

**Merck Frosst Canada Ltd.** *Appellant***Merck Frosst Canada Ltée** *Appelante*

v.

c.

**Minister of Health** *Respondent***Ministre de la Santé** *Intimé*

and

et

**BIOTECanada** *Intervener***BIOTECanada** *Intervenante***INDEXED AS: MERCK FROSST CANADA LTD. v.  
CANADA (HEALTH)****RÉPERTORIÉ : MERCK FROSST CANADA LTÉE c.  
CANADA (SANTÉ)****2012 SCC 3****2012 CSC 3**

File Nos.: 33290, 33320.

N<sup>os</sup> du greffe : 33290, 33320.

2010: November 12; 2012: February 3.

2010 : 12 novembre; 2012 : 3 février.

Present: McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Deschamps,  
Fish, Abella, Charron, Rothstein and Cromwell JJ.Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Binnie,  
LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron, Rothstein et  
Cromwell.**ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF  
APPEAL****EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE**

*Access to information — Third party information — Exemptions — Notice requirements — Severance — Access to information requests filed with Health Canada relating to third party pharmaceutical company's new drug submissions — Whether government institution fulfilled obligations to review records before providing notice of intention to disclose third party's information and in severing non-exempt information — Whether statutory notice requirements triggered — Whether third party information falling within Act's exemptions — Access to Information Act, R.S.C. 1985, c. A-1, ss. 20(1), 25, 27, 28.*

*Accès à l'information — Renseignements concernant un tiers — Exceptions — Obligations en matière d'avis — Prélèvement de renseignements — Demandes d'accès à l'information déposées auprès de Santé Canada visant des présentations de drogue nouvelle d'un tiers, une société pharmaceutique — L'institution fédérale a-t-elle rempli ses obligations d'examiner les documents avant de donner au tiers un avis de son intention de divulguer certains de ses renseignements et de prélever les renseignements non soustraits à la divulgation? — Les exigences légales en matière d'avis ont-elles pris naissance? — Les renseignements du tiers étaient-ils visés par l'une ou l'autre des exceptions prévues par la Loi? — Loi sur l'accès à l'information, L.R.C. 1985, ch. A-1, art. 20(1), 25, 27, 28.*

*Access to information — Appeals — Standard of appellate review — Evidence — Access to information requests filed with Health Canada relating to third party pharmaceutical company's new drug submissions — Whether deference owed to reviewing judge's findings that exemptions from disclosure applied to third party information — Whether pharmaceutical company provided sufficient direct and objective evidence*

*Accès à l'information — Appels — Norme de contrôle en appel — Preuve — Demandes d'accès à l'information déposées auprès de Santé Canada visant des présentations de drogue nouvelle d'un tiers, une société pharmaceutique — Faut-il faire preuve de déférence envers les conclusions du juge siégeant en révision que les exceptions à la divulgation s'appliquent aux renseignements du tiers? — La société pharmaceutique a-t-elle*

*information falling within exemptions — Access to Information Act, R.S.C. 1985, c. A-1, ss. 20(1), 44.*

Health Canada received access to information requests relating to two new drug submissions made to it by M, a pharmaceutical company and third party to the requests. A series of disputes arose between the parties about what information had to be disclosed and what was exempt from disclosure under the *Access to Information Act* (“Act”). In particular, Health Canada identified several hundred pages in response to each request. It reviewed those pages, concluded some contained information that could not be disclosed under the exemptions found in s. 20(1) of the Act, and redacted those pages in part. It also concluded a number of pages did not contain any exempted information and disclosed those pages without notifying or consulting M. Enclosing hundreds of the still undisclosed pages, Health Canada then notified M of the access to information requests and of its intention to disclose the enclosed pages, asking M to explain which portions of the remaining pages M considered confidential under s. 20(1), and why. Following a number of exchanges, Health Canada agreed to further redactions but rejected the balance of M’s objections. M filed for judicial review of Health Canada’s decisions under s. 44.

The Federal Court found that disclosure by Health Canada without prior notice to M contravened s. 20(1) of the Act and held that over 200 pages were exempted from disclosure, while the remaining pages could be disclosed. The reviewing judge also held that it would be extremely difficult to sever and disclose non-exempt information pursuant to s. 25. The Federal Court of Appeal allowed Health Canada’s appeals, ordering that all the remaining pages at issue should be disclosed.

*Held* (Deschamps, Abella and Rothstein JJ. dissenting): The appeals should be dismissed.

*Per* McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Fish, Charron and Cromwell JJ.: The decision of the judge conducting

*présenté une preuve directe et objective suffisante pour établir que les renseignements étaient visés par l’une ou l’autre des exceptions? — Loi sur l’accès à l’information, L.R.C. 1985, ch. A-1, art. 20(1), 44.*

Santé Canada a reçu des demandes d’accès à l’information visant deux présentations de drogue nouvelle déposées par M, une société pharmaceutique qui était un tiers en ce qui concerne les demandes. Une série de différends sont survenus entre les parties quant à savoir quels renseignements devaient être divulgués et quels renseignements étaient soustraits à la divulgation en application de la *Loi sur l’accès à l’information* (« Loi »). En particulier, Santé Canada a identifié plusieurs centaines de pages répondant à l’une et l’autre des demandes. Il a examiné ces pages, conclu que certaines d’entre elles contenaient des renseignements qui ne pouvaient être divulgués en raison des exceptions prévues au par. 20(1) de la Loi, et expurgé ces pages en partie. Il a aussi conclu qu’un certain nombre de pages ne contenaient aucun renseignement soustrait à la divulgation et les a communiquées au demandeur sans donner de préavis à M et sans la consulter. Santé Canada a ensuite envoyé à M un avis, auquel il a joint les centaines de pages qui n’avaient pas été communiquées, pour l’informer des demandes d’accès à l’information et de son intention de communiquer ces pages, et l’inviter à lui indiquer les parties du reste du dossier qu’elle considérait comme confidentielles en application du par. 20(1) et lui expliquer pourquoi il en était ainsi selon elle. Après un certain nombre d’échanges, Santé Canada a accepté de retrancher des détails supplémentaires, mais a rejeté les autres objections de M. M a déposé une demande de contrôle judiciaire des décisions de Santé Canada en vertu de l’art. 44.

La Cour fédérale a conclu que la divulgation de renseignements par Santé Canada sans donner de préavis à M contrevenait au par. 20(1) de la Loi et que plus de 200 pages étaient soustraites à la communication, mais que les autres pages pouvaient être communiquées. Le juge siégeant en révision a également conclu qu’il serait extrêmement difficile de prélever et divulguer les renseignements non soustraits à la divulgation, en application de l’art. 25. La Cour d’appel fédérale a accueilli les appels de Santé Canada, ordonnant la communication de l’ensemble des pages toujours en litige.

*Arrêt* (les juges Deschamps, Abella et Rothstein sont dissidents) : Les pourvois sont rejetés.

*La* juge en chef McLachlin et les juges Binnie, LeBel, Fish, Charron et Cromwell : La décision du juge

a review under the Act, which will often have a significant factual component, is subject to appellate review in accordance with the well-established principles set out by this Court. The Federal Court of Appeal correctly set out and applied the applicable standard of review. The reviewing judge did not make requisite findings of fact and failed either to state the applicable legal principles or to explain how the legal principles applied to the facts before him or, in some cases, both. The Court of Appeal was therefore entitled to intervene and to carry out its own assessment of whether the reviewing judge had correctly applied the Act's exemptions to the records. There is nonetheless some merit to M's complaints. The Act must be interpreted and applied so that it strikes the balance Parliament intended between broad rights of access and protection of third party information. Both the Act and the considerations identified by the reviewing judge and by M support a fairly low threshold to trigger the obligation to give notice under s. 27(1). Observing a low threshold for third party notice ensures procedural fairness and reduces the risk that exempted information may be disclosed by mistake. Disclosure without notice is only justified in clear cases where the government institutional head, reviewing all the relevant evidence, concludes that there is no reason to believe that the record might contain exempted material. A head should refuse to disclose without notice where there is no reason to believe that the information is subject to disclosure. M's submission, that there is an automatic right to notice with respect to certain categories of records is not, however, supported by the grammatical and ordinary meaning of s. 27(1), or by the jurisprudence which makes plain that notice is required only if certain conditions are met in the particular circumstances. The institutional head must give notice if he or she is in doubt about whether the information is exempt; intends to disclose exempted material to serve the public interest pursuant to s. 20(6); or intends to disclose third party information by severing the non-exempt information and disclosing only that as required by s. 25. In giving notice, the institutional head cannot simply shift the responsibility to review the records onto the third party. Institutions must make a serious attempt to apply the exemptions by reviewing each individual record to determine which portions, if any, may be exempted. The same principle applies to the severance of material under s. 25. It is also prudent and in accordance with common sense for a third party, who is generally in a better position than the head of the institution to identify information that falls within one of the s. 20(1) exemptions, to be as helpful as it can be in identifying

qui, en application de la Loi, procède à un examen, qui aura souvent un volet factuel important, peut faire l'objet d'une révision en appel conformément aux principes bien établis que la Cour a déjà exposés. La Cour d'appel fédérale a expliqué et appliqué correctement la norme de contrôle applicable. Le juge siégeant en révision n'a pas tiré les conclusions de fait nécessaires et il a omis soit d'énoncer les principes juridiques applicables, soit d'expliquer comment les principes juridiques s'appliquaient aux faits de l'espèce; dans certains cas, il n'a fait ni l'un ni l'autre. La Cour d'appel fédérale pouvait donc intervenir et faire sa propre appréciation de la question de savoir si le juge siégeant en révision avait correctement appliqué aux documents les exceptions prévues par la Loi. Les plaintes de M sont néanmoins fondées en partie. Il faut interpréter et appliquer la Loi de manière à établir l'équilibre recherché par le législateur entre les droits généraux en matière d'accès à l'information et la protection des renseignements de tiers. Il ressort de la Loi et des considérations décrites par le juge siégeant en révision et par M que le seuil à atteindre pour que prenne naissance l'obligation de préavis prévue au par. 27(1) est assez peu élevé. L'application d'un critère peu exigeant en matière de préavis au tiers garantit l'équité procédurale et réduit le risque que des renseignements ne pouvant être divulgués le soient par erreur. La divulgation de renseignements sans préavis n'est justifiée que dans les cas manifestes, si le responsable de l'institution, après avoir analysé toute la preuve pertinente, estime qu'il n'y a aucune raison de croire que le document est susceptible de contenir des renseignements soustraits à la divulgation. Le responsable doit refuser de divulguer des renseignements sans préavis s'il n'existe aucune raison de croire qu'ils peuvent être divulgués. L'argument de M qu'il existe un droit automatique au préavis dans le cas de certains types de documents n'est cependant pas étayé par le sens ordinaire et grammatical des termes utilisés au par. 27(1) ou par la jurisprudence, d'où il ressort clairement que le préavis ne s'impose que si certaines conditions sont réunies dans les circonstances particulières en cause. Le responsable de l'institution doit donner un préavis s'il ne sait pas avec certitude si les renseignements sont soustraits à la divulgation, s'il a l'intention de divulguer, pour des raisons d'intérêt public en vertu du par. 20(6), des renseignements soustraits à la divulgation, ou s'il a l'intention de communiquer un document qui contient des renseignements de tiers en en prélevant les renseignements qui ne sont pas protégés et ne divulguant que ceux-ci, comme l'exige l'art. 25. Lorsqu'il donne l'avis au tiers, le responsable de l'institution ne peut simplement lui transférer

precisely why disclosure is not permitted. In these appeals, it is of limited use to decide if the notice provisions and the appropriate level of review by the institutional head were correctly applied throughout. It may be observed, however, that both M and Health Canada at times took rather extreme positions that were not in accordance with the purpose, letter or spirit of the Act.

The party seeking judicial review bears the burden of demonstrating that the statutory exemptions apply on a balance of probabilities. In relation to the exemptions themselves, M has not shown that any of the pages in issue, as redacted by Health Canada, contain any information exempted under s. 20(1)(a), (b) or (c). First, a “trade secret” for the purposes of s. 20(1)(a) should be understood as a plan or process, tool, mechanism or compound, which possesses the following characteristics: the information must be secret in an absolute or relative sense (is known only by one or a relatively small number of persons); the possessor of the information must demonstrate he or she has acted with the intention to treat the information as secret; the information must be capable of industrial or commercial application; and the possessor must have an interest (e.g. an economic interest) worthy of legal protection. This approach is consistent with the common law definition and takes account of the legislative intent that a trade secret is something different from the broader category of confidential commercial information protected under s. 20(1)(b). While the Court of Appeal correctly defined “trade secrets”, it erred in law by insisting the term should be interpreted restrictively and that there was a high threshold for invoking the exemption. The applicable standard of proof is still the civil standard of the balance of probabilities. However, this error did not result in the Court of Appeal reaching the wrong conclusion about how s. 20(1)(a) applies here. It did not err in finding that M’s evidence was not responsive to the documents as redacted by Health Canada. The reviewing judge’s failure to refer to the applicable legal test or

la responsabilité d’examiner les documents. Les institutions doivent véritablement se demander si l’une ou l’autre des exceptions s’applique en examinant chaque document afin de déterminer quelles parties peuvent, le cas échéant, faire l’objet d’une exception. Le même principe s’applique au prélèvement de renseignements en application de l’art. 25. Du point de vue du tiers, qui, de façon générale, est mieux placé que le responsable de l’institution pour relever les renseignements visés par l’une ou l’autre des exceptions prévues au par. 20(1), il est également prudent et conforme au bon sens d’aider le plus possible ce dernier à déterminer précisément pourquoi la divulgation des renseignements en cause n’est pas autorisée. Pour les fins des présents pourvois, il ne sert pas à grand-chose de déterminer si les dispositions en matière de préavis et le degré convenable d’examen ont été correctement appliqués par le responsable de l’institution du début à la fin. Toutefois, il peut être utile de mentionner que M et Santé Canada ont parfois adopté des positions plutôt extrêmes qui ne s’accordaient pas avec l’objet, la lettre ou l’esprit de la Loi.

Il incombe à la partie qui sollicite le contrôle judiciaire le fardeau d’établir, selon la prépondérance des probabilités, que les exceptions prévues par la loi s’appliquent. En ce qui concerne les exceptions elles-mêmes, M n’a pas établi que l’une ou l’autre des pages en litige, sous leur forme expurgée par Santé Canada, contient un quelconque renseignement soustrait à la divulgation en application des al. 20(1)a), b) ou c). Premièrement, le « secret industriel » doit s’entendre, pour les fins de l’al. 20(1)a), d’un plan ou procédé, d’un outil, d’un mécanisme ou d’un composé qui possède les caractéristiques suivantes : l’information doit être secrète dans un sens absolu ou relatif (elle est connue seulement d’une ou de quelques personnes); le détenteur de l’information doit démontrer qu’il a agi avec l’intention de traiter l’information comme si elle était secrète; l’information doit avoir une application pratique dans le secteur industriel ou commercial; et le détenteur doit avoir un intérêt (p. ex., un intérêt économique) digne d’être protégé par la loi. Cette approche est conforme à la définition du secret industriel en common law et elle tient compte du fait que le législateur a voulu que le secret industriel soit distinct de la catégorie plus large des renseignements commerciaux de nature confidentielle protégés par l’al. 20(1)b). Bien qu’elle ait correctement défini les « secrets industriels », la Cour d’appel fédérale a commis une erreur de droit en insistant pour dire que ce terme devait être interprété de façon restrictive et que le seuil pour invoquer cette exception était élevé. La norme de preuve qu’il convient d’appliquer est toujours la norme de preuve en matière civile, à savoir la prépondérance des probabilités. Toutefois, cette erreur n’a pas amené la Cour d’appel fédérale à tirer la mauvaise

the relevant evidence constituted a material error justifying appellate intervention.

Second, M's submission that the Court of Appeal erred in finding that it had not discharged its burden of proof, and that the documents, as redacted, continued to contain confidential information, must fail. In order to qualify for the s. 20(1)(b) "confidential information" exemption, the information must be financial, commercial, scientific or technical information; confidential and consistently treated in a confidential manner by the third party; and supplied to a government institution by a third party. Government reviewers' notes may fall under the exemption to the extent that they contain information communicated to them by a third party. While the Court of Appeal once again applied an unduly onerous standard of proof, finding that the third party opposing disclosure has a heavy burden to establish the exemption, the result did not turn on its description of the standard of proof. Rather, the court's decision rested on the findings that Health Canada conceded that extensive redaction was necessary and that there was no direct and objective evidence from M to show that the remaining information was confidential. Both of these conclusions focussed on the primarily factual question of whether the substance of the information was publicly available. M's submissions, including references to the evidence, are of no assistance in explaining how what is left on the often heavily redacted pages is confidential in the face of Health Canada's evidence that the unredacted material is in the public domain and therefore not confidential. As for the formatting and structure of the new drug submissions, they do not qualify for exemption as confidential information in this case. Generally, as here, the choice about how information is presented or the precise organization and ordering of sections of a document are the subject of publicly available guidelines, although the nature of the information and evidence in the particular case must be considered in deciding whether or not the exemption applies. M's argument that the very fact it listed particular articles and studies otherwise available in the public domain in its new drug submissions is confidential information, because it would be understood by competitors that M had relied on those studies, must also fail. The record shows that M itself proposed that copies of all published articles referred to in the submissions should be provided to the requester. In addition, the fact that M had referred to many studies was

conclusion sur la façon dont il convient d'appliquer l'al. 20(1)a) en l'espèce. Elle n'a pas commis d'erreur en concluant qu'il n'y avait pas de lien entre la preuve de M et les documents sous leur forme expurgée par Santé Canada. L'omission du juge siégeant en révision de faire référence au critère juridique applicable ou à la preuve pertinente constituait une erreur matérielle qui justifiait l'intervention en appel.

Deuxièmement, l'argument de M que la Cour d'appel fédérale a commis une erreur en concluant qu'elle ne s'était pas acquittée de son fardeau de prouver que les documents, sous leur forme expurgée, contenaient toujours des renseignements de nature confidentielle n'est pas fondé. Pour être visés par l'exception prévue à l'al. 20(1)b), qui porte sur les renseignements « de nature confidentielle », les renseignements doivent être financiers, commerciaux, scientifiques ou techniques, de nature confidentielle, traités comme tels de façon constante par le tiers, et fournis à une institution fédérale par un tiers. Les notes des examinateurs de l'institution peuvent être visées par l'exception dans la mesure où elles contiennent des renseignements qui leur ont été fournis par un tiers. Bien que la Cour d'appel fédérale ait encore une fois appliqué une norme de preuve trop exigeante, déclarant que le fardeau dont le tiers qui s'oppose à la divulgation doit s'acquitter pour que l'exception s'applique est lourd, la conclusion qu'elle a tirée n'était pas tributaire de sa description de la norme de preuve. La décision de la cour reposait plutôt sur les conclusions que Santé Canada en est venu à reconnaître la nécessité de faire d'importantes expurgations et que M n'a soumis aucune preuve directe et objective établissant que les renseignements figurant toujours dans les dossiers étaient de nature confidentielle. Ces deux conclusions étaient axées sur la question de savoir si le contenu des renseignements était accessible au public, ce qui constitue principalement une question de fait. Les observations de M, notamment ses références à la preuve, ne sont d'aucune utilité pour expliquer en quoi le contenu des pages expurgées — dont plusieurs l'ont été de façon importante — est confidentiel compte tenu de la preuve de Santé Canada que les renseignements non retranchés font partie du domaine public et, par conséquent, ne sont pas de nature confidentielle. En ce qui concerne la mise en forme et la structure des présentations de drogue nouvelle, celles-ci ne sont pas visées par l'exception en matière de renseignements confidentiels. En général, comme c'est le cas en l'espèce, la façon de présenter les renseignements ou la structure et l'ordonnement précis des parties d'un document doivent être conformes à des lignes directrices accessibles au public, bien qu'il faille tenir compte de la nature des renseignements et de la preuve au dossier pour déterminer si l'exception s'applique ou non. Il faut également rejeter l'argument de M selon lequel le fait même qu'elle

already in the public domain as a result of the publication of the Product Monograph (a scientific document which contains the information for safe and effective use of the drug) and other documents. While the possibility of establishing a claim of this nature in cases where the evidence supports it cannot be foreclosed, the evidence does not support it here.

Third, the exemption in s. 20(1)(c) applies if disclosure could reasonably be expected to harm the third party. The test to establish the degree of likelihood that harm will result from disclosure is “a reasonable expectation of probable harm”. This long-accepted formulation is intended to capture that, while the third party need not show on a balance of probabilities that the harm will in fact come to pass if the records are disclosed, the third party must nonetheless do more than show that such harm is simply possible. The important objective of access to information would be thwarted by a mere possibility of harm standard. Exemption from disclosure should not be granted on the basis of fear of harm that is fanciful, imaginary or contrived. There is no reason to reformulate the test. As to whether it is possible that disclosing information already in the public domain can cause harm, publicly available information is generally not exempt information under the harm test. It may, however, be possible in some cases to show that the way in which publicly available information has been compiled for a particular purpose is not, itself, publicly known, giving rise to the risk of harm by disclosure. Information, not already public, that is shown to give competitors a head start in developing competing products, or to give them a competitive advantage in future transactions may, in principle, meet the requirements of s. 20(1)(c). The evidence must convince the reviewing court that there is a direct link between the disclosure and the apprehended harm and that the harm could reasonably be expected to ensue from disclosure. Disclosure of information such as dates, numbering and location of information within a new drug submission or the manner of its presentation, as well as lists of studies or acknowledgement that certain studies have been consulted, and information about how the regulatory process works, usually does not give rise to the necessary expectation of harm

à énuméré, dans ses présentations de drogue nouvelle, certains articles et études faisant déjà partie du domaine public constitue un renseignement de nature confidentielle au motif que cela laisse entendre à ses concurrents qu'elle s'est fondée sur ceux-ci. Il ressort du dossier que c'est M elle-même qui a proposé que des copies de tous les articles publiés qui ont été mentionnés dans les présentations soient fournies au demandeur. De plus, le fait que M avait fait référence à plusieurs études était déjà de notoriété publique en raison de la publication de la monographie de produit (document scientifique qui contient les renseignements permettant d'utiliser la drogue de manière sûre et efficace) et d'autres documents. Bien qu'il ne faille pas exclure la possibilité que le bien-fondé d'un tel argument soit établi dans certains cas où il est étayé par la preuve, la preuve en l'espèce est insuffisante à cet égard.

Troisièmement, l'exception prévue à l'al. 20(1)c) s'applique si la divulgation des renseignements risquait vraisemblablement de causer un préjudice au tiers. Le critère pour établir le degré de probabilité qu'un préjudice découle de la divulgation des renseignements visés est celui d'« un risque vraisemblable de préjudice probable ». Cette formulation acceptée depuis longtemps vise à cerner un point important, à savoir que même s'il ne lui incombe pas d'établir selon la prépondérance des probabilités que le préjudice se produira effectivement si les documents sont communiqués, le tiers doit néanmoins faire davantage que simplement démontrer que le préjudice peut se produire. L'objectif important visé par l'accès à l'information serait mis en échec par la norme de la simple possibilité qu'un préjudice soit causé. Il faut éviter de refuser la divulgation de renseignements sur le fondement d'une crainte de préjudice qui est fantaisiste, imaginaire ou forcée. Il n'y a aucune raison de reformuler le critère. En ce qui concerne la question de savoir s'il est possible que la divulgation de renseignements faisant déjà partie du domaine public puisse causer un préjudice, les renseignements accessibles au public ne sont généralement pas des renseignements soustraits à la divulgation selon le critère du préjudice. Toutefois, il peut être possible dans certains cas d'établir que la façon dont des renseignements accessibles au public ont été compilés à une fin particulière n'est pas elle-même de notoriété publique, ce qui pose le risque que la divulgation cause un préjudice. La divulgation de renseignements qui n'ont pas déjà été rendus publics et dont on démontre la longueur d'avance qu'ils confèrent à la concurrence dans le développement de produits concurrents, ou l'avantage concurrentiel qu'ils offrent à cette dernière en ce qui concerne des opérations à venir, peut, en principe, satisfaire aux conditions prévues à l'al. 20(1)c). La preuve doit convaincre la cour siégeant en révision qu'il existe un lien direct entre la divulgation

or competitive prejudice required in s. 20(1)(c). In this case, while Health Canada applied an unduly onerous test of probability of harm, a review of M's submissions and evidence confirms the Court of Appeal's intervention was nevertheless justified. Health Canada's evidence that virtually all of the unredacted information in issue was in the public domain was largely unanswered by M and it did not provide evidence showing how the disclosure of the redacted form of the information could reasonably be expected to give rise to the harm and prejudice it claimed. Moreover, M's submission that the release of some of the information could give an inaccurate perception of the product's safety cannot be accepted. Courts have often — and rightly — been sceptical about claims that the public misunderstanding of disclosed information will inflict harm. Refusing to disclose information for fear of public misunderstanding undermines the fundamental purpose of access to information legislation; the public should have access to information so that they can evaluate it for themselves.

Finally, the Court of Appeal's disposition of the s. 25 issue should be affirmed. M did not provide any submissions and the reviewing judge failed to explain why non-exempt material could not reasonably be severed and disclosed as required under s. 25. The Court of Appeal was obliged to intervene, although it erred to the extent it faulted the reviewing judge for having substituted his view for that of the institutional head. The reviewing judge was required to consider whether the institutional head had properly applied s. 25. The heart of the s. 25 exercise is determining when material subject to the disclosure obligation can reasonably be severed from exempt material. Severance will be reasonable only if disclosure of the unexcised portions of the record would reasonably fulfill the purposes of the Act, having regard to whether what is left after excising exempted material has any meaning and whether the effort of redaction by the government institution is justified by the benefits of severing and disclosing the remaining information. Where severance leaves only

des renseignements et le préjudice appréhendé et que la divulgation risque vraisemblablement de causer ce préjudice. La divulgation de renseignements tels que les dates, la numérotation et la partie d'une présentation de drogue nouvelle où se trouvent les renseignements, la façon dont elle est présentée, les listes d'études ou la déclaration que certaines études ont été consultées, ainsi que les renseignements au sujet du fonctionnement du processus réglementaire ne suscite habituellement pas le risque nécessaire en matière de préjudice ou de perte de compétitivité qu'exige l'al. 20(1)c). En l'espèce, bien que Santé Canada ait appliqué un critère trop exigeant pour apprécier la probabilité qu'un préjudice soit causé, l'examen des arguments de M et de la preuve confirme que l'intervention de la Cour d'appel fédérale était néanmoins justifiée. La preuve de Santé Canada que la quasi-totalité des renseignements non retranchés des pages en litige faisait partie du domaine public n'a pas, pour l'essentiel, été réfutée par M, et celle-ci n'a produit aucun élément de preuve démontrant en quoi la divulgation des renseignements sous leur forme expurgée risquait vraisemblablement de causer le préjudice qu'elle invoquait. En outre, l'argument de M que la divulgation de certains des renseignements pourrait donner une impression erronée quant à l'innocuité du produit ne saurait être retenu. Les tribunaux ont souvent — et avec raison — accueilli avec scepticisme les allégations que la mauvaise compréhension, par le public, des renseignements divulgués sera préjudiciable au tiers. Refuser de divulguer des renseignements par crainte que le public les comprenne mal compromettrait l'objet fondamental de la législation en matière d'accès à l'information; il s'agit de permettre aux membres du public de prendre connaissance des renseignements pour qu'ils puissent eux-mêmes les apprécier.

Enfin, il convient de confirmer la décision de la Cour d'appel fédérale relativement à l'art. 25. M n'a présenté aucun argument, et le juge siégeant en révision, aucun raisonnement, expliquant pourquoi les renseignements non soustraits à la divulgation ne pouvaient pas être prélevés et divulgués sans que cela ne pose de problèmes sérieux, comme l'exige l'art. 25. La Cour d'appel fédérale se devait d'intervenir, bien qu'elle ait commis une erreur dans la mesure où elle a reproché au juge siégeant en révision d'avoir substitué son avis à celui du responsable de l'institution. Le juge siégeant en révision était tenu de décider si le responsable de l'institution avait appliqué correctement l'art. 25. Selon l'art. 25, il faut essentiellement relever les parties du document soustrait à la communication qui peuvent, elles, être communiquées et dont le prélèvement ne pose pas de problèmes sérieux. Le prélèvement n'est raisonnable que si la divulgation des passages du document n'ayant pas été retranchés remplissait raisonnablement les objectifs de la Loi, ce qui dépend des questions de savoir si ce qu'il reste après

disconnected snippets of releasable information, disclosure of that type of information does not fulfill the purpose of the Act and severance is not reasonable.

*Per* Deschamps, Abella and Rothstein JJ. (dissenting): The Federal Court judge reviewing the decision of the head of an institution pursuant to s. 44 of the Act discharges a function similar to a trial judge. An appellate court must defer to a trial judge's findings on questions of fact as well as on questions of mixed fact and law. The standard to be applied on such questions, *per Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, is that of a palpable and overriding error. Deferring to trial judges' findings where it is appropriate to do so ensures that judicial resources are used efficiently, enhances access to justice and is consistent with the institutional role of the appellate court. Here, the reviewing judge's findings on the exemptions are fact-based or bear on questions of mixed fact and law, so deference is owed to them. No palpable and overriding error can be found in his judgments. While one may disagree with the result, the judge's conclusions can easily be explained by referring both to his reasons and to the parties' submissions. This Court ought not to be conducting the kind of technical review which is required in order to determine whether information qualifies for an exemption from disclosure under the Act. The size of the record, the time allotted to the parties to argue their cases in this Court, and the Court's institutional role are all factors that militate against reviewing the facts in minute detail. The deferential approach dictated by *Housen* is more consistent with this Court's role. The reviewing judge should not be required to provide a word-by-word, line-by-line, or even page-by-page explanation for his or her decision. The Federal Court of Appeal erred in retrying the case.

#### Cases Cited

By Cromwell J.

**Discussed:** *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; **referred to:** *Dagg v. Canada*

que les renseignements soustraits à la divulgation ont été retranchés du document a un sens, et s'il ressort que les avantages qu'il y a à prélever et divulguer les renseignements restants à la suite du processus d'expurgation justifient les efforts déployés par l'institution fédérale en vue d'expurger le document. Dans les cas où il ne reste que des bribes de renseignements pouvant être divulgués à la suite du prélèvement, la divulgation de ces renseignements ne remplit pas l'objet de la Loi, et le prélèvement n'est pas raisonnable.

*Les* juges Deschamps, Abella et Rothstein (dissidents) : Le juge de la Cour fédérale qui révisé la décision du responsable d'une institution dans le cadre de l'art. 44 de la Loi exerce une fonction qui s'apparente à celle d'un juge de première instance. Les cours d'appel doivent faire preuve de déférence envers les conclusions tirées par les juges de première instance tant à l'égard des questions de fait que des questions mixtes de fait et de droit. La norme qu'il convient d'appliquer à ces questions, selon *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, est celle de l'erreur manifeste et dominante. Faire preuve de déférence envers les conclusions des juges de première instance, lorsqu'il y a lieu, permet une utilisation efficace des ressources judiciaires, facilite l'accès à la justice et correspond au rôle institutionnel des cours d'appel. En l'espèce, les conclusions du juge siégeant en révision relativement aux exceptions reposent sur les faits ou portent sur des questions mixtes de fait et de droit, et il faut donc faire preuve de déférence à leur égard. Ses jugements ne comportent aucune erreur manifeste et dominante. Quelqu'un peut être en désaccord avec le résultat, mais il n'en demeure pas moins qu'on peut facilement expliquer les conclusions du juge en faisant référence tant à ses motifs qu'aux observations des parties. La Cour ne devrait pas procéder à l'examen technique nécessaire pour déterminer si tel ou tel renseignement est visé ou non par une quelconque exception à la règle de la divulgation prévue par la Loi. L'ampleur du dossier, le temps alloué aux parties pour présenter leurs arguments devant notre Cour ainsi que le rôle institutionnel de celle-ci sont tous des facteurs qui indiquent qu'il n'y a pas lieu de décortiquer les faits. La démarche empreinte de déférence qu'impose *Housen* correspond davantage au mandat de la Cour. Le juge siégeant en révision ne doit pas être tenu de justifier sa décision en faisant référence à chaque mot, chaque ligne, voire chaque page en litige. La Cour d'appel fédérale a commis une erreur en jugeant de nouveau l'affaire.

