

A-515-04  
2005 FCA 215

A-515-04  
2005 CAF 215

**Minister of Health Canada** (*Appellant*)

**Ministre de Santé Canada** (*appelant*)

v.

c.

**Merck Frosst Canada & Co.** (*Respondent*)

**Merck Frosst Canada & Co.** (*intimée*)

*INDEXED AS: MERCK FROSST CANADA & CO. v. CANADA (MINISTER OF HEALTH) (F.C.A.)*

*RÉPERTORIÉ : MERCK FROSST CANADA & CO. c. CANADA (MINISTRE DE LA SANTÉ) (C.A.F.)*

Federal Court of Appeal, Desjardins, Noël and Pelletier JJ.A.—Ottawa, June 7, 2005.

Cour d'appel fédérale, juges Desjardins, Noël et Pelletier, J.C.A.—Ottawa, 7 juin 2005.

*Access to Information — Appeal from Federal Court decision ruling documents in question meeting exemption criteria under Access to Information Act, s. 20(1)(b) because information reflected therein not falling "as such" within public domain — Also ruling reviewers' notes, correspondence between parties should not have been communicated under s. 20(1)(b) because written in response to respondent's request — Once information within public domain, information no longer confidential even if in different form — Form in which information presented cannot preclude disclosure thereof — Information in reviewers' notes reflecting information not emanating from respondent — Fact notes written pursuant to respondent's request not affecting situation — Appeal allowed.*

*Accès à l'information — Appel d'une décision de la Cour fédérale qui a jugé que les documents en cause rencontraient les critères de l'exception prévue à l'art. 20(1)b) de la Loi sur l'accès à l'information, parce que les renseignements qu'ils reflétaient ne se retrouvaient pas « comme tels » dans le domaine public — Elle a également jugé que les notes des réviseurs et la correspondance intervenue entre les parties ne devaient pas être communiquées aux termes de l'art. 20(1)b) de la Loi au motif qu'elles furent rédigées en réponse à la demande de l'intimée — Dès que les renseignements se retrouvent dans le domaine public, ils ne sont plus confidentiels, et ce, même si la forme dans laquelle on les retrouve est différente — La forme de la présentation des renseignements ne peut en empêcher la divulgation — Les renseignements contenus aux notes des réviseurs reflétaient certaines informations qui n'émanaient pas de l'intimée — Le fait que ces notes furent rédigées suite à la demande de l'intimée n'affectait pas cette réalité — Appel accueilli.*

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY  
CONSIDERED

*Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1, s. 20(1)(b),(c).  
*Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 52(b)(ii) (as am. *idem*, s. 50).

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), ch. A-1, art. 20(1)b),c).  
*Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14), 52b)(ii) (mod., *idem*, art. 50).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

REFERRED TO:

*Air Atonabee Ltd. v. Canada (Minister of Transport)* (1989), 37 Admin. L.R. 245; 27 C.P.R. (3d) 180; 27 F.T.R. 194 (F.C.T.D.); *Merck Frosst Canada Inc. v. Canada (Minister of National Health)* (1988), 20 C.I.P.R. 302; 30 C.P.R. (3d) 473; 20 F.T.R. 73 (F.C.T.D.); *Merck Frosst Canada Inc. v. Canada (Minister of National*

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS CITÉES :

*Air Atonabee Ltd. c. Canada (Ministre des Transports)* (1989), 37 Admin. L.R. 245; 27 C.P.R. (3d) 180; 27 F.T.R. 194 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Merck Frosst Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé nationale)* (1988), 20 C.I.P.R. 302; 30 C.P.R. (3d) 473; 20 F.T.R. 73 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Merck Frosst Canada Inc. c. Canada (Ministre de*

*Health*), [2000] F.C.J. No. 1281 (T.D.) (QL); *Canada Packers Inc. v. Canada (Minister of Agriculture)*, [1988] 1 F.C. 483 (T.D.); affd [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.).

