constitution et



matters as part of its conduct of federal-provincial affairs having regard to:

- a) the ongoing and increasingly urgent constitutional negotiations,
- b) the difficult economic and social conditions reflecting on the perceived ability of the government to deal with unity matters,
- c) the increasing complexity of these negotiations resulting from sovereignist sentiment in Québec, regional sentiment outside Québec and the demands of indigenous peoples and other groups, and
- d) the possibility of referenda and elections which may alter the balance in the negotiations.

22. These factors result in a volatile public environment. There is also the background of the position in Confederation of the Province of Québec, the various problems engendered by, on the one hand, the refusal of the Québec Government to support the 1982 amendments to the Constitution and, on the other hand, the failure of the Meech Lake Accord. A companion concern is the attitude of residents of the other provinces and aboriginal groups to initiatives designed to deal with the perceived problem of constitutional legitimacy.

23. Finally, it should be emphasized that the polling data for which release has been sought was collected and analyzed for the sole object of assisting in the development and execution of the policies of the Government of Canada in relation to the conduct of matters respecting the amendment of the constitution and to the related subject of national unity.

Paragraphs 24 to 32 deal with the reasons why strategy and tactics of the Government could be compromised by disclosure:

### Strategy and Tactics

24. Questions put and answers given in a public opinion survey or poll are likely to give an indication of what the Government might intend in terms of strategy and tactics in constitutional negotiations. Inferences will be drawn, whether correct or incorrect, and those inferences will have an effect on the positions and attitudes of other participants in the negotiations. The result will be that the negotiations will be faulted and prejudice to the Government's capacity to carry out its responsibilities will occur. Specifically it will constrain its strategic and tactical options.

25. Among its various uses, public opinion research is undertaken to test the hypothetical proposals which will not necessarily be adopted. Release of such information could:

- a) suggest to those with whom the Government of Canada has been dealing what it had been contemplating or, conversely, leave a false impression of its purposes, and

d'unité nationale, dans le cadre de sa conduite des affaires fédérales-provinciales, compte tenu des facteurs suivants:

- a) les négociations constitutionnelles en cours qui deviennent de plus en plus urgentes,
- b) la situation économique et sociale difficile qui influe sur l'impression qu'a la population de l'aptitude du gouvernement à régler les questions d'unité nationale,
- c) la complexité croissante de ces négociations en raison du sentiment souverainiste au Québec, du sentiment régionaliste hors du Québec et des demandes des peuples autochtones et autres, et
- d) la possibilité de référendums et d'élections qui pourraient modifier l'équilibre dans les négociations.

22. Ces facteurs sont à l'origine d'une humeur publique instable. Il y a encore d'autres facteurs sous-jacents comme la position de la province de Québec au sein de la Confédération, les divers problèmes causés d'une part par le refus du Québec de souscrire aux modifications constitutionnelles de 1982 et, d'autre part, par l'échec de l'Accord du Lac Meech. Un sujet de préoccupation parallèle est l'attitude de la population des autres provinces et des collectivités autochtones vis-à-vis des initiatives visant à régler le problème soi-disant de la légitimité constitutionnelle.

23. Enfin, il y a lieu de souligner que les résultats des sondages, dont communication était demandée, ont été recueillis et analysés à seule fin de contribuer à la formulation et l'exécution de politiques du gouvernement du Canada dans la conduite des affaires concernant la modification de la constitution et la question connexe de l'unité nationale.

Les paragraphes 24 à 32 expliquent pourquoi les orientations et mesures à adopter par le gouvernement pourraient être compromises par la divulgation des documents demandés:

### [TRADUCTION] Orientations et mesures à adopter

24. Il est possible de dégager des questions posées et des réponses données dans un sondage d'opinion, les orientations et mesures que le gouvernement pourrait envisager dans les négociations constitutionnelles. Des conclusions seront tirées, correctes ou fausses, et elles auront un effet sur la position et l'attitude des autres participants aux négociations. Celles-ci en seront faussées et la capacité du gouvernement à s'acquitter de ses responsabilités en sera compromise. En particulier, les orientations et mesures qui lui sont ouvertes en seront réduites.

25. Les sondages d'opinion servent entre autres à tester les propositions hypothétiques qui ne seront pas nécessairement adoptées. La divulgation de leurs résultats pourrait:

- a) donner à ceux avec lesquels le gouvernement négocie une idée de ce que ce dernier avait envisagé ou, au contraire, leur donner une fausse impression des fins qu'il poursuit, et

- b) invite public pressure on both the Government of Canada and the provincial governments to either embrace or repudiate hypothetical proposals emerging from the research.
26. The information revealed to provincial negotiators, or indeed others at the negotiating table, by the release of polling results would, thus, do injury to the position in the negotiations of the Government of Canada by revealing its internal strategic and tactical deliberations. Revealing the information could do injury to the Government's strategy and tactics by, for example, returning the agenda of intergovernmental deliberations to older issues. It could also overwhelm such deliberations with the interjection of new, manifold public pressures on a variety of hypothetical possibilities not now or ever intended to be central to current deliberations.
27. Responses to questionnaires could,
- be used in the negotiations themselves by other parties, and
  - be reported by the media
- in a manner that would be detrimental to the Government of Canada's position.
28. To the extent that the media were to highlight findings that demonstrated lack of public support for a federal position, the federal negotiating position on that, and hence on other matters, could be undermined. To the extent that the media were to highlight findings that demonstrated profound regional divisions, the federal government's ability to achieve inter-regional and inter-provincial conciliation could be injured. To the extent that the release of evolving polling data revealed when and why public preferences changed, other negotiators would acquire as much knowledge as the federal negotiators with respect to the sources and causes of opinion change on this vital matter. The Government of Canada would not have a similar advantage through access to the research of the provinces.
29. In this same regard, public opinion research done on a regular basis using the same questions, tracks the development of public opinion and selected segments of it. Revealing the questions could tend to leave a cloud over subsequent studies in that the results could not be relied on since they could reflect prior knowledge. More importantly, release would alert others involved in the negotiations to the Government's ongoing concerns and, in the result, such polls might have to be abandoned. In consequence, the Government would be deprived of the benefit of knowing what public attitudes are on issues which it may select for tracking. Other parties to the negotiations would not be similarly handicapped.
- b) pousser le public à faire pression sur le gouvernement du Canada et les gouvernements provinciaux pour adopter ou rejeter des propositions hypothétiques que suggèrent ces sondages.
26. Les renseignements révélés aux négociateurs provinciaux ou aux autres participants par la divulgation des résultats des sondages pourraient compromettre la position du gouvernement du Canada dans les négociations du fait qu'ils révèlent les délibérations internes sur les orientations et mesures à adopter. La divulgation des renseignements pourrait compromettre les orientations et mesures à adopter par le gouvernement, par exemple, en remettant d'anciennes questions à l'ordre du jour des délibérations intergouvernementales. Elle pourrait aussi bouleverser ces délibérations par l'interjection de nouvelles pressions publiques multiformes sur une variété de possibilités hypothétiques qui ne sont pas destinées, maintenant ou jamais, à constituer le point focal des délibérations en cours.
27. Les réponses aux questionnaires pourraient:
- être exploitées par les autres parties dans les négociations elles-mêmes, et
  - être publiées par les médias,
- de façon préjudiciable à la position du gouvernement du Canada.
28. Dans la mesure où les médias font ressortir des conclusions qui démontrent le manque de soutien populaire pour une position fédérale, la capacité de négociation du gouvernement fédéral pourrait être sapée à cet égard, et partant, à d'autres égards. Dans la mesure où les médias font ressortir des conclusions qui indiquent une profonde dissension entre les régions, la capacité du gouvernement fédéral à réaliser la réconciliation interrégionale et interprovinciale en serait diminuée. Dans la mesure où la divulgation des résultats de sondages en état d'évolution révèle à quel moment et pour quelles raisons les préférences du public ont changé, les autres négociateurs en sauraient autant que les négociateurs fédéraux sur l'origine et les causes des changements de l'opinion publique sur cette question vitale. Le gouvernement du Canada, de son côté, ne jouirait pas du même avantage, c'est-à-dire de l'accès aux résultats de sondages d'opinion effectués par les provinces.
29. Dans le même ordre d'idées, les sondages d'opinion effectués de façon périodique sur les mêmes questions, suivent l'évolution de l'humeur du public en général et de certaines couches de la population en particulier. La divulgation des résultats pourrait discréditer les sondages subséquents dont les résultats ne seraient pas fiables puisqu'ils pourraient être contaminés par la connaissance préalable. Ce qui est plus important encore, c'est que la divulgation pourrait attirer l'attention des autres intervenants sur les préoccupations en cours du gouvernement, ce qui pourrait l'obliger à abandonner ces sondages. En conséquence, le gouvernement serait privé de la possibilité de connaître l'attitude du public à l'égard de certains sujets dont il pourrait choisir de suivre l'évolution. Les autres participants aux négociations ne souffriraient pas du même handicap.

30. Furthermore, a questionnaire, even one containing what may appear to be the most innocuous questions, is part of a complex matrix of polling questions the answers to which are used the one against the other to produce and verify information. Whether the questionnaire contains tracking questions or not, there is a danger of contamination for subsequent polls. At this critical juncture, the Government should not be deprived of the most accurate results possible, a consequence that may occur if questions are revealed.

31. The impact of public opinion on evolving negotiations is complex and dynamic. Regional differences in public opinion, for example, help to account for different provincial and federal negotiating positions. These regional differences are to some extent moderated over the course of extended negotiations. However, the release to the media of data evidencing substantial regional differences in public opinion would underscore those differences, and, hence, could dramatically reduce the ability of the parties to negotiations to reach compromise. Thus, the release of the Government of Canada's data could seriously exacerbate inter-regional and inter-governmental tensions and constrain the Government of Canada's strategic and tactical options. Furthermore, emerging from Government of Canada-sponsored research, such evidence would have more authority than, for example, evidence emerging from the work of an independent research or from privately sponsored polls.

32. The release of older public opinion research might appear at first blush to be less problematic than the release of current data. Older studies will have explored issues that have since been resolved or superseded in inter-governmental discussions. Unfortunately, the resurrection of these older issues in the media and in the public mind as if they were pressingly current may well divert the negotiations. The fact that media reporting of these results might specify the dates of these older findings would not diminish the injury. In the public mind, the older dates of these findings would be dwarfed in importance by the currency of media attention. In the mind of the general public, the importance of a phenomenon is often determined by whether or not the phenomenon receives current media attention, not by when the phenomenon actually occurred.

Paragraphs 33 to 35 deal with the negative impact on the environment for federal-provincial negotiations that would occur as a result of release of information:

#### Impact on Environment for Negotiations

33. The expected negative impact of the release of public opinion research on the environment in which constitutional review is taking place can be seen from what may be perceived to be divisions in Canadian society. Taking data secured at one point in time one might discern, for example, a dichotomy between public opinion in Québec and public opinion in the rest of Canada. Potential media reporting and third party exploitation

30. Qui plus est, un questionnaire, quand bien même il semblerait ne renfermer que des questions apparemment les plus anodines, fait partie d'une matrice complexe de questions de sondage dont les réponses sont confrontées les unes aux autres pour produire et vérifier des informations. Que le questionnaire renferme ou non des questions de suivi, il y a un risque de contamination des sondages subséquents. En cette conjoncture critique, il ne faut pas que le gouvernement soit privé des résultats les plus exacts possibles, dont il risque d'être privé si ces questions sont divulguées.

31. L'effet de l'opinion publique sur les négociations en cours est complexe et dynamique. Les différences régionales dans l'opinion publique, par exemple, contribuent à la différence des positions de négociation des provinces et du gouvernement fédéral. Ces différences régionales s'atténuent dans une certaine mesure au fur et à mesure de longues négociations. Cependant, la communication aux médias de données révélant d'importantes différences régionales dans l'opinion publique ferait ressortir ces différences et, par voie de conséquence, diminuer énormément la capacité des parties aux négociations à parvenir à un compromis. Ainsi donc, la divulgation des données recueillies par le gouvernement du Canada pourrait gravement exacerber les tensions interrégionales et intergouvernementales et limiter les orientations et mesures ouvertes au gouvernement du Canada. Qui plus est, du fait que ces sondages ont été commandés par le gouvernement du Canada, leurs résultats auraient plus d'influence que ceux par exemple d'un sondage indépendant ou d'un sondage du secteur privé.

32. Au premier abord, on pourrait penser que la divulgation des résultats de sondages anciens cause moins de problèmes que la publication de données fraîchement recueillies. Les anciens sondages portent normalement sur des questions qui ont été résolues ou remplacées dans les négociations intergouvernementales. Malheureusement, ces anciennes questions sont ressuscitées dans les médias et dans l'esprit du public comme si elles sont des sujets d'actualité brûlante et cela pourrait fausser les négociations. Le fait qu'en rapportant ces résultats, la presse pourrait en spécifier la date n'atténuerait pas le préjudice. L'attention que leur portent les médias a tendance à faire oublier au public que ce sont d'anciens sondages. Dans l'esprit du grand public, l'importance d'un phénomène est souvent fonction de l'attention que lui accordent les médias, et non pas de la date de sa survenance.

Les paragraphes 33 à 35 expliquent l'effet négatif d'une divulgation des renseignements sur le climat des négociations fédérales-provinciales:

#### [TRADUCTION] Effet sur le climat des négociations

33. L'effet adverse prévu de la divulgation des résultats de sondages d'opinion sur le climat dans lequel se déroule la révision constitutionnelle peut se faire sentir par ce qu'on peut appeler les dissensions au sein de la société canadienne. Se fondant sur les données recueillies à un moment donné, on pourrait discerner par exemple une dichotomie entre l'opinion publique au Québec et l'opinion publique dans le reste du Canada. La cou-

of this kind of division could be very destructive at this critical juncture.

34. The general environment with respect to the constitution and national unity may also be affected adversely in that the communications approach of the Government, founded as it must be on securing the necessary compromise on the many divisive issues involved, would be prejudiced. If information in the records relating to public attitudes is revealed, it will be much harder to develop a persuasive and coherent communications approach that will bring Canadians together.

35. A related point is that the Government's policy and its conduct of the matter may well be overtaken by peripheral or even false issues reported in the media which divert time and attention on the part of the Government from the matter at hand—the resolution of the current constitutional impasse. In other words, injury may be seen to the conduct of the file by reason of the release of information which may generate new issues not central to the debate which release, in turn, creates problems of response to the detriment of the conduct of the main issues. Moreover, public opinion studies lose their ability to assist in gauging public preferences and attitudes if the results become a major subject of public discussion themselves.

Paragraphs 36 to 39 deal with prejudice to ongoing discussions with the provinces:

36. The consequences of making other parties to the negotiations privy to information sought by the Government of Canada to assist, *inter alia*, in the conduct of those very negotiations cannot be underestimated. To know what the other party to the negotiation knows severely handicaps the party whose information is released. This is even more serious where the flow of information is in one direction.

37. In my experience as an adviser to the provincial government in constitutional negotiations (for Ontario *inter alia* in the Meech Lake negotiations), I would have felt it a distinct advantage for the provincial negotiators to have known what were the results of federal public opinion research and, particularly, what questions had been put. The advantage would have been increased by cross-checking information in provincial surveys on the same issue.

38. There is further potential injury in relation to negotiations in circumstances where a participant sees its constituency being surveyed by another participant. This is especially true concerning issues which may be of particular importance to such a participant. In my experience this might well create an atmosphere little conducive to moderation and compromise thereby making the Government of Canada's task that much more difficult.

verture possible de la presse et l'exploitation par les tierces parties de ce genre de dissensions pourraient être très destructrices en cette conjoncture critique.

34. Le climat général des questions constitutionnelles et des questions d'unité nationale peut également souffrir du fait que la politique de communication du gouvernement, fondée comme il convient sur la réalisation du compromis nécessaire sur les nombreuses questions qui sèment la dissension, serait compromise. En cas de divulgation des renseignements relatifs à l'attitude du public dans ces documents, il sera plus difficile de formuler une politique de communication cohérente et persuasive qui unifierait les Canadiens.

35. Un facteur connexe est que la politique et l'action du gouvernement pourraient être supplantées par des questions périphériques ou même fausses que rapportent les médias et qui détournent le temps et l'attention du gouvernement du problème véritable, c'est-à-dire la solution de l'impasse constitutionnelle actuelle. Autrement dit, la conduite des affaires en la matière pourrait être compromise par la divulgation de renseignements qui pourraient engendrer de nouvelles questions qui ne sont pas au cœur du débat et dont la divulgation, à son tour, suscite des réactions défavorables à la solution des questions principales. Par ailleurs, les sondages d'opinion perdent de leur utilité dans l'évaluation des préférences et des attitudes du public si les résultats en deviennent un sujet principal du débat public lui-même.

Les paragraphes 36 à 39 expliquent le dommage dont pourraient souffrir les négociations en cours avec les provinces:

[TRADUCTION] 36. Il ne faut pas sous-estimer les conséquences si les autres parties aux négociations sont mises au courant des renseignements que recherche le gouvernement du Canada à titre, entre autres, d'outil dans la conduite de ces négociations elles-mêmes. Savoir ce que sait l'autre partie aux négociations place la partie dont les renseignements sont divulgués dans une situation très désavantageuse. Et cela est d'autant plus grave que le mouvement des renseignements est à sens unique.

37. D'après mon expérience de conseiller constitutionnel de gouvernement provincial (celui de l'Ontario entre autres lors des négociations du Lac Meech), je dirais que les négociateurs provinciaux sont particulièrement avantagés s'ils connaissent les résultats des sondages d'opinion effectués par le gouvernement fédéral et en particulier, s'ils connaissent les questions qui ont été posées. L'avantage serait d'autant plus grand que ces renseignements sont confrontés avec les renseignements recueillis dans les sondages provinciaux sur le même sujet.

38. Les négociations pourraient encore être compromises quand un participant voit que sa population fait l'objet d'un sondage effectué par un autre participant, d'autant plus que ce sondage porte sur des questions qui peuvent revêtir une importance particulière pour le premier. D'après mon expérience, cela pourrait empoisonner l'atmosphère et exclure toute modération ou tout compromis, ce qui rendrait la tâche du gouvernement du Canada encore plus difficile.

39. Potential negotiating problems as a result of release abound. If public opinion studies were released, it could create controversy and undermine the flexibility the Government of Canada has sought to maintain having regard both to the importance of the matter and the diversity of views which pertain.

Paragraphs 40 to 42 deal with furnishing information to those hostile to Canadian unity:

#### Information to Those Hostile to Canadian Unity

40. It is the Government of Canada's responsibility to promote a resolution and to bring all of the participants in the constitutional and national unity debate together. Release of the public opinion research may be expected to be detrimental to the Government's catalytic role and, hence, to the conduct of the matter.

41. It may be anticipated that public opinion research, if released, whether it is reported or not, will find its way into the hands of those who will seek to use it for purposes totally at variance with what must be the object of the Government of Canada's conduct of the matter.

42. This information, if released, could also be used to promote the ends of those hostile to Canadian unity in an indirect fashion. Currently the attention and resources of the Government of Canada in this area are fully committed. Resources are finite and it will be a serious detraction from the imperative task of the moment for the Government of Canada to have to deal with the contentious use that one may expect to be made in the public arena of the research materials by those seeking to promote disunity.

#### 10. Confidential Affidavit of Daniel Joseph Gagnier— —July 6, 1992

In this affidavit Mr. Gagnier sets out illustrations from the confidential records of the various propositions put forward in his public affidavit.

#### 11. Public Affidavit of Frederick James Fletcher— —July 6, 1992

Dr. Fletcher is professor of political science at York University. In addition to his other experience, Dr. Fletcher is Research Coordinator, Media and Elections, for the Royal Commission on Electoral Reform and Party Financing. Dr. Fletcher was asked to advise the Government of Canada with respect to the effect of the release of the public opinion research which is the subject of these motions. Dr. Fletcher attaches a report to his affidavit (Exhibit B) covering his examination of the matter.

39. Les difficultés que pourrait causer aux négociations la divulgation abondante. Si les sondages d'opinion sont rendus publics, ils pourraient soulever la controverse et priver le gouvernement du Canada de la souplesse qu'il entend conserver eu égard à l'importance de la question et à la diversité des vues en la matière.

Les paragraphes 40 à 42 font état du risque que présente la divulgation des renseignements à ceux qui s'opposent à l'unité nationale:

#### *b* [TRADUCTION] Divulgence des renseignements aux adversaires de l'unité nationale

40. La responsabilité incombe au gouvernement du Canada de promouvoir une solution et de réunir tous les participants au débat sur la constitution et l'unité nationale. La divulgation des sondages d'opinion pourrait porter atteinte au rôle catalyseur du gouvernement et, partant, à la conduite des affaires en la matière.

41. On peut prévoir que les résultats des sondages, une fois divulgués et qu'ils soient publiés ou non, parviendront aux mains de ceux qui chercheront à s'en servir à des fins opposées aux fins poursuivies par le gouvernement du Canada dans la conduite des affaires en la matière.

42. S'ils sont divulgués, ces renseignements pourraient aussi servir à promouvoir indirectement le dessein de ceux qui s'opposent à l'unité nationale. À l'heure actuelle, l'attention et les ressources du gouvernement du Canada sont entièrement engagées en la matière. Ses ressources ne sont pas infinies et ce sera les détourner de la tâche impérative de l'heure du gouvernement du Canada si celui-ci doit faire face à l'usage douteux dont on peut prévoir qu'en feront dans l'arène publique ceux qui cherchent à promouvoir la division.

#### 10. L'affidavit confidentiel du 6 juillet 1992 de —Daniel Joseph Gagnier

Dans cet affidavit, M. Gagnier illustre par des exemples tirés des documents confidentiels les divers arguments présentés dans son affidavit public.

#### 11. L'affidavit public du 6 juillet 1992 de Frederick —James Fletcher

M. Fletcher est professeur de sciences politiques à l'Université York. Il est en outre coordonnateur des recherches en matière de médias et d'élections de la Commission royale sur la réforme électorale et le financement des partis. Le gouvernement du Canada lui a demandé de donner son avis sur les conséquences de la divulgation des résultats de sondages d'opinion en cause. M. Fletcher a joint un rapport à son affidavit (pièce B) sur son examen de la question.

Dr. Fletcher first provides comments on background and context. For example:

2. In considering the release of the public opinion studies in question here, it is necessary to place them in the context of federal-provincial affairs in general and of the Government of Canada's conduct of the national unity file. The Government of Canada has a unique responsibility for national unity and for protecting the legitimacy of the constitution.

3. Constitutional negotiations are particularly difficult because the issues are fundamental and abstract. The negotiations have important symbolic content that is exacerbated when regional and linguistic tensions are involved. The mobilization of groups of citizens around symbolic issues makes already difficult negotiations more difficult (Simeon and Robinson, 1990:323) [*sic*].

9. The decision of the Privy Council Office to propose that public opinion studies on the national unity issue be made an exception to the developing practice of releasing government public opinion studies relatively soon after their completion must be understood, in my view, in this context. The unity negotiations are fundamental, involve substantial risks to the future of the country and are currently at a critical juncture. The environment for these negotiations is volatile and the issues are complex. In short, the sensitivity of these negotiations is at a very high level.

12. In the context of national unity, the Government of Canada has a responsibility to strive to keep the country together and, therefore, a duty to seek consensus and to avoid polarization. To discharge these duties effectively, the Government needs the information provided by public opinion studies. Such studies allow policy-makers and negotiators to take public opinion into account in developing positions, formulating negotiating strategies, and selecting the time and form of public communication and consultation. The struggle for control of the public agenda is a central process in federal-provincial negotiations, especially when symbolic issues are involved. "In this struggle," as a leading public opinion researcher has observed, "the many kinds of support or opposition revealed in public opinion surveys are valuable resources" (Johnston, 1986:217).