#### Jurisprudence

Citée par le juge Cromwell

**Arrêt analysé :** *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; **arrêts mentionnés :**

(*Minister of Finance*), [1997] 2 S.C.R. 403; *Ontario (Public Safety and Security) v. Criminal Lawyers' Association*, 2010 SCC 23, [2010] 1 S.C.R. 815; *Canada Post Corp. v. Canada (Minister of Public Works)*, [1995] 2 F.C. 110; *Canada (Privacy Commissioner) v. Canada (Labour Relations Board)*, [1996] 3 F.C. 609, aff'd (2000), 25 Admin. L.R. (3d) 305; *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Commissioner of the Royal Canadian Mounted Police)*, 2003 SCC 8, [2003] 1 S.C.R. 66; *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Minister of National Defence)*, 2011 SCC 25, [2011] 2 S.C.R. 306; *Air Atonabee Ltd. v. Canada (Minister of Transport)* (1989), 37 Admin. L.R. 245; *Merck Frosst Canada & Co. v. Canada (Minister of Health)*, 2003 FC 1422 (CanLII); *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *Twinn v. Canada (Minister of Indian Affairs and Northern Development)*, [1987] 3 F.C. 368, aff'd (1987), 80 N.R. 263; *H.J. Heinz Co. of Canada Ltd. v. Canada (Attorney General)*, 2006 SCC 13, [2006] 1 S.C.R. 441; *SNC-Lavalin Inc. v. Canada (Minister of Public Works)* (1994), 79 F.T.R. 113; *Maislin Industries Ltd. v. Minister for Industry, Trade and Commerce*, [1984] 1 F.C. 939; *Canada Packers Inc. v. Canada (Minister of Agriculture)*, [1989] 1 F.C. 47; *Rubin v. Canada (Canada Mortgage and Housing Corp.)*, [1989] 1 F.C. 265; *AstraZeneca Canada Inc. v. Canada (Minister of Health)*, 2005 FC 189 (CanLII) (supplementary reasons 2005 FC 648 (CanLII)), aff'd 2006 FCA 241, 353 N.R. 84; *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Prime Minister)*, [1993] 1 F.C. 427; *F.H. v. McDougall*, 2008 SCC 53, [2008] 3 S.C.R. 41; *Société Gamma Inc. v. Canada (Department of the Secretary of State)* (1994), 56 C.P.R. (3d) 58; *R. v. Stewart*, [1988] 1 S.C.R. 963; *R. I. Crain Ltd. v. Ashton*, [1949] O.R. 303, aff'd [1950] O.R. 62; *R. v. Hape*, 2007 SCC 26, [2007] 2 S.C.R. 292; *Zingre v. The Queen*, [1981] 2 S.C.R. 392; *Ordon Estate v. Grail*, [1998] 3 S.C.R. 437; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817; *Schreiber v. Canada (Attorney General)*, 2002 SCC 62, [2002] 3 S.C.R. 269; *Van de Perre v. Edwards*, 2001 SCC 60, [2001] 2 S.C.R. 1014; *Janssen-Ortho Inc. v. Canada (Minister of Health)*, 2007 FCA 252, 367 N.R. 134, aff'g 2005 FC 1633 (CanLII); *Les viandes du Breton Inc. v. Canada (Canadian Food Inspection Agency)*, 2006 FC 335 (CanLII); *Ottawa Football Club v. Canada (Minister of Fitness and Amateur Sports)*, [1989] 2 F.C. 480; *Saint John Shipbuilding Ltd. v. Canada (Minister of Supply and Services)* (1990), 67 D.L.R. (4th) 315; *Brookfield Lepage Johnson Controls Facility Management Services v. Canada (Minister of Public Works and Government Services)*, 2004 FCA 214, 322 N.R. 388; *Chesal v. Nova Scotia (Attorney General)*, 2003 NSCA 124, 219 N.S.R. (2d) 139;

*Dagg c. Canada (Ministre des Finances)*, [1997] 2 R.C.S. 403; *Ontario (Sûreté et Sécurité publique) c. Criminal Lawyers' Association*, 2010 CSC 23, [2010] 1 R.C.S. 815; *Société canadienne des postes c. Canada (Ministre des Travaux publics)*, [1995] 2 C.F. 110; *Canada (Commissaire à la protection de la vie privée) c. Canada (Conseil des relations du travail)*, [1996] 3 C.F. 609, conf. par 2000 CanLII 15487; *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Commissaire de la Gendarmerie royale du Canada)*, 2003 CSC 8, [2003] 1 R.C.S. 66; *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Ministre de la Défense nationale)*, 2011 CSC 25, [2011] 2 R.C.S. 306; *Air Atonabee Ltd. c. Canada (Ministre des Transports)*, [1989] A.C.F. n° 453 (QL); *Merck Frosst Canada & Co. c. Canada (Ministre de la Santé)*, 2003 CF 1422 (CanLII); *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Twinn c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1987] 3 C.F. 368, conf. par [1987] A.C.F. n° 834 (QL); *Cie H.J. Heinz du Canada ltée c. Canada (Procureur général)*, 2006 CSC 13, [2006] 1 R.C.S. 441; *SNC-Lavalin Inc. c. Canada (Ministre des Travaux publics)*, [1994] A.C.F. n° 1059 (QL); *Maislin Industries Ltd. c. Ministre de l'Industrie et du Commerce*, [1984] 1 C.F. 939; *Canada Packers Inc. c. Canada (Ministre de l'Agriculture)*, [1989] 1 C.F. 47; *Rubin c. Canada (Société canadienne d'hypothèques et de logement)*, [1989] 1 C.F. 265; *AstraZeneca Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)*, 2005 CF 189 (CanLII) (motifs supplémentaires 2005 CF 648 (CanLII)), conf. par 2006 CAF 241 (CanLII); *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Premier ministre)*, [1993] 1 C.F. 427; *F.H. c. McDougall*, 2008 CSC 53, [2008] 3 R.C.S. 41; *Société Gamma Inc. c. Canada (Secrétariat d'État)*, [1994] A.C.F. n° 589 (QL); *R. c. Stewart*, [1988] 1 R.C.S. 963; *R. I. Crain Ltd. c. Ashton*, [1949] O.R. 303, conf. par [1950] O.R. 62; *R. c. Hape*, 2007 CSC 26, [2007] 2 R.C.S. 292; *Zingre c. La Reine*, [1981] 2 R.C.S. 392; *Succession Ordon c. Grail*, [1998] 3 R.C.S. 437; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *Schreiber c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 62, [2002] 3 R.C.S. 269; *Van de Perre c. Edwards*, 2001 CSC 60, [2001] 2 R.C.S. 1014; *Janssen-Ortho Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)*, 2007 CAF 252, [2007] A.C.F. n° 927 (QL), conf. 2005 CF 1633 (CanLII); *Viandes du Breton Inc. c. Canada (Agence canadienne d'inspection des aliments)*, 2006 CF 335 (CanLII); *Ottawa Football Club c. Canada (Ministre de la Condition physique et du Sport amateur)*, [1989] 2 C.F. 480; *Saint John Shipbuilding Ltd. c. Canada (Ministre des Approvisionnement et Services)*, [1990] A.C.F. n° 81 (QL); *Brookfield Lepage Johnson Controls Facility Management Services c. Canada (Ministre des Travaux publics et des Services*

*Lavigne v. Canada (Office of the Commissioner of Official Languages)*, 2002 SCC 53, [2002] 2 S.C.R. 773; *Information Commissioner (Can.) v. Immigration and Refugee Board (Can.)* (1997), 140 F.T.R. 140; *Hilewitz v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 SCC 57, [2005] 2 S.C.R. 706; *Kwiatkowsky v. Minister of Employment and Immigration*, [1982] 2 S.C.R. 856; *Re Actors' Equity Assn. of Australia and Australian Broadcasting Tribunal (No 2)* (1985), 7 A.L.D. 584; *Watt v. Forests*, [2007] NSWADT 197 (AustLII); *Cyanamid Canada Inc. v. Canada (Minister of Health & Welfare)* (1992), 9 Admin. L.R. (2d) 161; *AB Hassle v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (1998), 161 F.T.R. 15, aff'd [2000] 3 F.C. 360; *Wells v. Canada (Minister of Transport)* (1995), 103 F.T.R. 17; *Culver v. Canada (Minister of Public Works and Government Services)*, 1999 CanLII 8959; *Bitove Corp. v. Canada (Minister of Transport)* (1996), 119 F.T.R. 278; *Coradix Technology Consulting Ltd. v. Canada (Minister of Public Works and Government Services)*, 2006 FC 1030, 307 F.T.R. 116; *Canada Post Corp. v. National Capital Commission*, 2002 FCT 700, 221 F.T.R. 56; *Aventis Pasteur Ltd. v. Canada (Attorney General)*, 2004 FC 1371, 262 F.T.R. 73; *Prud'homme v. Agence canadienne de développement international* (1994), 85 F.T.R. 302; *Coopérative fédérée du Québec v. Canada (Ministre de l'Agriculture et de l'Agroalimentaire)* (2000), 180 F.T.R. 205; *Blank v. Canada (Minister of the Environment)*, 2007 FCA 289, 368 N.R. 279; *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Solicitor General)*, [1988] 3 F.C. 551; *Montana Band of Indians v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1989] 1 F.C. 143.

By Deschamps J. (dissenting)

*Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Prairie Acid Rain Coalition v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)*, 2006 FCA 31, [2006] 3 F.C.R. 610; *Zenner v. Prince Edward Island College of Optometrists*, 2005 SCC 77, [2005] 3 S.C.R. 645; *Canadian Imperial Bank of Commerce v. Canada (Chief Commissioner, Human Rights Commission)*, 2007 FCA 272, [2008] 2 F.C.R. 509; *Rubin v. Canada (Minister of Health)*, 2003 FCA 37, 300 N.R. 179; *Merck Frosst Canada Ltd. v. Canada (Minister of National Health)*, 2002 FCA 35 (CanLII); *SNC Lavalin Inc. v. Canada (Minister for International Co-operation)*, 2007 FCA 397, 77 Admin. L.R. (4th) 1;

*gouvernementaux*, 2004 CAF 214 (CanLII); *Chesal c. Nova Scotia (Attorney General)*, 2003 NSCA 124, 219 N.S.R. (2d) 139; *Lavigne c. Canada (Commissariat aux langues officielles)*, 2002 CSC 53, [2002] 2 R.C.S. 773; *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Commission de l'immigration et du statut de réfugié)*, [1997] A.C.F. n° 1812 (QL); *Hilewitz c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CSC 57, [2005] 2 R.C.S. 706; *Kwiatkowsky c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1982] 2 R.C.S. 856; *Re Actors' Equity Assn. of Australia and Australian Broadcasting Tribunal (No 2)* (1985), 7 A.L.D. 584; *Watt c. Forests*, [2007] NSWADT 197 (AustLII); *Cyanamid Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, [1992] A.C.F. n° 950 (QL); *AB Hassle c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, 1998 CanLII 8942, conf. par [2000] 3 C.F. 360; *Wells c. Canada (Ministre des Transports)*, [1995] A.C.F. n° 1447 (QL); *Culver c. Canada (Ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux)*, 1999 CanLII 8959; *Bitove Corp. c. Canada (Ministre des Transports)*, [1996] A.C.F. n° 1198 (QL); *Coradix Technology Consulting Ltd. c. Canada (Ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux)*, 2006 CF 1030 (CanLII); *Société canadienne des postes c. Commission de la capitale nationale*, 2002 CFPI 700 (CanLII); *Aventis Pasteur Ltée c. Canada (Procureur général)*, 2004 CF 1371 (CanLII); *Prud'homme c. Agence canadienne de développement international* (1994), 85 F.T.R. 302; *Coopérative fédérée du Québec c. Canada (Ministre de l'Agriculture et de l'Agroalimentaire)* (2000), 180 F.T.R. 205; *Blank c. Canada (Ministre de l'Environnement)*, 2007 CAF 289 (CanLII); *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Solliciteur général)*, [1988] 3 C.F. 551; *Bande indienne de Montana c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1989] 1 C.F. 143.

Citée par la juge Deschamps (dissidente)

*Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Prairie Acid Rain Coalition c. Canada (Ministre des Pêches et des Océans)*, 2006 CAF 31, [2006] 3 R.C.F. 610; *Zenner c. Prince Edward Island College of Optometrists*, 2005 CSC 77, [2005] 3 R.C.S. 645; *Banque Canadienne Impériale de Commerce c. Canada (Commissaire en chef, Commission canadienne des droits de la personne)*, 2007 CAF 272, [2008] 2 R.C.F. 509; *Rubin c. Canada (Ministre de la Santé)*, 2003 CAF 37 (CanLII); *Merck Frosst Canada Ltée c. Canada (Ministre de la Santé nationale)*, 2002 CAF 35 (CanLII); *SNC Lavalin Inc. c. Canada (Ministre de la Coopération internationale)*, 2007 CAF 397 (CanLII);

3430901 *Canada Inc. v. Canada (Minister of Industry)*, 2001 FCA 254, [2002] 1 F.C. 421; *Air Atonabee Ltd. v. Canada (Minister of Transport)* (1989), 37 Admin. L.R. 245; *Underwood v. Ocean City Realty Ltd.* (1987), 12 B.C.L.R. (2d) 199; *Janssen-Ortho Inc. v. Canada (Minister of Health)*, 2007 FCA 252, 367 N.R. 134.

### Statutes and Regulations Cited

*Access to Information Act*, R.S.C. 1985, c. A-1, ss. 2(1), 3 “third party”, 4, 13 to 28, 41, 42, 44, 45, 46, 50, 51, Schedule II.  
*Access to Information Act Extension Order, No. 1*, SOR/89-207.  
*Act respecting access to documents held by public bodies and the Protection of personal information*, R.S.Q., c. A-2.1.  
*Anti-terrorism Act*, S.C. 2001, c. 41, ss. 25, 29.  
*Competition Act*, R.S.C. 1985, c. C-34, ss. 11(1), 74.11(4).  
*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 25.1(9), 382.1(2).  
*Food and Drug Regulations*, C.R.C., c. 870, ss. C.01.017, C.08.002.  
*Food and Drug Regulations, amendment*, SOR/95-411.  
*Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, R.S.O. 1990, c. F.31.  
*Insurance Companies Act*, S.C. 1991, c. 47, s. 294(6).  
*Regulations Amending the Food and Drug Regulations (Data Protection)*, SOR/2006-241.  
*Security of Information Act*, R.S.C. 1985, c. O-5 [formerly *Official Secrets Act*], s. 19(4) [ad. 2001, c. 41, s. 29].

### International Documents

*Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*, 1869 U.N.T.S. 299 (being Annex 1C of the *Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization*, 1869 U.N.T.S. 3), art. 39.  
*North American Free Trade Agreement Between the Government of Canada, the Government of the United Mexican States and the Government of the United States of America*, Can. T.S. 1994 No. 2, art. 1711.

### Authors Cited

Bastarache, Michel, et al. *The Law of Bilingual Interpretation*. Markham, Ont.: LexisNexis, 2008.

3430901 *Canada Inc. c. Canada (Ministre de l'Industrie)*, 2001 CAF 254, [2002] 1 C.F. 421; *Air Atonabee Ltd. c. Canada (Ministre des Transports)*, [1989] A.C.F. n° 453 (QL); *Underwood c. Ocean City Realty Ltd.* (1987), 12 B.C.L.R. (2d) 199; *Janssen-Ortho Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)*, 2007 CAF 252, [2007] A.C.F. n° 927 (QL).

### Lois et règlements cités

*Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 25.1(9), 382.1(2).  
*Décret d'extension n° 1 (Loi sur l'accès à l'information)*, DORS/89-207.  
*Loi antiterroriste*, L.C. 2001, ch. 41, art. 25, 29.  
*Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. 1985, ch. A-1, art. 2(1), 3 « tiers », 4, 13 à 28, 41, 42, 44, 45, 46, 50, 51, annexe II.  
*Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée*, L.R.O. 1990, ch. F.31.  
*Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels*, L.R.Q., ch. A-2.1.  
*Loi sur la concurrence*, L.R.C. 1985, ch. C-34, art. 11(1), 74.11(4).  
*Loi sur la protection de l'information*, L.R.C. 1985, ch. 0-5 [auparavant la *Loi sur les secrets officiels*], art. 19(4) [aj. 2001, ch. 41, art. 29].  
*Loi sur les sociétés d'assurances*, L.C. 1991, ch. 47, art. 294(6).  
*Règlement modifiant le Règlement sur les aliments et drogues (protection des données)*, DORS/2006-241.  
*Règlement sur les aliments et drogues*, C.R.C., ch. 870, art. C.01.017, C.08.002.  
*Règlement sur les aliments et drogues — Modification*, DORS/95-411.

### Documents internationaux

*Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis d'Amérique et le gouvernement des États-Unis du Mexique*, R.T. Can. 1994 n° 2, art. 1711.  
*Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce*, 1869 R.T.N.U. 332 (annexe 1C de l'*Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce*, 1869 R.T.N.U. 3), art. 39.

### Doctrine et autres documents cités

Bastarache, Michel, et autres. *Le droit de l'interprétation bilingue*. Montréal : LexisNexis, 2009.

Brandeis, Louis D. “What Publicity Can Do”, *Harper’s Weekly*, vol. 58, December 20, 1913, 10.

Canada. Health Canada. *Therapeutic Products Programme Guideline — Preparation of Human New Drug Submissions*. Ottawa: The Department, 1991.

*Canadian Oxford Dictionary*, 2nd ed. Edited by Katherine Barber. Don Mills, Ont.: Oxford University Press, 2004, “expect”, “likely”.

Doray, Raymond, et François Charette. *Accès à l’information: loi annotée: jurisprudence, analyse et commentaires*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2001 (feuilles mobiles mises à jour décembre 2010, envoi n° 20).

Hughes, Roger T., and Dino P. Clarizio. *Halsbury’s Laws of Canada — Patents, Trade Secrets and Industrial Designs*. Markham, Ont.: LexisNexis, 2007.

Hughes, Roger T., Dino P. Clarizio and Neal Armstrong. *Hughes & Woodley on Patents*, 2nd ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2005 (loose-leaf updated April 2011, release 25).

Parisien, Serge. *Les secrets commerciaux et la Loi sur l’accès à l’information du Québec*. Montréal: Wilson & Lafleur, 1993.

Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2008.

Vaver, David. “Civil Liability for Taking or Using Trade Secrets in Canada” (1981), 5 *Can. Bus. L.J.* 253.

APPEALS from a judgment of the Federal Court of Appeal (Desjardins, Noël and Pelletier J.J.A.), 2009 FCA 166, 400 N.R. 1, [2009] F.C.J. No. 627 (QL), 2009 CarswellNat 5226, reversing the decisions of Beaudry J., 2006 FC 1200, 301 F.T.R. 241, 59 C.P.R. (4th) 312, [2006] F.C.J. No. 1504 (QL), 2006 CarswellNat 5635, and 2006 FC 1201 (CanLII), [2006] F.C.J. No. 1505 (QL), 2006 CarswellNat 5644. Appeals dismissed, Deschamps, Abella and Rothstein JJ. dissenting.

*Catherine Beagan Flood and Patrick Kergin*, for the appellant.

*Bernard Letarte and René LeBlanc*, for the respondent.

*Anthony G. Creber and John Norman*, for the intervenor.

Brandeis, Louis D. « What Publicity Can Do », *Harper’s Weekly*, vol. 58, December 20, 1913, 10.

Canada. Santé Canada. *Directives du Programme des produits thérapeutiques — Préparation d’une présentation de drogue nouvelle à usage humain*. Ottawa : Le ministère, 1991.

*Canadian Oxford Dictionary*, 2nd ed. Edited by Katherine Barber. Don Mills, Ont. : Oxford University Press, 2004, « expect », « likely ».

Doray, Raymond, et François Charette. *Accès à l’information: loi annotée: jurisprudence, analyse et commentaires*. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2001 (feuilles mobiles mises à jour décembre 2010, envoi n° 20).

Hughes, Roger T., and Dino P. Clarizio. *Halsbury’s Laws of Canada — Patents, Trade Secrets and Industrial Designs*. Markham, Ont. : LexisNexis, 2007.

Hughes, Roger T., Dino P. Clarizio and Neal Armstrong. *Hughes & Woodley on Patents*, 2nd ed. Markham, Ont. : LexisNexis, 2005 (loose-leaf updated April 2011, release 25).

Parisien, Serge. *Les secrets commerciaux et la Loi sur l’accès à l’information du Québec*. Montréal : Wilson & Lafleur, 1993.

Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont. : LexisNexis, 2008.

Vaver, David. « Civil Liability for Taking or Using Trade Secrets in Canada » (1981), 5 *Rev. can. dr. comm.* 253.

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d’appel fédérale (les juges Desjardins, Noël et Pelletier), 2009 CAF 166, 400 N.R. 1, [2009] A.C.F. n° 627 (QL), 2009 CarswellNat 1532, qui a infirmé les décisions du juge Beaudry, 2006 CF 1200, 301 F.T.R. 241, 59 C.P.R. (4th) 312, [2006] A.C.F. n° 1504 (QL), 2006 CarswellNat 3191, et 2006 CF 1201 (CanLII), [2006] A.C.F. n° 1505 (QL), 2006 CarswellNat 3316. Pourvois rejetés, les juges Deschamps, Abella et Rothstein sont dissidents.

*Catherine Beagan Flood et Patrick Kergin*, pour l’appelante.

*Bernard Letarte et René LeBlanc*, pour l’intimé.

*Anthony G. Creber et John Norman*, pour l’intervenante.

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

CROMWELL J. —

### I. Overview

[1] Broad rights of access to government information serve important public purposes. They help to ensure accountability and ultimately, it is hoped, to strengthen democracy. “Sunlight”, as Louis Brandeis put it so well, “is said to be the best of disinfectants” (“What Publicity Can Do”, *Harper’s Weekly*, December 20, 1913, 10, at p. 10).

[2] Providing access to government information, however, also engages other public and private interests. Government, for example, collects information from third parties for regulatory purposes, information which may include trade secrets and other confidential commercial matters. Such information may be valuable to competitors and disclosing it may cause financial or other harm to the third party who had to provide it. Routine disclosure of such information might even ultimately discourage research and innovation. Thus, too single-minded a commitment to access to this sort of government information risks ignoring these interests and has the potential to inflict a lot of collateral damage. There must, therefore, be a balance between granting access to information and protecting these other interests in relation to some types of third party information.

[3] The need for this balance is well illustrated by these appeals. They arise out of requests for information which had been provided to government by a manufacturer as part of the new drug approval process. In order to get approval to market new drugs, innovator pharmaceutical companies, such as the appellant Merck Frosst Canada Ltd. (“Merck”), are required to disclose a great deal of information to the government regulator, the respondent Health Canada, including a lot of material that they, with

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

LE JUGE CROMWELL —

### I. Aperçu

[1] Les droits généraux en matière d'accès aux documents de l'administration fédérale servent des fins importantes d'ordre public. Ils contribuent à assurer la reddition de comptes et en bout de ligne renforcent, souhaitons-le, la démocratie. Comme l'a si bien exprimé Louis Brandeis, [TRADUCTION] « [l]a lumière du soleil est, dit-on, le meilleur des désinfectants » (« What Publicity Can Do », *Harper’s Weekly*, 20 décembre 1913, 10, p. 10).

[2] Par contre, l'accès aux documents de l'administration fédérale met aussi en jeu d'autres intérêts publics et privés. Par exemple, l'administration recueille auprès de tiers, à des fins réglementaires, des renseignements qui peuvent comprendre des secrets industriels et d'autres renseignements commerciaux de nature confidentielle. Pareils renseignements peuvent avoir une certaine valeur pour les concurrents du tiers qui les a fournis et leur divulgation risque parfois de causer un préjudice financier ou autre à ce dernier. Leur divulgation systématique pourrait même en venir à décourager la recherche et l'innovation. La volonté obstinée de communiquer de tels documents risque par conséquent de faire abstraction de ces intérêts et de causer indirectement bien des dommages. Il doit donc y avoir un équilibre entre l'accès à l'information et la protection de ces autres intérêts dans le cas de certains types de renseignements de tiers.

[3] Les présents pourvois, qui illustrent bien la nécessité d'atteindre cet équilibre, découlent de demandes visant à obtenir des renseignements qu'un fabricant avait fournis à l'administration fédérale dans le cadre du processus d'approbation des drogues nouvelles. Pour obtenir l'autorisation de mettre en marché des drogues nouvelles, les sociétés pharmaceutiques innovatrices, telle l'appelante, Merck Frosst Canada Ltée (« Merck »), doivent fournir une grande quantité de renseignements à l'autorité

good reason, do not want to fall into their competitors' hands. But competitors, like everyone else in Canada, are entitled to the disclosure of government information under the *Access to Information Act*, R.S.C. 1985, c. A-1 ("Act" or "ATI").

[4] The Act strikes a careful balance between the sometimes competing objectives of encouraging disclosure and protecting third party interests. While the Act requires government institutions to make broad disclosure of information, it also provides exemptions from disclosure for certain types of third party information, such as trade secrets or information the disclosure of which could cause economic harm to a third party. It also provides third parties with procedural protections. These appeals concern how the balance struck by the legislation between disclosure and protection of third parties should be reflected in the interpretation and administration of that legislation.

[5] Health Canada received access to information requests relating to certain new drug submissions made to it by Merck. A series of disputes then arose between Merck, a third party to the requests, and the Minister of Health about what information had to be disclosed and what was exempt from disclosure. An avalanche of paperwork and court proceedings ensued. No fewer than five proceedings before the Federal Courts, generating a record of some 67 bound volumes of material, have brought the parties to this Court. At issue are the interpretation and application of several provisions of the Act that govern the disclosure or non-disclosure of third party confidential commercial information.

[6] Merck says that the balance has swung too far in favour of disclosure, both in the way the Act was administered by Health Canada and in the way it was interpreted by the Federal Court of Appeal. Merck has three main complaints. First, it says

de réglementation du gouvernement, l'intimé, Santé Canada, y compris beaucoup de documents qu'elles ne souhaitent pas, avec raison, voir aboutir entre les mains de leurs concurrents. Or, les concurrents, comme toute autre personne au Canada, ont droit à la divulgation de renseignements de l'administration fédérale en vertu de la *Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. 1985, ch. A-1 (« Loi »).

[4] La Loi établit le juste équilibre entre des objectifs parfois contradictoires, à savoir encourager la communication de l'information tout en protégeant les intérêts des tiers. Bien que la Loi oblige les institutions fédérales à divulguer une grande partie de leurs renseignements, elle soustrait à la divulgation certains types de renseignements provenant de tiers, tels les secrets industriels et les renseignements dont la divulgation pourrait causer un préjudice économique à un tiers. Elle accorde aussi aux tiers des garanties procédurales. Les présents pourvois portent sur la façon dont l'équilibre établi par la législation entre la divulgation de renseignements et la protection des tiers doit se refléter dans l'interprétation et l'application de celle-ci.

[5] Santé Canada a reçu des demandes d'accès à l'information concernant certaines présentations de drogue nouvelle faites par Merck. Une série de différends sont survenus par la suite entre Merck, un tiers en ce qui concerne les demandes, et le ministre de la Santé sur la question de savoir quels renseignements étaient assujettis à l'obligation de divulgation et quels renseignements y étaient soustraits. Il s'en est ensuivi une avalanche de paperasses et de procédures judiciaires. Pas moins de cinq procédures devant les cours fédérales, à l'origine d'un dossier de quelque 67 volumes de documents, ont amené les parties devant notre Cour. Le litige porte sur l'interprétation et l'application de plusieurs dispositions de la Loi qui régissent la divulgation ou la non-divulgation, selon le cas, de renseignements commerciaux confidentiels de tiers.

[6] Merck soutient que l'équilibre atteint par la Loi favorise indûment la divulgation, et ce tant dans la façon dont Santé Canada a appliqué la Loi que dans l'interprétation que lui a donnée la Cour d'appel fédérale. Merck se plaint de trois choses.

that Health Canada failed to give it notice and an opportunity to make objections before disclosing some of its confidential information. This complaint raises issues about the threshold under the Act for giving third parties notice before disclosing their information. Second, Merck says that Health Canada failed to conduct an adequate review of the information before making its initial decision that the information was subject to disclosure. The effect of this, Merck claims, is that Health Canada effectively shifted its statutory obligations onto it, resulting in Merck having to expend extensive human and financial resources to deal with the access to information requests. In short, the process itself inflicted undue commercial injury. This point requires analysis of the nature of the government institution's duties under the Act and the role of the third party when it claims exemption for the information sought. Third, Merck contends that both Health Canada and the Federal Court of Appeal held it to too onerous a standard of proof that the information was exempt. This contention requires an examination of the burden and standard of proof on a third party claiming exemptions from disclosure.

[7] In addition to these main points, Merck also submits that the Federal Court of Appeal applied the wrong standard of appellate review and misapplied the provisions relating to the disclosure of information that can be reasonably severed from exempt material in the same record.

[8] Although my view is that Merck's appeals should be dismissed, there is nonetheless some merit to its complaints. I will take the opportunity the case provides to set out my understanding of when notice must be given to a third party, what the role of the government institution is in applying the third party exemptions and what are the applicable standards and burdens of proof in relation to them. I will address the standard of review on appeal and

Premièrement, elle dit que Santé Canada ne lui a pas donné de préavis ni de possibilité de formuler des objections avant de divulguer une partie des renseignements de nature confidentielle qu'elle lui avait fournis. Cette plainte soulève des questions au sujet du seuil à atteindre pour que prenne naissance l'obligation légale du responsable de l'institution d'aviser les tiers avant de divulguer des renseignements fournis par ces derniers. Deuxièmement, selon Merck, Santé Canada n'a pas examiné convenablement les renseignements avant de prendre sa décision initiale qu'ils pouvaient être divulgués. Merck prétend qu'en procédant ainsi Santé Canada s'est trouvé à lui transférer ses obligations légales, ce qui l'a contrainte à consacrer énormément de ressources humaines et financières pour traiter les demandes d'accès à l'information. Bref, le processus lui-même lui aurait causé un préjudice commercial indu. Cet argument appelle une analyse de la nature des obligations légales de l'institution fédérale et du rôle qui incombe au tiers qui soutient que les renseignements en cause sont visés par une exception. Troisièmement, Merck prétend que Santé Canada et la Cour d'appel fédérale l'ont obligée à s'acquitter d'un fardeau de preuve trop lourd à cet égard. Cette prétention appelle un examen du fardeau et de la norme de preuve qui incombent au tiers qui invoque des exceptions pour s'opposer à la divulgation de certains renseignements.

[7] Outre ces arguments principaux, Merck fait valoir que la Cour d'appel fédérale a appliqué la mauvaise norme de contrôle en appel et qu'elle s'est trompée en appliquant les dispositions en matière de divulgation des renseignements qui peuvent être prélevés, sans poser de problèmes sérieux, des documents soustraits à la communication.

[8] Bien que je sois d'avis de rejeter les pourvois de Merck, j'estime néanmoins que ses plaintes sont en partie fondées. Je profiterai de l'occasion que m'offre la présente affaire pour exposer mon avis sur les circonstances dans lesquelles il faut donner un préavis au tiers intéressé, sur le rôle qui incombe à l'institution fédérale dans l'application des exceptions relatives aux tiers ainsi que sur les normes et les fardeaux de preuve qui

how the severance provisions should be applied. Finally, I will deal with the specific rulings about the numerous pages of information still in contention. The main challenge of the appeals is to determine how to interpret and apply the Act so that it strikes the balance Parliament intended between broad rights of access and protection of third party information.

[9] A good deal of background is required in order to understand the precise issues before the Court, which I will provide in the following section.

## II. Facts, Proceedings and Issues

[10] The case arises out of two access to information requests made with respect to information submitted by Merck to Health Canada in the course of seeking approval to market two products.

[11] Merck applied to obtain approval to market Singulair®, an asthma medication, by filing a New Drug Submission (“NDS”) in early 1997. To obtain Health Canada’s approval, Merck had to make full and frank disclosure of all of its knowledge and information about the drug. Approval was granted approximately a year and a half later and, as a result, the drug was marketed and sold in Canada. In 1999, Merck applied for approval of Singulair® in a 4-mg dose that would extend the permitted indications for the drug to patients two to five years of age. This required the submission of a Supplementary New Drug Submission (“SNDS”). An SNDS is submitted to request the authorization to market a drug that has already been approved and for which certain changes have been made, for instance and as in this case, proposing a new dosage. This process of approval, as with an NDS, required Merck to submit a great deal of

s’appliquent à ces exceptions. Je discuterai également de la norme de contrôle en appel et de la façon dont il convient d’appliquer les dispositions en matière de prélèvement de renseignements. Enfin, je traiterai des décisions qui ont été prises relativement aux nombreuses pages de renseignements toujours en litige. Le plus grand défi que posent les pourvois consiste à déterminer comment il faut interpréter et appliquer la Loi de manière à établir l’équilibre recherché par le législateur entre les droits généraux en matière d’accès à l’information et la protection des renseignements de tiers.

[9] Il faut bien connaître le contexte dans lequel s’inscrit la présente affaire pour comprendre les questions précises dont la Cour est saisie. C’est pourquoi je le décrirai en détail dans la prochaine partie.

## II. Les faits, l’historique procédural et les questions en litige

[10] Le litige découle de deux demandes d’accès à l’information visant des renseignements que Merck a fournis à Santé Canada en vue d’obtenir l’autorisation de mettre en marché deux produits.

[11] Merck a sollicité l’autorisation de mettre en marché le Singulair®, un médicament contre l’asthme, en déposant une présentation de drogue nouvelle (« PDN ») au début de 1997. Pour obtenir l’approbation de Santé Canada, Merck devait divulguer tout ce qu’elle savait à propos de la drogue ainsi que tous les renseignements dont elle disposait au sujet de celle-ci. Elle a obtenu cette approbation près d’un an et demi plus tard. La drogue a donc été mise en marché et vendue au Canada. En 1999, Merck a demandé l’approbation d’une dose de 4 mg de Singulair® qui permettrait d’en étendre la posologie autorisée aux patients âgés d’au moins deux ans, mais de pas plus de cinq ans. Pour ce faire, elle a dû déposer une présentation supplémentaire de drogue nouvelle (« PSDN »). On dépose une PSDN pour demander l’autorisation de mettre en marché une drogue déjà approuvée à l’égard de laquelle certaines modifications ont été apportées, par exemple

information. The new dosage was approved and the drug marketed.

[12] In due course, Health Canada received access to information requests relating to both Merck's NDS and SNDS. With respect to the NDS, the requester sought access to the Notice of Compliance, the Comprehensive Summary, the Health Canada reviewers' notes, and the correspondence between Health Canada and Merck. With respect to the SNDS, the requester asked for all releasable records.

[13] As we shall see, these access to information requests led to lengthy exchanges between Merck and Health Canada about how Health Canada was processing them and what documents were or were not subject to disclosure, leading ultimately to extensive court proceedings.

[14] These appeals engage two quite complex legislative and regulatory schemes, one relating to new drug approval and the other to access to information. I will, therefore, briefly outline these schemes. I will then set out a brief account of how Health Canada addressed the access to information requests, a brief summary of the ensuing court proceedings in the Federal Courts leading to the appeals to this Court and a statement of the precise issues that must be resolved.

#### A. *The New Drug Approval Process*

[15] To seek approval to market a new drug in Canada, Merck was required to file an NDS which must comply with the *Food and Drug Regulations*, C.R.C., c. 870, s. C.08.002. This submission is a comprehensive disclosure of all of Merck's information on the new drug. Amongst other things, it

pour proposer une nouvelle posologie, comme c'est le cas en l'espèce. Ce processus d'approbation obligeait Merck à fournir une grande quantité de renseignements, comme dans le cas d'une PDN. La nouvelle posologie a été approuvée, et la drogue mise en marché sous cette forme.

[12] Santé Canada a éventuellement reçu des demandes d'accès à l'information visant à la fois la PDN et la PSDN de Merck. Pour ce qui est de la PDN, le demandeur souhaitait obtenir l'avis de conformité, le sommaire général, les notes des examinateurs de Santé Canada et la correspondance entre Santé Canada et Merck. Pour ce qui est de la PSDN, le demandeur souhaitait obtenir tous les documents pouvant être communiqués.

[13] Comme nous le verrons plus loin, ces demandes d'accès à l'information ont mené à de longs échanges entre Merck et Santé Canada sur la façon dont Santé Canada traitait ces dernières et sur la question de savoir quels documents pouvaient être communiqués au demandeur et quels documents ne pouvaient pas l'être, ce qui a donné lieu en bout de ligne à de longues procédures judiciaires.

[14] Les présents pourvois portent sur deux régimes législatifs et réglementaires plutôt complexes : l'un d'eux vise l'approbation des drogues nouvelles et l'autre, l'accès à l'information. Je décrirai brièvement ces régimes, puis j'expliquerai de façon succincte comment Santé Canada a traité les demandes d'accès à l'information. Enfin, je ferai un court résumé des procédures devant les cours fédérales auxquelles ces demandes ont donné lieu et qui sont à l'origine des présents pourvois, avant d'énoncer les questions précises que notre Cour est appelée à trancher.