APPEAL from a Federal Court decision ([2005] 1 F.C.R. 587; (2004), 33 C.P.R. (4th) 211; 256 F.T.R. 255; 2004 FC 959) ruling that documents in question met the criteria for the exemption of non-disclosure under paragraph 20(1)(b) of the *Access to Information Act* because the information they reflected did not fall “as such” within the public domain. Appeal allowed.

APPEARANCES:

*Sébastien Gagné* for appellant.  
*Karl Delwaide* and *Karine Joizil* for respondent.

SOLICITORS OF RECORD:

*Deputy Attorney General of Canada* for appellant.  
*Fasken Martineau DuMoulin LLP*, Montréal, for respondent.

*The following is the English version of the reasons for judgment of the Court delivered orally by*

[1] DESJARDINS J.A.: The trial Judge erred in law in ruling that the documents in question meet the criteria for the exemption under paragraph 20(1)(b) of the *Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1, as amended (the Act), because the information they reflect do not fall “as such” within the public domain (see paragraph 53 of the decision under appeal, indexed as *Merck Frosst Canada & Co. v. Canada (Minister of Health)*, [2005] 1 F.C.R. 587 (F.C.)).

[2] In our view, once the information is within the public domain, it is no longer confidential, even if it differs in form.

*la Santé nationale*), [2000] A.C.F. n° 1281 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *Canada Packers Inc. c. Canada (Ministre de l'Agriculture)*, [1988] 1 C.F. 483 (1<sup>re</sup> inst); conf. par [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.).

APPEL d'une décision de la Cour fédérale ([2005] 1 R.C.F. 587; (2004), 33 C.P.R. (4th) 211; 256 F.T.R. 255; 2004 CF 959) qui a jugé que les documents en cause rencontraient les critères de l'exception de non-communication prévue à l'alinéa 20(1)b) de la *Loi sur l'accès à l'information*, parce que les renseignements qu'ils reflétaient ne se retrouvaient pas « comme tels » dans le domaine public. Appel accueilli.

ONT COMPARU :

*Sébastien Gagné* pour l'appellant.  
*Karl Delwaide* et *Karine Joizil* pour l'intimée.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

*Le sous-procureur général du Canada* pour l'appelant.  
*Fasken Martineau DuMoulin s.e.n.c.r.l.*, Montréal, pour l'intimée.

*Voici les motifs du jugement de la Cour prononcés en français à l'audience par*

[1] LA JUGE DESJARDINS, J.C.A. : Le premier juge a commis une erreur de droit en jugeant que les documents en cause rencontrent les critères de l'exception prévue à l'alinéa 20(1)b) de la *Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), ch. A-1, modifiée (la Loi), parce que les renseignements qu'ils reflètent ne se retrouvent pas « comme [tels] » dans le domaine public (voir le paragraphe 53 de la décision sous appel, répertoriée sous le nom *Merck Frosst Canada & Co. c. Canada (Ministre de la Santé)*, [2005] 1 R.C.F. 587 (C.F.)).

[2] Selon nous, dès que les renseignements se retrouvent dans le domaine public, ils ne sont plus confidentiels et ce même si la forme dans laquelle on les retrouve est différente.

[3] To rely on the form in which the information is presented in order to conclude that a document meets the criteria for the exemption under paragraph 20(1)(b) of the Act is necessarily contrary to the spirit of the Act and to the cases to date on this point (*Air Atonabee Ltd. v. Canada (Minister of Transport)* (1989), 37 Admin. L.R. 245 (F.C.T.D.), at pages 254-255; *Merck Frosst Canada Inc. v. Canada (Minister of National Health)* (1988), 20 C.I.P.R. 302 (F.C.T.D.), at pages 306-307; *Merck Frosst Canada Inc. v. Canada (Minister of National Health)*, [2000] F.C.J. No. 1281 (T.D.) (QL), at paragraph 9). The important thing is the information. The form in which it is presented cannot preclude its disclosure.

[4] The trial Judge could not, therefore, find that because the information reflected in the documents is not within the public domain “as such”, those pages are confidential.