Paragraphs 21 to 25 of his report fall under the heading "Media Use of Public Opinion Studies":

21. Public opinion studies are technical documents. In order to interpret them properly, it is necessary to understand such matters as probability sampling, basic social statistics, the influ-

M. Fletcher fait part tout d'abord de ses observations sur l'arrière-plan et le contexte de la question, par exemple:

[TRADUCTION] 2. Pour analyser les conséquences de la divulgation des résultats des sondages d'opinion en question, il est nécessaire de replacer ces derniers dans le contexte des affaires fédérales-provinciales et de la conduite par le gouvernement du Canada du dossier de l'unité nationale. C'est au gouvernement du Canada qu'incombe la responsabilité à nulle autre pareille d'assurer l'unité nationale et de protéger la légitimité de la constitution.

3. Les négociations constitutionnelles sont particulièrement difficiles puisqu'elles portent sur des questions fondamentales et abstraites. Elles ont un important contenu symbolique, qu'exacerbent encore les tensions régionales et linguistiques. Le fait que des groupes de citoyens soient mobilisés autour de questions symboliques rend plus difficiles encore des négociations qui sont difficiles par elles-mêmes (Simeon et Robinson, 1990:323) [*sic*]

9. C'est dans ce contexte que, à mon avis, il faut comprendre la décision du Bureau du Conseil privé de faire des sondages d'opinion sur la question de l'unité nationale une exception à la nouvelle pratique qui consiste à divulguer les sondages peu de temps après leur achèvement. Les négociations sur l'unité nationale sont fondamentales, elles comportent des risques considérables pour l'avenir du pays et se trouvent actuellement dans une phase critique. Le climat de ces négociations est instable, et les questions complexes. En bref, ces négociations sont extrêmement délicates.

12. Dans le contexte de l'unité nationale, il incombe au gouvernement du Canada d'essayer de préserver l'intégrité du pays et, partant, de réaliser un consensus et d'éviter la polarisation. Pour s'acquitter vraiment de ces responsabilités, il a besoin des renseignements qui viennent des sondages d'opinion. Ces sondages permettent aux décideurs et aux négociateurs de prendre en considération l'opinion publique dans la définition des positions, la formulation des stratégies de négociation, et le choix du moment et de la forme des communications et consultations publiques. La lutte pour le contrôle de l'ordre du jour public est un processus central des négociations fédérales-provinciales, en particulier quand des questions symboliques sont en jeu. «Dans cette lutte, comme l'a fait remarquer l'un des spécialistes les plus connus des sondages d'opinion, les nombreux types de soutien ou d'opposition que révèlent les sondages sont des ressources précieuses» (Johnston, 1986:217).

Les paragraphes 21 à 25 de son rapport sont regroupés sous la rubrique [TRADUCTION] «Usage fait par les médias des sondages d'opinion»:

[TRADUCTION] 21. Les résultats des sondages d'opinion sont des documents techniques. Pour les interpréter correctement, il est nécessaire de posséder au moins les notions d'échantillonnage

ence of question wording and order effects, at the least, as well as the context in which individual studies were conducted. The reports provided by survey firms frequently assume at least some aspects of this knowledge by clients and do not always provide it.

22. Although some political journalists have the necessary qualifications and experience, many do not. This often leads to a failure to understand the technical limitations of polls and to misinterpretation of results. The Royal Commission on Electoral Reform and Party Financing (Canada 1991:458-9) documented the potential for such misinterpretation. Scholarly studies have noted others, including one that could have affected the outcome of a federal party leadership convention (Fletcher, 1988:102). The distinguished journalist Jeffrey Simpson (1987:6) summed up the risks of misinterpretation when journalists report on public opinion studies:

Many journalists, including those who write about political matters, are unschooled in Canadian history, in polling methodology, in an understanding of any part of the country but their own. Yet the beguiling simplicity and easy accessibility of polling data embolden all journalists to become instant pundits, or worse still, experts. They can pontificate on the meaning of this, the likely outcome of that, the significance of everything, on the basis of a few stark numbers.

Pollsters regularly comment on the lack of technical competence of journalists in dealing with public opinion studies (see, for example, Round Table, 1991:16).

23. The focus of the news media is on generating news; i.e., stories of interest to their audiences. Most news organizations, therefore, define news as that which is dramatic, surprising or important. David Taras (1988:222), one of Canada's leading experts on news coverage of political issues, comments on news practices in the major Canadian media as follows:

Drama is the prime ingredient of most news stories. Drama requires sensationalism, winners and losers, and . . . most of all . . . conflict. As a CBC news editor observed . . . "We look for conflict often to the exclusion of the story" .

In the context of Canadian federal-provincial relations, information that emphasizes conflict, especially regional and linguistic conflict, is regarded by the news media as highly newsworthy. It is viewed as dramatic and important. Media reporting of lengthy and complex materials, such as the public opinion studies in question here, is inevitably partial and selective and likely to reflect standard news practices. After careful study of television news coverage of the debate surrounding the Meech Lake Accord, Taras (1988:222) concluded that news reporting, especially on television, presents conflict in a

de probabilité, de statistiques sociales de base, d'influence de la formulation et de l'ordre des questions, et de savoir dans quel contexte un sondage donné est effectué. Les rapports soumis par les firmes de sondage d'opinion présumant souvent que les clients possèdent ces notions, qu'elles n'expliquent pas toujours.

22. Bien que certains chroniqueurs politiques aient les qualités et l'expérience nécessaires, beaucoup en sont dépourvus. Ce qui fait souvent qu'ils ne se rendent pas compte des limitations techniques des sondages, dont ils interprètent à tort les résultats. La Commission royale sur la réforme électorale et le financement des partis (Canada 1991:458-9) a documenté les conséquences possibles de cette mauvaise interprétation. Des auteurs en ont relevé d'autres, dont l'une qui aurait pu influencer sur l'issue d'un congrès de direction d'un parti fédéral (Fletcher, 1988:102). Le distingué journaliste Jeffrey Simpson (1987:6) a résumé comme suit les risques de mauvaise interprétation de la part des journalistes qui rendent compte des résultats de sondages d'opinion:

De nombreux journalistes, dont les chroniqueurs politiques, ne savent pas grand-chose de l'histoire du Canada, des méthodes de sondage d'opinion, ou d'une partie quelconque du pays autre que leur propre région. Il se trouve cependant que les résultats des sondages, par leur séduisante simplicité et leur accessibilité, enhardissent tous les journalistes à se faire, du jour au lendemain, commentateurs ou, pis encore, experts. Ils peuvent pontifier sur la signification de ceci, sur l'issue probable de cela, sur l'importance de n'importe quoi, et tout cela en se fondant sur quelques chiffres bruts.

Les sondeurs ont eu souvent l'occasion de parler du manque de compétence technique des journalistes face aux résultats des sondages d'opinion (voir par exemple Table ronde, 1991:16).

23. Les médias ont pour souci premier de publier des nouvelles, c'est-à-dire des articles qui intéressent leur auditoire. C'est ainsi que la plupart des organes de presse en viennent à définir comme nouvelle ce qui est dramatique, surprenant ou important. David Taras (1988:222), l'un des experts les plus connus au Canada en matière de comptes rendus de questions politiques, commente en ces termes l'exploitation des nouvelles par les principaux médias canadiens:

L'élément dramatique est le principal ingrédient de la plupart des nouvelles. Drame signifie sensationnalisme, avec gagnants et perdants, et . . . par-dessus tout . . . conflit. Ainsi que l'a fait remarquer un rédacteur des informations de Radio-Canada, «Nous recherchons le conflit souvent à l'exclusion de l'événement».

Dans le contexte des relations fédérales-provinciales au Canada, les informations qui mettent au premier plan le conflit, en particulier les conflits régionaux et linguistiques, apparaissent aux yeux des médias comme éminemment publiables. Elles sont à leurs yeux dramatiques et importantes. Le compte rendu par les médias de documents longs et complexes, comme les résultats des sondages d'opinion en question, est inévitablement partial et sélectif, et tend à refléter le mode courant d'exploitation des nouvelles. Après étude attentive de la couverture télévisée du débat sur l'Accord du Lac Meech, Taras (1988:

“point-counterpoint format.” Although many issues cannot easily “be collapsed into a choice between pro and con”, news reports frequently force information into this two-sided format to heighten the sense of conflict. It seems clear that the probability of the public opinion studies in question here being reported in this way adds to the likelihood that the release of the records would make compromise more difficult and therefore *[sic]* to the difficulty faced by the Federal Government in conducting the national unity file.

24. In reporting public opinion studies, information that highlights regional or linguistic conflict (or ethnic conflict) is likely to be stressed, along with other findings that are surprising or controversial. Few news organizations are in a position to report the materials in their full context and complexity.

25. In the context of these records, two of the consequences of the inevitable selective reporting might be (1) to return issues to the constitutional agenda that had been thought to be resolved or put aside and/or (2) to focus attention on substantively minor but sensationalized items. Both of these eventualities would distract attention from more important issues and divert the resources of the Government of Canada from central to more peripheral issues. The resources of the Federal Government, especially the time and energy of senior officials, are not unlimited.

Commencing at paragraph 26, Dr. Fletcher addresses the question of “Dangers of Releasing the Public Opinion Studies”. He first argues that the studies should be seen as integrated studies that, taken as a whole, carry a risk of damage if released (paragraph 29). He says that it is a common but unfortunate error to view public opinion studies as individual commodities rather than as parts of an ongoing process of research, analysis and more research (paragraph 30).

In general, Dr. Fletcher says that research sponsored by the Government of Canada will have greater credibility and therefore a greater potential to influence public perceptions than other public opinion studies (paragraph 31). He expresses concern that in future, knowledge that public opinion studies might be released while a file is still active might well inhibit the use of some kinds of questions—such as scenarios or other hypothetical questions subject to

222) conclut que la couverture de la presse, en particulier à la télévision, présente le conflit sous forme de composition avec point et contrepoint. Bien que de nombreuses questions ne se prêtent pas à la «réduction à un choix entre pour et contre», les comptes rendus de presse forcent fréquemment les informations dans cette moule dichotomique pour faire rehausser le sens du conflit. Il semble clair que la probabilité que les sondages d'opinion en question soient rapportés de cette façon ajoute à la probabilité que leur divulgation rende le compromis plus difficile, donc à la difficulté à laquelle se heurte le gouvernement fédéral dans le dossier de l'unité nationale.

24. Dans les comptes rendus de sondages d'opinion, il est probable que les renseignements qui mettent en relief les conflits régionaux ou linguistiques (ou ethniques) seront soulignés, ainsi que d'autres résultats qui sont surprenants ou prêtent à controverse. Peu d'organes de presse sont en mesure de rendre compte de ces documents dans leur contexte et leur pleine complexité.

25. En ce qui concerne ces documents, l'exploitation sélective inévitable pourrait avoir pour conséquences entre autres (1) de remettre à l'ordre du jour constitutionnel des questions déjà considérées comme résolues ou laissées de côté, et (2) de focaliser l'attention sur des questions mineures mais qu'on aura rendues sensationnelles. L'une et l'autre de ces éventualités détourneraient l'attention de questions plus importantes et détourneraient les ressources du gouvernement du Canada des questions centrales au profit de questions périphériques. Les ressources du gouvernement fédéral, en particulier le temps et l'énergie des échelons dirigeants, ne sont pas illimitées.

Aux paragraphes 26 et suivants, M. Fletcher s'attaque à la question des [TRADUCTION] «Dangers de la divulgation des sondages d'opinion». Il soutient en premier lieu qu'il faut voir dans ces derniers des enquêtes intégrées qui, prises dans leur ensemble, présentent un risque de préjudice s'ils sont divulgués (paragraphe 29). Et que c'est une erreur, commune mais malencontreuse, de voir dans les sondages d'opinion des événements séparés et non pas des éléments intégrants d'un processus continu d'enquête, d'analyse et d'enquête complémentaire (paragraphe 30).

M. Fletcher estime qu'en général, les sondages commandés par le gouvernement du Canada jouissent d'une plus grande crédibilité et, partant, d'un plus grand pouvoir d'influencer les perceptions du public que d'autres sondages (paragraphe 31). Il s'inquiète de ce qu'à l'avenir, le fait de savoir que les sondages d'opinion pourraient être divulgués alors que le dossier est encore actif pourrait bien inhiber l'utilisation de certains genres de questions—comme les cas de



misinterpretation—thus reducing the utility of public opinion studies for policy-makers (paragraph 32).

Paragraphs 33 to 37 describe constraints on the strategic and tactical options of the Government of Canada. Paragraphs 38 to 44 deal with negative impacts on the environment of federal-provincial constitutional negotiations. Paragraph 45 deals with the possibility of damage to ongoing negotiations with the provinces:

45. . . .

As noted above, the selective reporting of dramatic or unusual features of the findings might well return an issue to the already overloaded constitutional agenda. This would set back the negotiations and constitute a drain on the limited resources of the negotiators. The latter consequence would be particularly the case if the data were reported in a misleading manner or misinterpreted by the media or by other interested parties. Considerable time could be lost in attempting to correct misperceptions at a critical time in the negotiations.

In paragraphs 46 to 50, Dr. Fletcher addresses the question, “At what point are public opinion studies suitable for release?” He says the mere passage of time does not necessarily remove the potential for damage—that some issues are likely to remain sensitive until the negotiations are complete. In paragraph 47 he states:

47. . . .

The fact that sensitive material is from older polls is not likely to mitigate potential damage. The influence on the general public of particular findings will be determined primarily by the amount of attention accorded them in the major news media. Disclaimers about the timing of a particular study—or the political context within which it was conducted—are not likely to make much of an impression. The capacity of media attention to place a topic on the public agenda is well-documented as is the tendency of the public to recall broad impressions rather than specific details from news coverage.

In paragraph 51, Dr. Fletcher addresses the subject “Furnishing Information to Those Hostile to National Unity”:

figure et d’autres questions hypothétiques susceptibles de mauvaise interprétation—ce qui réduirait l’utilité de ces sondages pour les décideurs (paragraphe 32).

a

Les paragraphes 33 à 37 décrivent les contraintes auxquelles seraient soumises les orientations et mesures ouvertes au gouvernement du Canada. Les paragraphes 38 à 44 exposent les effets négatifs sur le climat des négociations constitutionnelles fédérales-provinciales. Le paragraphe 45 fait état du risque d’atteinte aux négociations en cours avec les provinces:

b

c 45. . . .

[TRADUCTION] Comme noté plus haut, la publication sélective des éléments dramatiques ou inhabituels des résultats pourrait avoir pour conséquence de faire inscrire de nouveau une question à l’ordre du jour déjà surchargé des négociations constitutionnelles. Cela pourrait avoir pour effet de faire reculer ces dernières et de taxer les ressources limitées des négociateurs. Cette dernière conséquence serait d’autant plus probable que les données sont rapportées de façon trompeuse ou sont mal interprétées par les médias ou par d’autres parties intéressées. Les responsables perdraient un temps considérable à essayer de dissiper les malentendus à un moment critique des négociations.

d

e

Aux paragraphes 46 à 50, M. Fletcher se penche sur la question de savoir [TRADUCTION] «À quel moment les sondages d’opinion peuvent-ils être divulgués sans danger?». À son avis, le simple passage du temps ne supprime pas nécessairement le risque de préjudice, certaines questions ayant tendance à demeurer délicates jusqu’à ce que les négociations aient été terminées. Il fait observer au paragraphe 47:

f

g

47. . . .

[TRADUCTION] Le fait que des données délicates viennent d’anciens sondages ne réduira probablement pas le risque de préjudice. L’effet qu’auront des résultats donnés sur le grand public sera surtout fonction de l’attention que leur accordent les grands médias. Les démentis relatifs au moment d’un sondage—ou du contexte politique dans lequel ce sondage a été effectué—n’auront probablement guère d’effet. La capacité qu’a l’attention des médias de porter un sujet à l’ordre du jour public est bien documentée, de même que la tendance du public à se rappeler l’impression générale plutôt que les détails spécifiques des nouvelles rapportées par la presse.

h

i

Au paragraphe 51, M. Fletcher se penche sur la question de la [TRADUCTION] «Divulgarion des renseignements à ceux qui s’opposent à l’unité nationale»:

j

51. As noted above, constitutional negotiations in practice involve many more participants than those with official roles. Unofficial participants have considerable capacity to mobilize public sentiment and to bring pressure to bear on negotiators. The government of Canada public opinion studies would have utility to all of those groups. They would be especially useful to groups that wish to denigrate Federal Government efforts or to identify issues where potential exists to mobilize sentiments hostile to the success of the negotiations. There are, in my view, some data in the records that could be used to oppose compromise.

At paragraph 52 Dr. Fletcher concludes:

52. It is my view that the release of the public opinion studies would constrain the strategic and tactical options available to the Government of Canada, could raise false issues that would distract attention from more substantive concerns, possibly weaken the bargaining position of the Federal Government, might encourage division in the country, and would likely reduce the effectiveness of future public opinion studies for the Government of Canada.

12. Confidential Affidavit of Frederick James Fletcher—July 6, 1992

In this affidavit Dr. Fletcher refers to examples in the confidential information that illustrate some of the propositions contained in the report attached to his public affidavit.

Affidavits in Rebuttal

13. Supplementary Affidavit of Allison Lawford—July 8, 1992

Allison Lawford is a research assistant in the office of the Information Commissioner. Attached as exhibits to her affidavit are approximately 100 press clippings related to public opinion polls, poll reports, focus groups and focus group reports on constitutional matters, published from April 1990 to June 29, 1992.

14. Supplementary Confidential Affidavit of Paul Tetro—July 8, 1992

This affidavit refers to access to information requests (other than those giving rise to these motions) to the PCO and correspondence and documents relating thereto. Mr. Tetro deposes that these

[TRADUCTION] 51. Comme noté plus haut, les négociations constitutionnelles mettent en jeu dans les faits bien plus de participants que ceux investis d'un rôle officiel. Les participants non officiels sont dotés de la capacité considérable de mobiliser les sentiments publics et de faire pression sur les négociateurs. Les sondages d'opinion commandés par le gouvernement du Canada auraient une utilité pour tous ces groupes. Ils seraient particulièrement utiles pour les groupes qui entendent dénigrer les efforts du gouvernement fédéral ou identifier les questions qui leur permettraient de mobiliser les sentiments hostiles à la réussite des négociations. Ces documents renferment, à mon avis, certaines données qui pourraient servir à faire échec au compromis.

Au paragraphe 52, M. Fletcher tire cette conclusion:

[TRADUCTION] 52. À mon avis, la divulgation de ces sondages d'opinion restreindrait les orientations et mesures ouvertes au gouvernement du Canada; elle pourrait soulever des questions fausses qui détourneraient l'attention des questions de fond, affaiblir la position du gouvernement fédéral dans les négociations, encourager la dissension dans le pays, et réduire l'efficacité des sondages d'opinion à effectuer à l'avenir par le gouvernement du Canada.

12. L'affidavit confidentiel du 6 juillet 1992 de Frederick James Fletcher

Dans cet affidavit, M. Fletcher cite des exemples de renseignements confidentiels qui illustrent certaines conclusions du rapport joint à son affidavit public.

Les affidavits produits en réplique

13. L'affidavit complémentaire du 8 juillet 1992 d'Allison Lawford

Allison Lawford est attachée de recherche au Commissariat à l'information. Son affidavit est accompagné d'une centaine de coupures de presse relatives aux sondages d'opinion, aux rapports de sondage, aux groupes de discussion et à leurs comptes rendus, tous portant sur les questions constitutionnelles et publiés pendant la période allant d'avril 1990 au 29 juin 1992.

14. L'affidavit complémentaire confidentiel du 8 juillet 1992 de Paul Tetro

Cet affidavit porte sur les demandes de communication (autres que celles visées par les recours en instance) adressées au BCP, et sur la correspondance et les documents y afférents. M. Tetro témoigne que ces

documents are relevant because the documents released pursuant to these other applications are polls or reports on polls dealing with constitutional or national unity issues. In particular, Mr. Tetro states that one document which the PCO refused to disclose pursuant to the requests of Simpson and Lapointe was disclosed pursuant to a previous request. <sup>a</sup>

15. Public Affidavit of Richard Johnston—July 8, 1992 <sup>b</sup>

Dr. Johnston is professor of political science at the University of British Columbia. Among other things, Dr. Johnston is a co-author of *Letting the People Decide: Dynamics of a Canadian Election*. That book deals with, among other things, the impact of polls and other media factors on election campaigns. Dr. Johnston was asked to provide his opinion with respect to the opinions given and conclusions drawn by Mr. Gagnier and Dr. Fletcher. In paragraph 6, Dr. Johnston provides an overview of his opinion: <sup>c</sup>

6. Based on my professional experience and knowledge of the theory and practice of public opinion research, it is my opinion that: <sup>e</sup>

- (a) the public release of the records attached to the Confidential Affidavit of Paul B. Tetro, taking into account their age and content, is most unlikely to have measurable effects on public attitudes; <sup>f</sup>
- (b) in particular, the academic literature of which I am aware does not support the proposition that the public knowledge of the results of surveys of opinion on public issues could be reasonably expected to result in polarization of opinion, a “bandwagon effect”, or a so called “spiral of silence” effect; and <sup>g</sup>
- (c) the academic literature of which I am aware also does not support the proposition that disclosure of results of surveys of opinion on public issues could reasonably be expected to contaminate future “tracking studies” on similar issues. <sup>h</sup>

In the balance of his affidavit, he provides detailed argument in support of his opinion. <sup>i</sup>

16. Supplementary Confidential Affidavit of Richard Johnston—July 8, 1992 <sup>j</sup>

In this affidavit Dr. Johnston identifies tracking data in the record and comments on it.

documents ont un rapport avec la procédure en instance puisque les documents communiqués à la suite de ces autres demandes sont des sondages d'opinion et les rapports y afférents en matière de constitution et d'unité nationale. En particulier, M. Tetro témoigne qu'un document que le BCP a refusé de communiquer à Simpson et à Lapointe avait été divulgué à la suite d'une demande antérieure.

15. L'affidavit public du 8 juillet 1992 de Richard Johnston

M. Johnston est professeur de sciences politiques à l'Université de la Colombie-Britannique. Il est notamment le coauteur de l'ouvrage *Letting the People Decide: Dynamics of a Canadian Election* qui examine, entre autres, l'influence des sondages d'opinion et des articles de presse sur les campagnes électorales. Il a été appelé en l'espèce à donner son avis sur les opinions et conclusions de MM. Gagnier et Fletcher. Au paragraphe 6, M. Johnston donne un aperçu général de sa propre opinion comme suit:

[TRADUCTION] 6. Je conclus d'après mon expérience professionnelle et mes connaissances sur la théorie et la pratique des sondages d'opinion:

- a) que, vu leur contenu et vu le temps qui s'est écoulé depuis leur réalisation, il est hautement improbable que la publication des documents joints à l'affidavit confidentiel de Paul Tetro puisse avoir un effet significatif sur les attitudes du public;
- b) qu'en particulier, les recherches universitaires que je connais ne permettent pas de conclure que le fait pour le public de connaître les résultats des sondages d'opinion sur des questions publiques risquerait vraisemblablement de polariser les esprits, d'avoir un «effet d'avalanche» ou le soi-disant effet de «spirale du silence»;
- c) que les recherches universitaires que je connais ne permettent pas de conclure que la divulgation des résultats des sondages d'opinion sur des questions publiques risquerait vraisemblablement de contaminer les futurs «sondages de suivi» sur des questions analogues.

Le restant de l'affidavit est consacré à l'argumentation à l'appui de son opinion.