#### A. *Le processus d'approbation des drogues nouvelles*

[15] Pour demander l'autorisation de mettre en marché une drogue nouvelle au Canada, Merck devait déposer une PDN conformément à l'art. C.08.002 du *Règlement sur les aliments et drogues*, C.R.C., ch. 870. Cette présentation constituait une divulgation complète de tous les renseignements

must submit a list of ingredients, the details of the methods of manufacture, details of the tests to be applied to control the potency, purity, stability and safety of the new drug, and detailed reports of the tests made to establish safety. Some of this information is made public upon approval of the new drug. Merck was also required to submit a statement of all representations to be made for the promotion of the new drug respecting the administration of the proposed dosage, the claims to be made and the contra-indication and side effects of the new drug.

[16] Health Canada has issued quite detailed guidelines for the preparation of new drug submissions. The submission is to be in five main parts:

Part 1 — Master Volume;

Part 2 — Chemistry and Manufacturing, which sets out detailed information about the drug substance;

Part 3 — Comprehensive Summary, which sets out investigational studies relating to pharmacology, toxicology, microbiology, published and unpublished investigational articles, clinical studies and research and development of the drug. The Comprehensive Summary is the heart of the NDS, consisting of factual, concise descriptions of the methodology, results, conclusions and evaluations of the relevant investigational animal and clinical human studies;

Part 4 — Sectional Reports detailing investigational and clinical studies; and

Part 5 — Raw data from preclinical and clinical studies.

*(Therapeutic Products Programme Guideline — Preparation of Human New Drug Submissions (1991))*

dont disposait Merck au sujet de la drogue. Merck devait notamment fournir une liste des ingrédients, les détails des procédés de fabrication, les détails des analyses à faire pour contrôler l'activité, la pureté, la stabilité et l'innocuité de la drogue, ainsi que des comptes rendus détaillés des analyses qui avaient été faites pour établir l'innocuité de celle-ci. Certains de ces renseignements sont rendus publics une fois la drogue approuvée. Merck devait aussi remettre une déclaration de toutes les recommandations qui devaient être faites dans la réclame pour la drogue nouvelle au sujet de l'administration de la posologie proposée, des propriétés attribuées à la drogue ainsi que des contre-indications et des effets secondaires de celle-ci.

[16] Selon les lignes directrices assez détaillées que Santé Canada a publiées au sujet de la préparation des présentations de drogue nouvelle, ces dernières doivent se composer de cinq parties principales :

Partie 1 — Volume principal;

Partie 2 — Chimie et fabrication, partie qui contient des renseignements détaillés sur la substance pharmaceutique;

Partie 3 — Sommaire général, partie qui décrit les travaux de recherche relatifs à la pharmacologie, la toxicologie et la microbiologie, les articles de recherche, publiés ou non, les études cliniques et la recherche qui a été faite relativement à la drogue ainsi que l'élaboration de celle-ci. Le sommaire général est le cœur de la PDN et il contient de courtes descriptions factuelles de la méthodologie, des résultats, des conclusions et des évaluations des études cliniques pertinentes qui ont été faites auprès d'animaux et d'êtres humains;

Partie 4 — Rapports de section, partie qui expose en détail les études cliniques et les travaux de recherche qui ont été faits;

Partie 5 — Données brutes tirées des études précliniques et cliniques.

*(Directives du Programme des produits thérapeutiques — Préparation d'une présentation de drogue nouvelle à usage humain (1991))*

[17] Once submitted, Health Canada reviews and evaluates this information. This produces what is referred to in the record as “reviewers’ notes”. During the review process, the reviewers of course comment on the information provided and frequently pose questions and seek additional information from the manufacturer. These requests, along with other communications passing between Health Canada and the manufacturer constitute what has been referred to in the record as correspondence. Before this Court, information in three types of documents is at issue: the Comprehensive Summary, the reviewers’ notes and the correspondence.

[18] When all this information has been reviewed by Health Canada, a publicly available Product Monograph will be approved. This is a scientific document which contains the information for safe and effective use of the drug. It is based on data summarized in the Comprehensive Summary and is drafted and redrafted as Health Canada and the manufacturer discuss the product and exchange information. The final Product Monograph may not include all of the information exchanged between the parties. Rather, it is the result of discussions and compromise between them. It is published as part of the Notice of Compliance issued by Health Canada.

[19] An SNDS follows a similar process.

#### B. *Access to Information Legislation and Process*

[20] It is useful now to turn to a brief review of the legislative provisions that governed Health Canada’s response to the access to information requests relating to Merck’s NDS and SNDS. I have set out the most relevant provisions of the Act in the Appendix to these reasons.

[21] The purpose of the Act is to provide a right of access to information in records under the control of a government institution. The Act has three

[17] Ces renseignements doivent être communiqués à Santé Canada pour qu’il en fasse l’analyse et l’étude, d’où résulte ce qu’on appelle dans le dossier les « notes des examinateurs ». Il va de soi qu’au cours de l’analyse les examinateurs commentent les renseignements fournis, posent fréquemment des questions au fabricant et lui demandent des compléments d’information. Ces demandes, auxquelles s’ajoutent les autres communications entre Santé Canada et le fabricant, constituent ce qu’on appelle dans le dossier la correspondance. Le litige que doit trancher notre Cour porte sur l’information contenue dans trois types de documents : le sommaire général, les notes des examinateurs et la correspondance.

[18] Après avoir étudié tous ces renseignements, Santé Canada approuve une monographie de produit accessible au public. Il s’agit d’un document scientifique qui contient les renseignements permettant d’utiliser la drogue de manière sûre et efficace. La monographie de produit repose sur des données résumées dans le sommaire général et elle est rédigée et modifiée à mesure que Santé Canada et le fabricant discutent du produit et échangent des renseignements. Il se peut que la version définitive de la monographie de produit ne contienne pas tous les renseignements échangés entre les parties. Elle constitue plutôt le résultat des discussions qui ont eu lieu entre les parties et du compromis auquel elles sont parvenues. Elle fait partie de l’avis de conformité délivré par Santé Canada.

[19] La PSDN fait l’objet d’un processus similaire.

#### B. *Législation et processus en matière d’accès à l’information*

[20] Il est utile à ce stade-ci d’examiner brièvement les dispositions législatives qui régissaient la réponse de Santé Canada aux demandes d’accès à l’information visant la PDN et la PSDN de Merck. Les dispositions de la Loi les plus pertinentes sont reproduites en annexe.

[21] La Loi a pour objet d’élargir l’accès aux documents de l’administration fédérale. Elle repose sur trois principes directeurs : premièrement, le

guiding principles: first, that government information should be available to the public; second, that necessary exceptions to the right of access should be limited and specific; and third, that decisions on the disclosure of government information should be reviewed independently of government (s. 2(1)).

[22] In *Dagg v. Canada (Minister of Finance)*, [1997] 2 S.C.R. 403, at para. 61, La Forest J. (dissenting, but not on this point) underlined that the overarching purpose of the Act is to facilitate democracy and that it does this in two related ways: by helping to ensure that citizens have the information required to participate meaningfully in the democratic process and that politicians and officials may be held meaningfully to account to the public. This purpose was reiterated by the Court very recently, in the context of Ontario's access to information legislation, in *Ontario (Public Safety and Security) v. Criminal Lawyers' Association*, 2010 SCC 23, [2010] 1 S.C.R. 815. The Court noted, at para. 1, that access to information legislation "can increase transparency in government, contribute to an informed public, and enhance an open and democratic society". Thus, access to information legislation is intended to facilitate one of the foundations of our society, democracy. The legislation must be given a broad and purposive interpretation, and due account must be taken of s. 4(1), that the Act is to apply notwithstanding the provision of any other Act of Parliament: *Canada Post Corp. v. Canada (Minister of Public Works)*, [1995] 2 F.C. 110, at p. 128; *Canada (Privacy Commissioner) v. Canada (Labour Relations Board)*, [1996] 3 F.C. 609, at para. 49, aff'd (2000), 25 Admin. L.R. (3d) 305 (F.C.A.).

[23] Nonetheless, when the information at stake is third party, confidential commercial and related information, the important goal of broad disclosure must be balanced with the legitimate private interests of third parties and the public interest in promoting innovation and development. The Act strikes this balance between the demands of openness and commercial confidentiality in two main ways. First, it affords substantive protection of the

public a droit à la communication des documents de l'administration fédérale; deuxièmement, les exceptions indispensables à ce droit doivent être précises et limitées; troisièmement, les décisions quant à la communication sont susceptibles de recours indépendants du pouvoir exécutif (par. 2(1)).

[22] Dans l'arrêt *Dagg c. Canada (Ministre des Finances)*, [1997] 2 R.C.S. 403, par. 61, le juge La Forest (dissident, mais non sur ce point) a souligné que la Loi a pour objet général de favoriser la démocratie et qu'elle réalise cet objet de deux façons : en aidant à garantir, d'une part, que les citoyens possèdent l'information nécessaire pour participer utilement au processus démocratique, et, d'autre part, que les politiciens et bureaucrates soient véritablement tenus de rendre des comptes à la population. La Cour a répété tout récemment cet objet dans *Ontario (Sûreté et Sécurité publique) c. Criminal Lawyers' Association*, 2010 CSC 23, [2010] 1 R.C.S. 815, où il était question de la loi ontarienne en matière d'accès à l'information. La Cour a relevé au par. 1 que la législation sur l'accès à l'information « peut accroître la transparence du gouvernement, aider le public à se former une opinion éclairée et favoriser une société ouverte et démocratique ». Cette législation vise donc à appuyer l'un des fondements de notre société, à savoir la démocratie. Il faut donner à la législation une interprétation large et téléologique, et tenir dûment compte du par. 4(1), selon lequel on doit appliquer la Loi nonobstant toute autre loi fédérale : *Société canadienne des postes c. Canada (Ministre des Travaux publics)*, [1995] 2 C.F. 110, p. 128; *Canada (Commissaire à la protection de la vie privée) c. Canada (Conseil des relations du travail)*, [1996] 3 C.F. 609, par. 49, conf. par 2000 CanLII 15487 (C.A.F.).

[23] Néanmoins, dans les cas où les renseignements en cause sont ceux d'un tiers et constituent des renseignements commerciaux et connexes de nature confidentielle, il faut concilier, d'une part, l'objectif important de la divulgation large et, d'autre part, les intérêts privés légitimes des tiers ainsi que l'intérêt du public à la promotion de l'innovation et du développement. La Loi atteint cet équilibre entre les impératifs de la transparence et de la confidentialité

information by specifying that certain categories of third party information are exempt from disclosure. Second, it provides procedural protection. The third party whose information is being sought has the opportunity, before disclosure, to persuade the institution that exemptions to disclosure apply and to seek judicial review of the institution's decision to release information which the third party thinks falls within the protected sphere. These appeals raise significant issues about the interpretation of the substantive protections as well as about how the procedural protections should operate.

[24] I turn now to a brief overview of the most directly relevant provisions of the Act. Section 4 (as extended by the *Access to Information Act Extension Order, No. 1*, SOR/89-207) sets out the right of persons and corporations present in Canada to have, on request, “access to any record [defined to mean any documentary material regardless of medium or form] under the control of a government institution” (s. 4(1)). This right is accorded “[s]ubject to this Act” and, for present purposes, the important qualification of the right is found in s. 20. It sets out the exemptions relating to third party information. (A “third party” is defined to be a person, group of persons or organization other than the requester or a government institution (s. 3).) Subsection 20(1) provides that the government institution has a duty to refuse to disclose certain categories of third party information. The subsection, as material to these appeals, read as follows at the relevant time:

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

- (a) trade secrets of a third party;
- (b) financial, commercial, scientific or technical information that is confidential information supplied to a government institution by a third party and

en matière commerciale essentiellement de deux façons. Premièrement, elle assure la protection substantielle de l'information en précisant que certains types de renseignements de tiers sont soustraits à la divulgation. Deuxièmement, elle accorde une protection procédurale aux tiers. En effet, le tiers dont les renseignements font l'objet d'une demande peut, avant leur divulgation, tenter de convaincre l'institution que des exceptions s'appliquent dans son cas et solliciter le contrôle judiciaire de la décision de l'institution de divulguer les renseignements qui, selon lui, sont soustraits à la divulgation. Les présents pourvois soulèvent des questions importantes quant à l'interprétation des protections substantielles et la façon dont il convient d'appliquer les protections procédurales.

[24] Je donnerai maintenant un bref aperçu des dispositions de la Loi les plus directement pertinentes. L'article 4 (dont la portée a été étendue par le *Décret d'extension n° 1 (Loi sur l'accès à l'information)*, DORS/89-207) prévoit que les personnes physiques et les personnes morales qui sont présentes au Canada ont droit, sur demande, « à l'accès aux documents [définis comme s'entendant d'éléments d'information, quel qu'en soit le support] relevant d'une institution fédérale » (par. 4(1)). Ce droit est accordé « [s]ous réserve des autres dispositions de la présente loi » et, dans le contexte qui nous occupe, la limite importante qui y est apportée se trouve à l'art. 20, qui prévoit les exceptions applicables aux renseignements de tiers. (Le « tiers » est défini comme une personne, un groupement ou une organisation autres que l'auteur de la demande ou qu'une institution fédérale (art. 3).) Selon le par. 20(1), l'institution fédérale est tenue de refuser la divulgation de certains types de renseignements de tiers. Le passage de ce paragraphe qui intéresse les présents pourvois était ainsi rédigé à l'époque pertinente :

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

- a) des secrets industriels de tiers;
- b) des renseignements financiers, commerciaux, scientifiques ou techniques fournis à une institution fédérale par un tiers, qui sont de nature confidentielle

is treated consistently in a confidential manner by the third party;

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

[25] The duty not to disclose these sorts of third party information must be read with s. 25 of the Act, which may be called the severance provision. It requires the institution to disclose any part of a record that does not contain material which the institution is authorized not to disclose and which can reasonably be severed from any part that does contain exempted material. Section 25 provides:

**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.

[26] Thus, we see that the general right of access is subject to a duty on government institutions not to disclose these types of third party information, including information that would normally be subject to disclosure, but cannot reasonably be severed from the exempted third party information. These are what I have called the substantive protections.

[27] I turn now to the procedural protections for third parties. The Act, as noted, establishes a process of notification and judicial review. This process permits the third party to mount objections and have them considered before the information is disclosed. Section 27(1) of the Act details the circumstances in which a government institution must make every reasonable effort to give notice of its intention to disclose the third party's information. At the time of the applications it read:

et qui sont traités comme tels de façon constante par ce tiers;

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

[25] L'obligation de s'abstenir de divulguer ces types de renseignements de tiers doit être interprétée de pair avec l'art. 25 de la Loi, que l'on pourrait appeler la disposition en matière de prélèvement de renseignements. Cet article oblige l'institution à communiquer les parties d'un document dépourvues des renseignements dont elle peut refuser la divulgation, à condition que le prélèvement de ces parties ne pose pas de problèmes sérieux. En voici le libellé :

**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.

[26] Ainsi, nous constatons que le droit général en matière d'accès à l'information est assujéti à l'obligation des institutions fédérales de s'abstenir de divulguer ces types de renseignements de tiers, y compris les renseignements qui seraient normalement divulgués, mais qui ne peuvent être dissociés des renseignements soustraits à la divulgation sans que cela ne pose de problèmes sérieux. Il s'agit là de ce que j'ai appelé les protections substantielles.

[27] Je passe maintenant à l'examen des protections procédurales dont bénéficient les tiers. Rappelons que la Loi établit un processus d'avis et de contrôle judiciaire. Ce processus permet au tiers de formuler des objections qui devront être examinées avant que les renseignements en cause ne soient divulgués. Le paragraphe 27(1) de la Loi énumère les circonstances dans lesquelles l'institution fédérale doit faire des efforts raisonnables pour donner au tiers un avis de son intention de divulguer ses renseignements. Ce paragraphe était ainsi libellé à l'époque où les demandes ont été faites :

**27.** (1) Where the head of a government institution intends to disclose any record requested under this Act, or any part thereof, that contains or that the head of the institution has reason to believe might contain

- (a) trade secrets of a third party,
- (b) information described in paragraph 20(1)(b) that was supplied by a third party, or
- (c) information the disclosure of which the head of the institution could reasonably foresee might effect a result described in paragraph 20(1)(c) or (d) in respect of a third party,

the head of the institution shall, subject to subsection (2), if the third party can reasonably be located, within thirty days after the request is received, give written notice to the third party of the request and of the fact that the head of the institution intends to disclose the record or part thereof.

[28] When a third party receives such a notice, it must be given the opportunity to make representations pursuant to s. 28 of the Act and the institution must then make a decision whether or not to disclose all or part of the record. Once again, the third party is given written notice of this decision and is accorded 20 days to request a review of it in the Federal Court, as provided for in s. 44. The text of ss. 28 and 44(1) are as follows:

**28.** (1) Where a notice is given by the head of a government institution under subsection 27(1) to a third party in respect of a record or a part thereof,

- (a) the third party shall, within twenty days after the notice is given, be given the opportunity to make representations to the head of the institution as to why the record or the part thereof should not be disclosed; and
- (b) the head of the institution shall, within thirty days after the notice is given, if the third party has been given an opportunity to make representations under paragraph (a), make a decision as to whether or not to disclose the record or the part thereof and give written notice of the decision to the third party.

**27.** (1) Sous réserve du paragraphe (2), le responsable d'une institution fédérale qui a l'intention de donner communication totale ou partielle d'un document est tenu de donner au tiers intéressé, dans les trente jours suivant la réception de la demande, avis écrit de celle-ci ainsi que de son intention, si le document contient ou s'il est, selon lui, susceptible de contenir :

- a) soit des secrets industriels d'un tiers;
- b) soit des renseignements visés à l'alinéa 20(1)b) qui ont été fournis par le tiers;
- c) soit des renseignements dont la communication risquerait, selon lui, d'entraîner pour le tiers les conséquences visées aux alinéas 20(1)c) ou d).

La présente disposition ne vaut que s'il est possible de rejoindre le tiers sans problèmes sérieux.

[28] Après avoir donné un tel avis au tiers, le responsable de l'institution est tenu, selon l'art. 28 de la Loi, de lui donner la possibilité de présenter des observations, et de décider par la suite s'il communiquera le document, et, dans l'affirmative, si la communication sera totale ou partielle. Encore une fois, le tiers est avisé par écrit de la décision; il dispose alors d'un délai de 20 jours pour en solliciter le contrôle à la Cour fédérale, comme le prévoit l'art. 44. Voici le libellé de l'art. 28 et du par. 44(1) :

**28.** (1) Dans les cas où il a donné avis au tiers conformément au paragraphe 27(1), le responsable d'une institution fédérale est tenu :

- a) de donner au tiers la possibilité de lui présenter, dans les vingt jours suivant la transmission de l'avis, des observations sur les raisons qui justifieraient un refus de communication totale ou partielle du document;
- b) de prendre dans les trente jours suivant la transmission de l'avis, pourvu qu'il ait donné au tiers la possibilité de présenter des observations conformément à l'alinéa a), une décision quant à la communication totale ou partielle du document et de donner avis de sa décision au tiers.

(2) Representations made by a third party under paragraph (1)(a) shall be made in writing unless the head of the government institution concerned waives that requirement, in which case they may be made orally.

(3) A notice given under paragraph (1)(b) of a decision to disclose a record requested under this Act or a part thereof shall include

(a) a statement that the third party to whom the notice is given is entitled to request a review of the decision under section 44 within twenty days after the notice is given; and

(b) a statement that the person who requested access to the record will be given access thereto or to the part thereof unless, within twenty days after the notice is given, a review of the decision is requested under section 44.

(4) Where, pursuant to paragraph (1)(b), the head of a government institution decides to disclose a record requested under this Act or a part thereof, the head of the institution shall give the person who made the request access to the record or the part thereof forthwith on completion of twenty days after a notice is given under that paragraph, unless a review of the decision is requested under section 44.

**44.** (1) Any third party to whom the head of a government institution is required under paragraph 28(1)(b) or subsection 29(1) to give a notice of a decision to disclose a record or a part thereof under this Act may, within twenty days after the notice is given, apply to the Court for a review of the matter.

### C. *Proceedings*

#### (1) Health Canada's Response to the Access to Information Requests

[29] Health Canada identified about 550 pages in response to the NDS access to information request. It reviewed those pages and concluded that approximately 30 of them contained confidential information that could not be disclosed under s. 20(1) of the Act. Health Canada redacted those pages in part. It also concluded that 15 pages did not contain confidential information, with the exception of some information on one page that it redacted, and disclosed those pages without first notifying or consulting Merck.

(2) Les observations prévues à l'alinéa (1)a) se font par écrit, sauf autorisation du responsable de l'institution fédérale quant à une présentation orale.

(3) L'avis d'une décision de donner communication totale ou partielle d'un document conformément à l'alinéa (1)b) doit contenir les éléments suivants :

a) la mention du droit du tiers d'exercer un recours en révision en vertu de l'article 44, dans les vingt jours suivant la transmission de l'avis;

b) la mention qu'à défaut de l'exercice du recours en révision dans ce délai, la personne qui a fait la demande recevra communication totale ou partielle du document.

(4) Dans les cas où il décide, en vertu de l'alinéa (1) b), de donner communication totale ou partielle du document à la personne qui en a fait la demande, le responsable de l'institution fédérale donne suite à sa décision dès l'expiration des vingt jours suivant la transmission de l'avis prévu à cet alinéa, sauf si un recours en révision a été exercé en vertu de l'article 44.

**44.** (1) Le tiers que le responsable d'une institution fédérale est tenu, en vertu de l'alinéa 28(1)b) ou du paragraphe 29(1), d'aviser de la communication totale ou partielle d'un document peut, dans les vingt jours suivant la transmission de l'avis, exercer un recours en révision devant la Cour.

### C. *Les procédures*

#### (1) La réponse de Santé Canada aux demandes d'accès à l'information

[29] Santé Canada a identifié quelque 550 pages répondant à la demande d'accès à l'information relative à la PDN. Après avoir examiné les pages en question, Santé Canada a conclu qu'environ 30 d'entre elles contenaient des renseignements de nature confidentielle qui ne pouvaient être divulgués, en application du par. 20(1) de la Loi, et a donc expurgé ces pages en partie. Santé Canada a aussi conclu que 15 pages ne contenaient aucun renseignement confidentiel, sauf quelques renseignements figurant dans une page qui avait été expurgée, et a communiqué celles-ci au demandeur sans donner de préavis à Merck et sans la consulter au préalable.

[30] Health Canada then notified Merck of the access to information request and of its intent to disclose part of the NDS record. It provided Merck with a copy of the over 500 still-undisclosed pages that it sought to disclose to the requester, some of which were partially redacted. By letter dated August 16, 2000, Health Canada specified that some of those pages had already been redacted pursuant to s. 20(1) of the Act, and that others may also be subject to s. 20(1), however they were unable to determine this at the time. It sought Merck's representations on the proposed disclosure pursuant to s. 27 of the Act. In particular, it asked Merck to explain which portions of the remaining record it considered to be confidential under s. 20(1), if any, and why. Merck responded on September 25, 2000. It took the position that, with the exception of the Product Monograph and some published studies, all of the information covered by the ATI request — including the already-disclosed pages — was exempt from disclosure under s. 20(1) of the Act.

[31] Health Canada considered Merck's response and redacted additional information from approximately 300 pages. Most of those pages were redacted in part, though some were withheld completely. Following these further redactions, approximately 490 pages were still at issue. On January 2, 2001, Health Canada sent Merck a second notice informing it of the additional redactions and enclosing the remaining 490 pages for Merck's review. Health Canada informed Merck that, if Merck continued to object to the redactions, it could file a request for judicial review before the Federal Court in accordance with s. 44 of the Act. Merck filed such a request for judicial review on January 19, 2001.

[32] With respect to the SNDS, Health Canada identified over 300 pages of information that were responsive to the access to information request. It

[30] Santé Canada a ensuite avisé Merck de la demande d'accès à l'information et de son intention de communiquer au demandeur une partie du dossier de la PDN. Santé Canada a remis à Merck une copie des quelque 500 pages qui, selon lui, devaient être communiquées au demandeur, mais qui ne l'avaient pas encore été, dont certaines étaient expurgées en partie. Dans une lettre datée du 16 août 2000, Santé Canada a précisé que certaines de ces pages avaient déjà été expurgées conformément au par. 20(1) de la Loi et que d'autres parties pourraient également être visées par le par. 20(1), mais qu'il n'était pas en mesure de l'établir pour l'instant. Santé Canada a invité Merck, en application de l'art. 27 de la Loi, à lui présenter des observations sur les renseignements qu'il entendait divulguer. Plus particulièrement, Santé Canada a demandé à Merck de lui indiquer les parties du reste du dossier qu'elle considérait comme confidentielles, le cas échéant, et donc visées par le par. 20(1), et de lui expliquer pourquoi il en était ainsi selon elle. Merck a donné sa réponse le 25 septembre 2000. Selon elle, exception faite de la monographie de produit et de certaines études qui avaient été publiées, tous les renseignements visés par la demande d'accès à l'information, y compris les pages déjà communiquées au demandeur, étaient soustraits à la divulgation en application du par. 20(1) de la Loi.

[31] Santé Canada a examiné la réponse de Merck et retranché des renseignements additionnels d'environ 300 pages. La plupart de ces pages ont été expurgées en partie, alors que d'autres ont été entièrement exclues. À la suite de ces expurgations supplémentaires, il restait environ 490 pages en litige. Le 2 janvier 2001, Santé Canada a envoyé à Merck un second avis l'informant des expurgations supplémentaires, auquel il a joint les 490 pages restantes afin que Merck puisse les examiner. Santé Canada a avisé Merck que si elle n'était toujours pas satisfaite des expurgations elle pouvait présenter une demande de contrôle judiciaire à la Cour fédérale en vertu de l'art. 44 de la Loi, ce qu'elle a fait le 19 janvier 2001.

[32] Santé Canada a identifié plus de 300 pages de renseignements répondant à la demande d'accès à l'information relative à la PSDN, concluant

concluded that about 60 of those pages contained confidential information that could not be disclosed under s. 20(1) of the Act. Those pages were redacted in part, or in a few cases deleted entirely. In addition, Health Canada concluded that eight pages contained no confidential information and could be disclosed to the requester directly. Health Canada disclosed those pages without advance notice to Merck.

[33] Health Canada notified Merck of the access to information request, provided a copy of about 300 pages and solicited Merck's submissions concerning their disclosure. Merck, as it had with respect to the NDS request, took the position that none of the pages could be disclosed, except for the Product Monograph and published studies. Health Canada replied by agreeing to some additional, partial redactions on about 45 pages and rejected the balance of Merck's objections. Merck then sent a further reply based on a review prepared by outside consultants. The review identified as exempt from disclosure all of the information that was not already publicly available and which had not been redacted by Health Canada. In particular, the consultants identified information which Merck had requested Health Canada to withhold (i.e. everything except the Product Monograph or a published study — which were otherwise publicly available), and which was not already published on the U.S. Food and Drug Administration ("FDA") website. Merck maintained that none of this unpublished information could be disclosed. It did, however, agree to the partial disclosure of a number of pages.

[34] In its second and final notice to Merck, Health Canada agreed to withhold additional details from about 10 more pages, but rejected the balance of Merck's objections. Health Canada informed Merck of its right to seek judicial review before the Federal Court in accordance with s. 44 of the Act. Merck filed a request for judicial review in the SNDS file on January 8, 2002.

qu'environ 60 de ces pages contenaient des renseignements de nature confidentielle qui ne pouvaient être divulgués en application du par. 20(1) de la Loi. Ces pages ont été expurgées en partie; quelques-unes ont même été retirées. De plus, Santé Canada a conclu que huit pages ne contenaient aucun renseignement confidentiel et pouvaient donc être communiquées directement au demandeur. Santé Canada a communiqué ces pages au demandeur sans donner de préavis à Merck.

[33] Santé Canada a avisé Merck de la demande d'accès à l'information, lui a remis une copie d'environ 300 pages et l'a invitée à lui présenter des observations sur leur communication. Comme elle l'avait fait à l'égard de la PDN, Merck a affirmé qu'aucune des pages ne pouvait être communiquée, sauf dans le cas de la monographie de produit et des études publiées. Santé Canada lui a répondu qu'elle acceptait d'expurger davantage, du moins en partie, environ 45 pages, mais qu'elle rejetait ses autres objections. En réponse, Merck a fourni une analyse fondée sur une étude réalisée par des experts-conseils indépendants, selon laquelle tous les renseignements qui n'avaient pas encore été rendus publics et que Santé Canada n'avait pas retranchés étaient soustraits à la divulgation. Plus précisément, les experts-conseils ont identifié les renseignements que Merck avait demandé à Santé Canada de retrancher des pages en question (c.-à-d. tout sauf la monographie de produit ainsi qu'une étude publiée — qui, de toute façon, étaient déjà accessibles au public) et que la Food and Drug Administration des États-Unis (« FDA ») n'avait pas encore rendus publics par le biais de son site Web. Merck maintenait qu'aucun de ces renseignements non publiés ne pouvait être divulgué. Elle a toutefois consenti à la communication partielle d'un certain nombre de pages.

[34] Dans son deuxième et dernier avis à Merck, Santé Canada a accepté de retrancher des détails supplémentaires d'environ 10 autres pages, mais a rejeté ses autres objections. Santé Canada a informé Merck de son droit de présenter une demande de contrôle judiciaire à la Cour fédérale en vertu de l'art. 44 de la Loi, ce qu'elle a fait dans le dossier de la PSDN le 8 janvier 2002.

[35] Merck maintained throughout the proceedings that Health Canada did not conduct a sufficiently detailed review of the documents before giving it the notices, while Health Canada maintained that Merck's submissions did not address the exemptions it claimed specifically enough.

(2) Proceedings in the Federal Courts

[36] The initial NDS judicial review was heard in the Federal Court before Harrington J., but the Federal Court of Appeal set aside his decision and directed a new hearing. The new hearing of that judicial review was heard in the Federal Court at the same time as the SNDS judicial review application. Both decisions were appealed to the Federal Court of Appeal. There are thus five decisions leading to the appeals now before the Court and I will briefly summarize them.

(a) *First Federal Court Decision, 2004 FC 959, [2005] 1 F.C.R. 587*

[37] The first decision pertains solely to Merck's application for judicial review in relation to the NDS disclosure. Harrington J. allowed the application in part. He was of the opinion that Health Canada could not disclose any of the NDS record without prior notice to Merck. Further, apart from the one document called the Notice of Compliance, which is a public document published upon approval of the drug, Harrington J. found that although some of the information contained in the record was available in the public domain, it was not available "as such" and therefore remained confidential and should be exempted from disclosure (paras. 53 and 58). In addition, he held that this case was not a case where severance of the confidential information was reasonable. Accordingly, he ordered that no part of the record apart from the Notice of Compliance could be disclosed as, in his view, it was exempt from disclosure pursuant to s. 20(1)(b) of the Act. He did not include in his reasons any analysis of ss. 20(1)(a) or 20(1)(c).

[35] Merck a toujours maintenu que Santé Canada n'a pas examiné les documents de façon assez approfondie avant de lui donner les préavis, tandis que Santé Canada fait valoir que les observations de Merck ne traitaient pas de façon suffisamment précise des exceptions qu'elle invoquait.

(2) Procédures devant les cours fédérales

[36] Le juge Harrington de la Cour fédérale a procédé au premier contrôle judiciaire concernant la PDN, mais la Cour d'appel fédérale a annulé sa décision et ordonné une nouvelle audition. La Cour fédérale a procédé en même temps à la nouvelle audition de ce contrôle judiciaire et à l'audition du contrôle judiciaire concernant la PSDN. Les deux décisions qu'elle a rendues à ces égards ont été portées en appel devant la Cour d'appel fédérale. Ainsi, cinq décisions sont à l'origine des pourvois dont la Cour est saisie, et je vais les résumer brièvement.

a) *Première décision de la Cour fédérale, 2004 CF 959, [2005] 1 R.C.F. 587*

[37] La première décision ne porte que sur la demande de contrôle judiciaire présentée par Merck relativement à la divulgation de renseignements contenus dans la PDN. Le juge Harrington a accueilli la demande en partie. Selon lui, Santé Canada ne pouvait communiquer aucune partie du dossier de la PDN sans donner de préavis à Merck. De plus, il a estimé que, mis à part le document appelé l'avis de conformité, qui est rendu public une fois la drogue approuvée, même si certains des renseignements contenus dans le dossier étaient accessibles au public, ils ne l'étaient pas « comme tel[s] » et, par conséquent, ils demeuraient confidentiels et devaient être soustraits à la divulgation (par. 53 et 58). En outre, il a jugé que l'affaire n'en était pas une où le prélèvement des renseignements confidentiels ne posait pas de problèmes sérieux. Il a donc ordonné qu'aucune partie du dossier, outre l'avis de conformité, ne pouvait être communiquée, car, selon lui, le dossier était visé par l'exception prévue à l'al. 20(1)(b) de la Loi. Les motifs qu'il a exposés ne comprenaient aucune analyse des al. 20(1)(a) et c) de la Loi.

(b) *First Appeal, 2005 FCA 215, [2006] 1 F.C.R. 379*

[38] The Minister of Health appealed and a unanimous Federal Court of Appeal overturned Harrington J.'s decision. Desjardins J.A. found that Harrington J. erred in law in his interpretation of s. 20(1)(b). The Court of Appeal decided that rather than undertaking its own analysis of the records, the interests of justice would be better served by remitting the matter to the Federal Court.

(c) *Rehearing of NDS Judicial Review and SNDS Judicial Review, 2006 FC 1201 (CanLII) and 2006 FC 1200, 301 F.T.R. 241*

[39] The reviewing judge, Beaudry J., heard both the rehearing relating to the NDS (2006 FC 1201) and the SNDS application (2006 FC 1200). Merck sought two remedies: a declaratory order with regard to the lawfulness of the procedure followed by Health Canada in processing the request for access to information and an order prohibiting the disclosure of the NDS and SNDS records.

[40] Turning first to the lawfulness of the process, Merck took issue with the disclosure of some of the record without being notified and objected to the fact that Health Canada had imposed on it the onus of showing why disclosure should be refused without having conducted its own genuine and thorough review. Health Canada argued that Merck could not ask for a declaratory order regarding the decision to disclose without notice because that decision was not properly before the court. The reviewing judge disagreed and held that the court should rule on the matter because not only were the issues serious, but also it would avoid the multiplication of decisions pertaining to the same access to information request. He also held that it was unrealistic to separate the process followed by Health Canada from the substance of the final decision. He held that the disclosure of some of the record without prior notice to the third party contravened

b) *Premier appel, 2005 CAF 215, [2006] 1 R.C.F. 379*

[38] Le ministre de la Santé s'est pourvu en appel contre la décision du juge Harrington, que la Cour d'appel fédérale a infirmée dans un jugement unanime. Selon la juge Desjardins, le juge Harrington a commis une erreur de droit en interprétant l'al. 20(1)(b). La Cour d'appel fédérale a décidé que les intérêts de la justice seraient mieux servis si elle renvoyait l'affaire à la Cour fédérale, au lieu de faire sa propre analyse des documents visés.

c) *Nouvelle audition du contrôle judiciaire concernant la PDN et audition du contrôle judiciaire concernant la PSDN, 2006 CF 1201 (CanLII) et 2006 CF 1200 (CanLII)*

[39] Le juge siégeant en révision, le juge Beaudry, a procédé à la fois à la nouvelle audition relative à la PDN (2006 CF 1201) et à l'audition de la demande concernant la PSDN (2006 CF 1200). Merck sollicitait deux redressements, à savoir une ordonnance déclaratoire sur la légalité de la procédure suivie par Santé Canada pour traiter la demande d'accès à l'information et une ordonnance interdisant la communication des documents relatifs à la PDN et à la PSDN.