[5] It is possible, as the respondent’s counsel points out, that the trial Judge had in mind paragraph 20(1)(c), but that is not what he says and it is not what we understand from his judgment. If this was what the trial Judge had in mind, the route he took was such that his error becomes inextricable.

[6] The trial Judge could not find, either, that the reviewers’ notes and correspondence between the parties should not have been communicated under paragraph 20(1)(b) of the Act solely because they were written up in response to the respondent’s request. The information contained in the reviewers’ notes reflects certain information that does not emanate from the respondent, and the fact that these notes were written pursuant to the respondent’s request does not affect this situation in any way (*Canada Packers Inc. v. Canada (Minister of Agriculture)*, [1988] 1 F.C. 483 (T.D.); affd [1989] 1 F.C. 47 (C.A.)).

[7] Having identified these errors, this Court could itself undertake a review of the thousands of documents in question to determine, on the one hand, whether paragraph 20(1)(c) should apply and, if not, whether either of the other exceptions is applicable.

[3] S’en remettre à la forme sous laquelle sont présentés les renseignements pour conclure qu’un document rencontre les critères de l’exception prévue à l’alinéa 20(1)(b) de la Loi est nécessairement contraire à l’esprit de la Loi et à la jurisprudence à date sur ce point (*Air Atonabee Ltd. c. Canada (Ministre des Transports)* (1989), 37 Admin. L.R. 245 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), aux pages 254 et 255; *Merck Frosst Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé nationale)* (1988), 20 C.I.P.R. 302 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), aux pages 306 et 307; *Merck Frosst Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé nationale)*, [2000] A.C.F. No. 1281 (1<sup>re</sup> inst.) (QL), au paragraphe 9). Ce qui importe ce sont les renseignements. La forme de leur présentation ne peut en empêcher la divulgation.

[4] Le premier juge ne pouvait donc conclure que parce que les renseignements reflétés dans les documents ne se retrouvent pas dans le domaine public « comme [tels] », ces pages sont confidentielles.

[5] Il est possible, comme le soulève l’avocat de l’intimée, que le premier juge avait à l’esprit l’alinéa 20(1)(c), mais ce n’est pas ce qu’il a dit et ce n’est pas ce que nous comprenons de son jugement. Si c’était ce que le premier juge avait à l’esprit, il a pris un chemin, tel, que son erreur devient inextricable.

[6] Le premier juge ne pouvait non plus conclure que les notes des réviseurs et la correspondance intervenue entre les parties ne devaient pas être communiquées aux termes de l’alinéa 20(1)(b) de la Loi au seul motif qu’elles furent rédigées en réponse à la demande de l’intimée. Les renseignements contenus aux notes des réviseurs reflètent certaines informations qui n’émanent pas de l’intimée, et le fait que ces notes furent rédigées suite à la demande de l’intimée n’affecte en rien cette réalité (*Canada Packers Inc. c. Canada (Ministre de l’Agriculture)*, [1988] 1 C.F. 483 (1<sup>re</sup> inst.); conf. par [1989] 1 C.F. 47 (C.A.)).

[7] Ces erreurs ayant été identifiées, notre Cour pourrait entreprendre elle-même une revue des milliers de documents en cause pour déterminer, d’une part, si l’alinéa 20(1)(c) doit trouver application et, si non, si l’une ou l’autre des autres exceptions est applicable.

[8] We do not think the interests of justice would be well served by this. In the circumstances, the appeal will be allowed with costs both at trial and on appeal, the decision of the trial Judge will be overturned and the matter will be returned to the Federal Court under subparagraph 52(b)(ii) (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 50) of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 [s. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14)], for redetermination before another judge, who shall take into account these reasons.

[8] Nous ne croyons pas que les intérêts de la justice seraient ainsi bien servis. Dans les circonstances, l'appel sera accueilli avec dépens tant en première instance qu'en appel, la décision du premier juge sera infirmée et l'affaire sera retournée devant la Cour fédérale, aux termes de l'alinéa 52b)(ii) (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 50) de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7 [art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14)], pour nouvelle détermination devant un autre juge qui devra tenir compte des présents motifs.