16. L'affidavit complémentaire confidentiel du 8 juillet 1992 de Richard Johnston

Dans cet affidavit, M. Johnston identifie et commente les résultats de sondages de suivi dans les documents en cause.

Cross-examination on Affidavits

Mr. Gagnier and Dr. Fletcher were cross-examined on their public and confidential affidavits by counsel for the Information Commissioner, counsel for Ms. Calamai and by Mr. Rubin.

17. Cross-examination of Daniel Joseph Gagnier—  
Public Affidavit—July 8, 1992

The examination included the following subject-matters:

(a) information that has already been released—questions 111-113;

(b) concern over the media's use of polls—question 144;

(c) whether or not there is a document-by-document analysis of the record—questions 163-167;

(d) the PCO both refusing and agreeing to release the same poll (C-4 in the record)—question 197;

(e) whether harm resulted from the release of the C-4 poll—questions 198-205;

(f) harm to the government strategy and tactics—questions 204-221;

(g) concerns over the way in which the media could use the information as opposed to “ordinary Canadians”—questions 250-256.

18. Cross-examination of Daniel Joseph Gagnier—  
Confidential Affidavit—July 8, 1992

This cross-examination dealt with specific polling results. The associated questions and answers covered whether the polling information was already known to Canadians, whether the subject-matter would come as an unusual surprise to Canadians, the way in which stale information might be dealt with, and the similarity of some polls to those published by other organizations.

Les contre-interrogatoires sur les affidavits

MM. Gagnier et Fletcher ont été contre-interrogés au sujet de leurs affidavits publics et confidentiels par les avocats représentant le Commissaire à l'information, M<sup>me</sup> Calamai et M. Rubin respectivement.

17. Le contre-interrogatoire relatif à l'affidavit public  
du 8 juillet 1992 de Daniel Joseph Gagnier

Le contre-interrogatoire portait sur les sujets suivants:

a) les renseignements qui ont été déjà divulgués—questions 111 à 113;

b) les préoccupations au sujet de l'exploitation par les médias des résultats des sondages d'opinion—question 144;

c) la question de savoir s'il y a eu une analyse pièce par pièce des documents en cause—questions 163 à 167;

d) le fait que le BCP a refusé et accepté de divulguer les résultats d'un même sondage (languette C-4 du dossier)—question 197;

e) la question de savoir si la divulgation des résultats du sondage C-4 a causé un préjudice—questions 198 à 205;

f) le risque de préjudice pour les orientations et mesures ouvertes au gouvernement—questions 204 à 211;

g) les préoccupations au sujet de la manière dont les médias pourraient exploiter ces renseignements à la différence des «Canadiens ordinaires»—questions 250 à 256.

18. Le contre-interrogatoire sur l'affidavit confidentiel  
du 8 juillet 1992 de Daniel Joseph Gagnier

Ce contre-interrogatoire, relatif à certains résultats de sondages en particulier, portait sur la question de savoir si ces résultats étaient déjà connus des Canadiens et si le sujet serait une surprise pour eux, sur ce qu'on pourrait faire des renseignements dépassés, et sur la similarité entre certains sondages et ceux publiés par d'autres institutions.

19. Cross-examination of Frederick James Fletcher—  
Public Affidavit—July 8, 1992

This cross-examination dealt with the following matters among others:

- (a) the probability versus possibility of harm from disclosure—questions 43-44;
- (b) the merits of disclosure—questions 79-85 and 97;
- (c) whether or not a page-by-page analysis of the record was conducted by Dr. Fletcher—question 101;
- (d) the nature of the media to report in a divisive manner—questions 190-191;
- (e) the basis of considering whether the media would draw attention to division and conflict—question 205;
- (f) tracking and the future utility of polls—questions 216-221;
- (g) identifying Government strategy—questions 222-228;
- (h) the position of the Royal Commission on Electoral Reform and Campaign Financing on the question of publicizing Government polls—questions 231-233.

20. Cross-examination of Frederick James Fletcher  
Confidential Affidavit (Now Public)—July 8,  
1992

This cross-examination included matters such as:

- (a) the degree of detail in which Dr. Fletcher considered the polling information—questions 247-249;
- (b) the use of polling information by the media—question 255;
- (c) the detail with which Dr. Fletcher reviewed each of the 74 pages which the Information Commissioner did not ask be released—questions 265, 268, 269.

19. Le contre-interrogatoire sur l'affidavit public du 8  
juillet 1992 de Frederick James Fletcher

Ce contre-interrogatoire portait notamment sur les questions suivantes:

- a* a) la différence entre la probabilité et la possibilité de préjudice résultant de la divulgation—questions 43 et 44;
- b* b) les mérites de la divulgation—questions 79 à 85 et 97;
- c* c) la question de savoir si M. Fletcher a fait une analyse page par page des documents—question 101;
- d* d) le propre des médias qui est de rapporter les faits de façon à semer la dissension—questions 190 et 191;
- e* e) les facteurs sur lesquels on doit se fonder pour examiner si les médias attireraient l'attention sur la dissension et le conflit—question 205;
- f* f) les sondages de suivi et l'utilité future des sondages d'opinion—questions 216 à 221;
- g* g) la détection des orientations du gouvernement—questions 222 à 228;
- h* h) la position de la Commission royale sur la réforme électorale et le financement des partis, pour ce qui est de la publication des sondages d'opinion commandés par le gouvernement—questions 231 à 233.

20. Le contre-interrogatoire sur l'affidavit confidentiel (maintenant public) du 8 juillet 1992 de  
Frederick James Fletcher

Ce contre-interrogatoire portait notamment sur les questions suivantes:

- i* a) dans quelle mesure M. Fletcher a analysé en détail les résultats des sondages—questions 247 à 249;
- j* b) l'exploitation des résultats de sondages par les médias—question 255;
- k* c) dans quelle mesure M. Fletcher a analysé en détail chacune des 74 pages dont le Commissaire à l'information n'a pas demandé la divulgation—questions 265, 268 et 269.

## F. THE CHARTER OF RIGHTS

Counsel for the Information Commissioner and Mr. Rubin relied on the *Access to Information Act* in support of their applications. Counsel for Ms. Calamai in support of her application primarily relied upon the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.)* [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], and in particular paragraph 2(b) which guarantees:

2. . . .

(b) freedom of thought, belief, opinion and expression, including freedom of the press and other media of communication;

In response to the invocation of the Charter, counsel for the Government brought to the Court's attention section 57 of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 19)]. Subsection 57(1) states:

57. (1) Where the constitutional validity, applicability or operability of an Act of Parliament or of the legislature of any province, or of regulations thereunder, is in question before the Court or a federal board, commission or other tribunal, other than a service tribunal within the meaning of the *National Defence Act*, the Act or regulation shall not be adjudged to be invalid, inapplicable or inoperable unless notice has been served on the Attorney General of Canada and the attorney general of each province in accordance with subsection (2).

Subsection 57(2) [as am. *idem*] states:

57. . . .

(2) Except where otherwise ordered by the Court or the federal board, commission or other tribunal, the notice referred to in subsection (1) shall be served at least ten days before the day on which the constitutional question described in that subsection is to be argued.

The hearing of the argument commenced on August 11, 1992. Ms. Calamai's factum was served on the Government on August 4, 1992 (as was agreed to by the parties). Thus the ten-day notice period required for service on the Attorney General of Canada was not met. No notice at all was served on the attorney general of each province.

Counsel for Ms. Calamai took the position that section 57 was not applicable in this case because Ms. Calamai was not questioning the constitutional

## F. LA CHARTE DES DROITS

Les avocats représentant le Commissaire à l'information et M. Rubin invoquent la *Loi sur l'accès à l'information* à l'appui de leurs recours, alors que de son côté, l'avocat de M<sup>me</sup> Calamai se fonde au premier chef sur la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n<sup>o</sup> 44], en particulier sur l'alinéa 2b) qui garantit:

2. . . .

b) liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression, y compris la liberté de la presse et des autres moyens de communication;

En réponse à l'argument fondé sur la Charte, les avocats représentant le gouvernement ont attiré l'attention de la Cour sur l'article 57 de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), ch. F-7 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 19)], dont le paragraphe (1) prévoit ce qui suit:

57. (1) Les lois fédérales ou provinciales ou leurs textes d'application, dont la validité, l'applicabilité ou l'effet, sur le plan constitutionnel, est en cause devant la Cour ou un office fédéral, sauf s'il s'agit d'un tribunal militaire au sens de la *Loi sur la défense nationale*, ne peuvent être déclarés invalides, inapplicables ou sans effet, à moins que le procureur général du Canada et ceux des provinces n'aient été avisés conformément au paragraphe (2).

Le paragraphe 57(2) [mod., *idem*] porte:

57. . . .

(2) L'avis est, sauf ordonnance contraire de la Cour ou de l'office fédéral en cause, signifié au moins dix jours avant la date à laquelle la question constitutionnelle qui en fait l'objet doit être débattue.

L'argumentation a commencé le 11 août 1992. Le mémoire de M<sup>me</sup> Calamai avait été signifié au gouvernement le 4 août 1992 (les parties sont d'accord sur ce point). Par conséquent, le délai de signification au procureur général du Canada, au moins dix jours à l'avance, n'a pas été respecté. Rien n'a été signifié au procureur général de chaque province.

Les avocats de M<sup>me</sup> Calamai soutiennent que l'article 57 n'est pas applicable en l'espèce, puisque leur cliente ne conteste pas la validité, l'applicabilité ou

validity, applicability or operability of section 14 (or any other section) of the *Access to Information Act*. Rather, and it was put variously during argument, counsel argued:

1. section 14 must be interpreted or construed in light of paragraph 2(b) of the Charter;

2. the interpretation of section 14 is to be narrowed by use of the Charter;

3. paragraph 2(b) of the Charter and section 14 of the Act can be argued in parallel. The existence of section 14 does not affect the qualified right of access to information under paragraph 2(b). Where disclosure of information would contribute to core values, a *prima facie* right of access is protected by paragraph 2(b);

4. for a government official to focus on what the media will do with information was to take account of an extraneous, irrelevant or improper factor constituting an infringement of paragraph 2(b).

Counsel pointed out that no Canadian court has yet extended the scope of the freedoms protected under paragraph 2(b) to access to government information. Counsel established that freedom of expression in the context of the press not only includes the right to disseminate information but also the right to gather it. Authority was cited in which the freedom to gather information was said to recognize the right of the press to be present at various judicial and even quasi-judicial proceedings. Counsel urged that it was not a giant leap of faith to find that paragraph 2(b) applied to the gathering of government information of the type under consideration in this case.

I find the arguments involving the Charter to be complex indeed. For the purposes of my analysis I will assume, without deciding, that paragraph 2(b) of the Charter applies to the type of government information under consideration in this case. I now address the question of whether this is an attack on the constitutional validity, applicability or operability of section 14, requiring compliance with section 57 of the *Federal Court Act*.

l'effet de l'article 14 (ou d'un autre article quel qu'il soit) de la *Loi sur l'accès à l'information*. Ils soutiennent par contre, sous diverses formes dans leur argumentation:

<sup>a</sup> 1. que l'article 14 doit être interprété à la lumière de l'alinéa 2b) de la Charte;

<sup>b</sup> 2. que l'interprétation de l'article 14 doit être circonscrite par l'effet de la Charte;

<sup>c</sup> 3. que l'alinéa 2b) de la Charte et l'article 14 de la Loi peuvent faire l'objet d'une argumentation parallèle. L'existence de l'article 14 n'affecte pas le droit d'accès non absolu à l'information, que garantit l'alinéa 2b). Dans les cas où la divulgation des renseignements aurait pour effet de contribuer aux valeurs fondamentales, il y a présomption de droit d'accès garanti par l'alinéa 2b);

<sup>d</sup> 4. que le fait pour un haut fonctionnaire de focaliser son attention sur ce que les médias feraient des renseignements revient à prendre en considération un facteur étranger, non pertinent ou inopportun, ce qui constitue une infraction à l'alinéa 2b).

<sup>f</sup> Les avocats font observer qu'aucun tribunal canadien n'a encore étendu les libertés protégées par l'alinéa 2b) à l'accès aux documents de l'administration fédérale. Et que, en ce qui concerne la presse, la liberté d'expression s'entend non seulement du droit de diffuser l'information, mais aussi du droit de la recueillir. Ils citent les magistrètes selon lesquels le droit de recueillir l'information s'entend aussi du droit de la presse d'assister aux diverses instances judiciaires et même quasi judiciaires. Ils soutiennent que ce ne serait pas un acte de foi excessif que de conclure que l'alinéa 2b) s'applique aux demandes de communication de documents de l'administration fédérale tels ceux qui sont en cause.

<sup>i</sup> Je trouve que les arguments fondés sur la Charte sont bien complexes. Aux fins de mon analyse, je vais présumer, sans le décider, que l'alinéa 2b) de la Charte s'applique au type de documents en cause de l'administration fédérale. J'examine maintenant la question de savoir si ce recours est une contestation de la validité constitutionnelle, de l'applicabilité ou de l'effet de l'article 14, auquel cas il faut se conformer à l'article 57 de la *Loi sur la Cour fédérale*.

We are here dealing with a decision of the Prime Minister of Canada as head of the PCO, to disclose certain documents and withhold others pursuant to section 14 of the *Access to Information Act*. (In practice an elaborate decision-making process is involved in which a recommended decision is sent up through the ranks of the PCO, is verified as being consistent with the *Access to Information Act* by legal counsel, and is verified as to all appropriate administrative actions having been taken. At this point a “final decision” is made by an Assistant Secretary of the PCO and the Deputy Head of the PCO.)

In considering how the Charter might apply in this case I am guided by the analysis of Lamer J. (now C.J.C.) in *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038. Although in that case what was at issue was an order of an adjudicator made under the *Canada Labour Code* [R.S.C. 1970, c. L-1], the analysis of Lamer J. is in my view applicable to the case at bar in assessing the nature of the decision of the head of the government institution to refuse disclosure made under the *Access to Information Act*. I quote from the reasons of Lamer J. at pages 1077 to 1080:

The fact that the *Charter* applies to the order made by the adjudicator in the case at bar is not, in my opinion, open to question. The adjudicator is a statutory creature: he is appointed pursuant to a legislative provision and derives all his powers from the statute. As the Constitution is the supreme law of Canada and any law that is inconsistent with its provisions is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect, it is impossible to interpret legislation conferring discretion as conferring a power to infringe the *Charter*, unless, of course, that power is expressly conferred or necessarily implied. Such an interpretation would require us to declare the legislation to be of no force or effect, unless it could be justified under s. 1. Although this Court must not add anything to legislation or delete anything from it in order to make it consistent with the *Charter*, there is no doubt in my mind that it should also not interpret legislation that is open to more than one interpretation so as to make it inconsistent with the *Charter* and hence of no force or effect. Legislation conferring an imprecise discretion must therefore be interpreted as not allowing the *Charter* rights to be infringed. Accordingly, an adjudicator exercising delegated powers does not have the power to make an order that would result in an infringement of the *Charter*, and he exceeds his jurisdiction if he does so. This idea was very well expressed by Professor Hogg when he wrote in his text titled *Constitutional Law of Canada* (2nd ed. 1985), at p. 671:

Il s'agit en l'espèce d'une décision du premier ministre du Canada, en sa qualité de chef du BCP, de divulguer certains documents et d'en retenir d'autres en application de l'article 14 de la *Loi sur l'accès à l'information*. (Il s'agit dans les faits d'un processus décisionnel compliqué où une recommandation de décision passe par la voie hiérarchique au sein du BCP, puis par les mains du conseiller juridique qui s'assure qu'elle est conforme à la *Loi sur l'accès à l'information*, après quoi les responsables vérifient que toutes les mesures administratives nécessaires ont été prises. C'est alors qu'une «décision finale» est prise par le sous-secrétaire et le greffier du BCP.)

Pour examiner comment la Charte pourrait s'appliquer en l'espèce, je me guide sur l'analyse faite par le juge Lamer (tel était son titre à l'époque) dans *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038. Bien que cette dernière cause portât sur l'ordonnance rendue par un arbitre en application du *Code canadien du travail* [S.C.R. 1970, ch. L-1], j'estime que l'analyse du juge Lamer est applicable en l'espèce pour examiner la nature de la décision prise par le responsable de l'institution fédérale de refuser la communication sous le régime de la *Loi sur l'accès à l'information*. Citons les motifs prononcés par le juge Lamer, en pages 1077 à 1080:

Le fait que la *Charte* s'applique à l'ordonnance rendue par l'arbitre en l'espèce ne fait, à mon avis, aucun doute. L'arbitre est en effet une créature de la loi; il est nommé en vertu d'une disposition législative et tire tous ses pouvoirs de la loi. La Constitution étant la loi suprême du pays et rendant inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit, il est impossible d'interpréter une disposition législative attributrice de discrétion comme conférant le pouvoir de violer la *Charte* à moins, bien sûr, que ce pouvoir soit expressément conféré ou encore qu'il soit nécessairement implicite. Une telle interprétation nous obligerait en effet, à défaut de pouvoir justifier cette disposition législative aux termes de l'article premier, à la déclarer inopérante. Or, quoique cette Cour ne doive pas ajouter ou retrancher un élément à une disposition législative de façon à la rendre conforme à la *Charte*, elle ne doit pas par ailleurs interpréter une disposition législative, susceptible de plus d'une interprétation, de façon à la rendre incompatible avec la *Charte* et, de ce fait, inopérante. Une disposition législative conférant une discrétion imprécise doit donc être interprétée comme ne permettant pas de violer les droits garantis par la *Charte*. En conséquence, un arbitre exerçant des pouvoirs délégués n'a pas le pouvoir de rendre une ordonnance entraînant une violation de la *Charte* et il excède sa juridiction s'il le fait. Le professeur Hogg a très bien exprimé cette idée lorsqu'il a écrit dans son volume intitulé *Constitutional Law of Canada* (2<sup>e</sup> éd. 1985), à la p. 671:



The reference in s. 32 to the "Parliament" and a "legislature" make clear that the Charter operates as a limitation on the powers of those legislative bodies. Any statute enacted by either Parliament or a Legislature which is inconsistent with the Charter will be outside the power of (*ultra vires*) the enacting body and will be invalid. It follows that any body exercising statutory authority, for example, the Governor in Council or Lieutenant Governor in Council, ministers, officials, municipalities, school boards, universities, administrative tribunals and police officers, is also bound by the Charter. Action taken under statutory authority is valid only if it is within the scope of that authority. Since neither Parliament nor a Legislature can itself pass a law in breach of the Charter, neither body can authorize action which would be in breach of the Charter. Thus, the limitations on statutory authority which are imposed by the Charter will flow down the chain of statutory authority and apply to regulations, by-laws, orders, decisions and all other action (whether legislative, administrative or judicial) which depends for its validity on statutory authority.

Section 61.5(9)(c) must therefore be interpreted as conferring on the adjudicator a power to require the employer to do any other thing that it is equitable to require the employer to do in order to remedy or counteract any consequence of the dismissal, provided however that such an order, if it limits a protected right or freedom, only does so within reasonable limits that can be demonstrably justified in a free and democratic society. It is only if the limitation on a right or freedom is not kept within reasonable and justifiable limits that one can speak of an infringement of the *Charter*. The *Charter* does not provide an absolute guarantee of the rights and freedoms mentioned in it. What it guarantees is the right to have such rights and freedoms subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society. There is thus no reason not to ascribe to Parliament an intent to limit a right or freedom mentioned in the *Charter* or to allow a protected right or freedom to be limited when the language used by Parliament suggests this.

It would be useful, in my view, to describe the steps that must be taken to determine the validity of an order made by an administrative tribunal, which are as follows:

First, there are two important principles that must be borne in mind:

- an administrative tribunal may not exceed the jurisdiction it has by statute; and
- it must be presumed that legislation conferring an imprecise discretion does not confer the power to infringe the *Charter* unless that power is conferred expressly or by necessary implication.

[TRADUCTION] La mention du «Parlement» et d'une «législature» à l'art. 32 montre clairement que la Charte agit comme une limite aux pouvoirs de ces organes législatifs. Tout texte de loi adopté par le Parlement ou une législature, qui est incompatible avec la Charte excédera les pouvoirs (sera *ultra vires*) de l'organisme qui l'a adopté et sera invalide. Il s'ensuit que tout organisme qui exerce un pouvoir statutaire, par exemple le gouverneur en conseil, le lieutenant-gouverneur en conseil, les ministres, les fonctionnaires, les municipalités, les commissions scolaires, les universités, les tribunaux administratifs, les officiers de police, est également lié par la Charte. Les mesures prises en vertu d'un pouvoir statutaire ne sont valides que si elles se situent à l'intérieur de la portée de ce pouvoir. Puisque ni le Parlement ni une législature ne peuvent eux-mêmes adopter une loi qui contrevient à la Charte, ni l'un ni l'autre ne peuvent autoriser des mesures qui contreviendraient à la Charte. Ainsi, les limites que la Charte impose à un pouvoir statutaire s'étendront à la famille des autres pouvoirs statutaires et s'appliqueront aux règlements, aux statuts, aux ordonnances, aux décisions et à toutes les autres mesures (législatives, administratives ou judiciaires) dont la validité dépend d'un pouvoir statutaire.

Il faut donc interpréter l'al. 61.5(9)c) comme conférant à l'arbitre le pouvoir de requérir l'employeur de faire toute autre chose qu'il juge équitable d'ordonner afin de contrebalancer les effets du congédiement ou d'y remédier sous réserve toutefois que cette ordonnance, si elle restreint un droit ou une liberté protégés, ne les restreigne que dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. Ce n'est en effet que si la restriction apportée à un droit ou à une liberté n'est pas contenue dans des limites qui soient raisonnables et justifiables que l'on peut parler de violation de la *Charte*. La *Charte* ne garantit pas d'une façon absolue les droits et les libertés qu'elle énonce. Elle garantit plutôt le droit de ne pas voir ces droits ou ces libertés restreints autrement que par une règle de droit dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. Rien ne s'oppose donc à ce que l'on impute au Parlement, lorsque les termes qu'il emploie le laissent croire, l'intention de restreindre un droit ou une liberté énoncés dans la *Charte* ou de permettre qu'un droit ou une liberté protégés soient restreints.

Il me semble utile de décrire la démarche qui doit être effectuée afin de déterminer la validité d'une ordonnance prononcée par un tribunal administratif de la façon suivante.

Il faut tout d'abord garder en vue l'existence de deux principes importants:

- un tribunal administratif ne peut excéder la compétence qui lui est dévolue par la loi; et
- il faut présumer qu'un texte législatif attribuant une discrétion imprécise ne confère pas le pouvoir de violer la *Charte* à moins que ce pouvoir ne soit expressément conféré ou qu'il le soit par implication nécessaire.

The application of these two principles to the exercise of a discretion leads to one of the following two situations:

1. The disputed order was made pursuant to legislation which confers, either expressly or by necessary implication, the power to infringe a protected right.

— It is then necessary to subject the legislation to the test set out in s. 1 by ascertaining whether it constitutes a reasonable limit that can be demonstrably justified in a free and democratic society.

2. The legislation pursuant to which the administrative tribunal made the disputed order confers an imprecise discretion and does not confer, either expressly or by necessary implication, the power to limit the rights guaranteed by the *Charter*.

— It is then necessary to subject the order made to the test set out in s. 1 by ascertaining whether it constitutes a reasonable limit that can be demonstrably justified in a free and democratic society;

— if it is not thus justified, the administrative tribunal has necessarily exceeded its jurisdiction;

— if it is thus justified, on the other hand, then the administrative tribunal has acted within its jurisdiction.