[40] En ce qui concerne tout d'abord la légalité du processus, Merck a réprouvé le fait que le dossier ait été partiellement communiqué sans qu'elle n'ait reçu de préavis, et elle a reproché à Santé Canada de lui avoir imposé le fardeau de démontrer pourquoi la communication devait être refusée sans même que Santé Canada n'ait effectué lui-même un véritable examen approfondi. Santé Canada a soutenu que Merck ne pouvait solliciter d'ordonnance déclaratoire concernant sa décision de divulguer des renseignements sans lui donner de préavis parce que la cour n'avait pas été dûment saisie de cette décision. Ne partageant pas cet avis, le juge siégeant en révision a conclu que la cour devait se pencher sur l'affaire non seulement parce que les questions en cause étaient graves, mais aussi parce que cela permettrait d'éviter la multiplication des décisions relatives à la même demande d'accès à l'information. Il a également dit qu'il n'était pas réaliste de dissocier

the spirit or scheme of s. 20(1) of the Act. Given the potentially irreparable harm to third parties, disclosure without prior notice should not have occurred. The reviewing judge made this finding and concluded that Merck was entitled to declaratory orders in both cases.

[41] The reviewing judge then turned to consider disclosure of the records. By the time he heard the NDS and SNDS matters, Health Canada had agreed to further redactions via affidavits so that the number of pages in issue was reduced to approximately 235 for the NDS request and 135 pages for the SNDS request. For the NDS request, the reviewing judge found that over 170 pages were exempted from disclosure pursuant to s. 20(1), while approximately 65 pages could be disclosed. For the SNDS request, he found that almost 60 pages were exempted pursuant to s. 20(1), and that the remaining pages could be disclosed.

[42] With respect to the NDS records, the reviewing judge found that three paragraphs of s. 20(1) were implicated. He found that some of the records were exempted from disclosure because they contained trade secrets (s. 20(1)(a)), confidential information (s. 20(1)(b)) or information that if disclosed could reasonably be expected to result in material financial loss or gain to Merck or prejudice its competitive position (s. 20(1)(c)). The reviewing judge was of the view that, where the information contained in the record is more detailed than what is available in the public domain, it may be possible to resist disclosure based on the s. 20(1)(c) exemption. He held that in several instances Health Canada had wrongly applied the severance provision in s. 25; he was of the view that the material that was not exempt could not reasonably be severed from the material that was exempt.

le processus suivi par Santé Canada du fond de la décision définitive. Selon lui, la communication partielle du dossier sans préavis au tiers était contraire à l'esprit et à l'économie du par. 20(1) de la Loi. Étant donné le préjudice irréparable que le processus pouvait causer à des tiers, la communication sans préavis n'aurait pas dû avoir lieu. Le juge est parvenu à cette conclusion et a déclaré que Merck avait droit aux ordonnances déclaratoires dans les deux cas.

[41] Le juge siégeant en révision s'est ensuite penché sur la communication des documents. À l'époque où il a instruit les affaires mettant en cause la PDN et la PSDN, Santé Canada avait déjà consenti à faire d'autres expurgations par le biais d'affidavits, réduisant ainsi le nombre de pages en litige à environ 235 dans le cas de la demande relative à la PDN et à 135 en ce qui concerne la demande visant la PSDN. Pour ce qui est de la PDN, le juge a conclu que plus de 170 pages étaient soustraites à la communication selon le par. 20(1) tandis qu'environ 65 pages pouvaient être communiquées au demandeur. Pour ce qui est de la PSDN, il a conclu que presque 60 pages étaient soustraites à la communication selon le par. 20(1) et que les autres pages pouvaient être communiquées au demandeur.

[42] En ce qui concerne les documents afférents à la PDN, le juge siégeant en révision a conclu que trois des alinéas du par. 20(1) étaient en jeu. Selon lui, certains des documents étaient soustraits à la communication parce qu'ils contenaient des secrets industriels (al. 20(1)a)), des renseignements de nature confidentielle (al. 20(1)b)) ou des renseignements dont la divulgation risquerait vraisemblablement de causer des pertes ou profits financiers à Merck ou de nuire à sa compétitivité (al. 20(1)c)). Le juge était d'avis que, dans les cas où les renseignements contenus dans le document étaient plus détaillés que ceux qui faisaient partie du domaine public, il était possible de s'opposer à leur divulgation sur le fondement de l'al. 20(1)c). Il a conclu que, dans plusieurs cas, Santé Canada avait mal appliqué la disposition en matière de prélèvement de renseignements qui figure à l'art. 25. À son avis, les renseignements qui n'étaient pas soustraits à la divulgation ne pouvaient être dissociés de ceux qui l'étaient sans que cela ne pose de problèmes sérieux.

[43] In the SNDS file, the reviewing judge found that some information should be exempted pursuant to s. 20(1)(b) and (c), but found no trade secrets in these records.

(d) *Second and Third Appeals and Cross-Appeals, 2009 FCA 166, 400 N.R. 1*

[44] For both the NDS and SNDS judgments, Health Canada appealed and Merck cross-appealed. The Federal Court of Appeal heard the two appeals and cross-appeals concurrently and delivered one judgment for all of them. Desjardins J.A., writing for a unanimous court, found that the reviewing judge made several legal errors. The Court of Appeal allowed the appeals and dismissed the cross-appeals, holding that all of the remaining pages at issue for both the NDS and SNDS should be disclosed.

[45] With respect to the requirement to give notice, the Court of Appeal held that the obligation only arises if a record contains, or the head of the government institution has reason to believe that it might contain, information described in s. 20(1) of the Act. Contrary to the opinion of the reviewing judge, the Court of Appeal held that disclosure of records without prior notice to the third party does not contravene the text or spirit of the Act.

[46] With respect to the s. 20(1)(a) exemption for trade secrets, the Court of Appeal was of the opinion that the term “trade secrets” should be interpreted narrowly and that when determining whether information constitutes a trade secret, a high threshold applies. The Court of Appeal found that the reviewing judge had failed to present any analysis in support of his decision to exclude some pages based on this exemption.

[43] Enfin, dans le dossier de la PSDN, le juge siégeant en révision a conclu que certains renseignements devaient être soustraits à la divulgation en application des al. 20(1)(b) et c), mais il n’a pas relevé de secrets industriels dans les documents en question.

d) *Deuxième et troisième appels et appels incidents, 2009 CAF 166 (CanLII)*

[44] Santé Canada a porté en appel le jugement sur la demande relative à la PDN et celui sur la PSDN, et Merck a formé un appel incident dans l’un et l’autre cas. La Cour d’appel fédérale a entendu en même temps les deux appels ainsi que les deux appels incidents, qu’elle a tous tranchés dans un seul jugement. S’exprimant au nom de la cour à l’unanimité, la juge Desjardins a conclu que le juge siégeant en révision avait commis plusieurs erreurs de droit. La Cour d’appel fédérale a accueilli les appels et rejeté les appels incidents, jugeant que les pages toujours en litige tant dans le cas de la PDN que dans celui de la PSDN devaient toutes être communiquées.

[45] Pour ce qui est de l’obligation de donner un préavis, la Cour d’appel fédérale a conclu qu’elle ne prenait naissance que si le document en cause contenait des renseignements visés au par. 20(1) de la Loi ou le responsable de l’institution avait des raisons de croire qu’il était susceptible d’en contenir. Contrairement au juge siégeant en révision, la Cour d’appel fédérale a conclu que la communication de documents sans préavis au tiers ne contrevenait ni au texte, ni à l’esprit de la Loi.

[46] Quant à l’exception prévue à l’al. 20(1)(a) pour les secrets industriels, la Cour d’appel fédérale a estimé que le terme « secrets industriels » devait recevoir une interprétation restrictive et qu’il convenait d’appliquer un critère exigeant pour trancher la question de savoir si les renseignements constituaient pareils secrets. Selon la Cour d’appel fédérale, le juge siégeant en révision n’a présenté aucune analyse pour étayer sa décision d’exclure certaines pages sur le fondement de cette exception.

[47] With respect to the s. 20(1)(b) and (c) exemptions for confidential information, the Court of Appeal held that there must be direct and objective evidence that the information is confidential in order for either exemption to apply. Merck, in the view of the Court of Appeal, did not provide sufficient evidence to meet its “heavy” burden (para. 62). Accordingly, the reviewing judge erred in refusing to order disclosure of the requested information pursuant to s. 20(1)(b). The Court of Appeal also found that Merck’s evidence relating to s. 20(1)(c) “remain[ed] vague, speculative and silent as to specifically how and why the disclosure of the requested information would be likely to bring about the harm alleged by Merck Frosst” (para. 93; see also para. 99). Thus, the Court of Appeal held that the reviewing judge erred in fact and law when he refused to order the disclosure of information pursuant to the s. 20(1)(c) exemption.

[48] Finally, the Court of Appeal concluded that the reviewing judge had failed in his obligation to ensure compliance with s. 25 of the Act and to explain why severance was not reasonable. The court also concluded that the reviewing judge erred in law when he substituted his own discretion for that exercised by the head of the government institution where there was no evidence that the head of the institution’s assessment was incorrect.

#### D. *Issues*

[49] I will first address the general issues of principle and then turn to the issues relating to particular claims for exemption.

[50] The general issues are these:

- (i) What is the standard of appellate review and did the Federal Court of Appeal err in this regard?

[47] En ce qui concerne les exceptions prévues aux al. 20(1)b) et c) pour les renseignements de nature confidentielle, la Cour d’appel fédérale a conclu que leur application dépendait de l’existence d’une preuve directe et objective de la nature confidentielle des renseignements. Selon la Cour d’appel fédérale, Merck n’avait pas produit une preuve suffisante pour s’acquitter du « lourd » fardeau qui lui incombait à cet égard (par. 62). C’est donc à tort que le juge siégeant en révision a refusé d’ordonner la divulgation des renseignements visés, en application de l’al. 20(1)b). La Cour d’appel fédérale a également conclu que les éléments de preuve présentés par Merck à l’égard de l’al. 20(1)c) « demeur[ai]ent vagues, spéculatifs et silencieux sur précisément comment et pourquoi la divulgation des renseignements demandés entraîner[ai]ent de façon probable le préjudice allégué par Merck Frosst » (par. 93; voir aussi le par. 99). La Cour d’appel fédérale a donc conclu que le juge s’était trompé tant sur les faits que sur le droit en refusant d’ordonner la divulgation des renseignements au titre de l’exception prévue à l’al. 20(1)c).

[48] Enfin, la Cour d’appel fédérale a conclu que le juge siégeant en révision avait manqué à son obligation de veiller à ce que l’art. 25 de la Loi soit respecté et d’expliquer pourquoi il n’était pas raisonnable de penser que certains renseignements pouvaient être prélevés des documents en cause. La cour a également conclu que le juge siégeant en révision avait commis une erreur de droit en substituant son propre pouvoir discrétionnaire à celui exercé par le responsable de l’institution en l’espèce alors que rien ne prouvait que ce dernier avait fait une mauvaise appréciation du dossier.

#### D. *Questions en litige*

[49] J’examinerai d’abord les questions de principe générales avant de passer aux questions se rapportant aux exceptions invoquées en l’espèce.

[50] Voici les questions générales :

- (i) Quelle norme de contrôle faut-il appliquer en appel, et la Cour d’appel fédérale s’est-elle trompée à cet égard?

(ii) What is the threshold for triggering the institutional head's duty to give a third party notice of the access to information request and what sort of review of the record is required of the head of the institution in deciding whether or not to give notice?

(iii) What are the applicable burden and standard of proof on a third party claiming a s. 20(1) exemption?

[51] After considering these issues I will turn to the principles relating specifically to the s. 20(1)(a), (b) and (c) exemptions and to the severance provision in s. 25.

### III. Analysis

#### A. *General Issues*

(1) What Is the Standard of Appellate Review and Did the Federal Court of Appeal Err in This Regard?

[52] Merck submits that the Federal Court of Appeal erred in the standard of review it applied in these cases. The Court of Appeal, it argues, intervened based on its own reassessment of the evidence and in the absence of any reversible error on the part of the reviewing judge. The respondent, Health Canada, accepts that the Federal Court of Appeal had to apply the usual standards of appellate review but it contests Merck's position that the Court of Appeal failed to do so.

[53] There are no discretionary decisions by the institutional head at issue in this case. Under s. 51 of the Act, the judge on review is to determine whether "the head of a government institution is required to refuse to disclose a record" and, if so, the judge must order the head not to disclose it. It follows that when a third party, such as Merck in this case, requests a "review" under s. 44 of the Act by the Federal Court of a decision by a head of a government institution to disclose all or part of a record, the Federal Court judge is to determine whether the institutional head has

(ii) Quel est le seuil à atteindre pour que prenne naissance l'obligation du responsable de l'institution d'aviser un tiers de la demande d'accès à l'information et quel examen du dossier doit-il faire pour décider s'il doit ou non donner cet avis?

(iii) Quels sont le fardeau et la norme de preuve applicables dans le cas d'un tiers qui invoque une exception prévue au par. 20(1)?

[51] Après avoir examiné ces questions, je me pencherai sur les principes propres aux exceptions prévues aux al. 20(1)a, b) et c) et à la disposition en matière de prélèvement de renseignements qui figure à l'art. 25.

### III. Analyse

#### A. *Questions en litige générales*

(1) Quelle norme de contrôle faut-il appliquer en appel, et la Cour d'appel fédérale s'est-elle trompée à cet égard?

[52] Merck soutient que la Cour d'appel fédérale a appliqué la mauvaise norme de contrôle dans ces affaires. Selon elle, la Cour d'appel fédérale a fondé son intervention sur sa propre appréciation de la preuve et en l'absence d'une quelconque erreur du juge siégeant en révision susceptible d'entraîner l'annulation de sa décision. L'intimé, Santé Canada, reconnaît que la Cour d'appel fédérale devait appliquer les normes ordinaires de révision en appel, mais il conteste la position de Merck qu'elle ne l'a pas fait.

[53] Aucune décision discrétionnaire du responsable de l'institution n'est en cause dans la présente affaire. Selon l'art. 51 de la Loi, le juge siégeant en révision doit décider si « le responsable [de l']institution fédérale est tenu de refuser la communication [. . .] d'un document » et, dans l'affirmative, il doit ordonner à ce dernier de ne pas le communiquer. Il s'ensuit que dans les cas où un tiers, telle Merck en l'espèce, demande à la Cour fédérale, en vertu de l'art. 44 de la Loi, de « contrôler » la décision du responsable de l'institution de communiquer tout ou partie d'un document, le juge

correctly applied the exemptions to the records in issue: *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Commissioner of the Royal Canadian Mounted Police)*, 2003 SCC 8, [2003] 1 S.C.R. 66, at para. 19; *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Minister of National Defence)*, 2011 SCC 25, [2011] 2 S.C.R. 306, at para. 22. This review has sometimes been referred to as *de novo* assessment of whether the record is exempt from disclosure: see, e.g., *Air Atonabee Ltd. v. Canada (Minister of Transport)* (1989), 37 Admin. L.R. 245 (F.C.T.D.), at pp. 265-66; *Merck Frosst Canada & Co. v. Canada (Minister of Health)*, 2003 FC 1422 (CanLII), at para. 3; *Dagg*, at para. 107. The term “*de novo*” may not, strictly speaking, be apt; there is, however, no disagreement in the cases that the role of the judge on review in these types of cases is to determine whether the exemptions have been applied correctly to the contested records. Sections 44, 46 and 51 are the most relevant statutory provisions governing this review.

[54] The decision of the judge conducting a review under the Act, which will often have a significant factual component, is subject to appellate review in accordance with the principles set out in *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, and *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Minister of National Defence)*, at para. 23.

[55] The Federal Court of Appeal correctly set out the standard of review (para. 25). Did it err in applying that standard? In my view, it did not. As I will explain in more detail in my analysis of each exemption provision, the reviewing judge did not make findings of fact and failed either to state the applicable legal principles or to explain how the legal principles applied to the facts before him or, in some cases, both. Generally, he gave no indication of the legal and factual findings that took him to his conclusions. His conclusions are not explicable when the documents and the evidence are reviewed. The Court of Appeal was therefore entitled to intervene and to carry out its own assessment of

de la Cour fédérale doit déterminer si ce dernier a correctement appliqué les exceptions aux documents visés : *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Commissaire de la Gendarmerie royale du Canada)*, 2003 CSC 8, [2003] 1 R.C.S. 66, par. 19; *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Ministre de la Défense nationale)*, 2011 CSC 25, [2011] 2 R.C.S. 306, par. 22. Ce processus a parfois été qualifié d'examen *de novo* de la question de savoir si le document en cause est soustrait à la communication : voir, p. ex., *Air Atonabee Ltd. c. Canada (Ministre des Transports)*, [1989] A.C.F. n° 453 (QL) (1<sup>re</sup> inst.), par. 29-30; *Merck Frosst Canada & Co. c. Canada (Ministre de la Santé)*, 2003 CF 1422 (CanLII), par. 3; *Dagg*, par. 107. Le terme « *de novo* » n'est peut-être pas, à proprement parler, celui qu'il convient d'utiliser; toutefois, il n'y a aucun désaccord dans ces affaires quant au rôle du juge siégeant en révision dans un tel contexte : il doit décider si les exceptions ont été correctement appliquées relativement aux documents en cause. Les articles 44, 46 et 51 sont les dispositions législatives les plus pertinentes qui s'appliquent au présent contrôle.

[54] La décision du juge qui, en application de la Loi, procède à un examen, qui aura souvent un volet factuel important, peut faire l'objet d'une révision en appel conformément aux principes exposés dans *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, et *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Ministre de la Défense nationale)*, par. 23.

[55] La Cour d'appel fédérale a expliqué correctement la norme de contrôle (par. 25). A-t-elle fait erreur en appliquant cette norme? Je ne le pense pas. Comme je l'expliquerai plus en détail dans mon analyse de chaque disposition prévoyant une exception, le juge siégeant en révision n'a pas tiré de conclusions de fait, et il a omis soit d'énoncer les principes juridiques applicables, soit d'expliquer comment les principes juridiques s'appliquaient aux faits de l'espèce; dans certains cas, il n'a fait ni l'un ni l'autre. En gros, il a omis d'exposer les conclusions juridiques et factuelles qui l'ont amené à ses conclusions. Ses conclusions ne résistent pas à un examen des documents et de la preuve. La Cour

whether the reviewing judge had correctly applied the exemptions to the records. It would have been open to the Court of Appeal to remit the matter to the Federal Court for reconsideration by a judge of first instance. However, in light of the fact that this had already been done once in the NDS file, my view is the Court of Appeal was right to conduct its own assessment.

[56] The Federal Court of Appeal did not simply fault the reviewing judge for failing to provide a detailed explanation of every conclusion or for failing to make his reasoning more explicit. The Federal Court of Appeal intervened because the reviewing judge made no findings of fact in the face of conflicting evidence, and generally provided no explanation of the applicable legal principles or how or why they applied to the disputed documents. The Court of Appeal did not err in doing so.

(2) What Is the Threshold for Triggering the Institutional Head's Duty to Give a Third Party Notice of the Access Request and What Sort of Review of the Record Is Required in Deciding to Give Notice?

[57] I briefly reviewed the notice provisions earlier. Before disclosing certain types of third party information, the head of a government institution must make every reasonable effort to give that third party written notice of the request for disclosure, except where the third party has waived the notice requirement. Unless the third party consents to disclosure, the head must also give the third party an opportunity to make representations as to why the record or part of it should not be disclosed (ss. 27(1), 27(2) and 28).

[58] These appeals, strictly speaking, relate to judicial review applications of the institutional

d'appel fédérale pouvait donc intervenir et faire sa propre appréciation de la question de savoir si le juge siégeant en révision avait correctement appliqué les exceptions aux documents en cause. Elle aurait pu renvoyer l'affaire à la Cour fédérale pour qu'un autre juge de première instance l'examine à son tour. Cependant, compte tenu du fait que cela avait déjà été fait une fois dans le dossier se rapportant à la PDN, j'estime que la Cour d'appel fédérale a eu raison de faire sa propre appréciation du dossier.

[56] La Cour d'appel fédérale n'a pas simplement conclu que le juge siégeant en révision avait commis une erreur en omettant d'expliquer en détail chacune de ses conclusions ou d'exposer son raisonnement de manière plus explicite. Elle est intervenue parce que le juge siégeant en révision, devant des preuves contradictoires, n'a pas tiré de conclusions de fait, et, de façon générale, n'a fourni aucune explication sur les principes juridiques applicables ou sur la question de savoir comment ou pourquoi ces derniers s'appliquaient aux documents en cause. La Cour d'appel fédérale n'a pas commis d'erreur en agissant ainsi.

(2) Quel est le seuil à atteindre pour que prenne naissance l'obligation du responsable de l'institution d'aviser un tiers de la demande d'accès et quel examen du dossier doit-il faire pour décider s'il doit donner cet avis?

[57] J'ai déjà analysé brièvement les dispositions en matière de préavis. Avant de divulguer certains types de renseignements d'un tiers, le responsable de l'institution doit faire tous les efforts raisonnables pour aviser par écrit le tiers de la demande qui lui a été présentée, sauf si ce dernier a renoncé à l'avis. À moins que le tiers ne consente à la divulgation, le responsable doit également lui donner la possibilité de présenter des observations sur les raisons qui justifieraient un refus de communication totale ou partielle du document (par. 27(1) et (2) et art. 28).

[58] Les présents pourvois se rapportent, à proprement parler, aux demandes de contrôle judiciaire

head's decisions to release information in response to two access to information requests. It follows that the focus is on the decisions to disclose. However, the parties have made extensive submissions about how the notice provisions in ss. 27 and 28 of the Act ought to be applied. In light of the importance of the issues and the fact that both parties have made extensive submissions on the notice provisions, I will address them.

[59] There are two main issues about this notice scheme. The first relates to the threshold for triggering the head's obligation to give notice to the third party and the second to the nature of the head's obligation to examine the record before deciding whether or not notice is required.

(a) *The Threshold for Notice Under Section 27(1)*

[60] As noted earlier, s. 27(1) of the Act specifies when the head of the government institution must make reasonable efforts to give notice to a third party. (I will simply refer to this as the notice requirement.) For convenience, the text of the provision as it read at the time of the applications is as follows:

**27.** (1) Where the head of a government institution intends to disclose any record requested under this Act, or any part thereof, that contains or that the head of the institution has reason to believe might contain

- (a) trade secrets of a third party,
- (b) information described in paragraph 20(1)(b) that was supplied by a third party, or
- (c) information the disclosure of which the head of the institution could reasonably foresee might effect a result described in paragraph 20(1)(c) or (d) in respect of a third party,

visant les décisions du responsable de l'institution en l'espèce de divulguer des renseignements en réponse à deux demandes d'accès à l'information. L'accent est donc mis sur les décisions de divulguer des renseignements. Les parties ont cependant argumenté abondamment sur la façon dont il convient d'appliquer les dispositions en matière de préavis qui figurent aux art. 27 et 28 de la Loi. Étant donné l'importance de ces questions et le fait que les deux parties ont argumenté abondamment sur ces dispositions, je les examinerai.

[59] Ce régime de notification soulève deux questions principales. La première est de savoir quel est le seuil à atteindre pour que prenne naissance l'obligation du responsable de l'institution de donner un préavis au tiers, et la deuxième porte sur la nature de l'obligation du responsable d'examiner le document avant de décider s'il doit ou non donner ce préavis.

a) *Le seuil à atteindre pour que prenne naissance l'obligation de donner l'avis prévu au par. 27(1)*

[60] Comme je l'ai déjà souligné, le par. 27(1) de la Loi précise dans quelles circonstances le responsable de l'institution doit faire des efforts raisonnables pour donner l'avis au tiers. (Je me contenterai de faire référence à l'obligation de donner l'avis.) Par souci de commodité, j'ai reproduit ci-après la disposition telle qu'elle était libellée à l'époque des demandes :

**27.** (1) Sous réserve du paragraphe (2), le responsable d'une institution fédérale qui a l'intention de donner communication totale ou partielle d'un document est tenu de donner au tiers intéressé, dans les trente jours suivant la réception de la demande, avis écrit de celle-ci ainsi que de son intention, si le document contient ou s'il est, selon lui, susceptible de contenir :

- a) soit des secrets industriels d'un tiers;
- b) soit des renseignements visés à l'alinéa 20(1)b) qui ont été fournis par le tiers;
- c) soit des renseignements dont la communication risquerait, selon lui, d'entraîner pour le tiers les conséquences visées aux alinéas 20(1)c) ou d).

the head of the institution shall, subject to subsection (2), if the third party can reasonably be located, within thirty days after the request is received, give written notice to the third party of the request and of the fact that the head of the institution intends to disclose the record or part thereof.

[61] In this case, the Health Canada head disclosed some documentation without giving notice to Merck. Merck complains that it should have been given notice before any disclosure was made. In the Federal Court, the reviewing judge (after dealing with a number of procedural arguments that are not in issue before this Court) found that this disclosure without prior notice contravened the spirit of the legislation. Since disclosure without notice could result in irreparable harm to the third party concerned, such disclosure should not have taken place (2006 FC 1201, at para. 64). The Federal Court of Appeal disagreed. It found that s. 27(1) requires notice only if the record contains or might contain information the disclosure of which is prohibited by s. 20(1). In the Court of Appeal's view, both the object of the Act as articulated in s. 2 and the contextual and grammatical analysis of s. 27(1) favour this conclusion.

[62] Before this Court, Merck argues that the Federal Court of Appeal's decision has the effect of unduly limiting the scope of the s. 20(1) exemptions by narrowing the procedural right conferred on third parties by s. 27. Merck suggests that the test for giving notice and the test for actually applying the exemption must be different. To have procedural fairness in this legislative scheme, s. 27(1) must set a low threshold for notice to affected parties. Merck therefore maintains that certain categories of records, because of their nature, should automatically trigger a right to notice. In its view, NDS and SNDS records, in light of the confidentiality and competitive value of the information they contain, fall within such a category where notice is required.

[63] In my view, the text of the statute and the considerations identified by the reviewing judge

La présente disposition ne vaut que s'il est possible de rejoindre le tiers sans problèmes sérieux.

[61] En l'espèce, le responsable de Santé Canada a communiqué certains documents sans donner de préavis à Merck. Or, Merck soutient qu'elle aurait dû recevoir un tel préavis avant la communication de quelque document que ce soit. En Cour fédérale, le juge siégeant en révision (après avoir tranché un certain nombre d'arguments procéduraux dont nous ne sommes pas saisis) a conclu que cette communication sans préavis contrevenait à l'esprit de la Loi. Selon lui, la communication des documents sans préavis n'aurait pas dû avoir lieu, car une telle façon de faire pouvait causer un préjudice irréparable au tiers (2006 CF 1201, par. 64). La Cour d'appel fédérale n'était pas de cet avis, estimant que le par. 27(1) n'oblige le responsable à donner l'avis que si le document visé contient ou est susceptible de contenir des renseignements dont la divulgation est interdite par le par. 20(1). Toujours selon la Cour d'appel fédérale, tant l'objet de la Loi énoncé à l'art. 2 que l'analyse contextuelle et grammaticale des termes utilisés au par. 27(1) appuient cette conclusion.

[62] Merck soutient devant notre Cour que la décision de la Cour d'appel fédérale a eu pour effet de limiter indûment la portée des exceptions prévues au par. 20(1) en restreignant le droit procédural que l'art. 27 accorde aux tiers. Selon elle, le critère en matière de préavis et celui régissant l'application de l'exception doivent différer. L'équité procédurale au sein de ce régime législatif n'est possible que si le par. 27(1) établit un seuil peu élevé en ce qui concerne le préavis aux parties intéressées. Merck maintient donc que certains types de documents, de par leur nature, donnent automatiquement droit au préavis. À son avis, compte tenu de la nature confidentielle et de la valeur concurrentielle des renseignements qu'ils contiennent, les documents afférents à la PDN et à la PSDN relèvent d'une catégorie de documents donnant droit au préavis.

[63] À mon avis, il ressort du texte de la Loi et des considérations décrites par le juge siégeant en

and by Merck in its submissions support a fairly low threshold to trigger the obligation to give notice. However, I do not accept Merck's submission that there is any "automatic" right to notice with respect to certain categories of records. Such a right to automatic notice is not supported by the text or purpose of the provisions or by the jurisprudence that has interpreted them.

[64] Following the modern approach to statutory interpretation, the words of a provision are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense, harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament: *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at para. 21. The grammatical and ordinary sense of s. 27(1) makes plain that notice is required only if certain conditions are met in the particular circumstances. The section does not refer to particular categories of documents but rather to particular types of information that are or may be contained in records otherwise subject to disclosure. The subsection sets out specific conditions precedent for engaging the notice requirement. As the Federal Court Trial Division put it in words that were endorsed by the Federal Court of Appeal: "The essential condition precedent to the issuance of the notice is that the respondent has reason to believe the disclosure of the record might be contrary to his obligation under section 20 not to disclose records" (*Twinn v. Canada (Minister of Indian Affairs and Northern Development)*, [1987] 3 F.C. 368, at p. 373, aff'd (1987), 80 N.R. 263). To the same effect, MacKay J. put it this way in *Air Atonabee*, at p. 257: "... the Act does not require notice to a third party before disclosure of information relating to that party, except in the circumstances set out in [s. 27(1)]".

[65] While this precise issue has not been decided by this Court, the approach taken in *Twinn* and *Air Atonabee* is consistent with comments on this subject by both the majority and dissenting

révision et par Merck dans ses observations que le seuil à atteindre pour que prenne naissance l'obligation de donner l'avis est assez peu élevé. Je ne retiens cependant pas l'argument de Merck qu'il existe un quelconque droit « automatique » au préavis dans le cas de certains types de documents. Ni le libellé des dispositions en cause ni leur objet, pas plus que les décisions des tribunaux qui les ont interprétées, ne donnent à penser qu'un tel droit existe.

[64] Selon la méthode moderne d'interprétation des lois, il faut lire les termes d'une disposition dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec le régime prévu par la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur : *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, par. 21. Or, il ressort clairement du sens ordinaire et grammatical des termes utilisés au par. 27(1) qu'il ne faut donner l'avis que si certaines conditions sont réunies dans les circonstances particulières en cause. Ce paragraphe ne mentionne pas de catégories particulières de documents; il fait plutôt référence à des types particuliers de renseignements contenus ou susceptibles d'être contenus dans des documents qui par ailleurs peuvent être communiqués. Il énonce également des conditions préalables bien précises à l'application de l'obligation de donner l'avis. Comme la Section de première instance de la Cour fédérale l'a dit dans des termes auxquels a souscrit la Cour d'appel fédérale, « [l]a condition essentielle préalable à l'émission de l'avis est que l'intimé a lieu de croire que la communication du document pourrait aller à l'encontre de son obligation de ne pas en donner communication, imposée par l'article 20 » : *Twinn c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1987] 3 C.F. 368, p. 373, conf. par [1987] A.C.F. n° 834 (QL). Les propos tenus par le juge MacKay dans *Air Atonabee*, au par. 12, vont dans le même sens : « ... la Loi n'oblige pas à aviser le tiers avant de communiquer des renseignements qui le concernent, sauf dans les cas prévus au [par. 27(1)] ».

[65] Bien que notre Cour n'ait pas tranché cette question précise, l'approche adoptée dans *Twinn* et *Air Atonabee* est compatible avec les commentaires faits à la fois par les juges majoritaires et les juges

judges in *H.J. Heinz Co. of Canada Ltd. v. Canada (Attorney General)*, 2006 SCC 13, [2006] 1 S.C.R. 441, at paras. 41 and 66.

[66] Merck's submission that there is always a right to notice with respect to particular categories of records is thus not supported by the grammatical and ordinary meaning of the words of s. 27(1).

[67] Neither is Merck's position consistent with one of the Act's animating principles, the principle that exceptions to the right of access should be limited and specific (s. 2(1)). The creation of classes of documents as proposed by Merck which would presumptively trigger the notice requirement and be presumptively exempt from disclosure would be inconsistent with this principle.

[68] Finally, Merck's proposed approach is not consistent with the scheme of the Act. It makes provision for giving effect to restrictions on rights of disclosure contained in other statutes. Section 24 provides that disclosure must be refused if disclosure is restricted by any provisions set out in Schedule II of the Act. As the respondent Health Canada points out, Parliament has decided not to establish such a regime for information of the type in issue here; nothing listed in Schedule II restrains the disclosure of information submitted to the Minister with a view to approval of a new medication. There is no statutory indication that the records in issue here — NDS and SNDS records — are intended to be approached on a categorical basis.

[69] I therefore reject Merck's contention that the proposed disclosure of any part of an NDS or an SNDS automatically triggers the duty to give notice. I turn next to the circumstances that do engage the notice requirement.

[70] The institutional head has a general duty, subject to the other provisions of the Act, to provide

dissidents dans *Cie H.J. Heinz du Canada ltée c. Canada (Procureur général)*, 2006 CSC 13, [2006] 1 R.C.S. 441, par. 41 et 66.

[66] L'argument de Merck que le tiers intéressé a toujours droit au préavis en ce qui concerne certaines catégories particulières de documents n'est donc pas étayé par le sens ordinaire et grammatical des termes utilisés au par. 27(1).

[67] La position de Merck n'est pas non plus compatible avec l'un des principes directeurs de la Loi, à savoir que les exceptions au droit d'accès sont limitées et précises (par. 2(1)). La création de catégories de documents, comme le propose Merck, qui amèneraient à présumer que l'obligation de donner l'avis s'applique et que les documents en cause sont soustraits à la communication irait à l'encontre de ce principe.