In the context of the analysis of Lamer J. in *Slaight Communications* and considering the Charter challenge raised in this case, section 14 of the *Access to Information Act*:

(1) confers either expressly or by necessary implication the power on the head of the government institution to infringe an assumed protected right; or

(2) confers imprecise discretion and does not confer, either expressly or by necessary implication, the power on the head of the government institution to limit the rights guaranteed by the Charter.

If the decision by the head of a government institution to refuse disclosure is made pursuant to express or implied power granted under section 14, a Charter challenge to section 14 would be involved.

If the decision by the head of a government institution to refuse disclosure is made pursuant to a broad discretionary power, then the decision itself is subject to a Charter challenge. Such a Charter challenge would not require compliance with section 57 of the *Federal Court Act* because the validity, operability or applicability of a statute is not being questioned.

L'application de ces deux principes à l'exercice d'une discrétion nous mène alors à l'une ou l'autre des situations suivantes:

1. L'ordonnance contestée a été rendue en vertu d'un texte qui confère expressément ou par implication nécessaire le pouvoir de porter atteinte à un droit protégé;

— Il faut alors soumettre le texte législatif au test énoncé à l'article premier en vérifiant s'il constitue une limite raisonnable dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

2. Le texte législatif en vertu duquel le tribunal administratif a prononcé l'ordonnance contestée confère une discrétion imprécise et ne prévoit, ni expressément, ni par implication nécessaire, le pouvoir de limiter les droits garantis par la *Charte*.

— Il faut alors soumettre l'ordonnance prononcée au test énoncé à l'article premier en vérifiant si elle constitue une limite raisonnable dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique;

— si elle n'est pas ainsi justifiée le tribunal administratif a nécessairement commis un excès de juridiction;

— si au contraire elle est ainsi justifiée alors le tribunal administratif a agi à l'intérieur de sa juridiction.

Dans le contexte de l'analyse faite par le juge Lamer dans *Slaight Communications* et vu l'argument fondé en l'espèce sur la Charte, l'article 14 de la *Loi sur l'accès à l'information*:

(1) habilite, soit expressément soit par implication nécessaire, le responsable de l'institution fédérale à porter atteinte à un droit réputé protégé; ou

(2) confère un pouvoir discrétionnaire imprécis et n'habilite pas, expressément ou par implication nécessaire, le responsable de l'institution fédérale à restreindre des droits garantis par la Charte.

Si le responsable de l'institution fédérale a refusé la communication en vertu d'un pouvoir expressément ou implicitement conféré par l'article 14, c'est cet article que viserait la contestation fondée sur la Charte.

Si le responsable de l'institution fédérale a refusé la communication en vertu d'un large pouvoir discrétionnaire, c'est sa décision même que viserait la contestation fondée sur la Charte. Dans ce cas, il ne serait pas nécessaire de se conformer à l'article 57 de la *Loi sur la Cour fédérale* puisque la contestation ne vise pas la validité, l'applicabilité ou l'effet d'une loi.

In the case of the *Access to Information Act*, the exceptions to disclosure are intended to be limited and specific. The decision under section 14 is one which requires assessment of whether disclosure could reasonably be expected to be injurious to the conduct of federal-provincial affairs by the Government of Canada. This is not a broad discretionary decision of the type under consideration in *Slaight Communications*, *supra*, at page 1079, where the adjudicator could order an employer to:

... do any other thing that it is equitable to require the employer to do in order to remedy or counteract any consequence of the dismissal . . . .

In my view the decision to be made under section 14 is confined to the formulation of an opinion as to whether or not disclosure of information could reasonably be expected to be injurious. While section 14 does not exhaustively list the considerations to be taken into account in the decision-making process, there is no doubt that it does nothing other than empower the making of a decision that documents fall into a category exempt from the general rule of disclosure and permits confidentiality if they do. In my opinion, this is a situation analogous to the first situation identified by Lamer J. in *Slaight Communications*, *supra*. If access to government information is a protected right then it is section 14 that expressly confers the power to limit that right. As such, a Charter challenge such as the one in this case must be directed against the legislation.

Counsel for Ms. Calamai says that he does not challenge the constitutionality of section 14. Indeed he says it is valid and there are occasions when a refusal to disclose would be justified. However, if section 14 expressly confers the power on the government to limit an assumed protected right (access to government information), the attack must be on the constitutional validity, applicability or operability of section 14. This requires compliance with section 57 of the *Federal Court Act*.

En ce qui concerne la *Loi sur l'accès à l'information*, il est expressément prévu que les exceptions au droit d'accès seront précises et limitées. La décision de refuser la communication en application de l'article 14 relève de la catégorie qui requiert qu'on examine si la communication risquerait vraisemblablement de porter préjudice à la conduite par le gouvernement du Canada des affaires fédérales-provinciales. Il ne s'agit pas là d'une décision relevant d'un large pouvoir discrétionnaire tel celui qui était en cause dans l'affaire *Slaight Communications*, *supra*, à la page 1079, où l'arbitre était habilité à ordonner à l'employeur de:

... faire toute autre chose qu'il juge équitable d'ordonner afin de contrebalancer les effets du congédiement ou d'y remédier . . . .

À mon avis, la décision à prendre en application de l'article 14 se limite à former une opinion quant à la question de savoir si la divulgation des renseignements risquerait vraisemblablement de causer un préjudice. Bien que cet article n'énumère pas tous les facteurs qu'il faut prendre en considération en vue de la décision, il est indubitable que tout ce qu'il autorise, c'est de décider que des documents relèvent d'une catégorie soustraite à la règle générale de la communication obligatoire et que si tel est le cas, il permet d'en protéger la confidentialité. Ce cas s'apparente, à mon avis, au premier cas relevé par le juge Lamer dans l'affaire *Slaight Communications* (*supra*). Si l'accès aux documents de l'administration fédérale est un droit, c'est l'article 14 qui confère expressément le pouvoir de limiter ce droit. Dans ce contexte, une contestation comme celle qui nous occupe en l'espèce qui est fondée sur la Charte, doit être dirigée contre le texte de loi.

L'avocat de M<sup>me</sup> Calamai fait valoir qu'il ne conteste pas la constitutionnalité de l'article 14, qu'en fait ce dernier est valide, et qu'il est des cas où le refus de communication serait justifié. Il se trouve cependant que si l'article 14 habilite expressément le gouvernement à limiter un droit réputé protégé (accès aux documents de l'administration fédérale), la contestation doit porter sur la validité constitutionnelle, l'applicabilité ou l'effet de l'article 14. Ce qui signifie l'obligation de se conformer à l'article 57 de la *Loi sur la Cour fédérale*.

In an effort to get around section 57, counsel argues that section 14 must only be “construed” with a view to paragraph 2(b) of the Charter and that this is different than questioning the validity, applicability or operability of the section.

While there may be circumstances where an argument relating to the construction of a statute does not involve the question of its validity, applicability or operability, I cannot appreciate such a distinction in this case based upon the arguments made. Counsel argues that the information in question here contributes to “core values” thereby creating a *prima facie* right of access and that in these circumstances the exemption in section 14 is narrowed by paragraph 2(b) of the Charter. This argument if accepted would, to my mind, result in the inapplicability or inoperability of the exemption under section 14 or at least the limiting or narrowing of the applicability or operability of the exemption when documents relating to core values are at issue. If it does not result in the limiting or narrowing of the applicability or operability of the exemption then “construing” section 14 in light of the Charter serves no useful purpose.

With respect to the Charter arguments, therefore I conclude:

1. The Charter challenge necessarily involves a challenge to section 14 of the *Access to Information Act*.

2. To the extent section 14 was found to contravene paragraph 2(b) of the Charter the result would be its inapplicability or inoperability or at least a limitation on its applicability or operability. Such a determination requires notice in accordance with section 57 of the *Federal Court Act* which was not given.

Accordingly, in the absence of required notice, which may possibly lead to the hearing of additional submission, I will not adjudicate the Charter challenge in this case.

Having said this, it may not be inappropriate for me to comment on the argument that in this case the decision to refuse disclosure was based upon what the media “will do” with the information and that this

Essayant de tourner l'article 57, l'avocat de M<sup>me</sup> Calamai soutient que l'article 14 doit être «interprété» par référence à l'alinéa 2b) de la Charte et que pareille démarche est différente de la contestation de la validité, de l'applicabilité ou de l'effet de cet article.

Bien qu'il y ait des cas où un argument touchant l'interprétation d'une loi ne remet pas en question sa validité, son applicabilité ou son effet, je ne peux conclure, à la lumière des arguments présentés, que tel est le cas en l'espèce. L'avocat de M<sup>me</sup> Calamai soutient que les renseignements en cause contribuent aux «valeurs fondamentales», créant ainsi une présomption de droit d'accès, et que dans ce cas, l'exception prévue à l'article 14 est circonscrite par l'alinéa 2b) de la Charte. À supposer qu'il soit accueilli, je pense que cet argument aurait pour résultat de rendre inapplicable ou inopérante l'exception prévue à l'article 14 ou, à tout le moins, d'en limiter ou restreindre l'applicabilité ou l'effet lorsqu'il s'agit de documents relatifs aux valeurs fondamentales. S'il n'a pas pour résultat de limiter ou de restreindre l'applicabilité ou l'effet de l'exception, il ne servirait à rien d'«interpréter» l'article 14 par référence à la Charte.

En conséquence, voici les conclusions que je tire au sujet des arguments fondés sur la Charte:

1. La contestation fondée sur la Charte signifie nécessairement la contestation de l'article 14 de la *Loi sur l'accès à l'information*.

2. S'il est jugé que l'article 14 va à l'encontre de l'alinéa 2b) de la Charte, cet article sera inapplicable ou inopérant ou, au moins, son applicabilité ou son effet sera limité. Pareille décision n'est possible qu'après que l'avis prévu à l'article 57 de la *Loi sur la Cour fédérale* a été signifié, ce qui n'est pas le cas en l'espèce.

Faute de l'avis requis, qui pourra aboutir à l'audition d'autres arguments, je ne me prononcerai donc pas sur la contestation fondée en l'espèce sur la Charte.

Cela dit, ce ne serait pas déplacé de ma part de commenter l'argument qu'en l'espèce, la décision de refuser la communication était motivée par ce que les médias «feront» des renseignements et qu'il s'agit là

was an extraneous, irrelevant or improper factor to take into account, thereby putting the decision outside paragraph 2(b) of the Charter. The duty of the government official is to form an opinion as to whether disclosure could reasonably be expected to be injurious to the Government's position in the conduct of federal-provincial affairs. It is one thing to argue that there is no expectation of probable injury from use of information by the media. It is another to argue that a decision is patently unreasonable or that extraneous, irrelevant or improper factors have been taken into account because regard is had to what the press might do with the information. I am not aware of any case which has held that consideration of the press' handling of information is something extraneous to an assessment of probable injury. Indeed, in both *Canada Packers, supra* and *Ottawa Football Club, supra*, what the press might do with information was a consideration.

## G. ANALYSIS BY THE COURT

### 1. The Released Pages

On January 8, 1992, 108 pages were released to all the requesters. An additional 12 pages were released to Mr. Rubin in respect of his specific access request. Thus as of January 8, 1992, 120 of 709 relevant pages had been released.

Of these 120 pages, 57 could be described as introductory or cover pages. For example, they state:

[p. 447]:  
TOP LINE QUALITATIVE REPORT  
SIGMUND QUEBEC  
GENERAL PUBLIC  
15/10/91

Prepared for: FPRO  
Garry Breen

Prepared by: Simon Corneille  
John Paterson

Date: October 22, 1991

[p. 448]:

d'un facteur étranger, non pertinent ou inopportun à ne pas prendre en considération, ce qui rend cette décision contraire à l'alinéa 2b) de la Charte. L'autorité gouvernementale a pour responsabilité de former une opinion sur la question de savoir si la divulgation risquerait vraisemblablement de nuire à la position du gouvernement dans la conduite des affaires fédérales-provinciales. C'est une chose de soutenir qu'il n'y a aucun risque de préjudice probable résultant de l'exploitation des renseignements par les médias, c'en est un autre que de soutenir qu'une décision est éminemment déraisonnable, ou que des facteurs étrangers, non pertinents ou inopportuns ont été pris en considération puisqu'on a envisagé ce que la presse pourrait faire des renseignements. Je ne connais aucune cause où il ait été jugé que l'exploitation des informations par la presse n'a rien à voir avec une évaluation du préjudice probable. En fait, dans *Canada Packers (supra)* comme dans *Ottawa Football Club (supra)*, ce que la presse pourrait faire des renseignements a été pris en considération.

## G. L'ANALYSE DE LA COUR

### 1. Les pages communiquées

Le 8 janvier 1992, 108 pages ont été communiquées à tous les demandeurs. Douze autres pages ont été communiquées à M. Rubin, en réponse à une demande de communication spécifique de sa part. Ainsi donc, au 8 janvier 1992, 120 des 709 pages en cause ont été divulguées.

Sur ces 120 pages, 57 pourraient être qualifiées de pages d'introduction ou de couverture. En voici un exemple:

[TRADUCTION] [p. 447]:  
SOMMAIRE DES RÉSULTATS  
SIGMUND QUÉBEC  
GRAND PUBLIC  
15/10/91

Préparé pour: FPRO  
Garry Breen

Préparé par: Simon Corneille  
John Paterson

Date: 22 octobre 1991

[p. 448]:

**INTRODUCTION**

- This report presents the results of two focus groups held in Montreal on October 15, 1991. Given that the week was relatively calm in political terms, we can report no significant recent event that may have influenced the reactions of participants. *a*
- The reader is reminded of the qualitative, as opposed to quantitative nature of this study. As such the results reported herein should not and cannot be construed as representative of the larger population in any statistically significant manner. *b*

A further 42 pages consist of pages of what appear to be general categorization questions asking respondents in what age category they belong, their primary language, citizenship, province of residence, sex, etc. *c*

The 12 pages provided in response to Mr. Rubin's request covered the contracts entered into for polling by the Government, with the exception of the scope of work portions on 2 pages which were not disclosed. *e*

A third category of released pages consists of pages which describe the methodology or approach in the conduct of the polls or summarize the demographic breakdowns of the persons participating in the focus groups. These numbered fourteen. An example of the former would be page 484: *f*

**OBJECTIVES**

[s. 14]

**METHODOLOGY**

- Two sessions were held in Montreal in which a total of 18 French speaking Quebecers participated. Each session lasted approximately one hour and forty-five minutes. Participants in both groups were recruited according to the following standard criteria: *i*
  - 1/2 men, 1/2 women, all Francophones, among a broad range of ages;
  - people with diverse occupations *j*
  - [section 14]

**INTRODUCTION**

- Ce rapport présente les résultats de deux groupes de discussion tenus à Montréal le 15 octobre 1991. Étant donné que cette semaine était relativement calme sur la scène politique, nous ne pouvons relever aucun événement récent susceptible d'influer sur les réactions des participants.
- À noter la nature qualitative, et non pas quantitative, de cette enquête. Il ne faut donc pas en interpréter les résultats comme étant représentatifs du grand public à un quelconque degré statistiquement significatif.

Il y a encore 42 autres pages qui portent des questions générales de catégorisation, auxquelles les répondants étaient priés de répondre en faisant connaître le groupe d'âge auquel ils appartenaient, leur langue principale, leur nationalité, leur province de résidence, leur sexe, etc. *d*

Les 12 pages communiquées à la demande de M. Rubin portaient sur les contrats de sondage conclus par le gouvernement, à l'exception des clauses relatives à la portée des travaux et qui occupaient 2 pages, lesquelles n'ont pas été communiquées.

La troisième catégorie de renseignements divulgués comprend des pages qui décrivent la méthodologie adoptée pour l'exécution des sondages ou donnent les caractéristiques démographiques sommaires des groupes de discussion. Il y avait 14 de ces derniers. Un exemple des notes de méthodologie peut être trouvé en page 484: *g*

**[TRANSDUCTION] OBJECTIFS**

[art. 14]

**h MÉTHODOLOGIE**

- Deux sessions ont eu lieu à Montréal avec la participation de 18 Québécois francophones au total. Chaque session durait à peu près une heure et quarante-cinq minutes. Les participants à l'une et à l'autre ont été recrutés conformément aux critères standards suivants: *i*
  - 1/2 hommes, 1/2 femmes, tous francophones, appartenant à des groupes d'âge variés;
  - occupations diverses *j*
  - [article 14]

An example of the latter would be page 614.

On peut trouver un exemple de sommaire démographique en page 614.

PROJECT: 412-002

[TRANSLATION]	July 16, 1991 6 p.m. Montréal	July 16, 1991 8 p.m. Montréal
• Men	6	6
• Women	6	6
• 18 – 23	2	2
• 24 – 39	5	5
• 40 – 54	5	5
• Students	1	1
• Housewives	(2)	(2)
• Blue-collar workers	4	4
• White-collar workers	4	4
• Unemployed or jobless	1	1
• Mother tongue: French	12	12
[section 14]		
• Undecided	0 – 3	0 – 3

a

b

c

d

e

f

g

h

i

j

PROJET: 412-002

	16 juillet 1991 18h00 Montréal	16 juillet 1991 20h00 Montréal
• Hommes	6	6
• Femmes	6	6
• 18 – 23	2	2
• 24 – 39	5	5
• 40 – 54	5	5
• Étudiants	1	1
• Ménagères	(2)	(2)
• Cols bleus	4	4
• Cols blancs	4	4
• Chômeurs ou sans emploi	1	1
• Langue maternelle: français	12	12
[article 14]		
• Indécis	0 – 3	0 – 3

As indicated by the reference to “section 14” on both pages 484 and 614, there were portions that were not disclosed.

La mention «article 14» en pages 484 et 614 indique les parties qui ne sont pas divulguées.

On June 18, 1992 a further 35 pages were released by the Government. One was an introductory page. Eight pages consisted of results of a poll or survey done on or about November 15, 1990 on the Citizens' Forum (Spicer Commission). The questions asked about a respondent's familiarity with the Citizens' Forum, whether the respondent approved of the Forum, whether the Forum was independent from government, why a respondent thought the Forum was set up, what the expected performance of the Forum was, and whether a respondent agreed with different comments on the Government's decision to set up the Forum. From the correspondence between the Information Commissioner and the PCO it appears that at first the Government was of the view that these pages might not be relevant to the access request in this case. After re-examination they were released but no explanation is given as to why the Government decided to do so. An additional seven pages consisted of general questions relating to classifications by age, income, etc. Finally, a further 19 pages were released because the Government came to

Le 18 juin 1992, le gouvernement a encore divulgué 35 pages. L'une d'entre elles est une page d'introduction. Huit donnent les résultats d'un sondage effectué vers le 15 novembre 1990 au sujet du Forum des citoyens (Commission Spicer). Il s'agissait de savoir si les répondants connaissaient l'existence du Forum des citoyens, s'ils l'approuvaient, si le Forum était indépendant du gouvernement, pourquoi il a été mis sur pied à leur avis, quels résultats ils en attendaient, et s'ils partageaient différents commentaires sur la décision du gouvernement de mettre le Forum sur pied. Il ressort de la correspondance entre le Commissaire à l'information et le BCP qu'à l'origine, le gouvernement pensait que ces pages n'avaient aucun rapport avec les demandes de communication. Après nouvel examen, ces pages ont été divulguées mais sans que le gouvernement explique pourquoi il a décidé de le faire. Sept autres pages renferment des questions générales relatives à la classification par l'âge, par le revenu, etc. Enfin, les 19 pages restantes ont été communiquées parce que le gouvernement conclut qu'elles étaient les doubles de

the conclusion that they were duplicates of material which was previously released (presumably in response to other access requests).

In total, prior to the start of this hearing, 155 pages had been released. Of this total, 29 pages were released in part only, e.g. 484, 614 referred to above.

The subject-matter of most of the pages that were released could fairly be described as being generic or neutral in the sense that they do not contain information about constitutional or national unity issues. Where pages do make reference to constitutional or national unity issues they appear to have been released because they were released previously pursuant to another access request. All other pages were kept confidential by the Government.

## 2. The Confidential Pages

Of the 709 pages of the record that were relevant, the Government seeks to maintain confidentiality over 554 pages. Without revealing the content of these confidential pages, I can give some indication of their nature.

The first and largest category consists of 222 pages containing questions which provide the "raw data" of the polls. A question is posed followed by a percentage breakdown of the responses. The structure of these pages are typical of a poll one would find in a newspaper or magazine. These pages do not contain any conclusory or analytical statements.

A second category of 55 pages consists of analysis of the "raw data". Here conclusions are drawn based upon the data collected. As well, some analysis of trends is provided.

There are 132 pages providing cross-tabulations and demographic analysis of polling data. These are highly complex and very technical documents which are of little practical use to the uneducated observer.

There are 45 pages that describe the questions which were asked of the various focus groups that were held. These appear to be the structure or frame-

documents antérieurement divulgués (apparemment en réponse à d'autres demandes de communication).

Au total, 155 pages avaient été communiquées avant l'ouverture de l'audition de cette instance. Sur ce total, 29 pages n'ont été divulguées que partiellement, par exemple les pages 484 et 614 susmentionnées.

On peut qualifier à juste titre le sujet des pages communiquées de générique ou de neutre, en ce sens que celles-ci ne renferment aucun renseignement relatif aux questions de constitution ou d'unité nationale. Celles qui touchent à la constitution ou à l'unité nationale ont été communiquées parce qu'elles avaient été antérieurement divulguées en réponse à d'autres demandes de communication. Le gouvernement a tenu toutes les autres pages confidentielles.

## 2. Les pages gardées confidentielles

Sur les 709 pages touchées par les demandes de communication, le gouvernement cherche à protéger la confidentialité de 554 pages. Sans en révéler le contenu, je peux donner quelques indications sur leur nature.

La première catégorie, et la plus importante, consiste en 222 pages contenant les questions qui représentent les «données brutes» des sondages. Chaque question posée est suivie du décompte en pourcentage des réponses. La structure de ces pages est typique des sondages qu'on peut trouver dans un journal ou un magazine. Ces pages ne renferment aucune conclusion ou analyse.

La deuxième catégorie, soit 55 pages, consiste en analyses des «données brutes». On y trouve des conclusions tirées des données recueillies, ainsi qu'une certaine analyse des tendances.

Il y a 132 pages donnant la tabulation recoupée et l'analyse démographique des résultats de sondages. Il s'agit là de documents complexes et hautement techniques qui n'ont guère d'utilité pratique pour les profanes.

Il y a 45 pages qui consignent les questions posées aux divers groupes de discussion. Il s'agit là d'une sorte de guide utilisé par les animateurs de ces



work that the leaders of the focus groups used to direct the participants of the groups to the specific topics to be canvassed.

The analysis of the focus groups covers some 83 pages. Here conclusions are provided regarding the reaction of the participants of the groups to selective topics that were raised. In addition to the analysis of these reactions, some recommendations based on the results of the groups is also provided.

There are two pages that generally describe the objectives of the focus groups.

There are 14 pages that formally set out the position on constitutional matters of a group of individuals who met for the express purpose of formulating proposals regarding the constitution.

Finally, there is one page that defies classification. It appears to be an option chart of some kind.

### 3. The Role of the Court under Section 50

In considering the analysis to be done by this Court in a case under section 50 of the *Access to Information Act*, some guidance may be obtained by comparing the role of the Court with that of the Information Commissioner. As I perceive it, although there are some similarities, the role of the Information Commissioner is somewhat different than that of the Court. The Office of the Information Commissioner is an office which apparently deals with access to information requests on a regular basis. There may be extensive dialogue that takes place, apparently informally, between the Information Commissioner and his staff, and the government department that is the subject of an access request. For example, in this case, in his January 16, 1992 letter to the Clerk of the Privy Council, the Information Commissioner states:

... and taking into account the extensive discussions our offices have already had about the accessibility of unity polls, I am expediting the investigation . . .

As well, Mr. Gagnier in his affidavit refers to numerous meetings between the Information Commissioner's Office and the PCO.

groupes de discussion pour diriger les participants sur les sujets spécifiques à discuter.

*a* L'analyse des groupes de discussion occupe quelque 83 pages. On y trouve l'analyse de la réaction des participants aux sujets spécifiques mis à l'ordre du jour. Il y a en outre certaines recommandations fondées sur les résultats de ces groupes de discussion.

*b* Il y a deux pages qui donnent un aperçu général des objectifs des groupes de discussion.

*c* Il y a 14 pages qui présentent formellement la position sur les questions constitutionnelles d'un groupe de personnes qui se sont réunies expressément pour formuler des propositions intéressant la constitution.

*d* Enfin, il y a une page qui ne se prête à aucune classification. Elle semble être une sorte de graphique des options.

### *e* 3. Le rôle que la Cour tient de l'article 50

*f* On peut mieux saisir l'analyse que la Cour est appelée à faire dans une instance visée par l'article 50 de la *Loi sur l'accès à l'information* en comparant le rôle de la Cour et celui du Commissaire à l'information. Bien qu'il y ait une certaine similitude, j'estime que ce dernier est un peu différent du rôle de la Cour. Le Commissariat à l'information est un organisme qui, de toute évidence, instruit les demandes de communication sur une base régulière. Il peut y avoir un dialogue extensif et manifestement informel entre le Commissaire à l'information et ses collaborateurs d'une part, et l'institution fédérale visée par la demande de communication d'autre part. En l'espèce par exemple, le Commissaire à l'information écrit ce qui suit dans sa lettre du 16 janvier 1992 au greffier du Conseil privé:

*g* [TRADUCTION] . . . et compte tenu des nombreuses discussions que nos services respectifs ont eues au sujet de l'accessibilité des sondages sur l'unité nationale, j'expédie mon enquête . . .

*h* De même, M. Gagnier fait état dans son affidavit des nombreuses rencontres entre le Commissariat à l'information et le BCP.

The investigation by the Information Commissioner is conducted privately. The Information Commissioner does not appear to be bound by the ordinary rules of evidence. He may hear the parties separately. It is obvious in this case that the Information Commissioner analyzed the record on a page-by-page and indeed line-by-line basis.

By contrast, the Court's process under section 50 relies on evidence. Evidence is necessary to link a reasonable expectation of probable harm to disclosure of specific information. The Court is not an expert tribunal with its own resources. It can only act on the basis of the evidence before it. In the absence of evidence, the Court has no basis or expertise of its own for developing its view as to whether or not the government department had reasonable grounds to refuse disclosure. In short, the heavy onus placed on the party seeking to maintain confidentiality must be satisfied in a formal manner on a balance of probabilities through clear and direct evidence. I will have more to say about this later.

#### 4. The Presumption in Favour of Disclosure v. an Overly Cautious Approach to Disclosure

The *Access to Information Act* and the jurisprudence cited earlier makes it abundantly clear that Parliament's intention is that access to government information is a right of all citizens and permanent residents and that exceptions are to be limited and specific. The *Access to Information Act* did not simply confirm in statutory form the law that existed before it came into force in respect of information under government control. On the contrary, in respect of certain government information such as that relating to federal-provincial relations, the law prior to the *Access to Information Act* gave the Government the absolute right to maintain confidentiality even against the normal Court discovery process in litigation.

Subsection 41(2) of the *Federal Court Act*, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, stated:

41. . . .

Les enquêtes du Commissaire à l'information sont menées en privé. Il n'est pas tenu par les règles ordinaires de preuve. Il peut entendre les parties séparément. Il est manifeste qu'en l'espèce, il a analysé les documents en cause page par page, et même ligne par ligne.

Par contraste, la procédure suivie par la Cour sous le régime de l'article 50 est fondée sur les preuves et les témoignages. Les preuves sont nécessaires si on veut établir le lien entre le risque vraisemblable de préjudice probable et la divulgation de tel ou tel renseignement. La Cour n'est pas un tribunal administratif spécialisé, doté de ressources propres. Elle ne peut que se fonder sur les preuves et témoignages soumis à son examen, faute de quoi elle n'a aucune base ou expertise propre pour juger si l'institution fédérale a des motifs raisonnables pour refuser la communication. En bref, la partie qui cherche à protéger la confidentialité doit s'acquitter de la lourde charge qui lui incombe d'administrer formellement des preuves claires et directes établissant la prépondérance des probabilités. Je reviendrai plus loin sur cette question.

#### 4. La présomption en faveur de la divulgation et l'attitude excessivement prudente en la matière

La *Loi sur l'accès à l'information* et la jurisprudence citée plus haut ne laissent aucun doute que selon la volonté du législateur, l'accès aux documents de l'administration fédérale est un droit de tous les citoyens et résidents permanents, les exceptions à ce droit étant limitées et précises. La *Loi sur l'accès à l'information* n'est pas que la consécration législative de la règle de droit applicable, avant son entrée en vigueur, aux documents de l'administration fédérale. À vrai dire, pour certains de ces documents, comme ceux qui concernaient les relations fédérales-provinciales, les règles applicables avant l'entrée en vigueur de la *Loi sur l'accès à l'information* conféraient au gouvernement le droit absolu d'en protéger la confidentialité, même au regard de la procédure normale de communication des pièces dans les instances engagées devant la Cour.

Le paragraphe 41(2) de la *Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970 (2<sup>e</sup> Supp.), ch. 10, prévoyait ce qui suit:

41. . . .

(2) When a Minister of the Crown certifies to any Court by affidavit that the production or discovery of a document or its contents would be injurious to international relations, national defence or security, or to federal-provincial relations, or that it would disclose a confidence of the Queen's Privy Council for Canada, discovery and production shall be refused without any examination of the document by the court.

Upon the Court receiving an affidavit of a Minister certifying that disclosure would be injurious to federal-provincial relations, no explanation was required in order to justify confidentiality. The Court was obliged to refuse disclosure without any examination of the documents in question. There was no testing of the Minister's opinion. There was no consideration of whether disclosure would indeed be injurious or whether a Minister was simply adopting an unduly cautious approach.

With the enactment of the *Access to Information Act* in 1982, section 41 of the *Federal Court Act* was repealed (S.C. 1980-81-82-83, c. 111, s. 3). Parliament had demonstrably swung the pendulum away from absolute confidentiality which the Government enjoyed in areas such as federal-provincial relations and toward disclosure of all documents under Government control with only narrow and limited exceptions.

The contrast between the repealed subsection 41(2) of the *Federal Court Act* and the provisions of the *Access to Information Act* reveals that Parliament was no longer satisfied with unjustifiably cautious approaches by Government to disclosure. If confidentiality of information was to be maintained, the onus was on the Government (or other party seeking to maintain confidentiality of information under Government control) to justify it by demonstrating that disclosure could reasonably be expected to be injurious.

The focus in this case, based on the evidence, is whether the Government had reasonable grounds to expect harm from disclosure or whether it was taking an overly cautious approach to disclosure, based on possibility, which is not justified by the legislation.

(2) Lorsqu'un ministre de la Couronne certifie par affidavit à un tribunal que la production ou communication d'un document serait préjudiciable aux relations internationales, à la défense ou à la sécurité nationale ou aux relations fédérales-provinciales, ou dévoilerait une communication confidentielle du Conseil privé de la Reine pour le Canada, le tribunal doit, sans examiner le document, refuser sa production et sa communication.

Dès réception par la Cour de l'affidavit établi par un ministre pour certifier que la divulgation porterait atteinte aux relations fédérales-provinciales, aucune explication n'était nécessaire pour justifier la confidentialité. La Cour était tenue de refuser la communication sans même examiner les documents en question. Rien ne permettait de mettre à l'épreuve l'opinion du ministre. Il n'y avait pas à examiner si la divulgation serait vraiment préjudiciable ou si le ministre concerné ne faisait qu'adopter une attitude excessivement précautionneuse.

L'article 41 de la *Loi sur la Cour fédérale* a été abrogé (S.C. 1980-81-82-83, ch. 111, art. 3) au moment de l'adoption de la *Loi sur l'accès à l'information* en 1982. Il est évident que le législateur s'est écarté de l'absolue confidentialité dont jouissait l'administration fédérale dans des domaines tels que les relations fédérales-provinciales, et a opté pour la communication de tous les documents en sa possession sous réserve d'exceptions précises et limitées.

Il ressort du contraste entre le paragraphe 41(2) abrogé de la *Loi sur la Cour fédérale* et les dispositions de la *Loi sur l'accès à l'information* que le législateur n'était plus satisfait de l'attitude abusivement prudente de l'administration fédérale envers la divulgation des renseignements. Pour protéger la confidentialité de ces derniers, il incombe au gouvernement (ou à la partie cherchant à protéger la confidentialité des documents de l'administration fédérale) de la justifier en démontrant que la divulgation risquerait vraisemblablement de causer un préjudice.

Il échet donc en l'espèce d'examiner, sur la foi des preuves et témoignages produits, si le gouvernement avait des motifs raisonnables pour prévoir que la communication causerait un préjudice, ou s'il adoptait une attitude excessivement prudente motivée par une possibilité de préjudice, ce que ne permet pas la loi applicable.

### 5. The Evidentiary Requirement

The jurisprudence indicates that the Government or party seeking to maintain confidentiality must demonstrate its case clearly and directly. The Act itself, in subsection 2(1), states that exemptions from disclosure must be limited and specific. By inference I think it is clear that a general approach to justifying confidentiality is not envisaged.

I assume, from the evidence of Mr. Gagnier, that in the absence of direction to the contrary, many conscientious public servants, in good faith, would opt for confidentiality when they perceived the slightest possibility of risk to Government initiatives from disclosure of information. He put it clearly in answer to question 137 of his cross-examination:

I think both the Information Commissioner, as well as myself, and maybe others, went through an assessment of that risk. Where the difference lies is he made his assessment judging some of the material to carry an unacceptable [*sic*] risk; whereas, I, probably being a bureaucrat and more cautious, judge that risk in this unique period of time was unacceptable. [Emphasis mine.]

Indeed, such an approach was permitted by a provision such as the now repealed section 41 of the *Federal Court Act*. However, today, an overly cautious approach, based on something less than a reasonable expectation of probable harm, is not to be consistent with the test under section 14 of the *Access to Information Act*.

In order to distinguish between confidentiality justified by the Act and that resulting from an overly cautious approach, specific detailed evidence is required.

In the case at bar, what is being considered is the validity of an opinion of a government official that disclosure of specific government documents could reasonably be expected to result in harm to the Government's conduct of federal-provincial affairs. While no general rules as to the sufficiency of evidence in a section 14 case can be laid down, what the Court is looking for is support for the honestly held but perhaps subjective opinions of the Government

### 5. Le fardeau de la preuve

La jurisprudence pose que le gouvernement ou la partie qui cherche à protéger la confidentialité doit justifier ses prétentions par des preuves claires et directes. La Loi elle-même, en son paragraphe 2(1), prévoit que les exceptions à la communication doivent être limitées et précises. J'en conclus qu'une approche générale ne suffit pas pour justifier la confidentialité.

Je présume, sur la foi du témoignage de M. Gagnier, que faute de directives contraires, un grand nombre de fonctionnaires consciencieux opéreraient, en toute bonne foi, pour la confidentialité chaque fois qu'ils perçoivent ne serait-ce qu'une mince possibilité de risque pour les initiatives du gouvernement par suite de la divulgation des renseignements. Le témoin l'a déclaré sans équivoque dans sa réponse à la question n° 137 de son contre-interrogatoire:

[TRADUCTION] Je pense que le Commissaire à l'information, tout comme moi-même et peut-être bien d'autres, a pesé ce risque. La différence tient à ce qu'il fait cette évaluation en jugeant que certains documents comportent un risque inacceptable [*sic*], alors que moi, probablement parce que je suis fonctionnaire et plus prudent, je juge tout risque inacceptable en cette conjoncture. [Phrase non soulignée dans le texte.]

Il est vrai que cette approche était permise par une disposition comme l'article 41, maintenant abrogé, de la *Loi sur la Cour fédérale*. De nos jours cependant, une approche excessivement prudente, fondée sur quelque chose qui n'atteint pas au niveau de risque vraisemblable de préjudice probable, n'est pas compatible avec le critère prévu à l'article 14 de la *Loi sur l'accès à l'information*.

La distinction entre la confidentialité justifiée par la Loi et celle qui résulte d'une attitude excessivement prudente se fait à la lumière des preuves spécifiques et détaillées.

En l'espèce, ce qui est en cause c'est la validité de l'avis d'un fonctionnaire selon lequel la communication de certains documents spécifiques de l'administration fédérale risquerait vraisemblablement de porter préjudice à la conduite par le gouvernement des affaires fédérales-provinciales. Bien qu'aucune règle générale ne puisse être établie quant à la norme de preuve requise dans le cadre de l'article 14, ce qu'examine la Cour, c'est le bien-fondé de l'opinion

witnesses based on general references to the record. Descriptions of possible harm, even in substantial detail, are insufficient in themselves. At the least, there must be a clear and direct linkage between the disclosure of specific information and the harm alleged. The Court must be given an explanation of how or why the harm alleged would result from disclosure of specific information. If it is self-evident as to how and why harm would result from disclosure, little explanation need be given. Where inferences must be drawn, or it is not clear, more explanation would be required. The more specific and substantiated the evidence, the stronger the case for confidentiality. The more general the evidence, the more difficult it would be for a court to be satisfied as to the linkage between disclosure of particular documents and the harm alleged.

In addition, allegations of harm from disclosure must be considered in light of all relevant circumstances. In particular, this includes the extent to which the same or similar information that is sought to be kept confidential is already in the public realm. While the fact that the same or similar information is public is not necessarily conclusive of the question of whether or not there is a reasonable expectation of harm from disclosure of the information sought to be kept confidential, the burden of justifying confidentiality would, in such circumstances, be more difficult to satisfy.

#### 6. The Approach of Mr. Gagnier and Dr. Fletcher

Mr. Gagnier in his public affidavit refers to the unique importance and special significance of the subject-matter of the record in this case. He then sets out four reasons justifying confidentiality of the record:

1. Constraining the strategic and tactical options available to the Government of Canada.
2. The potential negative impact on the environment for federal-provincial negotiations.

honnête mais peut-être subjective des témoins cités par le gouvernement, opinion basée sur une référence générale aux documents. Les descriptions de préjudice possible, même détaillées, ne suffisent pas en elles-mêmes. À tout le moins, il faut qu'il y ait un lien clair et direct entre la divulgation de tel ou tel renseignement et le préjudice invoqué. La partie intéressée doit expliquer à la Cour comment ou pourquoi le préjudice invoqué résulterait de la communication de tel ou tel renseignement. Si le comment ou le pourquoi de ce préjudice est évident, l'explication ne doit pas être bien longue. Mais si une déduction est nécessaire ou si le lien n'est pas clair, l'explication doit être plus longue. Plus les preuves et témoignages sont spécifiques et concluants, plus forte est la défense de la confidentialité. Plus les preuves et témoignages sont généraux, plus il serait difficile pour la Cour de conclure au lien entre la divulgation de documents donnés et le préjudice invoqué.

En outre, les allégations de préjudice résultant de la communication doivent être examinées à la lumière de tous les faits et circonstances de la cause. Ce qui s'entend notamment de la question de savoir dans quelle mesure les renseignements dont une partie tient à protéger la confidentialité ou des renseignements similaires sont déjà du domaine public. Certes, le fait que les mêmes renseignements ou des renseignements similaires soient déjà du domaine public ne règle pas nécessairement la question de savoir s'il y a un risque vraisemblable de risque résultant de la divulgation des renseignements dont la confidentialité est en cause, mais cette circonstance fait qu'il est plus difficile de se décharger du fardeau de la preuve justifiant la confidentialité.

#### 6. L'approche de MM. Gagnier et Fletcher

Dans son affidavit public, M. Gagnier souligne le caractère unique et l'importance primordiale que revêt le sujet des documents en cause. Il présente quatre raisons pour en justifier la confidentialité:

- 1) Limitation des orientations et des mesures ouvertes au gouvernement du Canada.
- 2) Effet potentiellement néfaste sur le climat des négociations fédérales-provinciales.

3. Prejudice to ongoing discussions with the provinces.

4. Furnishing information to those hostile to Canadian unity.

In the balance of his affidavit he explains in some detail his concerns. He says that disclosure of the Government's strategy or tactics in negotiations, even if such strategy could only be inferred from the information would constrain the Government's options and could compromise its strategy. He expresses concern about the highlighting of conflict by the media and the creation of divisiveness in the country that would be counter-productive to the Government's interest in seeking consensus in its constitutional and national unity initiatives. He says that misunderstandings may arise from disclosed information which may be exploited to the detriment of the Government's position. He also refers to the contamination of subsequent polling results by premature disclosure of prior results thus rendering polling of reduced value to the Government.

Dr. Fletcher speaks to the same issues—the compromising of Government strategy and tactics, misinterpretation of the results of disclosed information, the highlighting of conflict by the media leading to increased polarization of public opinion and the contamination of subsequent tracking polls.

These are all reasons why the Government might, but not necessarily probably would, suffer harm from the disclosure of its confidential information. I can even appreciate the argument made with respect to misunderstandings in this case even though the jurisprudence tends to discount this type of concern because it is normally within the power of the party forced to release the record to provide additional information to clarify misunderstandings. If it could be demonstrated that considering all the circumstances, it is reasonable to expect the harm described from the release of the specific information in question, then the Government would be entitled to confidentiality. This requires evidence linking the harm described and the disclosure of specific pages of the record and an explanation of why, in all the circum-

3) Atteinte aux négociations en cours avec les provinces.

4) Divulgence de renseignements à ceux qui s'opposent à l'unité canadienne.

Dans le restant de son affidavit, le déposant explique en détail ses préoccupations. Il estime que la divulgation des considérations stratégiques ou tactiques du gouvernement dans les négociations, même si la stratégie pouvait seulement être déduite des renseignements divulgués, réduirait les options du gouvernement et pourrait compromettre sa stratégie. Il s'inquiète du fait que les médias mettent en relief les conflits et provoquent des dissensions dans le pays qui nuiraient aux efforts déployés par le gouvernement pour parvenir à un consensus dans ses initiatives de réforme constitutionnelle et d'unité nationale. À son avis, les renseignements divulgués pourraient se prêter à des malentendus qui pourraient être exploités au détriment de la position du gouvernement. Il fait également état de la contamination des résultats des sondages subséquents par la divulgation prématurée des résultats antérieurs, ce qui diminuerait la valeur des sondages pour le gouvernement.

M. Fletcher s'attache aux mêmes problèmes: le risque de compromettre les orientations et mesures ouvertes au gouvernement, la mauvaise interprétation des résultats des sondages divulgués, la mise en vedette des conflits par les médias se traduisant par une polarisation accrue de l'opinion publique et la contamination des sondages de suivi subséquents.

Voilà autant de raisons pour lesquelles le gouvernement pourrait subir, mais non pas nécessairement, un préjudice du fait de la divulgation de ses renseignements confidentiels. Je peux même apprécier l'argument relatif aux malentendus bien que la jurisprudence tende à ignorer les préoccupations de ce genre, parce qu'il est normalement loisible à la partie forcée de communiquer les documents d'ajouter des renseignements complémentaires pour prévenir tout malentendu. S'il pouvait démontrer que, vu tous les faits et circonstances de la cause, la communication des renseignements spécifiques en question causerait vraisemblablement le préjudice invoqué, le gouvernement aurait le droit de les garder confidentiels. À cette fin, il lui faut faire la preuve du lien entre le préjudice invoqué et la divulgation de pages spéci-

stances, the disclosure of the contents of the record would cause such harm.

In paragraph 21 of his public affidavit, Mr. Gagnier says that one of the background considerations is:

... the increasing complexity of these negotiations resulting from sovereignist sentiment in Quebec, regional sentiment outside Quebec and the demands of indigenous people and other groups.

This is significant. It is apparent that Mr. Gagnier's position is not that topics such as these are confidential. These subject-matters have been disclosed in the public material filed by the Government. If harm is to be found it must be in the disclosure of the details in the record and the affidavit evidence must link harm to disclosure of those details.

Language in the affidavits of Mr. Gagnier and Dr. Fletcher is often couched in the terminology of section 14. However, the evidence must demonstrate a probability of harm from disclosure and not just a well-intentioned but unjustifiably cautious approach to the avoidance of any risk whatsoever because of the sensitivity of the matters at issue.

Although both Mr. Gagnier and Dr. Fletcher state they are of the opinion that disclosure of these documents would probably result in harm to the position of the Government, the question remains: Are those views in harmony with the preponderance of probabilities which can readily be found in the evidence?

With respect to Mr. Gagnier's evidence, he deposes that he was the one who made the original recommendation to maintain confidentiality over the documents in question. It will be remembered that the only pages which he agreed should be disclosed originally were introductory and cover pages, pages containing generic questions and pages disclosing certain methodology and demographic summaries. No other pages were disclosed. It appears to me that Mr. Gagnier, mindful of the "unique and ... signal importance" and "special significance" of the subject-matter and "being a bureaucrat" took a very cautious approach.

fiques du document, et expliquer pourquoi, vu les circonstances de la cause, la divulgation du contenu du document causerait ce préjudice.

Au paragraphe 21 de son affidavit public, M. Gagnier déclare qu'un facteur à prendre en considération est:

... la complexité croissante de ces négociations en raison du sentiment souverainiste au Québec, du sentiment régionaliste hors du Québec et des demandes des peuples autochtones et autres.

Voilà un indice significatif. Il est manifeste que d'après M. Gagnier, ces sujets ne sont pas confidentiels. Ils ont été divulgués par les documents publics versés aux débats par le gouvernement. S'il y a un préjudice, il doit résulter de la divulgation des détails contenus dans le dossier, et les témoignages par affidavit doivent établir le lien entre le préjudice et la divulgation de ces détails.

Le vocabulaire des affidavits de MM. Gagnier et Fletcher évoque souvent la terminologie employée à l'article 14. Cependant, le témoignage donné doit démontrer une probabilité de préjudice résultant de la divulgation et non pas une approche bien intentionnée mais indûment précautionneuse qui consiste à éviter tout risque en raison de la nature délicate des matières en cause.

Bien que MM. Gagnier et Fletcher affirment l'un et l'autre qu'à leur avis, la divulgation des documents en question serait probablement préjudiciable à la position du gouvernement, la question demeure de savoir si cette opinion reflète la prépondérance des probabilités que doivent dégager les témoignages.

D'après M. Gagnier, c'est lui qui a recommandé à l'origine de protéger la confidentialité de ces documents. Il y a lieu de rappeler que les seules pages dont il acceptât la divulgation étaient des pages d'introduction, des pages de couverture, des pages contenant des questions génériques et des pages portant méthodologie et sommaire démographique. Aucune autre page n'a été divulguée. Il appert que M. Gagnier, conscient du «caractère unique et de l'importance primordiale» que revêt le sujet et du fait qu'il est un «fonctionnaire», a adopté une approche très précautionneuse.

While a cautious approach may not, in every case, be inconsistent with what is required under section 14, I observe that in this case Mr. Gagnier chose to disclose nothing of a substantive nature except where a prior disclosure had already been made. In preparing his affidavit he did not do a page-by-page analysis of the record to determine if specific pages could be released. In cross-examination, there appears the following:

166 Q. So what you have done now to advance it; you still haven't done an analysis document-by-document. You have given some examples in your confidential affidavit?