[68] Enfin, la démarche proposée par Merck n'est pas compatible avec le régime prévu par la Loi. Elle prévoit de donner effet aux restrictions des droits à la communication énoncées dans d'autres lois. Selon l'art. 24, il faut refuser la communication si celle-ci est restreinte par une disposition figurant à l'annexe II de la Loi. Comme le souligne l'intimé, Santé Canada, le législateur a décidé de ne pas établir un tel régime pour les renseignements comme ceux qui sont en cause dans la présente affaire; aucune des dispositions énumérées à l'annexe II ne restreint la divulgation de renseignements fournis au ministre dans le cadre d'une demande d'approbation d'un nouveau médicament. Rien dans la Loi n'indique qu'il faille analyser les documents en cause dans la présente affaire — ceux relatifs à la PDN et à la PSDN — sur la base de leur appartenance à une catégorie.

[69] Je rejette donc la prétention de Merck que la communication proposée de l'une ou l'autre partie d'une PDN ou d'une PSDN déclenche automatiquement l'obligation de donner l'avis. Je passe maintenant aux circonstances qui donnent effectivement naissance à cette obligation.

[70] Sous réserve des autres dispositions de la Loi, il incombe au responsable de l'institution une

access to the record requested (s. 4(1)). This is the duty that Health Canada purported to carry out when it disclosed some documents without giving notice to Merck of its intention to do so. There is also a duty not to disclose information falling within the s. 20(1) exemptions. The notice provisions relate to how the institutional head carries out that duty.

[71] In considering a request for disclosure of third party information under the Act, the institutional head has four main possible courses of action (aside from the exercise of discretion under s. 20(6)), two of which engage the notice provisions. He or she may decide to (i) disclose the requested information without notice; (ii) refuse disclosure without notice; (iii) form an intention to disclose severed material with notice; or (iv) give notice because there is reason to believe that the record requested might contain exempted material. I will review each option briefly.

[72] I turn first to disclosure without notice. The practical realities as well as the text of the notice provision in s. 27(1) suggest a high threshold for disclosure without notice. Such disclosure is only justified in clear cases, that is, where the head, reviewing all the relevant evidence before him or her, concludes that there is no reason to believe that the record might contain material referred to in s. 20(1). The institutional head cannot repent after the fact from an ill-advised decision to disclose. Disclosure without notice and any harm that might follow are irreversible. Giving notice in all but clear cases reduces the risk of irremediable harm to the third party through inappropriate disclosure. Moreover, the institutional head may not have enough information to make a correct judgment about whether the information is exempt; the input of the third party may be required in order for the institutional head's decision to be properly informed. It is, therefore, both prudent and consistent with the text of the Act for the institutional head

obligation générale de donner accès au document demandé (par. 4(1)). Il s'agit là de l'obligation dont Santé Canada dit s'être acquitté en communiquant certains documents sans avoir avisé Merck de son intention de le faire. Il existe aussi une obligation de ne pas divulguer de renseignements visés par l'une ou l'autre des exceptions prévues au par. 20(1). Les dispositions en matière de préavis portent sur la façon dont le responsable de l'institution doit remplir cette obligation.

[71] Lorsque le responsable de l'institution examine une demande de divulgation de renseignements de tiers présentée conformément à la Loi, quatre options principales s'offrent à lui (si l'on exclut l'exercice du pouvoir discrétionnaire prévu au par. 20(6)), dont deux qui font intervenir les dispositions en matière de préavis. Il peut : (i) divulguer les renseignements en cause sans donner l'avis au tiers; (ii) refuser de les divulguer sans lui donner l'avis; (iii) former le projet de divulguer des renseignements prélevés après lui avoir donné l'avis; ou (iv) lui donner l'avis parce qu'il y a des raisons de croire que le document demandé est susceptible de contenir des renseignements soustraits à la divulgation. J'étudierai brièvement chacune de ces options.

[72] Passons d'abord à la divulgation sans donner l'avis au tiers. Les considérations d'ordre pratique pertinentes ainsi que le libellé du par. 27(1), qui prévoit l'avis, donnent à penser qu'il convient d'appliquer un critère exigeant en matière de communication de documents sans préavis. Pareille communication n'est justifiée que dans les cas manifestes, c'est-à-dire si le responsable de l'institution, après avoir analysé toute la preuve pertinente dont il dispose, estime qu'il n'y a aucune raison de croire que le document est susceptible de contenir des renseignements visés au par. 20(1). Le responsable de l'institution ne peut revenir sur une décision inopportune de communiquer des documents, car la communication de documents sans préavis et le préjudice qu'elle pourrait causer sont irréversibles. Donner l'avis au tiers dans tous les cas sauf ceux qui ne présentent aucune ambiguïté permet de réduire le risque qu'une communication inappropriée cause un préjudice irrémédiable à ce dernier. En outre, il se peut que le responsable de l'institution n'ait pas

to disclose without notice only where the exemptions clearly cannot apply.

[73] I turn to the second option, refusal to disclose without notice. It is important to recognize that the institutional head has a duty both to disclose non-exempt material *and* to refuse to disclose exempted material. Just as the institutional head must not deny access without due consideration, he or she also must give due consideration to whether access must clearly be refused. This latter point was well put by MacKay J. in *SNC-Lavalin Inc. v. Canada (Minister of Public Works)* (1994), 79 F.T.R. 113 (T.D.). He noted, at para. 47, that the institutional head's duty under s. 20 to refuse to disclose the information described in that section is not discharged by simply noting the possibility that the information may fall within the duty to refuse disclosure, but leaving it solely up to the third party to prove to the head's satisfaction that it ought not to be disclosed.

[74] Institutional heads must have some reason to believe that access cannot be refused without notice to the third party. They must apply their minds to the record in light of the known circumstances. They should be able to articulate a rational basis, emerging from this initial review, on which the exemptions from disclosure may not apply. To put it simply, institutional heads must take their duty *not* to disclose exempt third party information as seriously as their duty to disclose information that the Act requires to be disclosed.

suffisamment d'information pour décider correctement si les renseignements en cause sont soustraits à la divulgation; il a parfois besoin des observations du tiers pour prendre une décision éclairée. Par conséquent, le responsable de l'institution fera preuve de prudence et se conformera à la Loi en ne communiquant sans préavis que les documents qui ne sont manifestement pas visés par les exceptions.

[73] Passons à la deuxième option, à savoir le refus de divulguer les renseignements en cause sans donner l'avis au tiers. Il importe de reconnaître que le responsable de l'institution est tenu à la fois de divulguer les renseignements qui ne sont pas visés par une exception *et* de refuser la divulgation des renseignements qui, au contraire, le sont. Si le responsable ne doit pas refuser de divulguer de renseignements sans avoir dûment étudié la question, il lui incombe aussi de convenablement examiner la question de savoir s'il doit manifestement rejeter la demande d'accès à l'information. Le juge MacKay a bien formulé cette idée dans *SNC-Lavalin Inc. c. Canada (Ministre des Travaux publics)*, [1994] A.C.F. n° 1059 (QL) (1<sup>re</sup> inst.), où il a souligné, au par. 47, que le responsable de l'institution ne s'acquiesce pas de l'obligation qui lui incombe aux termes de l'art. 20 de refuser de divulguer les renseignements visés à cet article s'il se contente de relever la possibilité que ceux-ci tombent sous le coup de cette obligation, laissant au tiers l'entière responsabilité d'établir à sa satisfaction que les renseignements ne doivent pas être divulgués.

[74] Le responsable de l'institution doit avoir une quelconque raison de croire qu'il ne peut refuser de communiquer les documents en cause sans avoir donné l'avis au tiers s'il en décide ainsi. Il doit donc examiner le dossier eu égard aux circonstances connues de lui afin d'être en mesure de dégager de cet examen initial un fondement rationnel lui permettant de conclure que les exceptions à la communication peuvent ne pas s'appliquer. Pour dire les choses simplement, le responsable de l'institution doit prendre autant au sérieux son obligation de *ne pas* divulguer les renseignements de tiers soustraits à la communication que l'obligation que la Loi lui impose de divulguer les renseignements qui peuvent l'être.

[75] That brings us to the two situations relevant to this case in which notice must be given under s. 27(1): first, when the head has reason to believe that the record might contain information described in s. 20(1); and, second, when the head proposes to disclose information severed from other information as required by s. 25. An element of each of these conditions is that the head “intends to disclose [a] record” and this phrase needs careful consideration. (I put to the side the situation in which the head proposes to use the s. 20(6) public interest override.)

[76] I turn first to the situation in which the head “intends to disclose any record . . . that the head of the institution has reason to believe might contain” exempted third party information. How, it may be asked, can the head “inten[d] to disclose” something that he or she has reason to believe is exempt from disclosure? The answer, in my view, is that the phrase “intends to disclose” must be understood in the context of the scheme of the Act. There need not be an actual, present intention to disclose in the sense of a decision taken subject only to being talked out of it by the third party. For the purposes of s. 27(1), the institutional head “intends to disclose” a record that might contain exempt information if the head concludes that he or she cannot direct either refusal or disclosure without notice according to the principles I have just outlined.

[77] As discussed earlier, in order to disclose third party information without giving notice, the head must have no reason to believe that the information might fall within the exemptions under s. 20(1). Conversely, in order to refuse disclosure without notice, the head must have no reason to believe that the record could be subject to disclosure. If the information does not fall within one of

[75] Cela nous amène aux deux situations pertinentes en l'espèce dans lesquelles le responsable de l'institution doit donner l'avis au tiers en application du par. 27(1) : il y a d'abord le cas où il a des raisons de croire que le document est susceptible de contenir des renseignements visés au par. 20(1), et, ensuite, le cas où il compte divulguer des renseignements prélevés conformément à l'art. 25. Dans l'une et l'autre de ces situations, le responsable « a l'intention de donner communication [. . .] d'un document », expression qu'il convient d'examiner attentivement. (Je laisse de côté la situation où le responsable compte se prévaloir de la dérogation prévue au par. 20(6) en matière d'intérêt public.)

[76] Considérons d'abord la situation où le responsable de l'institution « a l'intention de donner communication [. . .] d'un document [qui] est, selon lui, susceptible de contenir » des renseignements de tiers soustraits à la divulgation. On peut se demander comment le responsable pourrait avoir « l'intention de donner communication » de quelque chose s'il a des raisons de croire que cette chose est soustraite à la communication. La réponse, selon moi, réside dans le fait qu'il convient d'interpréter ces mots eu égard au régime prévu par la Loi. Il n'est pas nécessaire que le responsable ait effectivement l'intention de donner communication de la chose, en ce sens qu'il ait déjà décidé qu'il la communiquerait à moins que le tiers ne le convainque de revenir sur sa décision. Pour l'application du par. 27(1), le responsable « a l'intention de donner communication » d'un document susceptible de contenir des renseignements soustraits à la divulgation s'il estime ne pas pouvoir en refuser la communication ou procéder à celle-ci sans donner de préavis à l'intéressé conformément aux principes que je viens d'exposer.

[77] Comme je l'ai déjà mentionné, pour divulguer des renseignements d'un tiers sans lui donner de préavis, le responsable de l'institution ne doit avoir aucune raison de croire qu'ils peuvent tomber sous le coup de l'une ou l'autre des exceptions prévues au par. 20(1). Inversement, pour refuser de les divulguer sans préavis, le responsable ne doit avoir aucune raison de croire que le document peut être

these clear categories, notice must be given. I would therefore interpret the phrase “intends to disclose” as referring to situations which fall between those in which the head concludes that neither disclosure nor refusal of disclosure without notice is required. In other words, the head “intends to disclose” a record “that the head . . . has reason to believe might contain” exempted information unless the head concludes either (a) that there is no reason to believe that it might contain exempted information (in which case disclosure without notice is required) or (b) that he or she has no reason to believe that disclosure could be required by the Act (in which case refusal of disclosure without notice is required). To the extent that the reasons of the Court of Appeal, at para. 34, suggest the head must have actually formed an opinion on the matter as opposed to simply having no “reason to believe”, I respectfully disagree.

[78] The approach I propose sets quite a low threshold for the requirement of giving notice. This is not only consistent with the text of the Act, but properly reflects the balance the Act strikes between disclosure and protection of third parties.

[79] Given the nature of the exemptions in issue — trade secrets, financial and other confidential information, etc. — the third party whose information is being considered is generally in a better position than the head of the institution to identify information that falls within one of the s. 20(1) exemptions. The third party knows and understands the industry in which it participates and has an intimate knowledge of the specific information, how it has been treated and the possible harm that could come from its disclosure. As Deschamps J., writing for the majority of the Court in *H.J. Heinz*, put it:

communiqué à la personne qui en fait la demande. Si les renseignements en cause n'appartiennent pas à l'une ou l'autre de ces catégories bien définies, le responsable doit donner l'avis à l'intéressé. J'estime donc que les mots « a l'intention de donner communication » font référence à des situations autres que celles où le responsable conclut que ni la communication ni le refus de celle-ci sans préavis ne sont des solutions acceptables. Autrement dit, le responsable « a l'intention de donner communication » d'un document qui « est, selon lui, susceptible de contenir » des renseignements soustraits à la divulgation, sauf s'il conclut a) qu'il n'y a aucune raison de croire que le document peut contenir pareils renseignements (dans ce cas, la communication sans préavis s'impose), ou b) qu'il n'a aucune raison de croire que la Loi impose la communication du document (dans ce cas, le refus de communication sans préavis s'impose). En toute déférence, je suis en désaccord avec la Cour d'appel fédérale dans la mesure où elle affirme, au par. 34 de ses motifs, que le responsable doit s'être fait une opinion à ce sujet au lieu de simplement n'avoir aucune raison de croire.

[78] L'approche que je propose établit un seuil très peu élevé en matière de préavis. Non seulement cela est-il compatible avec le texte de la Loi, mais encore, une telle approche reflète bien l'équilibre atteint par la Loi entre la communication de documents et la protection des tiers.

[79] Vu la nature des exceptions en cause — qui visent les secrets industriels, les renseignements financiers ainsi que d'autres types de renseignements de nature confidentielle —, le tiers dont les renseignements sont visés par une demande d'accès à l'information est, de façon générale, mieux placé que le responsable de l'institution pour relever les renseignements qui tombent sous le coup de l'une ou l'autre des exceptions prévues au par. 20(1). En effet, il connaît et comprend bien l'industrie dont il fait partie et il a une connaissance approfondie des renseignements en cause, de la façon dont ils ont été traités et du préjudice que pourrait causer leur divulgation. Comme l'a dit la juge Deschamps dans *Cie H.J. Heinz*, au nom des juges majoritaires :

The unique notice given to third parties is tied to the specific nature of the exemption. . . . [A] government institution would not have any specific knowledge of the business or scientific dealings of a third party . . . . In the case of confidential business information . . . the assistance of the third party is necessary for the government institution to know how, or if, the third party treated the information as confidential. Indeed, the third party's information management practices may be an important means of determining whether the information actually meets the definition of "confidential" . . . . Whether the information is confidential cannot be determined without representations from the third party. [References omitted; para. 51.]

[80] Moreover, observing a low threshold for third party notice ensures procedural fairness and reduces the risk that exempted information may be disclosed by mistake. In addition, because the giving of notice opens the way to judicial review of a decision to disclose, observing a low threshold for third party notice also accords with one of the Act's animating principles — that decisions on the disclosure of government information should be reviewed independently of government — while also being consistent with the principles that government information should be available to the public and that necessary exceptions to the right of access should be limited and specific (s. 2(1)).

[81] The approach to notice I have just outlined makes sense of the statutory direction to give notice when the institutional head "intends to disclose any record . . . that the head of the institution has reason to believe might contain" exempt third party information. But what about the part of the provision that requires the institutional head to give notice when he or she "intends to disclose any record . . . that contains" such information? How, it might be asked, could the head form an intention to disclose any record that falls within the s. 20 exemptions and which he or she therefore has a duty not to disclose? The head obviously cannot form an intention to do what the Act prohibits. In my view, there are two answers. The first lies in s. 20(6), which allows disclosure of some otherwise exempt information in the public interest. This

L'avis unique qui est donné aux tiers est lié à la nature particulière de l'exception. [. . .] [L]'institution fédérale n'a pas une connaissance précise des opérations commerciales ou scientifiques d'un tiers [. . .] [E]n ce qui concerne les renseignements commerciaux confidentiels, l'institution fédérale a besoin de l'aide du tiers pour savoir si celui-ci considère que les renseignements sont confidentiels ou pour connaître le traitement que le tiers leur a réservé. Les méthodes de gestion de l'information utilisées par le tiers peuvent être un moyen important de déterminer si les renseignements correspondent véritablement à la définition de ce qui est « confidentiel » [. . .] Il n'est pas possible de décider si les renseignements sont confidentiels sans les observations du tiers. [Références omises; par. 51.]

[80] De plus, l'application d'un critère peu exigeant en matière de préavis aux tiers garantit l'équité procédurale et réduit le risque que des renseignements ne pouvant être divulgués le soient par erreur. En outre, puisque le préavis ouvre la voie au contrôle judiciaire de la décision de divulguer les renseignements en cause, l'application d'un tel critère concorde aussi avec l'un des principes directeurs de la Loi, à savoir que les décisions en matière de communication des documents de l'administration fédérale sont susceptibles de recours indépendants du pouvoir exécutif, tout en étant compatible avec le principe du droit du public à la communication de tels documents, les exceptions indispensables à ce droit étant précises et limitées (par. 2(1)).

[81] L'approche en matière de préavis que je viens de décrire donne un sens à l'obligation légale qui incombe au responsable de l'institution de donner un avis au tiers intéressé lorsqu'il « a l'intention de donner communication [. . .] d'un document [. . .] s'il est, selon lui, susceptible de contenir » des renseignements du tiers soustraits à la divulgation. Mais qu'en est-il du passage de la disposition obligeant le responsable à donner avis au tiers intéressé de son « intention de donner communication [. . .] d'un document [. . .] si le document contient » pareils renseignements? Il est permis de se demander comment le responsable peut avoir l'intention de communiquer un document qui tombe sous le coup de l'une ou l'autre des exceptions prévues à l'art. 20 et qu'il est tenu, pour cette raison, de ne pas communiquer. De toute évidence, le responsable ne

so-called public interest override is not relevant here.

[82] The second answer lies in the severance provision in s. 25 of the Act. As noted, s. 25 requires the institutional head to disclose information in a record that contains exempted information where the disclosable information can reasonably be severed from the exempted information. Where the institutional head proposes to take the course required by s. 25, he or she “intends to disclose any record . . ., or any part thereof, that contains” exempted material. It follows, in my view, that notice is required whenever the head intends to disclose a record containing third party information by severing the non-exempt information and disclosing only that as required by s. 25.

[83] In this case, a document disclosed by the head to the requester without notice to Merck contained severed information pursuant to s. 25. In my respectful view, this was not in accordance with the requirements of the Act.

[84] To sum up my conclusions on s. 27(1):

(i) With respect to third party information, the institutional head has equally important duties to disclose and not to disclose and must take both duties equally seriously.

(ii) The institutional head:

- should *disclose* third party information *without notice* only where the

saurait avoir l'intention de faire ce que la Loi interdit. À mon avis, il y a deux réponses à cette question. La première se trouve au par. 20(6), qui autorise la divulgation, pour des raisons d'intérêt public, de certains renseignements par ailleurs soustraits à celle-ci. Ce principe dit de la dérogation en matière d'intérêt public n'est pas pertinent en l'espèce.

[82] La deuxième réponse se trouve dans la disposition en matière de prélèvement de renseignements qui figure à l'art. 25 de la Loi. Comme je l'ai déjà dit, l'art. 25 oblige le responsable de l'institution qui refuse la communication d'un document qui contient des renseignements soustraits à la divulgation à en communiquer les parties dépourvues de tels renseignements à condition que le prélèvement de ces parties ne pose pas de problèmes sérieux. Le responsable qui compte suivre l'art. 25 a donc « l'intention de donner communication totale ou partielle d'un document [qui] contient » des renseignements soustraits à la divulgation. Il s'ensuit, selon moi, que le préavis est requis dans les cas où le responsable a l'intention de communiquer un document qui contient des renseignements de tiers; dans un tel cas, le responsable doit prélever du document les renseignements qui ne sont pas protégés et ne divulguer que ces renseignements, comme l'exige l'art. 25.

[83] Dans la présente affaire, un document que le responsable de l'institution a communiqué au demandeur sans donner de préavis à Merck contenait des renseignements prélevés en application de l'art. 25. À mon humble avis, une telle façon de procéder n'était pas conforme aux exigences de la Loi.

[84] En somme, voici ce que je conclus au sujet du par. 27(1) :

(i) En ce qui concerne les renseignements de tiers, il incombe au responsable de l'institution une obligation de divulgation de même qu'une obligation de non-divulgation d'égale importance, et il doit prendre l'une tout aussi au sérieux que l'autre.

(ii) Le responsable de l'institution :

- ne doit *divulguer* des renseignements de tiers *sans préavis* que s'ils peuvent

information is clearly subject to disclosure, that is, there is *no reason to believe that it is exempt*;

- should *refuse to disclose* third party information *without notice* where the information is clearly exempt, that is, where there is no reason to believe that the information is subject to disclosure.

(iii) The institutional head must give notice if he or she:

- is in doubt about whether the information is exempt, in other words if the case does not fall under the situations set out in point (ii);
- intends to disclose exempted material to serve the public interest pursuant to s. 20(6); or
- intends to disclose severed material pursuant to s. 25.

(b) *The Nature of the Review by the Head of a Government Institution*

[85] Having established the threshold for notice and for disclosure without notice, the next question is what sort of review the institutional head should conduct in order to determine whether these thresholds have been met. Merck argues that the head of the institution must conduct a “genuine and thorough” analysis of whether a s. 20(1) exemption applies before forming any intention to disclose the record and sending a notice of intent to disclose to a third party (A.F., at para. 40). Forming an intention to disclose without such an analysis, Merck submits, would result in placing the onus on the third party to prove page by page, line by line, that the information falls within one of the s. 20(1) exemptions. Merck maintains that where, as is the

manifestement être divulgués, c’est-à-dire que s’il n’y a *aucune raison de croire qu’ils sont soustraits à la divulgation*;

- doit *refuser de divulguer* de tels renseignements *sans préavis* s’ils sont manifestement soustraits à la divulgation, c’est-à-dire s’il n’existe aucune raison de croire qu’ils peuvent être divulgués.

(iii) Le responsable de l’institution doit donner un préavis dans les cas suivants :

- il ne sait pas avec certitude si les renseignements sont soustraits à la divulgation; autrement dit, s’il ne se trouve pas dans la situation décrite au point (ii);
- il a l’intention de divulguer, pour des raisons d’intérêt public en vertu du par. 20(6), des renseignements soustraits à la divulgation;
- il a l’intention de divulguer des renseignements prélevés en application de l’art. 25.

b) *La nature de l’examen que doit faire le responsable d’une institution fédérale*

[85] Ayant établi les critères en matière de préavis et de communication sans préavis, je me pencherai maintenant sur la nature de l’examen que doit faire le responsable de l’institution pour décider s’il a été satisfait à ceux-ci. Selon Merck, le responsable est tenu, avant de former l’intention de communiquer le document et de faire parvenir au tiers intéressé un avis à cet effet, de faire une analyse [TRADUCTION] « véritable et approfondie » de la question de savoir si l’une ou l’autre des exceptions prévues au par. 20(1) s’applique (m.a., par. 40). Merck soutient qu’en formant cette intention sans d’abord procéder à une telle analyse le responsable imposerait au tiers le fardeau d’établir, pour chaque page et chaque ligne, que

case where NDS and SNDS records are involved, the head of the institution already knows that the record contains confidential information which is of value to competitors, it is unreasonable for the head of the institution to form the intention to disclose any part of the record without giving notice.

[86] Both the reviewing judge and the Court of Appeal disagreed with Merck on this point. They concluded that the Act did not require the head of the institution to undertake a genuine and thorough examination of the record before forming the intention to disclose part or all of it: see Beaudry J., at para. 91 (2006 FC 1200); C.A. reasons, at paras. 112-14.

[87] There are important policy and practical considerations that must be balanced in order to decide what sort of review is required of the head when deciding to give notice. First, information should be disclosed whenever required by the Act. Second, third party confidential commercial information must receive the protection which the Act intends for it. Third, it is the duty of the institutional head to make the disclosure decision and respect the rights of third parties without simply shifting that responsibility onto the third party. While the head will often require the assistance of the third party in order to reach a decision about how the Act ought to apply, the duty to decide whether to disclose or not remains with the head. The head does not discharge that duty by simply giving notice at the first sign of potentially exempted information and leaving it to the third party to do all the work. The head is not entitled to simply put the entire onus of review on the third party. Finally, the practical constraints on the head must be considered. The head may not be well informed about the subject matter of the information and may therefore be disadvantaged in assessing it. The head is also bound by the time limits under the Act; one of the responsibilities

les renseignements qui s'y trouvent sont visés par l'une ou l'autre de ces exceptions. Toujours selon Merck, si le responsable sait déjà que le document en cause contient des renseignements de nature confidentielle qui ont de la valeur pour les concurrents du tiers intéressé, comme c'est le cas pour ce qui est d'un document concernant une PDN ou une PSDN, il agira de façon déraisonnable s'il forme l'intention de communiquer l'une ou l'autre partie du document sans donner d'avis à ce dernier.

[86] Le juge siégeant en révision et la Cour d'appel fédérale se sont dits en désaccord avec Merck sur ce point. Ils ont conclu que la Loi n'obligeait pas le responsable de l'institution à faire un examen véritable et approfondi du document avant de former l'intention d'en donner communication totale ou partielle : voir les motifs du juge Beaudry, par. 91 (2006 CF 1200); motifs de la Cour d'appel fédérale, par. 112-114.

[87] Il faut concilier d'importantes considérations de politique et d'ordre pratique pour déterminer le type d'examen que le responsable de l'institution doit faire pour décider s'il doit donner l'avis au tiers. Premièrement, il convient de divulguer les renseignements visés dans chaque cas où la Loi l'exige. Deuxièmement, les renseignements commerciaux confidentiels du tiers doivent bénéficier de la protection prévue par la Loi. Troisièmement, il incombe au responsable de prendre la décision de divulguer ou non les renseignements visés et de respecter les droits du tiers en évitant de simplement lui transférer la responsabilité de prendre cette décision. Certes, le responsable aura souvent besoin de l'aide du tiers pour décider de la façon dont il convient d'appliquer la Loi, mais, en bout de ligne, c'est à lui qu'il incombe de décider de divulguer ou non les renseignements visés. Le responsable ne s'acquittera pas de cette obligation en se contentant de donner l'avis au tiers dès qu'il soupçonne que les renseignements visés sont susceptibles d'être soustraits à la divulgation et en le laissant faire tout le travail. Il ne peut se contenter d'imposer au tiers tout le fardeau d'examiner le dossier. Enfin, il faut prendre en compte les contraintes d'ordre pratique auxquelles le responsable est soumis. Il se peut que le responsable ne

of the head is to provide timely access to the record.

[88] In my view, the head must conduct a sufficient review of the requested material in order to decide if the threshold for notice, as I have discussed it above, has been met. The federal government's Access to Information Policy, Chapter 1-1, published in the Treasury Board Manual at the relevant time, specified that institutions must review each individual record to determine which portions, if any, may be excluded or exempted. This statement, in my view, correctly describes the nature of the review required before the decision is made to give notice to the third party. The institutional head must make a serious attempt to apply the exemptions within the constraints I have noted. The same principle applies, in my view, to the head's severance of material under s. 25. I will discuss that question more fully in the part of my reasons dealing with s. 25. However, my view is that applying s. 25 is part and parcel of the head's initial review, subject of course to the constraints I have mentioned.

[89] Once notice has been given, the third party has an opportunity to make its representations. At this point in the process, I am not convinced that it is useful to speak of the third party having an onus. The material filed on behalf of the respondent insisted that the third party has an onus to persuade it that the exemptions apply. Indeed, in a document entitled *Access to Information Act — Third Party Information — Operational Guidelines*, Health Canada describes what it requires as representations from a third party once a notice has been issued pursuant to s. 27(1). Health Canada refers to the Federal Court jurisprudence which holds that the third party bears the onus of establishing that the information falls under an exemption (p. 3 of the Guidelines). I do not think this

connaisse pas très bien le sujet sur lequel portent les renseignements visés et qu'en conséquence il lui soit difficile de les apprécier. Par ailleurs, le responsable doit respecter les délais que la Loi lui impose, l'un de ses devoirs étant de permettre au demandeur de consulter les documents visés en temps opportun.

[88] Selon moi, le responsable de l'institution doit suffisamment examiner les documents visés par la demande d'accès à l'information pour être en mesure de décider si le seuil en matière de préavis a été atteint comme je l'ai décrit plus haut. La politique de l'administration fédérale en matière d'accès à l'information, qui figurait au chapitre 1-1 du Manuel du Conseil du Trésor à l'époque pertinente, précisait que l'institution devait examiner chacun des documents afin de déterminer quelles parties devaient, le cas échéant, faire l'objet d'une exclusion ou d'une exception. Selon moi, cela décrit correctement la nature de l'examen à faire avant de décider s'il convient ou non de donner l'avis au tiers. Le responsable doit véritablement se demander si l'une ou l'autre des exceptions s'applique, et ce dans les limites que j'ai décrites. À mon avis, le même principe s'applique au prélèvement de renseignements en application de l'art. 25. J'examinerai cette question plus en détail dans la partie de mes motifs qui traite de cet article. J'estime toutefois que l'application de l'art. 25 fait partie intégrante de l'examen initial que doit faire le responsable, sous réserve, évidemment, des limites que j'ai mentionnées.

[89] Une fois l'avis donné, le tiers peut formuler ses observations. À ce stade du processus, je ne suis pas convaincu qu'il soit utile de discuter de la question de savoir si le tiers doit se décharger d'un fardeau. Selon les documents déposés pour le compte de l'intimé, il incombe au tiers de le convaincre que les exceptions s'appliquent. En effet, dans un document intitulé *Lignes directrices opérationnelles concernant la Loi sur l'accès à l'information et l'information portant sur des tiers*, Santé Canada décrit les observations que le tiers doit lui soumettre une fois l'avis donné conformément au par. 27(1). Santé Canada fait référence à la jurisprudence de la Cour fédérale, qui mentionne qu'il incombe au tiers le fardeau d'établir que les renseignements sont visés par une exception (p. 3 des lignes directrices).

reference is apt. There is no doubt that, once the head has given notice of a decision to disclose, the third party has the onus to show why this decision was wrong on judicial review under s. 44: see, e.g., *Maislin Industries Ltd. v. Minister of Industry, Trade and Commerce*, [1984] 1 F.C. 939, at pp. 942-43; *Canada Packers Inc. v. Canada (Minister of Agriculture)*, [1989] 1 F.C. 47, at p. 65; *Rubin v. Canada (Canada Mortgage and Housing Corp.)*, [1989] 1 F.C. 265, at p. 276; *Air Atonabee*, at p. 263. However, the responsibility to decide whether disclosure is required or prohibited by the Act rests initially with the institutional head.

[90] From the third party's perspective, it is, of course, prudent and in accordance with common sense to be as helpful as it can be in identifying precisely why disclosure is not permitted. Nonetheless, the head must make a serious attempt, with the available information and having regard to the practical constraints, to discharge the responsibility imposed by the Act to apply the requirements to disclose or not to disclose. A cooperative approach is necessary in order for the system to work. The head cannot simply shift his or her responsibility onto the third party and similarly the third party must provide reasonable assistance to the head in carrying out his or her duties under the Act.

[91] At this stage of the proceedings, there is no point in retracing the interchanges between the parties to decide if the notice provisions and the appropriate level of review were correctly applied throughout. I have already indicated that notice must be given if the record is subject to s. 25 and I have described the threshold for giving of notice and the obligations of the institutional head to review the record. However, it may be useful to observe that the impression I have is that both Merck and Health Canada at times took rather extreme positions that were not in accordance with the purpose,

Il a tort de le faire. Il ne fait aucun doute qu'à partir du moment où le responsable de l'institution a fait part de sa décision de divulguer les renseignements visés il appartient au tiers de démontrer, dans le cadre d'un recours en révision judiciaire exercé en vertu de l'art. 44, pourquoi cette décision était erronée : voir, p. ex., *Maislin Industries Ltd. c. Ministre de l'Industrie et du Commerce*, [1984] 1 C.F. 939, p. 942-943; *Canada Packers Inc. c. Canada (Ministre de l'Agriculture)*, [1989] 1 C.F. 47, p. 65; *Rubin c. Canada (Société canadienne d'hypothèques et de logement)*, [1989] 1 C.F. 265, p. 276; *Air Atonabee*, par. 25. Toutefois, c'est d'abord au responsable de l'institution qu'il revient de décider si la Loi impose ou, au contraire, interdit la divulgation des renseignements.

[90] Du point de vue du tiers, il est bien sûr prudent et conforme au bon sens d'aider le plus possible le responsable de l'institution à déterminer précisément pourquoi la divulgation des renseignements en cause n'est pas autorisée. Néanmoins, le responsable doit véritablement tenter, compte tenu de l'information dont il dispose et des contraintes d'ordre pratique, de s'acquitter de l'obligation que la Loi lui impose de décider, sur la base des exigences de celle-ci, s'il doit ou non divulguer les renseignements. Pour que le système fonctionne, il est nécessaire d'adopter une approche axée sur la coopération. Le responsable ne peut se contenter d'imposer au tiers le fardeau qui lui incombe d'examiner le dossier et, dans le même ordre d'idée, le tiers doit prêter raisonnablement assistance au responsable afin de l'aider à s'acquitter des obligations que la Loi lui impose.

[91] À ce stade des procédures, il ne sert à rien de retracer les échanges qui ont eu lieu entre les parties pour décider si les dispositions en matière de préavis et le degré convenable d'examen ont été correctement appliqués du début à la fin. J'ai déjà mentionné que l'avis doit être donné si le dossier est visé par l'art. 25 et j'ai décrit le seuil à atteindre en matière de préavis ainsi que les obligations du responsable de l'institution d'examiner le dossier. Toutefois, il peut être utile de mentionner que, selon moi, Merck et Santé Canada ont parfois adopté des positions plutôt extrêmes qui ne s'accordaient pas

letter or spirit of the Act. The record suggests both that the institutional head emphasized the duty to disclose rather than the equally important duty not to disclose and that Merck was not as helpful as it could have been in making clear and targeted submissions in relation to its various objections. It is to be hoped that the clarifications that I have set out above will lead to more constructive and cooperative approaches to these issues in the future.

(3) What Are the Applicable Burden and Standard of Proof on a Third Party Claiming a Section 20(1) Exemption?

(a) *The Burden of Proof*

[92] Who bears the burden is not controversial. The third party bears the burden of showing why disclosure should not be made when it seeks judicial review (under s. 44 of the Act) of the head's decision to disclose material which has been the subject of a notice under s. 27. This has been clear since the early case law construing the Act: see, e.g., *Maislin Industries*.