A. That's correct.

167 Q. So there is no recorded document-by-document analysis with respect to these documents and the section 14 exemption that exists to this point in the record.

A. Not in the record.

His approach suggests that his intention was to avoid any risk to the Government initiative, probable or possible. Indeed in paragraph 21 of his affidavit he states: "The assessment of possible injury by the release of the records" [emphasis mine].

In addition, in his cross-examination, Mr. Gagnier expresses a concern about the media misconstruing the Government polls. After making reference to a particular issue, the cross-examination continues:

501. Q. Now, I will stop you right there. That means you are afraid the media will not accurately report these polls.

A. Could.

Q. Might not; could not?

A. Might not.

Q. They might not and that is the danger you are talking about here.

A. I am not saying they would do it maliciously.

Q. Of course not. I have been careful to make sure you are not saying that but you are saying they might.

A. Yes.

While I accept that Mr. Gagnier expresses a serious concern about this issue, his evidence is that this "might" occur. However section 14, as it has been interpreted, requires evidence of probable harm. That

Bien qu'une approche prudente ne soit pas forcément incompatible avec les prescriptions de l'article 14, je note qu'en l'espèce, M. Gagnier a choisi de ne divulguer aucun renseignement de fond qui n'ait été divulgué antérieurement. Pour son affidavit, il n'a pas fait une analyse page par page du document pour savoir si des pages spécifiques pouvaient être divulguées. Voici ce qu'il a déclaré à son contre-interrogatoire:

[TRADUCTION] 166 Q. Bon, qu'avez-vous fait pour le justifier? Vous n'avez toujours pas fait une analyse document par document. Est-ce que vous avez donné quelques exemples dans votre affidavit confidentiel?

R. Oui.

167 Q. Donc il n'y a aucune trace dans le dossier d'une analyse document par document pour ce qui est de ces documents et de l'exception fondée sur l'article 14.

R. Pas dans le dossier.

On peut conclure de son approche que sa volonté était d'éviter tout risque, probable ou possible, pour l'initiative du gouvernement. En fait, au paragraphe 21 de son affidavit, il fait état de [TRADUCTION] «L'appréciation du préjudice possible du fait de la divulgation des documents» [mot non souligné dans le texte].

En outre, M. Gagnier, toujours au cours de son contre-interrogatoire, exprime sa préoccupation quant à une mauvaise interprétation par les médias des sondages commandés par le gouvernement. Après un échange sur une question particulière, le contre-interrogatoire se poursuit comme suit:

[TRADUCTION] 501.Q. Je vous arrête là. Cela signifie que vous craignez que les médias ne rendent pas fidèlement compte de ces sondages.

R. Pourraient ne pas rendre fidèlement compte.

Q. Ne rendraient peut-être pas? Pourraient ne pas rendre?

R. Ne rendraient peut-être pas.

Q. Ils ne rendraient peut-être pas fidèlement compte, et c'est ça le danger que vous redoutez.

R. Je ne dis pas qu'ils le feraient de mauvaise foi.

Q. Certainement pas. J'ai fait bien attention pour m'assurer que vous ne le dites pas, mais vous dites qu'ils ne rendraient peut-être pas fidèlement compte.

R. Oui.

Je veux bien accepter que M. Gagnier exprime une préoccupation sérieuse à ce sujet, mais il témoigne que le préjudice «pourrait peut-être» se produire. Cependant, l'article 14, tel qu'il a été interprété jus-



the media “might” not accurately report polls does not equate to a probability that this will occur.

I conclude that while his motive was undoubtedly well intentioned and honest, and based on a serious concern of what might or possibly would occur, Mr. Gagnier was not, on a specific page-by-page basis, guided by the requirements of section 14.

With respect to Dr. Fletcher, he expressed his view as to the appropriate approach to disclosure in a case under the *Access to Information Act* in his cross-examination.

43 Q. . . . Would you agree with me that the phrase “may reasonably be expected to occur” could refer to the possibility of something happening or the probability of something happening, or, perhaps, somewhere between those two points on the continuum of likelihood. Would you agree with me?

A. I would, yes.

44 Q. At the time you swore this affidavit what was your understanding of where that phrase “may reasonably be expected to occur” fell on that continuum.

A. My earlier answer, I think, wasn't unresponsive to your question. It seems to me that the more critical the situation, the more sensitive the information, the more one would accept some degree of possibility of injury. The less sensitive, the less critical the context, the more one would look to the probable level.

45 Q. So your understanding was that it was a point on the continuum which varied in accordance with the possibility of harm at the other end. Is that a fair way of putting it?

A. That's right. [Emphasis mine.]

Dr. Fletcher's approach seems to be closer to the Australian approach which accepts the possibility of injury as long as it is sufficiently tangible to be expected rather than the Canadian approach which requires a probability of injury. His is a “sliding scale” approach whereby if the consequences of disclosure are very serious, possible rather than probable harm should be accepted to justify confidentiality. In fact, at paragraph 29 of his public affidavit, he goes so far as to say:

The fact that a proposal has been publicly presented or discussed does not necessarily eliminate the possibility of damage . . . . [Emphasis mine.]

qu'ici, requiert la preuve du risque probable. Le fait que les médias ne «rendraient peut-être pas» fidèlement compte des sondages ne signifie pas qu'il est probable que cette éventualité se réalise.

<sup>a</sup> Je conclus que s'il était bien intentionné et de bonne foi, et motivé par une sérieuse inquiétude au sujet de ce qui pourrait se produire, M. Gagnier n'était pas, du point de vue de l'analyse spécifique page par page, guidé par les prescriptions de l'article 14.

Quant à M. Fletcher, il a, au contre-interrogatoire, donné son avis sur l'approche à prendre vis-à-vis de la divulgation sous le régime de la *Loi sur l'accès à l'information*.

[TRADUCTION] 43 Q. . . . Convendriez-vous avec moi que le membre de phrase «risquerait vraisemblablement de se produire» peut s'entendre à la fois de la possibilité et de la probabilité, ou peut-être d'un état qui se trouve entre ces deux points sur l'échelle des probabilités. En convendriez-vous?

R. Oui.

44 Q. À la date de cet affidavit, à quel point de l'échelle placeriez-vous ce membre de phrase «risquerait vraisemblablement de se produire»?

R. Je pense que ma première réponse passait à côté de votre question. Il me semble que plus la situation est critique, et plus délicats les renseignements, plus on devrait prendre en compte le degré de possibilité du risque. Moins le contexte est délicat et critique, plus on devrait se guider sur le degré de probabilité.

45 Q. Donc à votre avis, il y a un point sur l'échelle qui varie selon la possibilité de préjudice à l'autre extrémité. C'est bien cela, n'est-ce pas?

R. Oui. [Non souligné dans le texte.]

L'approche de M. Fletcher semble plus proche de l'approche australienne qui tient compte du risque possible s'il est suffisamment tangible pour qu'on puisse s'y attendre, au lieu de l'approche canadienne qui requiert la preuve du risque probable. Son approche est celle de l'«échelle mobile», savoir que si les conséquences de la divulgation sont très graves, il faut tenir compte du risque possible, et non pas probable, de préjudice pour justifier la confidentialité. En fait, au paragraphe 29 de son affidavit, il est allé jusqu'à dire:

[TRADUCTION] Le fait qu'une proposition ait été publiquement présentée ou discutée n'élimine pas nécessairement la possibilité de préjudice . . . [Non souligné dans le texte.]

In this context, at paragraph 9 of his public affidavit, Dr. Fletcher makes clear how critical he views the consequences in this case:

The unity negotiations are fundamental, involve substantial risks to the future of the country and are currently at a critical juncture. The environment for these negotiations is volatile and the issues are complex. In short, the sensitivity of these negotiations is at a very high level.

His own words suggest that Dr. Fletcher is concerned with eliminating the possibility of damage. This, however, is not the test under section 14.

Dr. Fletcher admitted in cross-examination that he did not do a question-by-question analysis of the record:

247 Q. Can you say that you have read each and every question and answer that is set out in the materials.

A. No.

Apparently from the analysis he did do, he did not find it appropriate to recommend the disclosure of even one page of the record. This is surprising since, in support of his assertions of harm, he cites two pages (pages 28 and 36) that, apparently unbeknown to him, had previously been released by the Government on June 18, 1992. (Dr. Fletcher simply cites these pages in support of concerns about harm that might occur.) Further, the references in his confidential affidavit to those portions of the record that support the assertions in his public affidavit are often references to large blocks of pages. There is little in the way of specific detailed reference to individual pages (less than a dozen pages including pages 28 and 36 are referred to individually) or indeed individual questions.

Again in the case of Dr. Fletcher, I conclude he used a very cautious approach to disclosure guided by his "sliding scale" approach to the issue. In view of his concerns over the sensitive nature of the subject-matter in this case, his rather general approach to the record, the fact that he did not find even one page that could be disclosed, and his own words in his affidavit, it appears that Dr. Fletcher was prepared to accept possibility rather than probability of harm in order to justify confidentiality.

Dans ce contexte, M. Fletcher souligne, au paragraphe 9 de son affidavit public, à quel point il juge les conséquences critiques en l'espèce:

[TRADUCTION] Les négociations sur l'unité nationale sont fondamentales, elles comportent des risques considérables pour l'avenir du pays et se trouvent actuellement dans une phase critique. Le climat de ces négociations est instable, et les questions complexes. En bref, ces négociations sont extrêmement délicates.

On peut voir des mots mêmes employés par M. Fletcher qu'il veut s'assurer que toute possibilité de préjudice est écartée. Tel n'est cependant pas le critère prescrit par l'article 14.

M. Fletcher reconnaît au cours de son contre-interrogatoire qu'il n'a pas fait une analyse question par question du document:

[TRADUCTION] 247 Q. Pouvez-vous dire que vous avez lu chacune des questions et réponses figurant dans le document?

R. Non.

Il est manifeste qu'à la lumière de l'analyse telle qu'il l'a faite, il ne jugeait pas opportun de recommander la communication d'une seule page du document. Voilà qui est étonnant puisque, à l'appui de ses assertions de préjudice, il cite deux pages (les pages 28 et 36) que, manifestement à son insu, le gouvernement avait divulguées le 18 juin 1992 (M. Fletcher ne cite ces deux pages qu'à l'appui de son appréhension de préjudice). Par ailleurs, les parties de documents invoquées dans son affidavit confidentiel à l'appui des arguments contenus dans son affidavit public sont souvent citées par référence à de gros ensembles de pages. Il n'y a guère de renvoi spécifique et détaillé aux pages individuelles (moins d'une douzaine de pages, dont les pages 28 et 36, sont citées individuellement) ou aux questions individuelles.

Je conclus que M. Fletcher a adopté lui aussi une approche très prudente vis-à-vis de la divulgation, par suite de son approche de l'«échelle mobile» au problème. Vu ses préoccupations au sujet du caractère délicat du sujet en l'espèce, son approche plutôt générale envers le document, et le fait qu'il n'a pas trouvé une seule page qui se prête à la divulgation, et vu les termes mêmes qu'il emploie dans son affidavit, il appert que M. Fletcher est enclin à accepter le préjudice possible, plutôt que le préjudice probable, comme critère de justification de la confidentialité.

I indicated earlier that if the information which the Government sought to keep confidential is already in the public realm, the Government would find it more difficult to justify confidentiality. The jurisprudence indicates, and it stands to reason, that once information is public from another source, the release of the same or similar information by the Government will be less likely to cause harm. If there were harm from disclosure, that harm could reasonably be expected to have arisen from the prior disclosure by others. In such circumstances the Government would have to show specific reasons why its release of the same information would cause harm.

I believe it is significant that with one minor exception, Mr. Gagnier, in his affidavits makes virtually no reference to prior disclosure by others (he makes reference in paragraph 31 of his public affidavit to the fact that Government sponsored polls would have more authority than those of others). That Mr. Gagnier did not deal with this aspect in his affidavit causes me to have doubt that in forming his view that harm could be expected from disclosure of Government information, he took into account all relevant circumstances. In my view, an expectation, not based on all available and relevant information, is not the reasonable expectation called for by section 14.

In the case of Dr. Fletcher, in his affidavit, he speaks to the issue of other polling information being public, but does not deal with this in terms of specific comparisons. Indeed in his cross-examination he was asked:

52 Q. At any time did you look at the survey results in opinion polls other than the opinion polls in issue here which, in fact, have been released.

A. I did not look at those, no.

83 Q. You would agree with me, would you, that if these polls were released that the public would then be able to know what other people think about these issues?

A. Yes. They would make a contribution to that knowledge, or they might. I would have to look very carefully at what other polling information has been available previously to make a final determination of that matter.

J'ai indiqué plus haut que si les renseignements dont le gouvernement cherche à protéger la confidentialité sont déjà du domaine public, il lui serait plus difficile de justifier cette confidentialité. La jurisprudence pose à juste titre qu'une fois les renseignements rendus publics par une autre source, la divulgation par le gouvernement des mêmes renseignements ou de renseignements similaires risque moins de causer un préjudice. S'il y a un préjudice du fait de la divulgation, ce préjudice résulte plus vraisemblablement de la divulgation antérieure par les autres. Dans ce contexte, il faut que le gouvernement démontre exactement pour quelles raisons la divulgation des mêmes renseignements de sa part causerait un préjudice.

Il est à mon avis significatif que sauf une exception mineure, M. Gagnier ne parle pratiquement pas de divulgation antérieure par d'autres (il fait état au paragraphe 31 de son affidavit public du fait que les sondages commandés par le gouvernement seraient plus exacts que ceux des autres). Que M. Gagnier n'en parle pas dans son affidavit me fait douter qu'en décidant que la divulgation des documents de l'administration fédérale causerait vraisemblablement un préjudice, il ait pris en considération tous les faits et circonstances pertinents. À mon avis, un risque dont la prévision n'est pas fondée sur toutes les données disponibles et pertinentes, n'est pas le risque vraisemblable visé à l'article 14.

M. Fletcher, pour sa part, parle bien dans son affidavit de la publication antérieure d'autres sondages, mais il n'a fait aucune comparaison spécifique. Voici les questions et réponses à ce sujet lors de son contre-interrogatoire:

[TRADUCTION] 52 Q. Avez-vous examiné les résultats d'autres sondages d'opinion que ceux qui nous intéressent en l'espèce, je parle des autres sondages qui ont été rendus publics?

A. Non, je ne les ai pas examinés.

83 Q. Convendriez-vous que si ces sondages étaient publiés, les gens seraient en mesure de savoir ce que les autres pensent de ces questions?

R. Oui. Ces sondages y contribueraient, ou pourraient y contribuer. Il faudrait que j'examine très attentivement quels sondages ont été rendus publics jusqu'ici avant de me faire une opinion définitive à ce sujet.

Notwithstanding those answers, he appears to have considered overlap of Government and public polling information in a cursory manner:

75 Q. How long was this morning's conversation with her?

A. Mainly we were sitting in the same room doing other work but there was a brief discussion of an affidavit that had arrived last night or this morning—

76 Q. From Mr. Johnston?

A. No, from Mary Calamai.

77 Q. In the conversation with Ms. Binns this morning did you discuss any information which was related to any of the matters that you have opined on in your Affidavit?

A. I don't think so. The matter that I did ask her about was the extent to which the material in the Angus-Reid polls and the Affidavit overlapped with the materials which we are discussing here.

78 Q. Did you consider that question of how much the overlap was?

A. Yes.

However, that consideration must have been general in nature because Dr. Fletcher admitted that he did not make specific comparisons of the public and Government polls. This leads me to question how an effective comparison of the overlap could have been made.

As I concluded in respect of Mr. Gagnier, Dr. Fletcher's approach causes me to have concern that he also did not adequately take into account all relevant circumstances in forming his view that harm that could reasonably be expected from disclosure of confidential information in this case.

Dr. Fletcher discounts the importance of other polling information being public in an assessment of whether harm could be expected by the release of Government polls. He and Mr. Gagnier assert that Government polls have more authority or credibility than those of others. In particular, Dr. Fletcher says that "it seems likely" that they will have more potential for influencing public perceptions than other polls. No other opinions are cited in support of these assertions. Dr. Johnston, in his affidavit, took the opposite view. While I have no doubt that the views of Mr. Gagnier and Dr. Fletcher are honestly held, without some further basis of support, this evidence is, in my view, impressionistic or subjective and of

Malgré ces réponses, il appert qu'il a examiné de façon superficielle le chevauchement des données respectives des sondages du gouvernement et de ceux qui ont été rendus publics:

*a* [TRADUCTION] 75 Q. Combien de temps avez-vous parlé avec elle ce matin?

R. À vrai dire, nous travaillions dans la même pièce, et puis il y a eu une brève discussion au sujet d'un affidavit qui était arrivé la nuit avant ou ce matin même . . .

*b* 76 Q. De la part de M. Johnston?

R. Non, de la part de M<sup>me</sup> Calamai.

*c* 77 Q. Au cours de votre conversation de ce matin avec M<sup>me</sup> Binns, avez-vous parlé d'aucun des renseignements qui se rapportaient aux questions sur lesquelles vous avez donné votre avis dans votre affidavit?

R. Je ne pense pas. La seule chose que je lui aie demandé, c'était dans quelle mesure il y avait chevauchement entre les données des sondages Angus Reid et de l'affidavit et les données qui nous occupent en ce moment.

*d* 78 Q. Avez-vous cherché à savoir dans quelle mesure il y a eu chevauchement?

R. Oui.

Cependant, cet examen a dû être de nature générale puisque M. Fletcher reconnaît qu'il n'a pas fait une comparaison spécifique entre les sondages publics et ceux du gouvernement, ce qui me fait douter qu'il ait pu y avoir une comparaison utile du chevauchement.

*f* Tout comme à l'égard de M. Gagnier, je conclus de l'approche adoptée par M. Fletcher qu'il n'a pas tenu proprement compte de tous les faits et circonstances pertinents pour juger que la divulgation des renseignements en l'espèce risquerait vraisemblablement d'être préjudiciable.

Pour décider si la divulgation des sondages du gouvernement risquerait d'être préjudiciable, M. Fletcher ne tient pas compte de ce que les résultats d'autres sondages ont été rendus publics. M. Gagnier et lui-même affirment que les sondages du gouvernement sont plus exacts ou plus crédibles que ceux des autres. En particulier, M. Fletcher dit qu' [TRADUCTION] «il semble probable» qu'ils jouissent d'un plus grand pouvoir d'influencer l'opinion publique que d'autres sondages. Aucune autre opinion n'a été citée à l'appui de ces assertions. M. Johnston, dans son affidavit, dit le contraire. Je ne doute pas de la bonne foi de MM. Gagnier et Fletcher, mais faute de corroboration concrète, leur témoignage est impression-

insufficient weight to satisfy the burden on the Government on this point.

In paragraphs 48 to 50 of his public affidavit, Dr. Fletcher asserts that disclosure of Government-commissioned polls, even if other polls may have been published, involves other special risks. He says that such risks involve disclosure of the Government's negotiating strategy. This would be the case if the confidential record contained negotiating strategy or if such strategy could be inferred from the polling or focus group information itself. Nothing in Dr. Fletcher's material demonstrates that this is the case. Mr. Gagnier, in cross-examination, admitted that the confidential record did not contain strategic or tactical information and that the inferences that others might draw from the information about the Government strategy would be inconclusive (questions 209 to 221).

Without reference to the information itself and an explanation of how release of specific pages or questions would disclose, directly or indirectly, Government strategy, or otherwise harm the Government, I cannot conclude that the evidence on this point is anything more than speculative.

Dr. Fletcher also asserts that certain parties might not approve of some questions being asked by the Government. However, again no reference to specific questions was made by Dr. Fletcher in support of this argument. While caution in this area is justified, I have no way of assessing whether there is a reasonable expectation of harm without being provided with information as to the parties that might be offended, the questions that might offend them, why they would be offended and the effect of similar questions having been asked in other public polls.

In cross-examination, (e.g. questions 494 to 496), Mr. Gagnier expressed concern that release of government information could lead to divisiveness, even though the same subject-matter was canvassed in

niste ou subjectif, et n'est pas suffisamment concluant pour permettre au gouvernement de s'acquitter de la charge de la preuve qui lui incombe.

*a* Aux paragraphes 48 à 50 de son affidavit public, M. Fletcher affirme que, même si d'autres sondages ont pu être publiés, la divulgation des sondages commandés par le gouvernement comporte des risques qui leur sont propres, savoir la révélation de sa stratégie de négociation. Il en serait ainsi si le document confidentiel contenait la stratégie de négociation ou si celle-ci pouvait être déduite des résultats des sondages ou des groupes de discussion. Rien dans le témoignage de M. Fletcher ne permet de conclure que tel est le cas. De son côté, M. Gagnier a reconnu au contre-interrogatoire que le document confidentiel ne contenait aucun renseignement sur les orientations ou mesures susceptibles d'être adoptées par le gouvernement, et que les déductions que d'autres auraient pu tirer de ces renseignements au sujet des orientations du gouvernement ne seraient pas concluantes (questions 209 à 221).

*e* En l'absence de toute référence aux renseignements eux-mêmes et de toute explication de la manière dont la divulgation de pages ou de questions spécifiques révélerait, directement ou indirectement, la stratégie du gouvernement ou lui porterait préjudice, je ne peux que conclure que les témoignages sur ce point ne sont que des conjectures.

*g* M. Fletcher affirme encore que certaines parties n'approuveraient pas certaines des questions posées par le gouvernement. Sur ce point encore, il ne cite aucune question spécifique à l'appui de son argument. La prudence est certes justifiée dans ce domaine, mais il m'est impossible de décider s'il y a un risque vraisemblable de préjudice si je ne suis saisi d'aucun élément d'information sur les parties qui pourraient s'en formaliser, sur les questions qui pourraient les offusquer, sur les raisons pour lesquelles elles seraient offusquées, ainsi que sur les conséquences possibles du fait que des questions semblables ont été posées dans le cadre d'autres sondages publics.

*j* Au cours du contre-interrogatoire (par exemple questions 494 à 496), M. Gagnier s'inquiétait de ce que la divulgation des documents de l'administration fédérale pourrait semer la division, bien que le même

public polls. While I accept that the release of information that would probably lead to divisiveness would be harmful to the Government's position, it was not explained why this would occur in the face of the same or similar information having been the subject of public polls. Mr. Gagnier was also of the opinion that release of information in the record that was an updated version of information that was the same as that which had been previously released by the Government at a prior point in time would be harmful. Again it was not explained why, in such circumstances, harm would result.

Dr. Fletcher says that the wording in the Government polls might be different than those in other polls. I accept that this is true. He did not indicate the differences in wording that formed the basis of his concern nor why the specific wording in Government polls as opposed to that in public polls would probably result in harm if disclosed. In his cross-examination (e.g. questions 384 to 393), Mr. Gagnier referred to different questions on the same subject-matter as between the Government and public polls. However, no explanation was given as to why, if indeed a Government poll question was different from a public poll question, disclosure of the Government poll would be injurious.

Perhaps because of their view that extreme caution was warranted, Mr. Gagnier and Dr. Fletcher did not consider it necessary to compare the Government information with information made public by others and explain their views specifically in this context. In my opinion, this was a relevant and essential consideration in the formulation of an opinion as to whether or not harm could reasonably be expected from disclosure of the Government information in this case.

sujet eût déjà fait l'objet d'autres sondages. Je conviens que la divulgation de renseignements susceptibles de semer la division serait préjudiciable à la position du gouvernement, mais les témoins n'ont pu expliquer comment pareille éventualité se produirait alors que les mêmes renseignements ou des renseignements similaires ont fait l'objet d'autres sondages publics. M. Gagnier parle aussi de l'effet préjudiciable de la divulgation de renseignements contenus dans le dossier et qui sont une version mise à jour des mêmes renseignements qui avaient été rendus publics antérieurement par le gouvernement. Sur ce point encore, il n'a pas expliqué comment, dans ces circonstances, il y aurait préjudice.