(b) *The Standard of Proof*

[93] The applicable standard of proof is less clear. Merck argues that the Federal Court of Appeal erred in applying a heavier standard of proof than that of the balance of probabilities. For example, at para. 62, in the context of her analysis of s. 20(1)(b), Desjardins J.A. spoke of there being a “heavy” burden on the objecting party. Similarly, in relation to s. 20(1)(a), she referred, at para. 54, to a “high threshold”.

[94] This notion of a “heavy burden” appears in many places in the jurisprudence relating to the exemptions: see, e.g., *AstraZeneca Canada*

avec l'objet, la lettre ou l'esprit de la Loi. Il ressort du dossier que le responsable de l'institution en l'espèce a mis l'accent sur l'obligation de divulguer des renseignements plutôt que sur l'obligation tout aussi importante de ne pas en divulguer, et que Merck ne lui a pas prêté toute l'assistance voulue, ses observations à l'égard des diverses objections qu'elle a formulées manquant de clarté et de précision. Il faut espérer que les éclaircissements que j'ai exposés susciteront l'adoption d'approches davantage constructives et axées sur la coopération relativement à ces questions.

(3) Quels sont le fardeau et la norme de preuve applicables dans le cas d'un tiers qui invoque une exception prévue au par. 20(1)?

a) *Le fardeau de la preuve*

[92] La question de savoir à qui incombe le fardeau de la preuve ne suscite aucune controverse. C'est au tiers qui demande le contrôle judiciaire (en vertu de l'art. 44 de la Loi) de la décision du responsable de l'institution de communiquer tout document ayant fait l'objet de l'avis prévu à l'art. 27 qu'il incombe de démontrer pourquoi le document ne doit pas être communiqué. Il y a longtemps que ce principe a été établi dans la jurisprudence relative à l'interprétation de la Loi : voir, p. ex., *Maislin Industries*.

b) *La norme de preuve*

[93] La question de savoir quelle norme de preuve il convient d'appliquer est moins claire. Merck prétend que la Cour d'appel fédérale a commis une erreur en appliquant une norme de preuve plus exigeante que celle de la prépondérance des probabilités. Par exemple, au par. 62, la juge Desjardins mentionne, dans le contexte de son analyse de l'al. 20(1)(b), qu'il incombe à la partie qui s'oppose à la divulgation un fardeau « lourd ». Dans le même ordre d'idée, elle parle, au par. 54, d'un « seuil [qui] est élevé » relativement à l'al. 20(1)(a).

[94] Cette notion de « fardeau lourd » figure souvent dans la jurisprudence relative aux exceptions : voir, p. ex., *AstraZeneca Canada Inc. c.*

*Inc. v. Canada (Minister of Health)*, 2005 FC 189 (CanLII) (with supplementary reasons at 2005 FC 648 (CanLII)), at para. 52, aff'd 2006 FCA 241, 353 N.R. 84, and *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Prime Minister)*, [1993] 1 F.C. 427 (T.D.) ("*Canada v. Canada*"), at p. 441. However, it is important to differentiate between the standard of proof and how readily that standard may be attained in a given case. It is now settled law that there is only one civil standard of proof at common law and that standard is proof on the balance of probabilities: *F.H. v. McDougall*, 2008 SCC 53, [2008] 3 S.C.R. 41, at para. 40. Nothing in the Act suggests that we should depart from this standard. However, as noted in *McDougall*, "context is all important and a judge should not be unmindful, where appropriate, of inherent probabilities or improbabilities or the seriousness of the allegations or consequences" (para. 40). Proof of risk of future harm, for example, is often not easy. Rothstein J. (then of the Federal Court) captured this point in *Canada v. Canada* where he noted that there is a "heavy onus" on a party attempting to prove future harm while underlining that the obligation to do so requires proof on a balance of probabilities (p. 476). Therefore, I conclude that a third party must establish that the statutory exemption applies on the balance of probabilities. However, what evidence will be required to reach that standard will be affected by the nature of the proposition the third party seeks to establish and the particular context of the case.

[95] Turning to the Court of Appeal's reasons in the present case, I am of the opinion that they applied a higher burden than the civil standard of the balance of probabilities in relation to the s. 20(1)(a) and (b) exemptions. As noted, the court called for a "high threshold" in relation to s. 20(1)(a) (para. 54) and applied a "heavy" burden in relation to s. 20(1)(b) (para. 62). While exemptions are the exception and disclosure the general rule, with any doubt being resolved in favour of disclosure, the applicable standard of

*Canada (Ministre de la Santé)*, 2005 CF 189 (CanLII) (avec motifs supplémentaires dans 2005 CF 648 (CanLII)), par. 52, conf. par 2006 CAF 241 (CanLII), et *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Premier ministre)*, [1993] 1 C.F. 427 (1<sup>re</sup> inst.) (« *Canada c. Canada* »), p. 441. Toutefois, il est important de faire la distinction entre la norme de preuve et la facilité avec laquelle cette norme peut être satisfaite dans un cas donné. Il est maintenant bien établi en droit qu'il n'existe, en common law, qu'une seule norme de preuve en matière civile, soit celle de la prépondérance des probabilités : *F.H. c. McDougall*, 2008 CSC 53, [2008] 3 R.C.S. 41, par. 40. Rien dans la Loi ne donne à penser que nous devrions nous écarter de cette norme. Toutefois, comme il a été souligné dans *McDougall*, « [l]e contexte constitue [ . . . ] un élément important et le juge ne doit pas faire abstraction, lorsque les circonstances s'y prêtent, de la probabilité ou de l'improbabilité intrinsèque des faits allégués non plus que de la gravité des allégations ou de leurs conséquences » (par. 40). La preuve d'un risque de préjudice futur, par exemple, n'est souvent pas facile à faire. Le juge Rothstein (maintenant juge de notre Cour) a bien expliqué ce point dans *Canada c. Canada*, où il a souligné que la partie qui tente de prouver qu'il existe un risque de préjudice futur doit s'acquitter d'une « lourde charge » et que cette obligation exige une preuve selon la prépondérance des probabilités (p. 476). Par conséquent, je conclus que le tiers doit établir, selon la prépondérance des probabilités, que l'exception prévue par la loi s'applique. Cependant, la preuve qui sera nécessaire pour satisfaire à cette norme dépendra de la nature de la thèse que le tiers cherche à faire valoir et du contexte particulier de l'affaire.

[95] En ce qui concerne les motifs exposés par la Cour d'appel fédérale dans la présente affaire, je suis d'avis que celle-ci a appliqué une norme plus exigeante que la norme civile de la prépondérance des probabilités relativement aux exceptions prévues aux al. 20(1)a) et b). Comme il a été souligné, la cour a parlé d'un « seuil [qui] est élevé » relativement à l'al. 20(1)a) (par. 54) et appliqué un fardeau « lourd » relativement à l'al. 20(1)b) (par. 62). Bien que la divulgation soit la règle générale et non pas l'exception et qu'en cas de doute il faille

proof is still the civil standard of the balance of probabilities.

B. *The Section 20(1)(a), (b) or (c) Exemptions*

(1) Overview of the Exemptions

[96] The Act contains a number of exemptions from the general rule of disclosure. The ones relevant to these appeals relate to third party confidential commercial information as set out in s. 20(1). The appeals raise a number of issues about the interpretation of these exemptions. Before turning to those issues, however, it will be helpful to put the s. 20(1) exemptions in the context of the other exemptions in the Act.

[97] The Act sets out a series of exemptions listed from ss. 13 to 26. They may be categorized according to whether they are class- or harm-based exemptions and according to whether they are mandatory or discretionary. Where there is a class exemption, the exemption applies to all records determined to fall into that class of record. However, a harm-based exemption applies only if the specified harm or risk of harm is present. Some exemptions are mandatory: once the record has been shown to fall within the exemption, the head of the institution has no discretion and must refuse to disclose it, subject only to any applicable override, such as the one found in s. 20(6), a topic not in issue here. Other exemptions are discretionary: once there has been an initial determination that the record falls within the statutory exemption, the head has discretion as to whether or not disclosure will be refused or granted.

[98] Turning specifically to the s. 20(1) exemptions for third party confidential commercial information, it is clear that all of these third party exemptions are mandatory: if the record falls within the

la permettre, la norme de preuve qu'il convient d'appliquer est toujours la norme de preuve en matière civile, à savoir la prépondérance des probabilités.

B. *Les exceptions prévues aux al. 20(1)a, b) et c)*

(1) Aperçu des exceptions

[96] La Loi comprend un certain nombre d'exceptions à la règle générale de divulgation. Les exceptions qui sont pertinentes aux présents pourvois sont celles prévues au par. 20(1) à l'égard des renseignements commerciaux confidentiels de tiers. Les pourvois soulèvent un certain nombre de questions concernant l'interprétation de ces exceptions. Toutefois, avant d'aborder ces questions, il serait utile de placer les exceptions du par. 20(1) dans le contexte des autres exceptions prévues par la Loi.

[97] La Loi prévoit toute une série d'exceptions, de l'art. 13 à l'art. 26, qui peuvent être classées selon qu'il s'agit d'exceptions catégorielles ou d'exceptions visant à éviter un préjudice, et selon qu'elles sont obligatoires ou discrétionnaires. L'exception catégorielle est celle qui s'applique à tous les documents appartenant à la même catégorie. Par contraste, l'exception visant à éviter un préjudice ne s'applique que s'il y a un préjudice ou un risque de préjudice. Certaines exceptions sont obligatoires : s'il est établi que le document en cause est visé par l'exception, le responsable de l'institution n'aura pas le pouvoir discrétionnaire de décider de le communiquer; il devra refuser de le faire, sous réserve seulement de l'application de l'une ou l'autre des dispositions dérogatoires, tel le par. 20(6). Quoi qu'il en soit, nous n'avons pas à nous préoccuper de cette question. D'autres exceptions sont discrétionnaires : si l'on conclut au départ que le dossier est visé par l'exception prévue par la loi, le responsable aura le pouvoir discrétionnaire de décider s'il communiquera ou non le document en cause.

[98] Pour ce qui est des exceptions en matière de renseignements commerciaux confidentiels de tiers prévues au par. 20(1), il est clair que toutes ces exceptions touchant des tiers sont obligatoires : si le

exemption, the head must refuse to disclose it (putting aside the s. 20(6) public interest override):

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

[99] The trade secrets (s. 20(1)(a)) and the confidential information (s. 20(1)(b)) exemptions are class-based: once information in the record corresponds to the statutory provision, that information is exempted and the head must refuse to disclose it. The s. 20(1)(c) exemption is harm-based and applies only if disclosure could reasonably be expected to result in material financial loss or gain or to prejudice the competitive position of a third party.

(2) Section 20(1)(a): The Trade Secrets Exemption

(a) *Introduction*

[100] Section 20(1)(a) of the Act provides an exemption from disclosure for “any record . . . that contains trade secrets of a third party”. The issues for decision here are first, how should “trade secrets” be defined and, second, did the Federal Court of Appeal err in its approach to s. 20(1)(a) in this case.

[101] In the NDS matter, the reviewing judge found that some parts of the record contained trade secrets and that they should be exempted from disclosure. However, he did not set out any definition of the term “trade secrets” or any chain of reasoning that led him to this conclusion. In the SNDS file, he did not find any documents to which the trade secrets exemption applied.

[102] The Court of Appeal took issue with the reviewing judge’s conclusion about the legal test for trade secrets and the sort of evidence that is

document en cause est visé par l’exception, le responsable de l’institution doit refuser de le communiquer (abstraction faite de la dérogation en matière d’intérêt public prévue au par. 20(6)) :

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

[99] Les exceptions en matière de secrets industriels (al. 20(1)a)) et de renseignements de nature confidentielle (al. 20(1)b)) sont catégorielles : si les renseignements contenus dans le document en cause sont visés par la disposition législative, l’exception s’applique et le responsable de l’institution doit refuser de les divulguer. Enfin, l’exception prévue à l’al. 20(1)c) en est une qui vise à éviter un préjudice et elle ne s’applique que si la divulgation des renseignements risquerait vraisemblablement de causer des pertes ou des profits financiers appréciables à un tiers ou de nuire à sa compétitivité.

(2) L’alinéa 20(1)a) : l’exception en matière de secrets industriels

a) *Introduction*

[100] L’alinéa 20(1)a) de la Loi prévoit une exception qui s’applique aux « documents contenant [. . .] des secrets industriels de tiers ». À cet égard, il faut d’abord se demander comment définir les « secrets industriels » et, ensuite, si la Cour d’appel fédérale a commis une erreur en appliquant cet alinéa.

[101] En ce qui concerne la PDN, le juge siégeant en révision a conclu que certaines parties du dossier contenaient des secrets industriels et qu’elles devaient être soustraites à la communication. Toutefois, il n’a ni défini les « secrets industriels », ni exposé le raisonnement qui avait mené à cette conclusion. Pour ce qui est du dossier de la PSDN, il n’a pas conclu que l’un ou l’autre des documents en cause était visé par cette exception.

[102] La Cour d’appel fédérale a mis en doute la conclusion du juge siégeant en révision concernant le critère juridique applicable aux secrets industriels

required to bring a record within the exemption. It noted that the reviewing judge had failed to set out the applicable legal test or how it applied to the documents which he found to be exempt. The Court of Appeal found that the proper test was that set out in the reasons of Strayer J. (as he then was) in *Société Gamma Inc. v. Canada (Department of the Secretary of State)* (1994), 56 C.P.R. (3d) 58 (F.C.T.D.), at pp. 62-63, and as elaborated on by Phelan J. in *AstraZeneca*, at paras. 62-65. The Court of Appeal also concluded that the evidence to support such an exemption would have to meet a “high threshold” and that “[a]nyone who relies on that provision must necessarily furnish specific, objective and detailed evidence that the information constitutes a trade secret” (para. 54). Finding that Merck’s statements on trade secrets were very broad and entangled with its s. 20(1)(b) claims, the Court of Appeal concluded that Merck had not met its burden of providing objective and specific evidence that any of the records contained information that constituted a trade secret.

(b) *The Definition of “Trade Secrets”*

[103] I agree with the Federal Court of Appeal that the approach to trade secrets set out by Phelan J. in *AstraZeneca* is correct, although I do not find it helpful to characterize this as a restrictive definition or as setting a high threshold. My reasons follow.

[104] Under the modern approach to statutory interpretation, the interpretation of “trade secrets” must take into account the text, purpose and scheme of the legislation (*Rizzo*, at para. 21). Turning first to the text, there is no definition of “trade secrets” in the Act. Given that fact and that the term is a familiar legal term which has only a technical meaning, I infer that Parliament intended that the technical legal definition should apply: see R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (5th ed. 2008), at pp. 57-58. However,

et le type de preuve nécessaire pour conclure qu’un document donné est visé par l’exception. Elle a souligné que le juge siégeant en révision n’avait ni mentionné le critère juridique applicable, ni expliqué comment celui-ci s’appliquait aux documents qui, selon lui, étaient visés par l’exception. La Cour d’appel fédérale a conclu que le critère applicable était celui que le juge Strayer (plus tard juge de la Cour d’appel fédérale) a décrit dans les motifs qu’il a exposés dans *Société Gamma Inc. c. Canada (Secrétariat d’État)*, [1994] A.C.F. n° 589 (QL) (1<sup>re</sup> inst.), par. 7, et que le juge Phelan a expliqués en détail dans *AstraZeneca*, par. 62-65. La Cour d’appel fédérale a également conclu que la preuve nécessaire pour invoquer cette exception devait atteindre un « seuil [qui] est élevé » et que « celui qui l’invoque doit fournir une preuve spécifique, objective et précise qu’un renseignement constitue un secret industriel » (par. 54). Après avoir conclu que ses déclarations à l’égard des secrets industriels étaient très générales et entremêlées à ses demandes fondées sur l’al. 20(1)(b), la Cour d’appel fédérale a conclu que Merck ne s’était pas acquittée du fardeau qui lui incombait de fournir une preuve objective et spécifique établissant que l’un ou l’autre des documents en cause contenait des renseignements qui constituaient des secrets industriels.

b) *La définition de « secrets industriels »*

[103] Je suis d’accord avec la Cour d’appel fédérale que l’approche décrite par le juge Phelan dans *AstraZeneca* en matière de secrets industriels est juste, mais je ne crois pas utile de la qualifier de définition restrictive ou d’approche fixant un seuil élevé, et voici pourquoi.

[104] Selon l’approche moderne en matière d’interprétation des lois, l’interprétation du terme « secrets industriels » doit tenir compte du libellé de la loi, de son objectif et du régime qu’elle prévoit (*Rizzo*, par. 21). Tout d’abord, en ce qui concerne le libellé, la Loi ne définit pas en quoi consistent les « secrets industriels ». Compte tenu de ce fait, et comme il s’agit d’un terme juridique familier dont le sens est purement technique, je conclus que le législateur voulait que la définition juridique technique de ce terme s’applique : voir R. Sullivan, *Sullivan on*

although “trade secrets” is a technical legal term, it does not have a comprehensive definition: R. T. Hughes, D. P. Clarizio and N. Armstrong, *Hughes & Woodley on Patents* (2nd ed. (loose-leaf)), at §102; R. T. Hughes and D. P. Clarizio, *Halsbury’s Laws of Canada — Patents, Trade Secrets and Industrial Designs* (2007), “Trade Secret”, at para. HPT-180.

[105] I turn next to the broad legal context of the term as understood in the civil and common law. In Quebec civil law, two expressions are used to convey the notion of trade secret: “*secret industriel*” and “*secret commercial*”. While these are technical legal terms, as they are in the common law, they do not have comprehensive definitions. R. Doray and F. Charette, in *Accès à l’information: loi annotée: jurisprudence, analyse et commentaires* (loose-leaf), at p. II/22-4, in fact suggest that “*secret industriel*” is a common law notion. I would note, however, that the French-language phrase “*secrets industriels*”, which is the phrase used in the French version of the Act, suggests that the information referred to must relate to a technical matter capable of commercial or industrial application: see S. Parisien, *Les secrets commerciaux et la Loi sur l’accès à l’information du Québec* (1993), at pp. 22-25, on the meaning of “*secret industriel*” in the equivalent Quebec legislation. At common law, it is clear that a trade secret is a subset of confidential commercial information, but, other than in the employment setting, the common law has tended not to make a clear distinction between trade secrets and the broader category of confidential commercial information: see, e.g., *R. v. Stewart*, [1988] 1 S.C.R. 963, at pp. 974-75; D. Vaver, “Civil Liability for Taking or Using Trade Secrets in Canada” (1981), 5 *Can. Bus. L.J.* 253, at p. 258.

[106] Turning next to the scheme of the Act, this distinction between trade secrets and confidential commercial information finds expression in ss. 20(1)(a) and 20(1)(b). The former provision provides

*the Construction of Statutes* (5<sup>e</sup> éd. 2008), p. 57-58. Toutefois, même s’il a un sens technique propre au domaine juridique, le terme « secrets industriels » ne fait l’objet d’aucune définition exhaustive : R. T. Hughes, D. P. Clarizio et N. Armstrong, *Hughes & Woodley on Patents* (2<sup>e</sup> éd. (feuilles mobiles)), §102; R. T. Hughes et D. P. Clarizio, *Halsbury’s Laws of Canada — Patents, Trade Secrets and Industrial Designs* (2007), « Trade Secret », par. HPT-180.

[105] J’examinerai maintenant le contexte juridique général du terme au sens du droit civil et de la common law. En droit civil québécois, deux expressions sont utilisées pour transmettre l’idée de secret industriel : « secret industriel » et « secret commercial ». Bien qu’il s’agisse de termes techniques propres au domaine juridique, comme c’est le cas en common law, ils ne sont pas l’objet de définitions exhaustives. En fait, R. Doray et F. Charette affirment dans l’ouvrage intitulé *Accès à l’information : loi annotée : jurisprudence, analyse et commentaires* (feuilles mobiles), à la p. II/22-4, que le « secret industriel » est une notion de common law. Je souligne toutefois que le terme « secrets industriels », qui est utilisé dans la Loi, donne à penser que les renseignements en cause doivent se rapporter à un aspect technique susceptible d’application commerciale ou industrielle : voir S. Parisien, *Les secrets commerciaux et la Loi sur l’accès à l’information du Québec* (1993), p. 22-25, quant au sens du terme « secret industriel » dans la loi québécoise correspondante. En common law, il est clair que les secrets industriels sont une sous-catégorie de renseignements commerciaux de nature confidentielle, mais, sauf dans le contexte du droit du travail, on a eu tendance à ne pas faire de distinction nette entre les secrets industriels et la catégorie plus large des renseignements commerciaux de nature confidentielle : voir, p. ex., *R. c. Stewart*, [1988] 1 R.C.S. 963, p. 974-975; D. Vaver, « Civil Liability for Taking or Using Trade Secrets in Canada » (1981), 5 *Rev. can. dr. comm.* 253, p. 258.

[106] En ce qui concerne le régime prévu par la Loi, cette distinction entre les secrets industriels et les renseignements commerciaux de nature confidentielle se reflète aux al. 20(1)(a) et b). La première

for an exemption for trade secrets, while the latter provision provides separately for an exemption for confidential financial, commercial, scientific or technical information. This suggests that “trade secrets” in s. 20(1)(a) was intended to be a narrower concept than the more general class of confidential, financial, commercial, scientific or technical information set out in s. 20(1)(b). That a narrower ambit for trade secrets must have been intended is reinforced by the fact that the trade secrets exemption is not subject to the public interest override in s. 20(6), while the confidential information exemption in s. 20(1)(b) is subject to it. This approach also accords with the principle that exceptions to the right of access should be limited and specific (s. 2(1)). In this way, the Act’s purpose of providing broad access rights is protected.

[107] I turn to discuss a few of the leading authorities. One often-cited case is the decision of Chevrier J. in *R. I. Crain Ltd. v. Ashton*, [1949] O.R. 303 (H.C.J.), aff’d [1950] O.R. 62 (C.A.). In the context of an action against a former employee to restrain disclosure of the former employer’s trade secrets, several characteristics of a trade secret are set out. These include that it is a plan or process, tool, mechanism or compound known only to its owner and his employees to whom it is necessary to confide it and that it usually is understood to mean a secret formula or process *not patented* but known only to certain individuals using it in compounding some article of trade having a commercial value (pp. 308-9).

[108] I should refer as well to two other influential decisions concerning the definition of a “trade secret”. In *Société Gamma*, Strayer J. considered Société’s claim that tender submissions it made in connection with its bid to obtain a contract for translation services constituted a trade secret and

disposition prévoit une exception en matière de secrets industriels, alors que la seconde prévoit des exceptions distinctes pour ce qui est des renseignements financiers, commerciaux, scientifiques ou techniques qui sont de nature confidentielle. Cela donne à penser que le législateur a voulu que la notion de « secrets industriels » dont il est question à l’al. 20(1)(a) soit plus étroite que la catégorie plus générale des renseignements financiers, commerciaux, scientifiques ou techniques de nature confidentielle mentionnés à l’al. 20(1)(b). Cette hypothèse est étayée par le fait que l’exception relative aux secrets industriels n’est pas visée par la dérogation en matière d’intérêt public prévue au par. 20(6), contrairement à celle qui se rapporte aux renseignements de nature confidentielle prévue à l’al. 20(1)(b). Cette approche est également compatible avec le principe que les exceptions au droit d’accès aux documents de l’administration fédérale doivent être précises et limitées (par. 2(1)). Ainsi, l’objet de la Loi, qui vise à accorder des droits d’accès étendus, est protégé.

[107] J’examinerai maintenant quelques-unes des décisions de principe en la matière. On invoque souvent la décision rendue par le juge Chevrier dans *R. I. Crain Ltd. c. Ashton*, [1949] O.R. 303 (H.C.J.), conf. par [1950] O.R. 62 (C.A.). Dans le contexte d’une action intentée par un employeur contre un ancien employé afin d’empêcher la divulgation de ses secrets industriels, plusieurs des caractéristiques du secret industriel ont été décrites. Il peut s’agir d’un plan ou procédé, d’un outil, d’un mécanisme ou d’un composé, qui n’est connu que de son propriétaire et de ses employés à qui il est nécessaire de le confier, et qui s’entend habituellement d’une formule secrète ou d’un procédé *non brevetés* qui ne sont connus que de certaines personnes qui l’utilisent dans la composition d’un quelconque article de commerce ayant une valeur commerciale (p. 308-309).

[108] Je crois utile de faire aussi mention de deux autres décisions influentes concernant la définition du « secret industriel ». Dans *Société Gamma*, le juge Strayer a examiné la prétention de la requérante selon laquelle les appels d’offres qu’elle avait faits en vue d’obtenir un contrat de services

were therefore exempt from disclosure. He noted that there is no need to demonstrate harm in order to fall within either the trade secret or the confidential commercial information exemption and that there must be some difference between a “trade secret” and something which is merely “confidential” and supplied to a government institution. He then defined “trade secret” as follows, at pp. 62-63:

I am of the view that a trade secret must be something, probably of a technical nature,\* which is guarded very closely and is of such peculiar value to the owner of the trade secret that harm to him would be presumed by its mere disclosure.

\* This impression is strengthened by the French version which uses the term “secrets industriels” as the equivalent of “trade secret”.

[109] Another influential decision is that of Phelan J. in *AstraZeneca*, which was a review of a decision to release records related to an NDS. Phelan J. held that Parliament’s intention was to protect genuine trade secrets based on the common law definition of the term. He cited the *Société Gamma* definition, but noted that the question is not whether the interpretation of “trade secrets” should be broad or narrow but whether the record falls within the legal definition of “trade secrets” (paras. 62-63). He referred with apparent approval to Health Canada’s *Access to Information Act — Third Party Information — Operational Guidelines*, which sets out four criteria to be met by a trade secret (para. 64). These elements are the same as in the Guidelines in evidence before us, which read:

- the information must be secret in an absolute or relative sense (i.e. known only by one or a relatively small number of persons);

de traduction constituaient un secret industriel et étaient donc soustraits à la communication. Il a souligné qu’il n’était pas nécessaire d’établir l’existence d’un préjudice afin de bénéficier de l’exception en matière de secret industriel ou de celle relative aux renseignements commerciaux de nature confidentielle, et qu’il devait y avoir une certaine différence entre le « secret industriel » et le simple renseignement « confidentiel » fourni à une institution fédérale. Il a ensuite défini comme suit le « secret industriel », au par. 7 :

Pour ma part, j’estime qu’un secret industriel doit être un renseignement, probablement de caractère technique\* que l’on garde très jalousement et qui est pour celui qui le possède tellement précieux que sa seule divulgation ferait naître en faveur de ce possesseur une présomption de préjudice.

\* La version française, qui donne « secrets industriels » comme équivalent de l’expression anglaise « trade secrets », vient renforcer cette impression.

[109] Je mentionne également la décision influente que le juge Phelan a rendue dans *AstraZeneca*. Il s’agissait de l’examen d’une décision de communiquer des documents liés à une PDN. Le juge Phelan a conclu que l’intention du législateur était de protéger les secrets industriels véritables selon la définition du terme en common law. Il a fait référence à la définition de ce terme dans *Société Gamma*, mais a souligné que la question n’était pas tant de savoir s’il convenait d’interpréter cette définition de façon large ou restrictive, mais plutôt si les renseignements en cause étaient visés par la définition juridique du « secret industriel » (par. 62-63). Il a fait mention, apparemment avec approbation, d’un document de Santé Canada intitulé *Lignes directrices opérationnelles concernant la Loi sur l’accès à l’information et l’information portant sur des tiers*, qui prévoit quatre critères à satisfaire pour que le renseignement visé constitue un secret industriel (par. 64). Ces éléments sont les mêmes que ceux qui figurent dans les lignes directrices dont nous sommes saisis, qui sont ainsi libellés :

- l’information doit être secrète dans un sens absolu ou relatif (c’est-à-dire qu’elle est connue seulement d’une ou de quelques personnes);

- the possessor of the information must demonstrate that he has acted with the intention to treat the information as secret;
- the information must be capable of industrial or commercial application;
- the possessor must have an interest (e.g. an economic interest) worthy of legal protection. [Annex A]

[110] Phelan J. concluded, at para. 65:

The type of information which could potentially fall into this class includes the chemical composition of a product and the manufacturing processes used. However, it is not every process or test which would fall into this class particularly where such process or test is common in a particular industry.

[111] Health Canada argues that this is the appropriate definition of “trade secret”. I agree. I particularly underline Phelan J.’s comment that the point is not whether the term is to receive a “broad” or a “narrow” definition (para. 63), but rather that the term should be given its traditional legal meaning.

[112] Phelan J.’s reasons, along with the portion of the Guidelines which he adopts, appropriately capture that traditional legal meaning. A “trade secret” for the purposes of s. 20(1) of the Act should be understood as being a plan or process, tool, mechanism or compound which possesses each of the four characteristics set out in the Guidelines which I have quoted above. This approach is consistent with the common law definition of “trade secrets” and takes account of the clear legislative intent that a trade secret is something different from the broader category of confidential commercial information which is separately and specifically protected under the Act. This approach is also consistent with the use of “*secrets industriels*” in the French version of the Act, as discussed above.

[113] Merck suggests that the *Security of Information Act*, R.S.C. 1985, c. O-5, s. 19(4),

- le détenteur de l’information doit démontrer qu’il a agi avec l’intention de traiter l’information comme si elle était secrète;

- l’information doit avoir une application pratique dans le secteur industriel ou commercial;

- le détenteur doit avoir un intérêt (par exemple, un intérêt économique) digne d’être protégé par la loi. [annexe A]

[110] Le juge Phelan a conclu ce qui suit, au par. 65 :

Le genre de renseignements qui est susceptible de tomber dans cette catégorie inclut la composition chimique d’un produit et les procédés de fabrication utilisés. Toutefois, ce ne sont pas tous les procédés ou tous les essais qui se rangeraient dans cette catégorie, surtout lorsque, dans une industrie particulière, le procédé ou l’essai en question est répandu.

[111] Santé Canada prétend qu’il s’agit là de la définition correcte du « secret industriel ». Je souscris à cette opinion. Je souligne en particulier les propos du juge Phelan selon lesquels la question n’est pas de savoir si le terme doit être défini de façon « large » ou « restrictive » (par. 63), mais plutôt si le terme devrait recevoir son sens juridique traditionnel.

[112] Les motifs du juge Phelan, ainsi que la partie des lignes directrices qu’il adopte, traduisent convenablement ce sens juridique traditionnel. Pour les fins du par. 20(1) de la Loi, le « secret industriel » doit s’entendre d’un plan ou procédé, d’un outil, d’un mécanisme ou d’un composé qui possède chacune des quatre caractéristiques énoncées dans les lignes directrices et dont je viens de faire mention. Cette approche est conforme à la définition du « secret industriel » en common law et elle tient compte du fait que le législateur a manifestement voulu que le secret industriel soit distinct de la catégorie plus large des renseignements commerciaux de nature confidentielle, lesquels font expressément l’objet d’une protection légale qui leur est propre. Cette approche est également conforme à l’utilisation du terme « secrets industriels » dans la Loi, comme je l’ai déjà mentionné.

[113] Merck affirme que le par. 19(4) de la *Loi sur la protection de l’information*, L.R.C. 1985, ch. O-5,

and the NAFTA definitions of “trade secret” should colour the definition to be given to “trade secrets” under the Act. Merck, however, stops short of advancing a particular definition, submitting simply that the term must be defined in a way that is consistent with other federal statutes and Canada’s international treaty obligations.

[114] Turning to the former point first, Merck argues that “trade secrets” in the Act should be interpreted consistently with the definition of that term in s. 19(4) of the *Security of Information Act*:

**19. . . .**

(4) For the purpose of this section, “trade secret” means any information, including a formula, pattern, compilation, program, method, technique, process, negotiation position or strategy or any information contained or embodied in a product, device or mechanism that

- (a) is or may be used in a trade or business;
- (b) is not generally known in that trade or business;
- (c) has economic value from not being generally known; and
- (d) is the subject of efforts that are reasonable under the circumstances to maintain its secrecy.

[115] Merck also argues that the Act’s notion of a “trade secret” should be construed according to NAFTA which provides, at art. 1711:

1. Each Party shall provide the legal means for any person to prevent trade secrets from being disclosed to, acquired by, or used by others without the consent of the person lawfully in control of the information in a manner contrary to honest commercial practices, in so far as:

et la façon dont les secrets commerciaux sont définis dans l’ALÉNA doivent avoir une incidence sur l’interprétation du terme « secrets industriels » dans la Loi. Toutefois, Merck ne va pas jusqu’à en proposer une définition particulière, se contentant de faire valoir qu’il convient de définir ce terme d’une manière compatible avec les autres lois fédérales et les obligations du Canada issues de traités internationaux.

[114] En ce qui concerne le premier point, Merck prétend qu’il convient de donner à la notion de « secrets industriels » dans la Loi une interprétation compatible avec la définition de « secret industriel » qui se trouve au par. 19(4) de la *Loi sur la protection de l’information* :

**19. . . .**

(4) Pour l’application du présent article, « secret industriel » s’entend des renseignements — notamment formule, modèle, compilation, programme, méthode, technique, procédé ou position ou stratégie de négociation, ou renseignements contenus dans un produit, un appareil ou un mécanisme ou incorporés à ceux-ci — qui, à la fois :

- a) sont ou peuvent être utilisés dans une industrie ou un commerce;
- b) ne sont pas généralement connus dans cette industrie ou ce commerce;
- c) ont une valeur économique du fait qu’ils ne sont pas généralement connus;
- d) font l’objet de mesures raisonnables dans les circonstances pour en protéger le caractère confidentiel.

[115] Merck soutient également qu’il convient de donner à la notion de « secrets industriels » dans la Loi une interprétation compatible avec l’ALÉNA, qui prévoit ce qui suit à son art. 1711 :

1. Chacune des Parties assurera à toute personne les moyens juridiques d’empêcher que des secrets commerciaux ne soient divulgués à des tiers, acquis ou utilisés par eux, sans le consentement de la personne licitement en possession de ces renseignements et d’une manière contraire aux pratiques commerciales honnêtes, dans la mesure où :

(a) the information is secret in the sense that it is not, as a body or in the precise configuration and assembly of its components, generally known among or readily accessible to persons that normally deal with the kind of information in question;

(b) the information has actual or potential commercial value because it is secret; and

(c) the person lawfully in control of the information has taken reasonable steps under the circumstances to keep it secret.

(*North American Free Trade Agreement*, Can. T.S. 1994 No. 2)

[116] I am not persuaded by these submissions. I am not sure there is much difference between the definition in *AstraZeneca* and the definition in the *Security of Information Act*. Moreover, we cannot simply incorporate into the *Access to Information Act*, which contains no definition of the term “trade secrets”, definitions adopted in different contexts. The *Official Secrets Act* was amended in the wake of the September 11, 2001 attacks as part of the *Anti-terrorism Act*, S.C. 2001, c. 41, where it was renamed the *Security of Information Act* (s. 25). The definition of “trade secret” in s. 19(4) was part of that initiative. The purposes of the *Access to Information Act* and the *Security of Information Act* are significantly different. While maintaining national security is not incompatible with ensuring government accountability and democracy, it seems clear that access to information may be limited where issues of national security come into play: see ss. 15 and 16 of the Act. Therefore, it would not be appropriate to import into the access to information context the definition of “trade secret” set out under the heading Economic Espionage in the *Security of Information Act*.