M. Fletcher déclare que la formulation des questions dans les sondages du gouvernement pourrait être différente de celle des autres sondages. J'en conviens. Il n'a cependant pas expliqué pourquoi les différences de libellé le préoccupent ni comment la formulation spécifique des questions des sondages du gouvernement fait que la divulgation de ces derniers serait préjudiciable, alors qu'il ne serait pas de même des sondages publics. Au contre-interrogatoire (questions 384 à 393), M. Gagnier fait état de la différence dans la formulation des questions sur le même sujet, entre sondages du gouvernement et sondages publics. Il n'a cependant pas expliqué pourquoi, si tant est que les questions des sondages du gouvernement soient différentes de celles des sondages publics, la divulgation des sondages du gouvernement serait préjudiciable.

Peut-être parce que, à leur avis, une extrême prudence était de rigueur, MM. Gagnier et Fletcher n'ont pas jugé nécessaire de comparer les renseignements en la possession du gouvernement avec les données rendues publiques par d'autres, ni d'expliquer spécifiquement leurs vues dans ce contexte. À mon avis, il doit s'agir là d'un facteur pertinent et essentiel à prendre en considération pour former une opinion sur la question de savoir si la divulgation des documents de l'administration fédérale risquerait vraisemblablement d'être préjudiciable en l'espèce.

### 7. Specific References to Pages in the Record

Mr. Gagnier's and Dr. Fletcher's affidavits refer specifically to 56<sup>5</sup> pages in the record and to 182<sup>6</sup> pages only generally. No mention is made of the balance of 323 pages.

I reviewed the 56 pages referred to specifically. These pages consist of polling and focus group results and the scope of work portions of the Decima and Créatec+ contracts. In the absence of public information, including polling information, similar to the Government information, there may well have been reasonable grounds to justify confidentiality of some of these pages. However, the public information must be taken into account. While some of the public information only came into existence after the initial refusal to disclose by the PCO in January 1992, I am of the opinion that all such information is relevant. It was open to the Government, based on new information about public polls and public information, to change its mind up to the time of the hearing.

I compared the specific polling and focus group pages which the Government asserts should be kept confidential to published polls and press articles submitted in the evidence of the applicants to determine the extent to which disclosure of the Government commissioned polls would result in new information being made public. It would not be appropriate for me to disclose the details of the analysis because by doing so I would inadvertently be disclosing the subject-matter and results of the Government-commissioned polls contrary to section 47 of the Act. However, in partial satisfaction of the desirability to explain the basis of my findings, I will briefly outline the approach used.

I first reviewed the specific provisions of Mr. Gagnier's and Dr. Fletcher's public affidavits and the corresponding paragraphs of their confidential affida-

<sup>5</sup> Of the 56 pages specifically referred to, 3 had been previously disclosed.

<sup>6</sup> Of the 182 pages generally referred to, 4 had been previously disclosed.

### 7. Les pages expressément mentionnées du document

Les affidavits de MM. Gagnier et Fletcher renvoient expressément à 56<sup>5</sup> pages de documents, et de façon générale à 182<sup>6</sup> autres. Il n'y a aucune mention des 323 pages restantes.

J'ai examiné les 56 pages expressément mentionnées. Elles représentent les résultats de sondages d'opinion et de groupes de discussion, ainsi que les clauses des contrats Decima et Créatec+, relatives à la portée des travaux. En l'absence de données publiques, y compris les résultats de sondages, semblables aux données recueillies par le gouvernement, il se peut bien qu'il y ait des motifs raisonnables pour justifier la confidentialité de certaines de ces pages. Cependant, les données qui sont du domaine public doivent être prises en considération. Bien que certaines données ne fussent rendues publiques qu'après que le BCP eut tout d'abord refusé de les divulguer en janvier 1992, j'estime que toutes ces données sont pertinentes. Il était loisible au gouvernement, mis au courant des sondages publics et des données rendues publiques ailleurs, de changer d'avis jusqu'à l'ouverture de l'audition.

J'ai comparé ces pages, expressément mentionnées, de documents sur les sondages et les groupes de discussion et dont le gouvernement soutient qu'elles devraient être gardées confidentielles, aux sondages publiés et aux articles de presse produits en preuve par les requérants, pour voir dans quelle mesure la divulgation des sondages commandés par le gouvernement aurait pour résultat de rendre publiques de nouvelles données. Je ne saurais révéler les détails de l'analyse car pareille révélation reviendrait à divulguer par inadvertance le sujet et les résultats des sondages commandés par le gouvernement, ce qui contreviendrait à l'article 47. Cependant, puisqu'il est souhaitable d'expliquer dans une certaine mesure le fondement de mes conclusions, je donnerai un bref aperçu de la méthode employée.

J'ai examiné en premier lieu les passages portant référence expresse des affidavits publics de MM. Gagnier et Fletcher, et les paragraphes correspon-

<sup>5</sup> Sur les 56 pages individuellement mentionnées, 3 avaient été antérieurement divulguées.

<sup>6</sup> Sur les 182 pages mentionnées collectivement, 4 avaient été antérieurement divulguées.

vits. I next reviewed the pages in the record specifically referred to in the confidential affidavits to ascertain the linkage between the harm alleged in the public affidavits and disclosure of these specific pages in the record. It was at this point that in some cases a *prima facie* case for confidentiality became apparent.

I then reviewed the evidence submitted by the applicants consisting of public polls and press articles relating to polls to determine if there was similarity between them and the specific pages Mr. Gagnier and Dr. Fletcher sought to keep confidential. The following is a table setting forth the analysis made. I have not referred to the specific public polls or press articles by page number because to do so would reveal, by comparison, the material the Government seeks to keep confidential. As an alternative, I have indicated the number of public references I was able to locate that were the same as or similar to the specific references to Government information in Mr. Gagnier's and Dr. Fletcher's confidential affidavits.

**Table of Comparison Between Specific Examples Provided by Mr. Gagnier and Material Provided by the Applicants**

Reference to Paragraph in Dr. Fletcher's Public Affidavit	Corresponding Paragraph in Dr. Fletcher's Confidential Affidavit	Specific Page Reference in the Record and Questions	Number of Examples of Same or Similar information found in Applicant's Material
9	2 (a)	103 Q. # 10	1
9	2 (a)	104 Q. # 13	14
9	2 (b)	158	8
9	2 (b)	200-201	2
		Q. # 1	2
		Q. # 2	2
		Q. # 3	2
		Q. # 4	13
		Q. # 5	4
		Q. # 6	4
		Q. # 7	1
		Q. # 8	2
		Q. # 9	*7
		Q. # 10	4
9	2 (c)	55 and 56	20
9	2 (c)	203	1
		205	7
		207	3
12	3	131 Q. # 108	12
15	4	134 Q. # 117	9
15	4	139 Q. # 4	2
15	4	118-119 Q. # 59-63	8
15	4	449-456	9
		451	20
		452-455	5
		456	4
24	8	103 Q. # 9	1
24	8	103 Q. # 10	8
26 and 32	9	103 Q. # 8	4
26 and 32	9	103 Q. # 9	8
27	10	171	8
29	11	139 Q. # 4	2

dants de leurs affidavits confidentiels. J'ai examiné ensuite les pages du dossier dont il a été fait expressément mention dans ces affidavits confidentiels pour vérifier le lien entre le préjudice invoqué dans les affidavits publics et la divulgation de ces pages expressément mentionnées des documents. C'est à ce stade de l'analyse que certains cas faisaient ressortir une présomption de confidentialité.

Je me suis penché ensuite sur les preuves produites par les requérants, savoir des sondages publics et les articles de presse y relatifs, pour déterminer s'il y avait une similitude entre ces preuves et les pages expressément mentionnées que MM. Gagnier et Fletcher cherchaient à garder confidentielles. Ci-dessous, le tableau récapitulatif l'analyse faite. Je n'ai pas mentionné les sondages ou articles de presse spécifiques par numéro de page afin de ne pas révéler, par comparaison, les données dont le gouvernement cherche à protéger la confidentialité. Par contre, j'ai indiqué le nombre de références publiques que j'ai pu relever et qui sont identiques ou semblables aux mentions expresses des données du gouvernement dans les affidavits de MM. Gagnier et Fletcher.

**Correspondance entre les exemples expressément cités par M. Gagnier et les documents produits par les requérants**

Numéro de paragraphe dans l'affidavit public de M. Fletcher	Paragraphe correspondant dans l'affidavit confidentiel de M. Fletcher	Mention expresse de page dans le dossier et dans les questions	Nombre d'exemples de données identiques ou semblables dans les documents des requérants
9	2 (a)	103 Q. n° 10	1
9	2 (a)	104 Q. n° 13	14
9	2 (b)	158	8
9	2 (b)	200-201	2
		Q. n° 1	2
		Q. n° 2	2
		Q. n° 3	2
		Q. n° 4	13
		Q. n° 5	4
		Q. n° 6	4
		Q. n° 7	1
		Q. n° 8	2
		Q. n° 9	*7
		Q. n° 10	4
9	2 (c)	55 et 56	20
9	2 (c)	203	1
		205	7
		207	3
12	3	131 Q. n° 108	12
15	4	134 Q. n° 117	9
15	4	139 Q. n° 4	2
15	4	118-119 Q. n° 59-63	8
15	4	449-456	9
		451	20
		452-455	5
		456	4
24	8	103 Q. n° 9	1
24	8	103 Q. n° 10	8
26 et 32	9	103 Q. n° 8	4
26 et 32	9	103 Q. n° 9	8
27	10	171	8
29	11	139 Q. n° 4	2



29	11	139 Q. # 5	3
31	13	47-60	16
33	14	58	4
33	14	128-130	
		128-129 Q. # 93-97	7
		130 Q. # 100	2
		Q. # 101	1
		Q. # 102	1
		Q. # 103	1
		Q. # 104	1
		Q. # 105	1
34	15	124-125	
		Q. 77-82	8
35	16	106 Q. # 16	7
		Q. # 18	1
		Q. # 20	1
38	17	118-119 Q. 59-63	8
39	18	99	4
40	19	139-145	
		Q. # 2	7
		Q. # 3	3
		Q. # 5	3
		Q. # 6	6
		Q. # 21	4

29	11	139 Q. n° 5	3
31	13	47-60	16
33	14	58	4
33	14	128-130	
		128-129 Q. n° 93-97	7
		130 Q. n° 100	2
		Q. n° 101	1
		Q. n° 102	1
		Q. n° 103	1
		Q. n° 104	1
		Q. n° 105	1
34	15	124-125	
		Q. 77-82	8
35	16	106 Q. n° 16	7
		Q. n° 18	1
		Q. n° 20	1
38	17	118-119 Q. 59-63	8
39	18	99	4
40	19	139-145	
		Q. n° 2	7
		Q. n° 3	3
		Q. n° 5	3
		Q. n° 6	6
		Q. n° 21	4

**Table of Comparison Between Examples Provided by Dr. Fletcher and Material Provided by the Applicants**

**Correspondance entre les exemples donnés par M. Fletcher et les documents produits par les requérants**

Reference to Paragraph in Dr. Fletcher's Public Affidavit	Corresponding Paragraph in Dr. Fletcher's Confidential Affidavit	Specific Page Reference in the Record and Questions	Number of Examples of Same or Similar information found in Applicant's Material
16	1	139 Q. # 1	2
		Q. # 2	7
		Q. # 3	3
		Q. # 4	9
		Q. # 5	3
		Q. # 6	6
		Q. # 7	13
		Q. # 8	2
		Q. # 9	2
		Q. # 13	2
		Q. # 21	4
17	2	139 ff	14
20	3	23	
		Q. # 36	14
		Q. # 37	4
		Q. # 38	6
		Q. # 39	8
21	4	55	2
21	4	130	
		Q. # 100	2
		Q. # 101	1
		Q. # 102	1
		Q. # 103	1
		Q. # 104	1
		Q. # 105	1
21	4	172	
		(a)	4
		(b)	8
		(c)	-
		(d)	2
		(e)	-
		(f)	2
		(g)	3
		(h)	11
		(i)	5
		(j)	5
22	5	55	2
22	5	130	
		Q. # 100	2
		Q. # 101	1
		Q. # 102	2
		Q. # 103	1
		Q. # 104	1
		Q. # 105	1
23	6	139-140	
		Q. # 1	2
		Q. # 2	7
		Q. # 3	3
		Q. # 4	9
		Q. # 5	3
		Q. # 6	6
		Q. # 7	13
		Q. # 8	2

Numéro de paragraphe dans l'affidavit public de M. Fletcher	Paragraphe correspondant dans l'affidavit confidentiel de M. Fletcher	Mention expresse de page dans le dossier et dans les questions	Nombre d'exemples de données identiques ou semblables dans les documents des requérants
16	1	139 Q. n° 1	2
		Q. n° 2	7
		Q. n° 3	3
		Q. n° 4	9
		Q. n° 5	3
		Q. n° 6	6
		Q. n° 7	13
		Q. n° 8	2
		Q. n° 9	2
		Q. n° 13	2
		Q. n° 21	4
17	2	139 et s.	14
20	3	23	
		Q. n° 36	14
		Q. n° 37	4
		Q. n° 38	6
		Q. n° 39	8
21	4	55	2
21	4	130	
		Q. n° 100	2
		Q. n° 101	1
		Q. n° 102	1
		Q. n° 103	1
		Q. n° 104	1
		Q. n° 105	1
21	4	172	
		(a)	4
		(b)	8
		(c)	-
		(d)	2
		(e)	-
		(f)	2
		(g)	3
		(h)	11
		(i)	5
		(j)	5
22	5	55	2
22	5	130	
		Q. n° 100	2
		Q. n° 101	1
		Q. n° 102	2
		Q. n° 103	1
		Q. n° 104	1
		Q. n° 105	1
23	6	139-140	
		Q. n° 1	2
		Q. n° 2	7
		Q. n° 3	3
		Q. n° 4	9
		Q. n° 5	3
		Q. n° 6	6
		Q. n° 7	13
		Q. n° 8	2

28	7	Q. # 9	2	28	7	Q. n° 9	2
44	8	50-59	20	44	8	50-59	20
44	8	58	8	44	8	58	8
		128-130				128-130	
		128-129	7			128-129	7
		130 Q. # 100	2			130 Q. n° 100	2
		Q. # 101	1			Q. n° 101	1
		Q. # 102	1	<i>a</i>		Q. n° 102	1
		Q. # 103	1			Q. n° 103	1
		Q. # 104	1			Q. n° 104	1
		Q. # 105	1			Q. n° 105	1
45	9	445	6	45	9	445	6
51	11	139-150		51	11	139-150	
		Q. # 1	2			Q. n° 1	2
		Q. # 2	7			Q. n° 2	7
		Q. # 3	3			Q. n° 3	3
		Q. # 4	9	<i>b</i>		Q. n° 4	9
		Q. # 5	3			Q. n° 5	3
		Q. # 6	6			Q. n° 6	6
		Q. # 7	13			Q. n° 7	13
		Q. # 8	2			Q. n° 8	2
		Q. # 9	2			Q. n° 9	2
		Q. # 10	13			Q. n° 10	13
		Q. # 11	9			Q. n° 11	9
		Q. # 12	9			Q. n° 12	9
		Q. # 13	2	<i>c</i>		Q. n° 13	2
		Q. # 14	11			Q. n° 14	11
		Q. # 15	5			Q. n° 15	5
		Q. # 16	--			Q. n° 16	--
		Q. # 17	--			Q. n° 17	--
		Q. # 18	3			Q. n° 18	3
		Q. # 19	--			Q. n° 19	--
		Q. # 20	8			Q. n° 20	8
		Q. # 21	4	<i>d</i>		Q. n° 21	4
		Q. # 22	1			Q. n° 22	1
		Q. # 23	2			Q. n° 23	2
		Q. # 24	1			Q. n° 24	1
		Q. # 25	10			Q. n° 25	10
		Q. # 26	4			Q. n° 26	4
		Q. # 27	--			Q. n° 27	--
		Q. # 28	9			Q. n° 28	9
		Q. # 29	1			Q. n° 29	1
		Q. # 30	1	<i>e</i>		Q. n° 30	1
		Q. # 31	1			Q. n° 31	1
		Q. # 32	*7			Q. n° 32	*7
		Q. # 33-36	17			Q. n° 33-36	17
		Q. # 37	6			Q. n° 37	6
		Q. # 38	10			Q. n° 38	10
		Q. # 39	6			Q. n° 39	6
		Q. # 40	3			Q. n° 40	3

There are a total of six questions (two of which are duplicates) in the pages referred to specifically by the Government to which I cannot find corresponding questions in the material submitted by the applicants. However, the subject-matter of two of these questions did not appear to be strongly connected to the theme of constitutional reform and national unity. The four subject-matters covered by these questions all appear to have been dealt with within public polls and press articles, at least peripherally. Taken on their own, and without further explanation as to how harm would probably occur by their release, I am not convinced that confidentiality is justified.

<sup>7\*</sup> In these instances, although I was unable to find a single question in the material submitted by the applicants that was the same as or similar to the one in the confidential information, I was able to locate questions whose subject-matter as a group encompassed the subject-matter of the confidential question.

*f* Il y a en tout six questions (dont deux sont des doubles) dans les pages expressément mentionnées par le gouvernement et pour lesquelles je n'ai pu trouver les questions correspondantes dans les documents produits par les requérants. Cependant, le sujet de deux de ces questions ne présente manifestement aucun lien étroit avec le thème de la réforme constitutionnelle et de l'unité nationale. Il appert que les quatre sujets couverts par ces questions ont été tous traités dans les sondages publics et les articles de presse, du moins de façon périphérique. Si on les considère tels quels, sans autre explication de la façon dont leur divulgation causerait probablement un préjudice, je ne pense pas que la confidentialité en soit justifiée.

<sup>7\*</sup> Dans ces deux cas, bien que je n'aie pu trouver dans les documents produits par les requérants une seule question identique ou semblable à celle qui est contenue dans les données confidentielles, j'ai trouvé des questions dont la catégorie englobe celle de la question confidentielle.

While the questions in some of the public and Government polls are identical, more often, a public poll was merely similar but not identical with those commissioned by the Government. There is a high degree of overlap. As I indicated earlier, nothing in the material presented by the Government indicates to me that where the subject-matter is same, the specific wording of a Government poll is so substantially different from a public poll that a negotiating strategy or other sensitive information would be newly disclosed or that other harm would likely result from release of the Government information.

The only other specific reference made by Mr. Gagnier to documents that should be kept confidential was with respect to the scope of work portions on two pages of consulting contracts let to Créatec+ and Decima Research Ltd. I have reviewed the details contained in the scope of work portions of these contracts.

In the cross-examination on his affidavit Mr. Gagnier states in resisting disclosure of these pages:

Q. 654 . . . why can't you get it?

A. Because the scope provides an insight into the parameters which the Government contracted the research firm to investigate and might be amended over time to either add to that field or to drop certain parts from it.

Q. 655 But would you not agree that the work is already completed so why would that still be a concern?

A. It is ongoing. Parts of that scope of work, in the original contract that was let, might be reflected in subsequent contracts. Many times the contracts are simply extended. You would have to ask Federal Provincial Relations Office which they have done. I don't know.

I do not see in Mr. Gagnier's answers any rationale that would enable me to conclude that release of these pages would cause harm to the Government in its federal-provincial negotiations. The fact that the scope of work portion of the contracts provides an insight into the parameters for which the Government contracted does not of itself suggest that harm would befall the Government from its disclosure. That the

Bien que les questions posées dans certains sondages publics et sondages du gouvernement soient identiques, le plus souvent le sondage public n'était que similaire, mais non pas identique, à ceux commandés par le gouvernement. Il y a un chevauchement considérable. Comme noté plus haut, rien dans les documents produits par le gouvernement ne permet de conclure que dans les cas où le sujet est le même, le libellé des questions du sondage du gouvernement est, au fond, si différent de celui du sondage public que la divulgation des données du gouvernement révélerait pour la première fois une stratégie de négociation ou d'autres renseignements secrets ou encore causerait tout autre préjudice.

La seule autre mention expresse, de la part de M. Gagnier, de documents qui devraient être gardés confidentiels se rapporte aux clauses relatives à la portée des travaux, lesquelles occupent deux pages des contrats de services d'expert-conseil conclus avec Créatec+ et Decima Research Ltd. J'ai examiné en détail les clauses de ces contrats relatives à la portée des travaux.

Lors du contre-interrogatoire sur son affidavit, M. Gagnier a défendu comme suit son opposition à la divulgation de ces deux pages:

[TRADUCTION] Q. 654 . . . pourquoi ne peut-on pas y avoir accès?

R. Parce que la clause sur la portée des travaux donne une idée des paramètres au sujet desquels le gouvernement a confié l'enquête à la compagnie et qui pourraient être modifiés au fil du temps pour y ajouter ou pour en éliminer certains éléments.

Q. 655 Mais le travail est terminé, alors pourquoi cela vous préoccupe-t-il encore?

R. Le travail se poursuit toujours. Certains éléments de cette clause sur la portée des travaux, prévue au premier contrat, pourraient se retrouver dans des contrats subséquents. Souvent, les contrats sont tout simplement reconduits. Il vous faudrait demander au Bureau des relations fédérales-provinciales ce qu'il a fait. Moi, je ne sais pas.

Je ne vois dans les réponses de M. Gagnier aucune justification qui me permette de conclure que la divulgation de ces pages serait préjudiciable à la position du gouvernement dans les négociations fédérales-provinciales. Le fait que les clauses contractuelles sur la portée des travaux donnent une idée des paramètres sur lesquels le gouvernement a commandé l'enquête ne signifie pas en soi que leur divul-

scope might be amended over time does not relate to the potential for harm to the Government.

I am unable to conclude that there were reasonable grounds to refuse disclosure of these 56 specifically referred to pages.

#### 8. General References to Pages in the Record

I have already noted the following: in their affidavits and cross-examinations, Mr. Gagnier and Dr. Fletcher referred in total to 238 pages in the record. Fifty-six were referred to specifically and those have been dealt with above. The balance of 182 pages are referred to only generally or in large blocks of pages by the witnesses. Four of these pages had been disclosed voluntarily by the Government—two on January 8, 1992 and two on June 18, 1992.

I will deal now with those 182 pages that are dealt with only generally. (The following paragraphs refer to 226 pages. The number 182 is net of 44 pages that were also dealt with specifically.)

A desirable procedure that has been found helpful is to set out on each page for which exemption from disclosure is sought, the specific injurious effect the release of that page would be likely to cause. In *Ternette v. Canada (Solicitor General)*, [1992] 2 F.C. 75 (T.D.), MacKay J. states at pages 109-110:

I note for the record that the supplementary affidavit filed in confidence on behalf of the respondent did fully set out, with examples, the concerns about specific injurious effects anticipated to the interests of CSIS and efforts toward detecting subversive or hostile activities, if the information were released. In the exhibits to that affidavit which included all information not released to the applicant, including all pages which had been released with deletions, on each page was noted, by reference, the specific injurious effect or effects that release of that page was anticipated to be likely to cause. That thorough, careful analysis and documentation made it possible for the Court to review without difficulty the basis upon which the decision had been made to refuse access or release to the applicant.

gation causerait un préjudice au gouvernement. Que cette portée puisse être modifiée au fil du temps n'a rien à voir avec le risque de préjudice pour le gouvernement.

<sup>a</sup> Il m'est impossible de conclure qu'il y a des motifs raisonnables pour refuser la communication des 56 pages expressément mentionnées.

#### <sup>b</sup> 8. Les pages du document mentionnées de façon générale

<sup>c</sup> J'ai déjà noté le fait suivant: dans leurs affidavits et au cours des contre-interrogatoires respectifs y afférents, MM. Gagnier et Fletcher ont invoqué au total 238 pages du document. Sur ce nombre, 56 étaient expressément mentionnées; leur cas a été réglé ci-dessus. Les témoins ne parlaient des 182 pages restantes que de façon générale ou comme partie intégrante de gros ensembles de pages. Le gouvernement en avait volontairement divulgué quatre—deux le 8 janvier 1992 et deux le 18 juin 1992.

<sup>d</sup> Je me penche maintenant sur ces 182 pages qui n'ont été mentionnées que de façon générale. (Les paragraphes subséquents font état de 226 pages. Le chiffre de 182 exclut les 44 pages qui ont été aussi traitées individuellement.)

<sup>e</sup> Une procédure souhaitable qui a été jugée utile consiste à examiner pour chaque page pour laquelle l'exception à la communication est revendiquée, quel préjudice spécifique sa divulgation risquerait vraisemblablement de causer. Dans *Ternette c. Canada (Solliciteur général)*, [1992] 2 C.F. 75 (1<sup>re</sup> inst.), le juge MacKay a fait cette observation aux pages 109 et 110:

<sup>f</sup> Je tiens à faire remarquer en passant que l'affidavit supplémentaire déposé à titre de document confidentiel pour le compte de l'intimé énonçait au complet, avec des exemples, les problèmes que la communication des renseignements posait, en ce qui concerne le préjudice particulier qui risquerait d'être porté aux intérêts du SCRS et aux efforts de détection d'activités hostiles ou subversives. Dans les pièces jointes à cet affidavit, qui comprenaient tous les renseignements non communiqués au requérant, et notamment toutes les pages qui avaient été communiquées mais dans lesquelles des suppressions avaient été faites, il était fait mention sur chaque page, au moyen d'un renvoi, de l'effet ou des effets préjudiciables particuliers que la communication de cette page risquait vraisemblablement d'avoir. Cet examen approfondi et minutieux ainsi que la documentation ont permis à la Cour d'examiner sans difficulté

I am not in that position with respect to these 182 pages of the record in this case. I do not have before me a page-by-page description of the harm that would be probable from disclosure of each page. In the case of these pages in the record to which only general reference has been made in the affidavits, the deponents have, to all intents and purposes, left the documents to speak for themselves as to how they are linked to the arguments made in the public affidavits and why their disclosure could result in harm to the Government. I have reviewed the pages to which general reference is made. I note that the Information Commissioner, who apparently did have extensive meetings and discussions with the PCO with respect to all pages, determined that all these 182 pages should be disclosed.

The pages consist of reports on polling results, polling results themselves and reports on the results of focus groups on a variety of subjects in the national unity and constitutional reform discussions. The pages in this generally referred to category are as follows:

1. Paragraph 7 of the confidential affidavit of Mr. Gagnier refers to Tabs C-5 to C-11, at pages 47-138, some 92 pages, as examples in support of paragraph 23 of his public affidavit which states:

23. Finally, it should be emphasized that the polling data for which release has been sought was collected and analyzed for the sole object of assisting in the development and execution of the policies of the Government of Canada in relation to the conduct of matters respecting the amendment of the Constitution and to the related subject of national unity.

I have no doubt that as deposed to, these polls were commissioned to assist the Government in the development and execution of policies in respect of the Constitution and national unity, but without an explained linkage of a described harm to disclosure of the specific information contained on the relevant pages, I cannot conclude that there were reasonable grounds on which to refuse to disclose them.

2. Paragraph 12 of the confidential affidavit of Mr. Gagnier refers to Tab C-14, at pages 202-310, as an

le motif sur lequel se fondait la décision de refuser de communiquer les renseignements au requérant.

Tel n'est pas le cas des 182 pages du document en l'espèce. Je n'ai été saisi d'aucun exposé page par page du préjudice qui résulterait probablement de la divulgation de chaque page. En ce qui concerne les pages que les affidavits ne mentionnent que de façon générale, les déposants, dans les faits, ont laissé au lecteur le soin de trouver le lien entre les documents et les arguments avancés dans les affidavits publics et de comprendre pourquoi la divulgation en serait préjudiciable au gouvernement. J'ai examiné les pages qui ont été mentionnées de façon générale. Je note que le Commissaire à l'information, qui a eu manifestement de nombreuses rencontres et discussions avec le BCP à ce sujet, a décidé que ces 182 pages devraient être toutes divulguées.

Ces pages comprennent des rapports sur les résultats de sondages, les résultats de sondages eux-mêmes et des rapports sur les groupes de discussion sur une variété de sujets concernant l'unité nationale et les négociations de réforme constitutionnelle. En voici le décompte:

1. Le paragraphe 7 de l'affidavit confidentiel de M. Gagnier cite les languettes C-5 à C-11, aux pages 47 à 138, soit quelque 92 pages, comme exemples à l'appui du paragraphe 23 de son affidavit public, qui porte:

[TRADUCTION] 23. Enfin, il y a lieu de souligner que les résultats des sondages, dont communication était demandée, ont été recueillis et analysés à seule fin de contribuer à la formulation et l'exécution de politiques du gouvernement du Canada dans la conduite des affaires concernant la modification de la constitution et la question connexe de l'unité nationale.

Je ne doute pas que, conformément au témoignage du déposant, ces sondages aient été commandés afin de contribuer à la formulation et à l'exécution des politiques du gouvernement en matière de constitution et d'unité nationale, mais sans une explication du lien entre le préjudice invoqué et la divulgation des renseignements spécifiques contenus dans les pages en cause, je ne peux conclure qu'il y a des motifs raisonnables pour refuser de les divulguer.

2. Le paragraphe 12 de l'affidavit confidentiel de M. Gagnier cite la languette C-14, aux pages 202 à 310,

example in support of paragraph 30 of his public affidavit. This material refers to cross-tabulations of results. Paragraph 12 of the confidential affidavit states (and I set it out because, other than the coded reference, it says essentially the same thing as paragraph 30 of the public affidavit):

With respect to paragraph 30, examination of the extensive analysis contained in C-14, pp. 202-310 will show how results are cross-tabulated. The detailed breakdown shows why release of any of the research information could be injurious and why, if subsequent polls were contaminated, the utility of the research might well be significantly diminished.

In respect of the cross-tabulation of the results, Professor Fletcher in his cross-examination was asked (question 248):

Q. How much time have you spent reviewing the material and I am talking about reviewing the material which is contained in the confidential affidavit of Mr. Tetro?

A. I spent approximately three days looking at them but the cross-tabulations, for example, you can spend an hour trying to understand one, but I have looked at most of the questions and the distribution of opinion on most of them.

No detailed explanation of cross-tabulations were provided. As Professor Fletcher says, "you can spend an hour trying to understand one".

This general reference covers some 109 pages. Indeed the cross-tabulations are not explained and, as indicated by Professor Fletcher, they are not easy to understand. The Government has not satisfied me, on the basis of the evidence, that there were reasonable grounds to refuse disclosure of these pages.

3. Paragraph 7 of Professor Fletcher's confidential affidavit refers to portions of the record in support of paragraph 28 of his public affidavit. Paragraph 28 of his public affidavit states:

While the 70 [*sic*] pages identified by the Information Commissioner as inappropriate for release clearly carry a high probability of damage, other substantive materials in the records also involve similar risks.

Paragraph 7 of the confidential affidavit says in part (and I cite only those portions which disclose the references):

à titre d'exemple à l'appui du paragraphe 30 de son affidavit public. Celui-ci fait état de la tabulation recoupée des résultats. Le paragraphe 12 de l'affidavit confidentiel porte ce qui suit (je le cite puisque, à part la référence codée, il dit essentiellement la même chose que le paragraphe 30 de l'affidavit public):

[TRADUCTION] En ce qui concerne le paragraphe 30, l'examen de l'analyse en profondeur contenue dans les pages 202-310, languette C-14, montrera comment les résultats font l'objet d'une tabulation recoupée. La ventilation détaillée montre pourquoi la divulgation d'une donnée quelconque pourrait être préjudiciable et pourquoi, si les sondages subséquents étaient contaminés, l'utilité des sondages pourrait être bien diminuée.

En ce qui concerne la tabulation recoupée des résultats, voici la question qui a été posée à M. Fletcher et la réponse qu'il y a faite au cours de son contre-interrogatoire (question 248):

[TRADUCTION] Q. Combien de temps avez-vous passé à examiner les documents qui se trouvent dans l'affidavit confidentiel de M. Tetro?

R. J'ai passé à peu près trois jours à les examiner mais les tabulations recoupées, par exemple, cela pourra prendre une heure pour essayer d'en comprendre une, mais j'ai examiné la plupart des questions et la distribution des opinions sur la plupart d'entre elles.

Aucune explication détaillée des tabulations recoupées n'a été produite. Comme l'a fait remarquer M. Fletcher, [TRADUCTION] «cela pourra prendre une heure pour essayer d'en comprendre une».

Cette référence générale couvre quelque 109 pages. Les tabulations recoupées n'ont pas été expliquées et, comme l'a fait observer M. Fletcher, elles ne sont pas faciles à comprendre. Le gouvernement ne m'a pas convaincu par les preuves produites qu'il y avait des motifs raisonnables pour refuser la communication de ces pages.

3. Le paragraphe 7 de l'affidavit confidentiel de M. Fletcher cite des parties du document à l'appui du paragraphe 28 de son affidavit public, lequel porte:

[TRADUCTION] Si les 70 [*sic*] pages identifiées par le Commissaire à l'information comme impropres à la divulgation comportent à l'évidence un haut degré de préjudice probable, les autres renseignements de fond contenus dans le document comportent aussi les mêmes risques.

Le paragraphe 7 de l'affidavit confidentiel porte entre autres (je ne cite que le passage qui donne les références):

With respect to paragraph 28, there are the detailed discussions of (two specific issues in the constitutional reform and national unity discussions). Among many possible examples, C-5, pp. 50-59; C-7 ( ); C-10 ( ); C-12 and much of the focus group material (C-18 ff.).

C-5, C-7 and C-10 were referred to by Mr. Gagnier and have been dealt with above. C-12 and C-18 cover some 25 pages. It is apparent from paragraph 28 of his public affidavit and paragraph 7 of his confidential affidavit, that the references to the record by Dr. Fletcher are very general. There is an overall concern about the risk of disclosure but nothing of any specific nature to assist me to understand why release of specific pages would result in harm. Again I cannot conclude that there were reasonable grounds to refuse to disclose the pages referred to by Dr. Fletcher in paragraph 7 of his confidential affidavit.

Without belabouring the point, in their confidential affidavits, Mr. Gagnier and Dr. Fletcher made reference to subsets of these same blocks of pages in relation to other paragraphs of their public affidavits. There were 11 references. The subsets range from 5 to 39 pages. Essentially, as in the three examples detailed above, the pages are left to speak for themselves. As I have indicated, this is insufficient in my view to establish a right to confidentiality in a complex matter such as the one before me.

In the absence of detailed and understandable explanations as to how and why release of each of the 182 pages which were referred to only generally could reasonably be expected to cause harm, the Government, in my view, has failed to discharge the burden placed on it by section 48 of the Act.

#### 9. Pages not Referred to in the Affidavits of Mr. Gagnier and Dr. Fletcher

Three hundred and twenty-three confidential pages have not been referred to at all in the affidavits of Mr. Gagnier and Dr. Fletcher. I expect that it was their intention that all pages should be considered under an "incorporation by reference" approach. Indeed Dr. Fletcher argues that the studies done by the Govern-

[TRADUCTION] En ce qui concerne le paragraphe 28, il y a les discussions détaillées sur (deux questions spécifiques dans les négociations sur la constitution et l'unité nationale). Parmi plusieurs exemples possibles, C-5, pp. 50-59; C-7 ( ); C-10 ( ); C-12 et le gros des renseignements relatifs aux groupes de discussion (C-18 et s.).

Les languettes C-5, C-7 et C-10 étaient citées par M. Gagnier, et leur cas a été réglé ci-dessus. Les languettes C-12 et C-18 comprennent quelque 25 pages. Il ressort du paragraphe 28 de son affidavit public et du paragraphe 7 de son affidavit confidentiel que les renvois que M. Fletcher fait au document sont très généraux. Il exprime dans l'ensemble sa préoccupation au sujet du risque que présente la divulgation, mais n'avance rien de spécifique qui puisse m'aider à comprendre pourquoi la divulgation de telle ou telle page causerait un préjudice. À ce sujet encore, je ne peux conclure qu'il y avait des motifs raisonnables pour refuser de divulguer les pages mentionnées par M. Fletcher au paragraphe 7 de son affidavit confidentiel.

Dans leurs affidavits confidentiels respectifs, MM. Gagnier et Fletcher citent, mais sans trop insister dessus, des sous-ensembles des mêmes blocs de pages à propos d'autres paragraphes de leurs affidavits publics. Il y a 11 renvois. Les sous-ensembles comprennent de 5 à 39 pages. À l'instar des trois exemples analysés ci-dessus, ces pages ne bénéficient essentiellement d'aucune explication. Comme je l'ai noté, voilà qui ne suffit pas pour établir le droit à la confidentialité dans une cause aussi complexe.

Faute d'avoir expliqué, en détail et de façon compréhensible, comment et pourquoi la divulgation des 182 pages qui n'ont été mentionnées que de façon générale risquerait vraisemblablement de causer un préjudice, le gouvernement n'a pas satisfait à la charge de la preuve que lui impose l'article 48 de la Loi.

#### 9. Les pages non mentionnées dans les affidavits de MM. Gagnier et Fletcher

Les affidavits de MM. Gagnier et Fletcher passent sous silence 323 pages confidentielles. Je pense que dans leur esprit, toutes les pages doivent être soumises à «l'inclusion par référence». De fait, M. Fletcher soutient que les enquêtes effectuées par le gouvernement en l'espèce doivent être considérées comme

ment in this case should be seen as integrated and considered as a whole. While I accept the documents must be considered in context and in terms of how they relate to one another, this does not justify a general all-encompassing approach to the exclusion of consideration of the record on a page-by-page basis.<sup>8</sup> Nor should the Court be left to analyze complex documents on its own. The Court is not a specialized body with its own experts.

While no specific evidence was led by the Government on these pages, evidence was led by the applicants with respect to some of them.

The information found at pages 576 to 589 of the confidential record is exactly the same as that to which the Court was referred by counsel for Ms. Calamai in the public evidence of the applicants. Mr. Gagnier admitted on cross-examination that these pages were "already public information" (question 599).

A further 17 pages all contain the same descriptive phrase. These are pages 450, 460, 484, 511, 532, 555, 592, 611, 613, 614, 637, 652, 655, 665, 679, 682 and 684. That phrase placed focus group respondents in a specific category which led to their being chosen for the focus groups. This same phrase is contained in a group of documents that was released by the Government pursuant to an access request unrelated to those before me in this application. The 17 pages of the record are referable to various focus groups conducted between May and October 1991. The released material which contains this same phrase is dated within that time period and refers to focus groups. In argument, counsel for the Government stated that the released material containing this phrase was different from the non-released pages which contain the same phrase in that it did not reveal the methodology of the focus groups and was simply a factual statement. However, the subject (focus groups) and timing (mid-1991) of the public information leads me to believe that this phrase is already in the public domain in the same context in which it appears in the 17 pages.

<sup>8</sup> I am not suggesting that an "incorporation by reference" approach may not be appropriate in some cases. Where, for example, it is established that there is repetition of the same information on more than one page, detailed evidence in respect of one page may be sufficient with only brief reference to the other repetitive pages.

intégrées et formant un tout. Bien que j'accepte que les documents doivent être considérés dans leur contexte et à la lumière de leurs rapports réciproques, cela ne justifie par une approche globale qui exclue l'examen du document page par page<sup>8</sup>. Il ne faut pas non plus que la Cour soit obligée d'analyser elle-même des documents complexes. La Cour n'est pas un organisme spécialisé avec ses propres experts.

Si le gouvernement n'a produit aucun témoignage spécifique sur ces pages, les requérants en ont produit à l'égard de certaines d'entre elles.

Les renseignements se trouvant en pages 576 à 589 du document confidentiel sont exactement ceux sur lesquels l'avocat de M<sup>me</sup> Calamai a attiré l'attention de la Cour lors des témoignages publics produits par les requérants. M. Gagnier a reconnu au cours de son contre-interrogatoire que ces pages étaient [TRADUCTION] «déjà du domaine public» (question 599).

Il y a en outre 17 pages qui contiennent toutes la même phrase descriptive. Il s'agit des pages 450, 460, 484, 511, 532, 555, 592, 611, 613, 614, 637, 652, 655, 665, 679, 682 et 684. Cette phrase identifie les participants aux groupes de discussion avec une catégorie particulière qui explique qu'ils aient été choisis pour y participer. La même phrase est contenue dans un groupe de documents divulgués par le gouvernement à la suite d'une demande de communication n'ayant aucun rapport avec les demandes en l'espèce. Ces 17 pages du document se rapportent à divers groupes de discussion réunis entre mai et octobre 1991. Le document divulgué qui contient la même phrase est daté de la même période et se rapporte aux groupes de discussion. Dans son argumentation, l'avocat représentant le gouvernement soutient que le document divulgué qui contient cette phrase est différent des pages non communiquées qui renferment la même phrase, en ce qu'il ne révèle pas la méthodologie adoptée par les groupes de discussion et n'est qu'une relation des faits. Cependant, le sujet (groupes de discussion) et le moment (mi-1991) des

<sup>8</sup> Je ne dis pas que l'approche de l'«inclusion par référence» ne soit pas indiquée dans certains cas. Dans le cas par exemple où il est établi qu'il y a répétition du même renseignement sur plus d'une page, il suffirait de donner un témoignage détaillé à propos d'une seule page, avec brève mention des autres pages répétitives.



In response to a request by the Court, counsel for the Information Commissioner prepared an example of a comparison of information which was in the public realm which he said was similar to the confidential Government information. I have reviewed that table of comparisons and I am satisfied with the similarity of the material.

The foregoing causes me to conclude that in respect of these 323 pages the Government has provided no specific evidence. The applicants have demonstrated that a number of pages are already in the public realm. It is to be remembered that section 48 of the Act places the burden of justifying confidentiality on the Government. For all of the reasons previously indicated, there is no clear, specific and understandable linkage between allegations of harm and the disclosure of these 323 specific pages. The Government has not, in my opinion, demonstrated reasonable grounds on which to refuse disclosure of these pages.

I should note that with respect to these 323 pages, the Information Commissioner recommended that 69<sup>9</sup> pages should not be disclosed in whole or in part. I have reviewed these pages but as I indicated earlier, the Court does not have the expertise of the Information Commissioner and in the absence of evidence, has no basis upon which to conclude that disclosure could reasonably be expected to cause harm to the Government. While the Court should have regard to the findings of the Information Commissioner, this does not equate to blind acceptance. The findings of the Information Commissioner must be brought to the Court in evidence by the party intending to rely upon them so as to enable the Court to understand why the Information Commissioner reached his conclusion in respect of specific pages. This has not been done in this case.

<sup>9</sup> The Information Commissioner recommended that seventy-four pages remain confidential. Of these five were referred to specifically in the evidence. None were referred to generally. Sixty-nine were not referred to at all.

renseignements publiés me portent à croire que cette phrase est déjà du domaine public, dans le même contexte que celui où elle apparaît dans les 17 pages en question.

À la demande de la Cour, l'avocat représentant le Commissaire à l'information a préparé un exemple pour la comparaison des renseignements qui sont du domaine public et qui, à son avis, sont semblables aux renseignements confidentiels du gouvernement. J'ai examiné le tableau des comparaisons et conclu que ces documents sont similaires.

Je conclus de tout qui précède qu'à l'égard de ces 323 pages, le gouvernement n'a produit aucune preuve spécifique. De leur côté, les requérants ont démontré qu'un certain nombre de pages sont déjà du domaine public. Il faut se rappeler que l'article 48 de la Loi fait au gouvernement l'obligation de justifier la confidentialité. Pour toutes les raisons indiquées jusqu'ici, il n'y a aucun lien clair, spécifique et compréhensible entre le préjudice invoqué et la divulgation de ces 323 pages. Le gouvernement n'a pas, à mon avis, démontré qu'il avait des motifs raisonnables pour en refuser la communication.

Il y a lieu de noter qu'à l'égard de ces 323 pages, le Commissaire à l'information a recommandé que 69<sup>9</sup> pages ne soient pas divulguées même en partie. J'ai examiné ces pages mais, comme je l'ai noté plus haut, la Cour ne jouit pas de la même expertise que le Commissaire à l'information et en l'absence de preuves nécessaires, ne peut se fonder sur rien pour conclure que leur divulgation risquerait vraisemblablement de causer un préjudice au gouvernement. La Cour doit certes tenir compte des conclusions du Commissaire à l'information, mais cela ne signifie pas qu'elle les accepte aveuglément. La partie qui entend se prévaloir des conclusions du Commissaire à l'information doit les produire en preuve pour que la Cour puisse comprendre pourquoi le Commissaire y est parvenu à l'égard de ces pages spécifiques. Il n'en a été rien en l'espèce.

<sup>9</sup> Le Commissaire à l'information a recommandé que 74 pages fussent gardées confidentielles. Sur ce total, 5 pages ont été mentionnées expressément dans les témoignages. Aucune d'entre elles n'était comprise dans les mentions collectives, et 69 n'ont pas été mentionnées du tout.

## H. CONCLUSION

1. The approach of the Government witnesses indicates a well-intentioned attempt to avoid risk rather than to assess a reasonable expectation of harm from disclosure. *a*

2. There is little in the way of clear and specific evidence linking a reasonable expectation of harm to the contents of specific pages. *b*

3. There is only general reference or no express reference by the Government witnesses to approximately 90% of the record. This is insufficient to enable the Court to conclude there were reasonable grounds for confidentiality in respect of this information. *c*

4. There is no specific assessment of overlaps between public and Government information. This is a relevant consideration. A comparison by the Court of Government information specifically referred to and public information reveals a high degree of overlap. The rationale advanced that disclosure of otherwise public information by the Government involves special risks is not persuasive. *d*

I conclude that the head of the government institution did not have reasonable grounds to withhold disclosure of the record sought in this case. Each of the four applications is granted with costs. *e*

## H. CONCLUSION

1. L'approche des témoins cités par le gouvernement révèle un effort bien intentionné d'éviter le risque plutôt que de considérer si la divulgation risquerait vraisemblablement de causer un préjudice. *a*

2. Il n'y a guère de preuve claire et spécifique d'un lien entre le risque vraisemblable de préjudice et le contenu de pages spécifiques. *b*

3. Les témoins cités par le gouvernement ne mentionnent que de façon générale, et non pas expresse, quelque 90 % du document. Cela ne suffit pas pour permettre à la Cour de conclure qu'il y avait des motifs raisonnables pour protéger la confidentialité de ces renseignements. *c*

4. Il n'y a aucune évaluation spécifique du chevauchement entre les renseignements du domaine public et les données du gouvernement. Il s'agit là d'un facteur à prendre en considération. Une comparaison faite par la Cour des renseignements du gouvernement expressément mentionnés par les témoins et les renseignements du domaine public a fait ressortir un chevauchement considérable. La justification avancée pour soutenir que la divulgation par le gouvernement de renseignements du domaine public comporte un risque spécial, n'est pas convaincante. *d*

Je conclus que le responsable de l'institution fédérale n'a pas de motifs raisonnables pour refuser la communication des documents recherchés en l'espèce. Chacune des quatre requêtes est accueillie avec dépens. *e*