[117] As for the appellant’s reliance on art. 1711 of NAFTA, it does not support the conclusion for which Merck contends. Before discussing the

a) les renseignements sont secrets, en ce sens que, dans leur globalité ou dans la configuration et l’assemblage exacts de leurs éléments, ils ne sont pas généralement connus de personnes appartenant aux milieux qui s’occupent normalement du genre de renseignements en question ou ne leur sont pas aisément accessibles;

b) les renseignements ont une valeur commerciale, réelle ou potentielle, du fait qu’ils sont secrets; et

c) la personne licitement en possession de ces renseignements a pris des dispositions raisonnables, compte tenu des circonstances, en vue de les garder secrets.

(*Accord de libre-échange nord-américain*, R.T. Can. 1994 n<sup>o</sup> 2)

[116] Ces arguments ne me convainquent pas. En effet, je ne crois pas qu’il y ait une grande différence entre la définition énoncée dans *AstraZeneca* et celle qui figure dans la *Loi sur la protection de l’information*. En outre, nous ne pouvons pas introduire tout bonnement dans la Loi — qui ne contient aucune définition du terme « secrets industriels » — des définitions élaborées dans d’autres contextes. La *Loi sur les secrets officiels* a été modifiée dans la foulée des attentats du 11 septembre 2001 par la *Loi antiterroriste*, L.C. 2001, ch. 41, qui en a remplacé le titre par *Loi sur la protection de l’information* (art. 25). C’est à cette occasion que la définition de « secret industriel », qui se trouve au par. 19(4) de cette loi, y a été ajoutée. Les objets que visent la Loi, d’une part, et la *Loi sur la protection de l’information*, d’autre part, diffèrent grandement. Le maintien de la sécurité nationale n’est certes pas incompatible avec le fait d’assurer la responsabilité de l’administration publique et la protection de la démocratie, mais il semble clair que l’accès à l’information peut parfois être limité dans les cas où la sécurité nationale entre en jeu : voir les art. 15 et 16 de la Loi. Par conséquent, il ne conviendrait pas d’introduire dans le contexte de l’accès à l’information la définition de « secret industriel » qui figure dans la *Loi sur la protection de l’information* sous la rubrique qui traite de l’espionnage économique.

[117] Quant à l’argument de l’appelante fondé sur l’art. 1711 de l’ALÉNA, j’estime qu’il n’étaye pas la conclusion que cette dernière cherche à faire

significance of the NAFTA definition, I would note that art. 39 of the *Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*, 1869 U.N.T.S. 299 (“TRIPS”), is also potentially relevant. This article calls for the protection of secret, commercially valuable “information”. I accept, of course, that to the extent possible domestic legislation should be interpreted so that it is consistent with Canada’s international obligations: see *R. v. Hape*, 2007 SCC 26, [2007] 2 S.C.R. 292, at para. 53; see also, e.g., *Zingre v. The Queen*, [1981] 2 S.C.R. 392, at pp. 409-10; *Ordon Estate v. Grail*, [1998] 3 S.C.R. 437, at para. 137; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, at para. 70; and *Schreiber v. Canada (Attorney General)*, 2002 SCC 62, [2002] 3 S.C.R. 269, at para. 50. However, Canada is not necessarily required to adopt the treaty definition of “trade secrets” into its access to information law in order to fulfill its treaty obligations. These obligations could be fulfilled in other ways. As the respondent notes, Canada has opted to address these obligations in the pharmaceutical context by focussing on protecting parties against commercial use of their trade secrets by others. The amendments to the *Food and Drug Regulations* in 1995 and 2006 reflect this approach: *Food and Drug Regulations, amendment*, SOR/95-411, and *Regulations Amending the Food and Drug Regulations (Data Protection)*, SOR/2006-241. It would not be appropriate to decide in this case whether this complies with Canada’s treaty obligations. This choice of approach, however, undermines Merck’s argument that Parliament intended the definition of “trade secret” in s. 20(1)(a) to mirror the NAFTA definition.

[118] Similarly, protection of a broader class of confidential commercial information under s. 20(1)(b) and the protection of personal information under s. 19 of the Act further weaken Merck’s argument in relation to s. 20(1)(a). These provisions cover information that may be caught by

valoir. Mais avant de discuter de l’importance de la définition figurant dans l’ALÉNA, j’aimerais souligner que l’art. 39 de l’*Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce*, 1869 R.T.N.U. 332 (« ADPIC »), pourrait aussi être pertinent. Cet article exige la protection des « renseignements » secrets ayant une valeur commerciale. J’accepte évidemment que, dans la mesure du possible, les lois internes devraient être interprétées de façon à être compatibles avec les obligations internationales du Canada : voir *R. c. Hape*, 2007 CSC 26, [2007] 2 R.C.S. 292, par. 53; voir également, p. ex., *Zingre c. La Reine*, [1981] 2 R.C.S. 392, p. 409-410; *Succession Ordon c. Grail*, [1998] 3 R.C.S. 437, par. 137; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, par. 70; et *Schreiber c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 62, [2002] 3 R.C.S. 269, par. 50. Toutefois, le Canada ne doit pas nécessairement reprendre dans sa loi sur l’accès à l’information la définition des « secrets industriels » qui figure dans les traités afin de remplir ses obligations issues de traités. En effet, il existe d’autres moyens de remplir ces obligations. Comme le souligne l’intimé, le Canada a choisi de s’acquitter de ses obligations dans le contexte pharmaceutique en mettant l’accent sur la protection des parties contre l’utilisation commerciale de leurs secrets industriels par des tiers. Les modifications apportées au *Règlement sur les aliments et drogues* en 1995 et 2006 reflètent cette approche : *Règlement sur les aliments et drogues — Modification*, DORS/95-411, et *Règlement modifiant le Règlement sur les aliments et drogues (protection des données)*, DORS/2006-241. Il n’y a pas lieu de décider en l’espèce si cela est conforme ou non aux obligations du Canada issues de traités. Toutefois, cette façon de procéder mine l’argument de Merck que le législateur voulait que la notion de « secrets industriels » à l’al. 20(1)(a) soit le reflet fidèle de ce que contient l’ALÉNA.

[118] Dans le même ordre d’idée, la protection d’une catégorie plus large de renseignements commerciaux de nature confidentielle que confère l’al. 20(1)(b) et celle des renseignements personnels que prévoit l’art. 19 de la Loi affaiblissent davantage l’argument de Merck relativement à l’al. 20(1)(a).

the purportedly wider art. 1711 of NAFTA and art. 39 of TRIPS. This suggests that Parliament has intended to fulfill its international obligations by means that go beyond protection of “trade secrets” under s. 20(1)(a). I conclude that consideration of NAFTA and TRIPS does not indicate that Parliament intended a definition of “trade secrets” that is broader than the definition I have endorsed above.

[119] The Court of Appeal, while citing *AstraZeneca* and the Guidelines, insisted that “trade secrets” should be interpreted restrictively and that the jurisprudential threshold for invoking this exemption is high. These comments, in my respectful view, do not reflect the correct approach to this exemption. The question on review is simply whether the party claiming the exemption has established on the balance of probabilities that the record falls within the definition I have set out above.

(c) *Application*

[120] I agree with the Court of Appeal’s definition of “trade secrets”, but in my respectful view it placed an unduly heavy burden on Merck to establish that the definition applied as I have just outlined. By imposing the burden it did, the Court of Appeal erred in law. However, my view is that this error did not result in the Court of Appeal reaching the wrong conclusion about how s. 20(1)(a) applies here. In my respectful view, it did not err in finding that Merck’s evidence simply was not capable of establishing that the documents, which the reviewing judge found to be exempted, contained trade secrets or revealed trade secrets.

[121] Before this Court, the parties filed a Joint Record of Pages in Issue indicating that Merck relies on the s. 20(1)(a) exemption for over 150

Ces dispositions portent sur les renseignements susceptibles d’être visés par l’art. 1711 de l’ALÉNA et l’art. 39 de l’ADPIC, dont la portée, fait-on valoir, est plus étendue. Cela donne à penser que le législateur a voulu s’acquitter de ses obligations internationales par le biais de moyens qui dépassent la protection des « secrets industriels » que confère l’al. 20(1)a). À mon avis, il ne ressort nullement de l’examen de l’ALÉNA et de l’ADPIC que le législateur a voulu créer une définition des « secrets industriels » dont la portée serait plus large que celle de la définition à laquelle je viens de souscrire.

[119] La Cour d’appel fédérale, bien qu’elle ait invoqué *AstraZeneca* et les lignes directrices à l’appui de son raisonnement, a insisté que les « secrets industriels » devaient être interprétés de façon restrictive et que le seuil qui se dégage de la jurisprudence pour invoquer cette exception est élevé. Ces commentaires, à mon humble avis, ne reflètent pas la façon dont il convient d’aborder cette exception. La question à trancher est simplement de savoir si la partie invoquant l’exception a établi selon la prépondérance des probabilités que le dossier était visé par la définition que j’ai décrite.

c) *Application*

[120] Je souscris à la définition des « secrets industriels » énoncée par la Cour d’appel fédérale, mais, à mon humble avis, celle-ci a imposé un fardeau indûment lourd à Merck en lui demandant d’établir que la définition s’appliquait comme je viens tout juste de le décrire. En imposant un tel fardeau à Merck, la Cour d’appel fédérale a commis une erreur de droit. Toutefois, selon moi, cette erreur ne l’a pas amenée à tirer la mauvaise conclusion sur la façon dont il convient d’appliquer l’al. 20(1)a) en l’espèce. À mon humble avis, elle n’a pas commis d’erreur en concluant que la preuve de Merck ne permettait tout simplement pas d’établir que les documents qui, selon le juge siégeant en révision, étaient visés par l’exception, contenaient des secrets industriels ou révélaient des secrets industriels.

[121] Devant la Cour, les parties ont déposé un dossier conjoint sur les pages en litige indiquant que Merck invoque l’exception prévue à l’al. 20(1)a)

pages in the NDS and 10 pages in the SNDS, all of which are contested by Health Canada. However, Merck's submissions in this Court focus exclusively on 37 pages in the NDS which the reviewing judge concluded were exempt from disclosure because they contained trade secrets: see Beaudry J., at para. 105 (2006 FC 1201). Of these, the Joint Record indicates that 7 pages are no longer in issue. Merck contends that the records in issue contain details of the specific manufacturing process used for the drug and that such information is quintessentially a trade secret. Health Canada submits that to the extent that portions of these records reveal trade secrets, such information has been redacted.

[122] Health Canada does not seriously contest the proposition that confidential information about the specific manufacturing process used for the drug may be a "trade secret" under s. 20(1)(a), provided that the other elements of the definition I have outlined above are satisfied. The difficulty here is not about the definition of "trade secrets" or about how elevated the threshold is, but that Merck's evidence is not responsive to the records as currently redacted. It does not explain how what remains in the records constitutes trade secrets within the meaning of the exemption.

[123] One example will demonstrate the difficulty with Merck's position and the reviewing judge's decision. In its factum, Merck reproduces an excerpt from the affidavit of Robert Sarrazin (sworn June 1, 2001) which sets out Merck's objections to the disclosure of pages 469 and 470 of the records at issue in the NDS file: see C.A. reasons, at para. 49. Merck advances this as "an example of the supporting evidence" which Merck submits shows that "it has met any evidentiary burden upon it in relation to s. 20(1)(a) of the ATIA" (A.F., at para. 155; see also C.A. reasons, at para. 49). The reviewing judge found that both pages were exempt from disclosure, saying simply that they contained information which constituted trade secrets: see

relativement à plus de 150 pages de la PDN et à 10 pages de la PSDN, Santé Canada contestant l'application de l'exception dans chacun de ces cas. Toutefois, l'argumentation de Merck devant la Cour porte exclusivement sur 37 pages de la PDN, qui, selon le juge siégeant en révision, étaient soustraites à la communication parce qu'elles contenaient des secrets industriels : voir les motifs du juge Beaudry, par. 105 (2006 CF 1201). Selon le dossier conjoint, 7 de ces pages ne sont plus en litige. Merck prétend que les documents en litige contiennent des détails sur le procédé de fabrication de la drogue et que les renseignements de cette nature constituent invariablement des secrets industriels. Santé Canada prétend que les parties de ces documents révélant des secrets industriels en ont été retranchées.

[122] Santé Canada ne conteste pas véritablement l'affirmation selon laquelle les renseignements confidentiels sur le procédé de fabrication de la drogue peuvent constituer des « secrets industriels » pour les fins de l'al. 20(1)a), dans la mesure où il est établi qu'ils satisfont aux autres éléments de la définition que j'ai décrite. La difficulté, à cet égard, ne porte ni sur la définition de « secrets industriels », ni sur la question de savoir dans quelle mesure le seuil à atteindre doit être élevé, mais plutôt sur l'absence de lien entre la preuve de Merck et les documents sous leur forme expurgée actuelle. En effet, la preuve n'explique pas en quoi les renseignements contenus dans ces documents constituent des secrets industriels qui, à ce titre, sont visés par l'exception.

[123] Il suffit d'un seul exemple pour démontrer en quoi la position de Merck et la décision du juge siégeant en révision sont problématiques. Dans son mémoire, Merck a repris un extrait de l'affidavit de Robert Sarrazin (daté du 1<sup>er</sup> juin 2001) qui explique les objections de Merck à la communication des pages 469 et 470 des documents en litige en ce qui concerne le dossier de la PDN : voir les motifs de la Cour d'appel fédérale, par. 49. Merck avance qu'il s'agit là d'[TRADUCTION] « un exemple de preuve à l'appui » qui, selon elle, établit qu'« elle s'est acquittée de la charge de la preuve qui lui incombe selon l'al. 20(1)a) de la Loi » (m.a., par. 155; voir également les motifs de la Cour d'appel fédérale, par. 49). Le juge siégeant en révision a conclu que ces

Beaudry J., at para. 105 (2006 FC 1201). Although Merck set out this evidence in its factum, it advised after the hearing in this Court that it is no longer seeking exemption for page 470. However, the evidence in relation to these two pages illustrates the deficiencies in the reviewing judge's decision.

[124] In his affidavit, Mr. Sarrazin objects to disclosing pages 469 and 470 because they contain certain information which in his view constitutes trade secrets. However, in the version of pages 469 and 470 which Health Canada proposed to disclose and which was before the reviewing judge, both have been heavily redacted with the entire table on page 470 having been removed: see C.A. reasons, at paras. 49 and 51. Thus, the evidence before the reviewing judge from Merck was that these pages contained trade secrets while Health Canada's evidence was that it had agreed to delete all such content and indeed that the content of the table on page 470 had been deleted more than four years before the hearing before the reviewing judge. On this record, the reviewing judge's conclusion that virtually blank pages constituted trade secrets is a palpable and overriding error.

[125] As noted in *Housen*, the failure of a judge at first instance to discuss a relevant factor in depth, or even at all, is not itself a sufficient basis for an appellate court to reconsider the evidence (para. 39). However, the judge's failure to address relevant matters may constitute a material error justifying appellate intervention if the omission gives rise to the reasoned belief that the trial judge must have forgotten, ignored or misconceived the evidence in a way that affected his or her conclusion: *Housen*, at para. 39, citing *Van de Perre v. Edwards*, 2001 SCC 60, [2001] 2 S.C.R. 1014, at para. 15. In this case, the reviewing judge ruled that an essentially blank page is a trade secret. He made this ruling

deux pages étaient soustraites à la communication, en disant simplement qu'elles contenaient des renseignements qui constituaient des secrets industriels : voir les motifs du juge Beaudry, par. 105 (2006 CF 1201). Bien qu'elle ait invoqué cette preuve dans son mémoire, Merck a déclaré, après l'audience devant notre Cour, qu'elle ne s'opposait plus à la communication de la page 470. Cependant, la preuve se rapportant à ces deux pages fait ressortir les lacunes de la décision du juge siégeant en révision.

[124] Dans son affidavit, M. Sarrazin s'opposait à la communication des pages 469 et 470 au motif qu'elles contenaient certains renseignements qui, à ses dires, constituaient des secrets industriels. Mais les versions de ces pages que Santé Canada entendait communiquer et dont le juge siégeant en révision disposait ont toutes les deux été grandement expurgées, le tableau de la page 470 ayant même été éliminé au complet : voir les motifs de la Cour d'appel fédérale, par. 49 et 51. Par conséquent, selon la preuve de Merck dont disposait le juge siégeant en révision, ces pages contenaient des secrets industriels, alors qu'il ressort de la preuve de Santé Canada que le ministère avait accepté de retirer tout le contenu de cette nature, ayant même éliminé le contenu du tableau de la page 470 plus de quatre ans avant l'audition devant le juge. Compte tenu du dossier, la conclusion du juge que des pages qui ne contenaient presque plus rien constituaient des secrets industriels est une erreur manifeste et dominante.

[125] Comme il a été souligné dans *Housen*, l'omission d'un juge de première instance d'examiner en profondeur un facteur pertinent, voire d'aborder la question, ne constitue pas à elle seule un fondement suffisant pour permettre à une cour d'appel d'apprécier la preuve à son tour (par. 39). Cependant, l'omission du juge de traiter de questions pertinentes peut constituer une erreur matérielle justifiant l'intervention de la cour d'appel si elle donne lieu à la conviction rationnelle que le juge de première instance doit avoir oublié, négligé d'examiner ou mal interprété la preuve de telle manière que sa conclusion en a été affectée : *Housen*, par. 39, citant *Van de Perre c. Edwards*, 2001 CSC 60, [2001] 2

without referring to either the applicable legal test or to the relevant evidence. This, in my respectful view, was a material error as discussed in *Housen* and justified the Federal Court of Appeal's intervention. While it could have decided to remit the matter for further review by a judge at first instance, the fact that the record had already been the subject of two review processes in the Federal Court supports its decision to review the record and apply the exemption itself.

[126] I agree with my colleague Deschamps J. that a reviewing judge should not be required to provide a word-by-word, line-by-line, or even page-by-page explanation for his or her decision and that, if appropriate, the judge can address the case on the basis of categories of records. However, there is some considerable distance between a judge not providing a word-by-word explanation and, as here, a judge providing no explanation at all in circumstances that give rise to a reasoned belief that the judge must have forgotten, ignored or misconceived the evidence in a way that affected his conclusion. It is well within the bounds of deference as described in *Housen* for an appellate court to reconsider the record in these circumstances.

[127] I would therefore uphold the decision of the Court of Appeal which set aside the reviewing judge's decision that these documents fall within the exemption.

(3) The Section 20(1)(b) Exemption

(a) *Introduction*

[128] Section 20(1)(b) provides an exemption for a third party's confidential financial, commercial, scientific or technical information:

R.C.S. 1014, par. 15. En l'espèce, le juge siégeant en révision a conclu qu'une page à peu près vidée de son contenu constituait un secret industriel. Il a tiré cette conclusion sans faire référence au critère juridique applicable ou à la preuve pertinente. J'estime en toute déférence que cela constituait une erreur matérielle au sens de *Housen* qui justifiait l'intervention de la Cour d'appel fédérale. Certes, la Cour d'appel fédérale aurait pu décider de renvoyer l'affaire à un juge de première instance pour qu'il l'examine à son tour, mais le fait que le dossier avait déjà fait l'objet de deux processus de révision en Cour fédérale étaye sa décision d'examiner elle-même le dossier et d'appliquer l'exception invoquée.

[126] Je suis d'accord avec ma collègue la juge Deschamps que le juge siégeant en révision ne doit pas être tenu de justifier sa décision en faisant référence à chaque mot, chaque ligne, voire chaque page en litige, et qu'il peut traiter de l'affaire selon l'approche catégorielle s'il y a lieu. Cependant, l'omission d'un juge de fournir une explication en faisant référence à chaque mot diffère grandement de l'absence de toute explication de la part du juge, comme c'est le cas en l'espèce, dans des circonstances qui donnent lieu à la conviction rationnelle que le juge de première instance doit avoir oublié, négligé d'examiner ou mal interprété la preuve de telle manière que sa conclusion en a été affectée. La cour d'appel qui fait son propre examen du dossier dans ces circonstances fait preuve d'un niveau de déférence qui respecte tout à fait les limites décrites dans *Housen*.

[127] Je suis donc d'avis de confirmer la décision par laquelle la Cour d'appel fédérale a annulé la décision du juge siégeant en révision que ces documents étaient visés par l'exception.

(3) L'exception prévue à l'al. 20(1)(b)

a) *Introduction*

[128] L'alinéa 20(1)(b) prévoit une exception qui s'applique aux renseignements financiers, commerciaux, scientifiques ou techniques de nature confidentielle qui sont fournis par un tiers :

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

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

[129] The reviewing judge upheld the exemptions Merck claimed with respect to 6 documents or portions of documents in the NDS file, and 49 documents in the SNDS file of which 44 remain in dispute. In both files, the reviewing judge noted that information found in the public domain, even if in a different form, is no longer confidential and then simply stated, without referring to the evidence or offering any further explanation, that certain pages were exempt from disclosure under s. 20(1)(b) because they contained confidential information that had been treated as such by Merck and was not in the public domain: see Beaudry J., at paras. 95 and 106 (2006 FC 1201), and at paras. 103 and 113 (2006 FC 1200).

[130] The Federal Court of Appeal set aside these findings. In the NDS file, it found that Merck's evidence was not responsive to the most recent redacted version of the documents in issue and that Merck had not provided any direct and objective evidence bringing those documents within the s. 20(1)(b) exemption (paras. 67-77). With respect to the SNDS file, the Court of Appeal similarly found an absence of evidence from Merck that the documents in issue were confidential or treated as such. If the Court of Appeal was correct that there was no evidence to support the reviewing judge's conclusion, appellate intervention was justified (*Housen*, at para. 1).

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

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

[129] Le juge siégeant en révision a donné raison à Merck pour ce qui est des exceptions qu'elle a invoquées relativement à 6 documents ou parties de documents contenus dans le dossier de la PDN et 49 documents figurant dans celui de la PSDN, dont 44 sont toujours en litige. Le juge siégeant en révision a souligné, relativement à l'un et l'autre dossier, que les renseignements qui font partie du domaine public, même s'ils sont présentés différemment, ne sont plus confidentiels, et il a ajouté simplement, sans faire référence à la preuve et sans fournir d'autres explications, que certaines pages étaient visées par l'exception prévue à l'al. 20(1)b) parce qu'elles contenaient des renseignements confidentiels que Merck avait considérés comme tels et qui ne faisaient pas partie du domaine public : voir les motifs du juge Beaudry, par. 95 et 106 (2006 CF 1201), et par. 103 et 113 (2006 CF 1200).

[130] La Cour d'appel fédérale a annulé ces conclusions. Pour ce qui est du dossier se rapportant à la PDN, elle a conclu que la preuve de Merck ne tenait pas compte de la version expurgée la plus récente des documents en question et que Merck n'avait présenté aucune preuve directe et objective établissant qu'ils étaient visés par l'exception prévue à l'al. 20(1)b) (par. 67-77). En ce qui concerne le dossier de la PSDN, la Cour d'appel fédérale a pareillement conclu que Merck n'avait présenté aucune preuve démontrant que les documents en cause étaient confidentiels ou traités comme tels. Or, si la Cour d'appel fédérale a eu raison de conclure à l'absence de toute preuve étayant la conclusion du juge siégeant en révision, c'est à bon droit qu'elle est intervenue (*Housen*, par. 1).

[131] Merck asks us to conclude that all of the documents still in issue for which it claims a s. 20(1)(b) exemption should not be disclosed. Thus, it seeks not only exemption with respect to those pages for which the reviewing judge upheld Merck's objections, but also a finding that all of its other claimed s. 20(1)(b) exemptions as set out in the Joint Record of Pages in Issue should be upheld.

[132] Merck challenges the Court of Appeal's conclusion that there was no evidence to show the records in issue were exempt. I will address its submissions on that point at the end of this section. Three other issues also arise with respect to s. 20(1)(b). Two relate to whether the records are confidential financial, commercial, scientific or technical information. The third issue relates to what constitutes information "supplied to a government institution by a third party". It will be helpful to explain how these issues arise before turning to a more detailed discussion of them.

[133] In order to qualify for the exemption, the information must be (i) financial, commercial, scientific or technical information; (ii) confidential and consistently treated in a confidential manner by the third party; and (iii) supplied to a government institution by a third party. The parties accept the factors identified by MacKay J. in *Air Atonabee* as being appropriate to consider the question of whether information is confidential within the meaning of s. 20(1)(b).

[134] The first of those factors considers whether the information in the record has already been made publicly available (*Air Atonabee*, at p. 272). In particular, the question is whether disclosure by the government institution of a compilation of publicly available scientific articles in an NDS or SNDS to a competitor of the third party discloses more information than is already available in the public domain. Merck's position is that the records contain confidential "financial,

[131] Merck nous demande de conclure que l'ensemble des documents toujours en litige à l'égard desquels elle invoque l'exception prévue à l'al. 20(1)(b) ne doivent pas être communiqués. Ainsi, elle cherche à obtenir non seulement que les pages à l'égard desquelles le juge siégeant en révision a accepté ses objections soient soustraites à la communication, mais également que la Cour fasse droit à toutes les autres exceptions qu'elle a invoquées en se fondant sur l'al. 20(1)(b) et qui sont énumérées dans le dossier conjoint sur les pages en litige.

[132] Merck conteste la conclusion de la Cour d'appel fédérale selon laquelle aucune preuve n'établissait que les documents en litige étaient visés par l'exception. J'examinerai les observations qu'elle a présentées à cet égard à la fin de la présente partie. Trois autres questions se posent relativement à l'al. 20(1)(b). Deux d'entre elles portent sur la question de savoir si les documents en cause sont des renseignements financiers, commerciaux, scientifiques ou techniques de nature confidentielle, et la troisième, sur celle de savoir ce qui constitue des renseignements « fournis à une institution fédérale par un tiers ». Il est utile d'expliquer dans quel contexte ces questions se posent avant de les étudier en détail.

[133] Pour être visés par l'exception, les renseignements doivent être (i) financiers, commerciaux, scientifiques ou techniques, (ii) de nature confidentielle et traités comme tels de façon constante par le tiers, et (iii) fournis à une institution fédérale par un tiers. Les parties acceptent que les facteurs énumérés par le juge MacKay dans *Air Atonabee* sont à prendre en considération pour décider si les renseignements visés sont de nature confidentielle au sens de l'al. 20(1)(b).

[134] Le premier de ces facteurs porte sur la question de savoir si les renseignements contenus dans le document visé ont déjà été rendus publics (*Air Atonabee*, par. 41). En particulier, il s'agit de savoir si la communication à un concurrent du tiers, par une institution fédérale, d'une compilation d'articles scientifiques accessibles au public figurant dans une PDN ou une PSDN équivaut à une divulgation de plus de renseignements que ceux qui font déjà partie du domaine public. Merck soutient que

commercial, scientific or technical information” of two different sorts.

[135] The first type of confidential information is the substantive content of the record, that is, the information directly relayed by its contents. An example is a record that refers to the findings of a confidential study. The confidential information is the substantive content of the study itself. This aspect of Merck’s objection was the focus of the Court of Appeal’s reasoning. I will come back to this question; for now, it is worth noting that its resolution turns mostly on the evidence about whether Health Canada’s redactions had removed this sort of confidential information.

[136] Merck’s submission that there is a second type of confidential information depends on a more subtle argument. It contends that, quite apart from whether the substantive contents of the record are confidential, the manner in which the information is presented and the fact that Merck listed a particular study or relied on it in a particular way are both confidential scientific, or technical information within the meaning of s. 20(1)(b). I will address these points in turn.

(b) *Formatting and Structure of the Submission*

[137] The Court of Appeal noted that, before it, the scientific or technical nature of the information was not contested (para. 64). In the submissions in this Court, that is also the case with respect to the substantive content of much of the information. However, the parties are divided about whether Merck’s formatting and structure of the submission are confidential, financial, commercial, scientific or technical information for the purposes of the s. 20(1)(b) exemption. Merck argues that they are.

les documents contiennent deux types de « renseignements financiers, commerciaux, scientifiques ou techniques » de nature confidentielle.

[135] Le premier type de renseignements confidentiels est le contenu substantif du dossier, c’est-à-dire les renseignements directement transmis par son contenu. C’est le cas par exemple d’un document qui fait référence aux conclusions tirées dans le cadre d’une étude de nature confidentielle. Dans un tel cas, c’est le contenu substantif de l’étude elle-même qui constitue les renseignements confidentiels. Cet aspect de l’objection de Merck était l’élément central du raisonnement de la Cour d’appel fédérale. Je reviendrai sur cette question; pour l’instant, il est utile de souligner que la réponse à la question de savoir si l’objection de Merck est fondée dépend surtout de la preuve concernant celle de savoir si Santé Canada avait retranché ce genre de renseignements confidentiels en expurgant les documents.

[136] La prétention de Merck qu’il existe un deuxième type de renseignements confidentiels dépend d’un argument plus subtil. Selon cet argument, indépendamment de la question de savoir si le contenu substantif du dossier est de nature confidentielle, la façon dont les renseignements sont présentés et le fait que Merck ait mentionné une étude particulière ou qu’elle se soit fondée sur celle-ci d’une quelconque façon constituent tous les deux des renseignements scientifiques ou techniques de nature confidentielle au sens de l’al. 20(1)b). J’examinerai ces éléments à tour de rôle.

b) *Mise en forme et structure de la présentation*

[137] La Cour d’appel fédérale a souligné que nul n’a contesté devant elle la nature scientifique ou technique des renseignements (par. 64). Notre Cour pourrait dire la même chose au sujet des observations qui lui ont été présentées relativement au contenu substantif d’une grande partie des renseignements. Toutefois, les parties ne s’entendent pas sur la question de savoir si la mise en forme et la structure de la présentation de Merck sont des renseignements financiers, commerciaux, scientifiques

Disclosure of this information, it contends, allows competitors to use Merck's methods of assembling an NDS or an SNDS but without incurring the significant research and development time and costs that Merck expended.

[138] To address this submission, I begin by accepting three propositions that are well established in the Federal Court's jurisprudence.

[139] First, the terms "financial, commercial, scientific or technical" should be given their ordinary dictionary meanings. As MacKay J. in *Air Atonabee* stated, at p. 268:

... dictionary meanings provide the best guide and that it is sufficient for purposes of subs. 20(1)(b) that the information relate or pertain to matters of finance, commerce, science or technical matters as those terms are commonly understood.

[140] Second, the case law also holds that in order to constitute financial, commercial, scientific or technical information, the information at issue need not have an inherent value, such as a client list might have, for example. The value of information ultimately "depends upon the use that may be made of it, and its market value will depend upon the market place, who may want it and for what purposes, a value that may fluctuate widely over time" (*Air Atonabee*, at pp. 267-68).

[141] Finally, I agree that administrative details such as page and volume numbering, dates and location of information within the records are not scientific, technical, financial or commercial information (*AstraZeneca*, at para. 73).

[142] In general, the same can be said about the formatting and structure of submissions such as the choice to use a graph or table to present information or the precise organization and ordering of sections of a document the general contents of which are

ou techniques de nature confidentielle pour les fins de l'exception prévue à l'al. 20(1)(b). Merck prétend qu'elles le sont. Selon elle, la divulgation de ces renseignements permet à des concurrents de se servir de ses méthodes de présentation d'une PDN ou d'une PSDN, et ce, sans avoir à y consacrer le temps et les ressources qu'elle a investis sur les plans de la recherche et du développement.

[138] Dans l'appréciation de cet argument, j'accepte d'entrée de jeu trois affirmations qui sont bien établies dans la jurisprudence de la Cour fédérale.

[139] D'abord, il convient de donner aux termes « financiers, commerciaux, scientifiques ou techniques » leur sens lexicographique ordinaire. Le juge MacKay a affirmé ce qui suit dans *Air Atonabee*, par. 35 :

... le dictionnaire est le meilleur guide et [...] il suffit, pour l'application du paragraphe 20(1)(b), que les renseignements concernent des questions financières, commerciales, scientifiques ou techniques, au sens courant de ces termes.

[140] Ensuite, il ressort aussi de la jurisprudence que pour constituer des renseignements financiers, commerciaux, scientifiques ou techniques, les renseignements en cause n'ont pas à avoir une valeur inhérente, comme cela peut être le cas s'agissant d'une liste de clients par exemple : la valeur des renseignements « dépend en dernière analyse de l'utilisation qu'on peut en faire et leur valeur marchande dépendra du marché de ceux qui les veulent et à quelle fin, et cette valeur peut grandement fluctuer avec le temps » (*Air Atonabee*, par. 35).

[141] Enfin, je suis d'accord que les détails administratifs comme la numérotation des pages et des volumes, les dates et les passages des documents où se trouvent les renseignements ne sont pas des renseignements de nature scientifique, technique, financière ou commerciale (*AstraZeneca*, par. 73).

[142] En général, il en va de même de la mise en forme et de la structure des présentations, tels la décision de se servir d'un graphique ou d'un tableau pour présenter les renseignements ou la structure et l'ordonnement précis des parties d'un document

the subject of publicly available guidelines as is the case here: see, e.g., *Société Gamma*, at pp. 63-64. Of course, whether or not the exemption applies must be considered in light of the nature of the information and the evidence in the particular case.

(c) *Listing of Publicly Available Studies*

[143] Merck further says that the disclosure of a compilation of publicly available scientific articles in an NDS or an SNDS discloses more information than is already in the public domain; the fact that an innovator pharmaceutical company has relied on specific studies to support approval of a specific drug is competitively valuable information that is not otherwise publicly available. Relying on *Janssen-Ortho Inc. v. Canada (Minister of Health)*, 2007 FCA 252, 367 N.R. 134, aff'g 2005 FC 1633 (CanLII), it submits that the fact it has chosen to rely on particular studies is confidential information which is not disclosed by the publication of the studies.

[144] Merck submits that the Federal Court's jurisprudence on this point is conflicting. It notes that in the first Federal Court of Appeal decision in these matters (2005 FCA 215, a decision that is not before this Court on these appeals) the court held that s. 20(1)(b) did not apply to references to publicly available research articles or other public documents in the NDS and SNDS, while in *Janssen-Ortho* the company's evaluation of the studies it had relied on in its submission was found to be confidential.

[145] I can only accept Merck's submissions in part.

[146] As set out earlier, information is not confidential if it is in the public domain, including

dont le contenu général doit être conforme à des lignes directrices accessibles au public, comme c'est le cas en l'espèce : voir, p. ex., *Société Gamma*, p. 63-64. Bien sûr, il convient d'examiner la question de savoir si l'exception s'applique ou non en tenant compte de la nature des renseignements et de la preuve au dossier.

c) *Énumération d'études accessibles au public*

[143] Merck affirme en outre que la divulgation d'une compilation d'articles scientifiques accessibles au public contenue dans une PDN ou une PSDN équivaut à divulguer davantage de renseignements que ceux qui font déjà partie du domaine public; le fait qu'une société pharmaceutique innovatrice se soit fondée sur des études particulières pour étayer sa demande d'approbation d'une drogue donnée est un renseignement précieux sur le plan de la concurrence qui n'est autrement pas accessible au public. Merck invoque *Janssen-Ortho Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)*, 2007 CAF 252, [2007] A.C.F. n° 927 (QL), conf. 2005 CF 1633 (CanLII), pour faire valoir que sa décision de se fonder sur des études particulières est un renseignement confidentiel que la publication de ces dernières ne divulgue pas.

[144] Merck soutient que la jurisprudence de la Cour fédérale sur cette question est contradictoire. Elle souligne que la Cour d'appel fédérale a conclu, dans la première décision qu'elle a rendue dans le cadre de ces affaires (2005 CAF 215, décision dont la Cour n'est pas appelée à tenir compte dans le cadre des présents pourvois), que l'al. 20(1)(b) ne s'appliquait pas aux renvois, dans la PDN ou la PSDN, à des articles de recherche ou d'autres documents accessibles au public, alors que dans *Janssen-Ortho*, elle a jugé que l'évaluation que la société avait faite des études sur lesquelles elle s'était fondée dans sa présentation était confidentielle.

[145] Je ne peux accepter qu'une partie des observations formulées par Merck.

[146] J'ai déjà dit que les renseignements ne sont pas confidentiels s'ils font partie du domaine public,

being publicly available through another source. As MacKay J. put it in *Air Atonabee*, at p. 272, to be confidential, the information must not be available from sources otherwise accessible by the public or obtainable by observation or independent study by a member of the public acting on his or her own. It follows that information that has been published is not confidential. Moreover, information which merely reveals the existence of publicly available information cannot generally be confidential: knowledge of the existence of the information can be obtained through independent study by a member of the public. To the extent that Merck submits that its compilations of such studies are confidential for the purposes of s. 20(1)(b) because the compilations might help a competitor to learn of the existence of the studies, I do not agree.

[147] Merck's main point, however, is that while *the content* of published studies may not be confidential information for s. 20(1)(b) purposes, the fact that it *relied on* certain published studies is not publicly available and is confidential. Merck cites what Simpson J. said in *Janssen-Ortho*, at para. 39 (2005 FC 1633): although a description of information in published studies would normally be disclosed, the fact that the party opposing disclosure considers those findings accurate and trustworthy has not been publicized and therefore may fall within the realm of confidential information. The Federal Court of Appeal upheld this conclusion. Sexton J.A., for the court, noted that the applicant's opinions relating to public documents were confidential and these opinions were not publicly available; the fact that the applicant may have relied upon certain public information was not public knowledge (para. 6).

[148] I do not accept Merck's submission that *Janssen-Ortho* is inconsistent in principle with other jurisprudence of the Federal Courts in this

notamment s'ils sont accessibles au public par le biais d'une autre source. Comme le juge MacKay l'a affirmé dans *Air Atonabee*, au par. 41, les renseignements sont confidentiels s'ils ne peuvent être obtenus de sources autrement accessibles au public ou si le simple membre du public agissant de son propre chef ne peut les obtenir par suite de ses propres observations ou études. Il s'ensuit que les renseignements qui ont été publiés ne sont pas confidentiels. En outre, l'information qui ne fait que révéler l'existence de renseignements accessibles au public n'est généralement pas confidentielle, car le simple membre du public peut prendre connaissance du fait que les renseignements existent en faisant ses propres recherches. Dans la mesure où Merck prétend que ses compilations de telles études sont confidentielles pour les fins de l'al. 20(1)(b) parce qu'elles pourraient aider un concurrent à apprendre l'existence de celles-ci, je suis en désaccord avec cette opinion.

[147] Toutefois, le principal argument de Merck est que même si *le contenu* des études publiées peut ne pas constituer des renseignements de nature confidentielle pour les fins de l'al. 20(1)(b), le fait qu'elle *se soit fondée sur* certaines études publiées n'est pas un renseignement accessible au public; il s'agit d'un renseignement confidentiel. Merck fait référence aux propos de la juge Simpson dans *Janssen-Ortho*, par. 39 (2005 CF 1633) : bien qu'une description des renseignements figurant dans les études publiées serait normalement divulguée, le fait que la partie qui s'oppose à la divulgation considère que les conclusions qui y sont tirées sont justes et fiables n'a pas été rendu public et, partant, il pourrait faire partie des renseignements confidentiels. La Cour d'appel fédérale a confirmé cette conclusion. S'exprimant au nom de la cour, le juge Sexton a souligné que les opinions de la partie demanderesse concernant les documents publics étaient confidentielles, n'étant pas elles-mêmes à la disposition du public, et que le fait que cette partie ait pu se fonder sur certains renseignements publics n'était pas connu du public (par. 6).

[148] Je n'accepte pas l'observation de Merck selon laquelle la décision *Janssen-Ortho* est, en principe, incompatible avec d'autres décisions

area. The point is that *the content* of published studies will generally not be confidential because that content is available from another source in the public domain. The decision in *Janssen-Ortho*, as I read Simpson J.'s reasons, accepts this as a general proposition when it concludes that a description of findings in published studies would normally be disclosed. However, the third party's *reliance on or evaluation of those studies* may be shown by the evidence to fall within the definition of confidential information. What took the *Janssen-Ortho* case out of the general proposition was that the record *also* disclosed that the applicant considered the findings to be accurate and trustworthy and that *this information was not* publicly available. Simpson J. found that such material, to the extent that it included "expert advice, opinions, conclusions and information about the studies the Applicant considered reliable", was confidential commercial information (para. 40).

[149] In my view, therefore, the simple reference to a publicly available study or a description of its contents in a submission generally is not confidential information; a mere reference simply notes the existence of the study and a description of its contents simply summarizes information which is publicly available. Knowledge both of the existence of the study and of its contents will generally be obtainable by a member of the public, albeit with more effort, through independent study. However, much will depend on the evidence in a particular case.

[150] I underline this last point. Once the relevant legal principles are established, whether or not a record is confidential is primarily a question of fact. Care must be taken, therefore, not to overgeneralize the holdings of particular cases, by failing to give due regard to the evidence which was before the court in those cases. It may be, for example, that the relevance of a particular study to a particular line of inquiry might in some cases be shown to be confidential. Similarly, as in *Janssen-Ortho*,

rendues par les cours fédérales dans ce domaine. Le fait est qu'en général *le contenu* d'études publiées ne sera pas confidentiel vu qu'il figure dans une autre source qui se trouve dans le domaine public. Selon moi, il ressort des motifs exposés par la juge Simpson dans *Janssen-Ortho* qu'elle considère cela comme une proposition générale, car elle conclut qu'une description des conclusions tirées dans des études publiées serait normalement divulguée. Toutefois, il peut ressortir de la preuve que *l'évaluation de ces études* par le tiers *ou le fait qu'il s'y soit fondé* sont visés par la définition de renseignements confidentiels. Ce qui a exclu la décision *Janssen-Ortho* de la proposition générale, c'était que le dossier révélait *également* que la partie demanderesse estimait que les conclusions étaient justes et fiables, et que *cela constituait un renseignement* qui n'avait pas été rendu public. La juge Simpson a conclu que les renseignements en cause, dans la mesure où ils comprenaient « les avis d'expert, les opinions, les conclusions et les renseignements concernant les études que la demanderesse a jugé fiables », étaient des renseignements commerciaux de nature confidentielle (par. 40).

[149] Selon moi, par conséquent, le simple renvoi à une étude accessible au public ou une description de son contenu dans une présentation n'est pas, de façon générale, un renseignement confidentiel; un tel renvoi ne fait que souligner l'existence de l'étude et une description de son contenu n'est qu'un résumé de renseignements accessibles au public. En général, le simple membre du public peut prendre connaissance de l'existence de l'étude et de son contenu, bien qu'il doive y consacrer davantage d'efforts en faisant ses propres recherches. Toutefois, la preuve au dossier aura une grande incidence à cet égard.

[150] J'insiste sur ce dernier point. Une fois les principes juridiques pertinents établis, la question de savoir si tel ou tel dossier est confidentiel ou non constitue principalement une question de fait. Il faut donc se garder de trop généraliser les conclusions tirées dans des affaires données en omettant de tenir compte de la preuve soumise à la cour dans le cadre de celles-ci. Il se peut, par exemple, que la pertinence d'une étude particulière quant à une demande donnée puisse dans certains cas s'avérer

express or implicit statements of the applicant's evaluation of the reliability of a study will generally meet the definition of confidential information. Of course, where the existence or contents of studies themselves meet the definition of confidential information in s. 20(1)(b), references to such studies will also generally be confidential for the purposes of the exemption. Similarly, if the fact that the applicant has evaluated or relied on the study is publicly available, that fact will not be confidential. The key point is that these principles are not self-applying and must be considered in light of the evidence in each case.

[151] It seems to me that the dispute between the parties on this point turns more on a question of fact rather than on a question of legal principle. Merck's affiants acknowledged that numerous articles pertaining to asthma and its treatment are found in the public domain. However, the assertion is that the fact that information in a particular publication was used in a Canadian NDS, in this case Merck's, is not public knowledge. However, Merck's affiants do not assist the Court in understanding whether the information the institutional head proposes to disclose shows Merck's assessment or evaluation of the studies. Health Canada specifically disavows any intent to disclose the unpublished opinions or evaluations by Merck's experts of any study. Moreover, Health Canada maintains that the fact Merck relied on the studies as listed is public information from the Product Monograph and documents published by the U.S. FDA.

(d) *“Supplied to a Government Institution by a Third Party”*

[152] One of the requirements of the s. 20(1)(b) exemption is that the information be supplied by the third party to the government institution. There

confidentielle. De la même façon, comme dans *Janssen-Ortho*, des déclarations explicites ou implicites au sujet de l'évaluation que le demandeur a faite de la fiabilité d'une étude répondront généralement à la définition du renseignement confidentiel. Bien entendu, dans les cas où l'existence des études ou leur contenu sont des renseignements de nature confidentielle pour les fins de l'al. 20(1)(b), les renvois à ces études seront eux aussi, de façon générale, confidentiels pour les fins de l'exception. De la même façon, si le fait que le demandeur a évalué l'étude ou s'est fondé sur celle-ci est un renseignement accessible au public, alors il ne s'agit pas d'un renseignement confidentiel. Le point essentiel est que ces principes ne s'appliquent pas automatiquement; ils doivent être pris en compte en fonction de la preuve au dossier.

[151] Il me semble que le conflit qui oppose les parties sur ce point porte davantage sur une question de fait que sur une question de principe juridique. Les auteurs des affidavits favorables à Merck ont reconnu que les nombreux articles portant sur l'asthme et son traitement font partie du domaine public. Cependant, ce que Merck fait valoir, c'est que le fait que les renseignements figurant dans une publication donnée ont été utilisés dans le cadre d'une PDN au Canada, en l'occurrence la sienne, n'est pas de notoriété publique. Cela dit, les auteurs de ces affidavits n'aident pas la Cour à déterminer si les renseignements que le responsable de l'institution en l'espèce envisage de divulguer contiennent l'appréciation ou l'évaluation que Merck a faites des études en question. En particulier, Santé Canada nie avoir l'intention de divulguer les opinions ou les évaluations non publiées des experts de Merck au sujet de quelque étude que ce soit. En outre, Santé Canada soutient que le fait que Merck se soit fondée sur les études telles que mentionnées constitue un renseignement public provenant de la monographie de produit et des documents publiés par la FDA.

d) *« Fournis à une institution fédérale par un tiers »*

[152] Selon l'une des exigences à satisfaire pour que s'applique l'exception prévue à l'al. 20(1)(b), il faut que les renseignements visés aient été fournis

remains an issue about whether this requirement was met by certain documents in the record. The documents in issue are reviewers' notes prepared by scientists retained by Health Canada to evaluate the drug, and correspondence between Merck and Health Canada. While these records contain information supplied by Merck, they also contain other information, such as the analysis and observations of the reviewers, their conclusions and recommendations, as well as information from scientific literature. Health Canada says that following the approach set out in *Canada Packers*, it is obliged to release these reviewers' notes after having redacted the material provided by Merck.

[153] The parties join issue on what qualifies as information supplied to a government institution by a third party. Health Canada contends that while documents prepared by scientists employed or retained by it to evaluate the proposed medication contain some information that was supplied by Merck, that is not the case with all of the information contained in these sorts of records. They also contain, for example, the reviewers' observations, analyses, conclusions and recommendations, as well as information coming from the scientific literature and the reviewers' questions arising from all of this material. This sort of information is not supplied by Merck. Health Canada also submits that much of the correspondence that passed between it and Merck is similarly not information provided by a third party.

[154] What, then, are the governing legal principles?

[155] The first is that a third party claiming the s. 20(1)(b) exemption must show that the information was supplied to a government institution by the third party.

[156] A second principle is that where government officials collect information by their own observation, as in the case of an inspection for

par le tiers à l'institution fédérale. Il reste à savoir si cette exigence a été satisfaite dans le cas de certains documents figurant au dossier. Les documents en litige sont des notes d'examineurs rédigés par des scientifiques que Santé Canada a chargés d'évaluer la drogue ainsi que des échanges entre Merck et Santé Canada. Ces documents contiennent certes des renseignements fournis par Merck, mais ils contiennent aussi d'autres renseignements, comme l'analyse et les observations des examineurs, leurs conclusions et recommandations, ainsi que des renseignements tirés de publications scientifiques. Santé Canada affirme que l'approche énoncée dans *Canada Packers* l'oblige à produire les notes de ces examineurs après avoir retranché les documents fournis par Merck.

[153] Les parties ne s'entendent pas sur ce qui constitue des renseignements fournis à une institution fédérale par un tiers. Santé Canada allègue que même si les documents rédigés par les scientifiques qu'il a chargés d'évaluer le médicament proposé contiennent certains renseignements qui lui ont été fournis par Merck, ce n'est pas le cas de tous les renseignements contenus dans ce genre de dossier. Ils contiennent également, par exemple, les observations, analyses, conclusions et recommandations des examineurs ainsi que des renseignements provenant de publications scientifiques et des réponses aux interrogations que l'ensemble des documents ont suscitées chez les examineurs. Or, Merck n'a pas fourni de renseignements de ce type. Santé Canada fait également valoir qu'une grande partie des échanges qu'il a eus avec Merck ne constituent pas non plus des renseignements fournis par un tiers.

[154] Quels sont donc les principes juridiques applicables?

[155] Le premier principe est que le tiers qui invoque l'exception prévue à l'al. 20(1)b) doit établir qu'il a fourni les renseignements à une institution fédérale.

[156] Le deuxième principe est que les renseignements que des fonctionnaires recueillent eux-mêmes, dans le cadre d'une inspection par exemple,

instance, the information they obtain in that way will not be considered as having been supplied by the third party. As MacKay J. said in *Air Atonabee*, at p. 275:

In my view, where the record consists of the comments or observations of public inspectors based on their review of the records maintained by the third party at least in part for inspection purposes, the principle established by *Can. Packers Inc.*, supra, applies and the information is not to be considered as provided by the third party.

See also *Canada Packers*, at pp. 54-55; *Les viandes du Breton Inc. v. Canada (Canadian Food Inspection Agency)*, 2006 FC 335 (CanLII), at paras. 44-49.

[157] A third principle is that whether or not information was supplied by a third party will often be primarily a question of fact. For example, if government officials correspond with a third party regarding certain information, it is possible that the officials have prior knowledge of the information gained by their own observation or other sources. But it is also possible that they are aware of this information because it was communicated to them beforehand by the third party. The mere fact that the document in issue originates from a government official is not sufficient to bar the claim for exemption. But, in each case, the third party objecting to disclosure on judicial review will have to prove that the information originated with it and that it is confidential.

[158] To summarize, whether confidential information has been “supplied to a government institution by a third party” is a question of fact. The content rather than the form of the information must be considered: the mere fact that the information appears in a government document does not, on its own, resolve the issue. The exemption must be applied to information that reveals the confidential information supplied by the third party, as well as to that information itself. Judgments or conclusions expressed by officials based on their own

ne seront pas considérés comme ayant été fournis par le tiers. Voici ce que le juge MacKay a affirmé dans *Air Atonabee*, par. 47 :

À mon avis, lorsque le document est constitué de commentaires ou d'observations faites par des inspecteurs publics sur le fondement de leur examen des documents conservés par le tiers au moins en partie à des fins d'inspection, le principe posé dans l'arrêt *Canada Packers Inc.*, précité, s'applique et les renseignements ne doivent pas être considérés comme ayant été fournis par le tiers.

Voir également *Canada Packers*, p. 54-55; *Viandes du Breton Inc. c. Canada (Agence canadienne d'inspection des aliments)*, 2006 CF 335 (CanLII), par. 44-49.

[157] Le troisième principe veut que la question de savoir si les renseignements ont été fournis par un tiers est souvent principalement une question de fait. Par exemple, il arrive que les fonctionnaires qui ont des échanges avec un tiers au sujet de certains renseignements connaissent déjà ceux-ci en raison des observations qu'ils ont faites ou des sources qu'ils ont consultées. Mais il est également possible qu'ils connaissent les renseignements parce qu'ils leur ont été transmis au préalable par le tiers. Le simple fait que le document en litige provient d'un fonctionnaire ne suffit pas à rendre irrecevable la demande d'application de l'exception. Mais, dans chaque cas, le tiers qui s'oppose à la divulgation dans le cadre d'une demande de contrôle judiciaire doit établir que les renseignements provenaient de lui et qu'ils étaient de nature confidentielle.

[158] En résumé, la question de savoir si des renseignements confidentiels ont été « fournis à une institution fédérale par un tiers » en est une de fait. C'est le contenu plutôt que la forme des renseignements qui doit être pris en compte : le simple fait que les renseignements figurent dans un document d'une institution fédérale ne règle pas en soi la question. Il faut appliquer l'exception aux renseignements qui révèlent les renseignements confidentiels fournis par le tiers ainsi qu'à ces derniers. De façon générale, les jugements ou les conclusions

observations generally cannot be said to be information supplied by a third party.

(c) *Application*

[159] As noted earlier, Merck's submissions on s. 20(1)(b) raise three points. In my respectful view, it fails on all of them.

[160] Turning to Merck's first submission, it contends that the Court of Appeal erred in finding that it had not discharged its burden of proof that the documents, as redacted, continued to contain confidential information. This argument is concerned with the substantive content of the information referred to and turns on whether, as Health Canada contends, all information that is not in the public domain has been redacted.

[161] The Court of Appeal's decision about the s. 20(1)(b) exemption turned on this point (paras. 62 and 67). It concluded that Merck had failed to discharge its burden with respect to whether the information was confidential and had been consistently treated as such. The court found that the affidavits submitted by Merck failed to provide "direct and objective evidence" and had not shown that the s. 20(1)(b) exemption applied.

[162] I agree with Merck that the Court of Appeal applied an unduly onerous standard of proof. The Court of Appeal stated that the third party opposing disclosure has a "heavy" burden to establish the s. 20(1)(b) exemption (para. 62). For reasons I have set out earlier, this is an error of law. The burden is to show on the civil standard that the exemption applies. However, I do not think the result reached by the Court of Appeal turns on its description of the standard of proof. The court's decision rested on what it concluded to be an absence of evidence responsive to the claimed exemptions in light of the

auxquels parviennent les fonctionnaires sur la base de leurs propres observations ne peuvent être considérés comme des renseignements fournis par un tiers.

e) *Application*

[159] Comme je l'ai déjà dit, les observations de Merck relativement à l'al. 20(1)(b) soulèvent trois points. À mon humble avis, ils sont tous dépourvus de fondement.

[160] Le premier argument de Merck est que la Cour d'appel fédérale a commis une erreur en concluant qu'elle ne s'était pas acquittée de son fardeau de prouver que les documents sous leur forme expurgée contenaient toujours des renseignements de nature confidentielle. Cet argument, qui se rapporte au contenu substantif des renseignements visés, porte sur la question de savoir si, comme Santé Canada le prétend, tous les renseignements qui ne font pas partie du domaine public ont été retranchés.

[161] La décision de la Cour d'appel fédérale sur l'exception prévue à l'al. 20(1)(b) dépendait de ce point (par. 62 et 67). Elle a conclu que Merck n'avait pas réussi à s'acquitter de son fardeau en ce qui concerne la question de savoir si les renseignements étaient de nature confidentielle et avaient toujours été traités de la sorte. Elle a aussi conclu que les affidavits soumis par Merck ne contenaient aucune « preuve directe et objective » et qu'elle n'avait pas établi que l'exception prévue à l'al. 20(1)(b) s'appliquait.

[162] Je souscris à l'opinion de Merck selon laquelle la Cour d'appel fédérale a appliqué une norme de preuve trop exigeante. La Cour d'appel fédérale a déclaré que le fardeau dont le tiers s'opposant à la divulgation doit s'acquitter pour que l'exception prévue à l'al. 20(1)(b) s'applique est « lourd » (par. 62). Pour les motifs que j'ai déjà exposés, j'estime qu'il s'agit d'une erreur de droit. Le fardeau consiste à prouver, selon la norme applicable en matière civile, que l'exception s'applique. Cependant, je ne crois pas que la conclusion tirée par la Cour d'appel fédérale soit tributaire de sa

extensive redactions made by Health Canada. I will explain.

[163] With respect to the NDS, the Court of Appeal's holding turned mainly on the way Health Canada came to concede that extensive redaction was necessary, coupled with Merck's failure to respond specifically to the portions remaining after these final redactions had been made.

[164] In September of 2001, Health Canada filed a new affidavit to which were attached more heavily redacted versions of documents that it proposed to release: see C.A. reasons, at para. 16. Merck did not respond specifically to the newly edited versions of the documents. The Court of Appeal found that the affidavit evidence submitted by Merck before that date was of limited use because it was impossible to tell if an objection continued to apply in light of the new editing. The Court of Appeal also found that the affidavits submitted by Merck after that date did not provide any direct and objective proof that the exemption applied to the documents in their newly redacted form (paras. 75-76). For that reason, the Court of Appeal set aside all of the reviewing judge's conclusions in relation to the s. 20(1)(b) exemption for the NDS.

[165] With respect to the SNDS, the Court of Appeal simply concluded that there was no direct and objective evidence from Merck to show that the information remaining in the records was confidential (para. 79).

[166] Both of these conclusions focussed on the question of whether the substance of the information was publicly available.

[167] Merck's factum in this Court addresses these specific conclusions in three short paragraphs.

description de la norme de preuve. Sa décision reposait plutôt sur le fait que, selon elle, aucune preuve n'établissait que les exceptions invoquées s'appliquaient compte tenu des expurgations importantes faites par Santé Canada. Je m'explique.

[163] En ce qui concerne la PDN, la conclusion de la Cour d'appel fédérale portait surtout sur la façon dont Santé Canada en est venu à reconnaître la nécessité de faire d'importantes expurgations, conjuguée à l'omission de Merck de commenter expressément les renseignements qui subsistaient après que les expurgations avaient été faites.

[164] En septembre 2001, Santé Canada a déposé un nouvel affidavit auquel étaient jointes des versions davantage expurgées des documents qu'il envisageait de communiquer : voir les motifs de la Cour d'appel fédérale, par. 16. Merck n'a pas commenté expressément ces versions nouvellement expurgées des documents. La Cour d'appel fédérale a conclu que la preuve par affidavit soumise par Merck avant cette date était peu utile car il était impossible de savoir si une objection s'appliquait toujours, compte tenu des nouvelles expurgations. La Cour d'appel fédérale a également conclu que les affidavits soumis par Merck après cette date n'établissaient pas directement et objectivement que l'exception s'appliquait aux documents sous leur forme nouvellement expurgée (par. 75-76). Pour ce motif, la Cour d'appel fédérale a annulé toutes les conclusions tirées par le juge siégeant en révision relativement à l'application à la PDN de l'exception prévue à l'al. 20(1)b).

[165] En ce qui concerne la PSDN, la Cour d'appel fédérale a tout simplement conclu que Merck n'avait soumis aucune preuve directe et objective établissant que les renseignements figurant toujours dans les documents étaient de nature confidentielle (par. 79).

[166] Ces deux conclusions portaient principalement sur la question de savoir si le contenu des renseignements était accessible au public.

[167] Merck traite précisément de ces conclusions dans trois courts paragraphes du mémoire qu'elle

It submits that Merck consistently treats the information in issue confidentially and that, contrary to the findings of the Court of Appeal, there was “ample evidence in the record that Merck treats the information in issue as confidential” (para. 180). As an example, it refers to evidence that access to Merck’s facilities is restricted, that its employees and consultants must sign confidentiality agreements, that access to paper and computer discs is restricted on a “need-to-know” basis and in particular that information pertaining to an NDS is accessible to its Regulatory Affairs personnel, and to a restricted number of the company’s officers on a “need-to-know” basis.

[168] Respectfully, these submissions are of no assistance with respect to the issue that concerned the Court of Appeal; the submissions do not explain how what is left on the often heavily redacted pages is confidential in the face of Health Canada’s evidence that the unredacted material is in the public domain and therefore not confidential. Merck’s submissions and my perusal of the record have not persuaded me that the Court of Appeal erred in its conclusion on this point. The consideration of two specific examples will explain why.

[169] In the NDS file, consider by way of example the evidence in relation to page 33 of the records in issue. That page is part of the Comprehensive Summary; specifically, it is from the section setting out certain investigational studies. The page refers to studies by number, the particulars of which are listed elsewhere in the submission.

[170] On Health Canada’s final redacted version of page 33, there are redactions made to the list of studies. On page 137, all details have also been redacted from one of the studies referred to on page 33. By way of contrast, the earlier January 2, 2001

a présenté à la Cour, où elle soutient avoir invariablement traité de façon confidentielle les renseignements en litige et affirme que, contrairement aux conclusions tirées par la Cour d’appel fédérale, [TRADUCTION] « le dossier comportait une preuve abondante établissant que Merck traite les renseignements en litige comme étant confidentiels » (par. 180). À titre d’exemple, elle fait référence à de la preuve démontrant que l’accès à ses installations est restreint, que ses employés et ses experts-conseils doivent conclure avec elle des ententes de confidentialité, que l’accès à ses documents sur support papier et support informatique n’est accordé qu’à ceux qui en ont besoin pour faire leur travail, et, en particulier, que l’accès aux renseignements qui ont trait à une PDN n’est accordé qu’aux personnes qui travaillent aux affaires réglementaires et à un nombre limité de dirigeants de la société, dans la mesure où ils en ont besoin.

[168] À mon humble avis, ces observations ne sont d’aucune utilité pour trancher la question sur laquelle s’est penchée la Cour d’appel fédérale; les observations n’expliquent pas en quoi le contenu des pages expurgées — dont plusieurs l’ont été de façon importante — est confidentiel compte tenu de la preuve de Santé Canada que les renseignements non retranchés font partie du domaine public et, par conséquent, ne sont pas de nature confidentielle. Les observations de Merck et mon examen du dossier ne m’ont pas convaincu que la Cour d’appel fédérale a commis une erreur dans la conclusion qu’elle a tirée à cet égard. L’examen de deux exemples précis permettra de comprendre pourquoi.

[169] S’agissant du dossier de la PDN, examinons, à titre d’exemple, la preuve qui se rapporte à la page 33 des documents en litige. Cette page provient du sommaire général; plus précisément, elle appartient à la partie qui décrit certains travaux de recherche. Elle fait référence, par numéro, à des études dont le contenu est décrit ailleurs dans la présentation.

[170] La liste d’études mentionnée dans la version finale expurgée de la page 33 de Santé Canada a été expurgée à certains endroits. En outre, à la page 137, tous les détails ont été retranchés de l’une des études à laquelle il est fait référence à la page 33. Par

version had no redactions from page 33, nor were there any redactions to the details of the studies on page 137: see C.A. reasons, at paras. 68-69.

[171] Merck's affidavit evidence relating to the substantive content of this page is to the effect that its contents reveal confidential results which are not in the public domain. Health Canada's evidence accepts that the page in issue contains specific confidential, financial, commercial, scientific or technical third party information that is properly exempted from disclosure, but maintains that all such information has been redacted and the remaining information either is not confidential by nature (such as the format of the page) or is in the public domain. Merck's evidence does not respond to Health Canada's evidence. Faced with the unanswered evidence that all confidential information had been redacted, and with no explanation from the reviewing judge as to why he had rejected this potentially decisive and unanswered evidence, the Federal Court of Appeal appropriately intervened and made its own assessment: see C.A. reasons, at paras. 72-76.

[172] I turn to the s. 20(1)(b) exemptions claimed in the SNDS. Consider by way of example the evidence in relation to page 115 of the records in issue. This page is also part of the Comprehensive Summary. Throughout the process, Health Canada did not redact any part of this page. The reviewing judge found that it contained confidential information and that it was to be exempted from disclosure in its entirety (see *Beaudry J.*, at para. 113 (2006 FC 1200)), a holding which the Court of Appeal reversed.

[173] In its letter dated July 20, 2001, Merck responded to Health Canada's notice and submitted its objections to disclosure. Merck's objections

contrast, aucun passage de la version antérieure de cette page, qui datait du 2 janvier 2001, n'en avait été retranché, et aucun détail des études n'avait été éliminé de la page 137 : voir les motifs de la Cour d'appel fédérale, par. 68-69.

[171] Selon la preuve par affidavit soumise par Merck relativement au contenu substantif de cette page, celle-ci divulgue des résultats confidentiels qui ne font pas partie du domaine public. Dans sa preuve, Santé Canada accepte que la page en litige contient des renseignements financiers, commerciaux, scientifiques ou techniques de nature confidentielle fournis par un tiers qui sont, à bon droit, soustraits à la divulgation, mais elle prétend que tous les renseignements de ce type ont été retranchés et que les renseignements restants ne sont pas confidentiels de par leur nature (comme la présentation de la page) ou encore font partie du domaine public. Merck n'a présenté aucune preuve pour réfuter celle de Santé Canada. Or, compte tenu du silence de Merck au sujet de la preuve que tous les renseignements de nature confidentielle avaient été retranchés et de l'absence de toute explication du juge siégeant en révision sur la raison pour laquelle il avait rejeté cette preuve potentiellement décisive et non contredite, c'est à bon droit que la Cour d'appel fédérale est intervenue et qu'elle a fait sa propre appréciation : voir les motifs de la Cour d'appel fédérale, par. 72-76.

[172] Je me pencherai maintenant sur les exceptions prévues à l'al. 20(1)b invoquées relativement à la PSDN. Examinons, à titre d'exemple, la preuve se rapportant à la page 115 des documents en litige. Cette page fait également partie du sommaire général. Tout au long du processus, Santé Canada n'a retranché aucune partie de cette page. Or, le juge siégeant en révision a conclu qu'elle contenait des renseignements confidentiels et qu'elle devait être complètement soustraite à la communication (voir les motifs du juge *Beaudry*, par. 113 (2006 CF 1200)), une conclusion que la Cour d'appel fédérale a infirmée.

[173] Dans sa lettre datée du 20 juillet 2001, Merck a répondu à l'avis de Santé Canada et lui a soumis ses objections à la divulgation de certains

address generally the nature and the type of information found in the Comprehensive Summary pages. Merck asserted the confidential nature of this information by noting the limited distribution of the Comprehensive Summary within Merck and that it was submitted to Health Canada with a confidentiality notice. There is no specific comment about the confidentiality of the substantive content of what is found at page 115.

[174] Health Canada responded to Merck on October 2, 2001. It agreed to some additional, partial redactions in other documents, but it rejected the balance of Merck's objections: see Beaudry J., at para. 19 (2006 FC 1200). Health Canada asserted that there could be no blanket exemption on the Comprehensive Summary and that some of its information was already available in the public domain. It provided for no redaction of the information contained at page 115.

[175] Merck sent a further reply on October 31, 2001, based on a review prepared by outside consultants. The review identified all of the information that was not already publicly available, and which had not been redacted by Health Canada: see Beaudry J., at para. 23 (2006 FC 1200). At this time, Merck and the consultants suggested redacting only certain paragraphs and several references to other sections of the SNDS. Merck argued that such information remained confidential. It also argued that its methodology in preparing the SNDS was confidential and therefore the references to other parts of the SNDS should be redacted.

[176] Health Canada sent Merck its final notice on December 19, 2001. It agreed to redact some additional details in other documents, but rejected the balance of Merck's objections: see Beaudry J., at paras. 24-26 (2006 FC 1200). As mentioned above, there was no redaction to page 115, and so Merck applied to the Federal Court for review.

renseignements. Les objections de Merck traitent d'une manière générale de la nature et du type de renseignements figurant dans les pages qui constituent le sommaire général. Merck a fait valoir que ces renseignements étaient de nature confidentielle, soulignant que le sommaire avait été communiqué à certaines personnes seulement au sein de son organisation et qu'il avait été transmis à Santé Canada assorti d'un avis de confidentialité. Aucune remarque n'a été formulée quant au caractère confidentiel du contenu substantif de la page 115.

[174] Santé Canada a répondu à Merck le 2 octobre 2001, acceptant d'expurger partiellement davantage d'autres documents, mais rejetant ses autres objections : voir les motifs du juge Beaudry, par. 19 (2006 CF 1200). Santé Canada a fait valoir que le sommaire général ne pouvait être exclu en entier et que certains des renseignements qu'il contenait se trouvaient déjà dans le domaine public. Elle s'est abstenue d'expurger la page 115.

[175] Merck a envoyé une autre réponse à Santé Canada le 31 octobre 2001 à la suite d'un examen effectué par des experts-conseils dont elle avait retenu les services. L'examen relevait tous les renseignements qui n'étaient pas déjà accessibles au public et qui n'avaient pas été retranchés par Santé Canada : voir les motifs du juge Beaudry, par. 23 (2006 CF 1200). À cette époque, Merck et les experts-conseils étaient d'avis de retrancher certains paragraphes seulement ainsi que plusieurs renvois à d'autres parties de la PSDN. Merck a prétendu que ces renseignements demeuraient confidentiels. Elle a également soutenu que la méthode qu'elle avait suivie pour préparer la PSDN était confidentielle et que, par conséquent, les renvois à d'autres parties de celle-ci devaient être retranchés.

[176] Santé Canada a envoyé à Merck son dernier avis le 19 décembre 2001, acceptant de retrancher certains détails supplémentaires d'autres documents, mais rejetant ses autres objections : voir les motifs du juge Beaudry, par. 24-26 (2006 CF 1200). Comme je l'ai déjà mentionné, la page 115 n'a pas été expurgée. Merck a donc déposé une demande de contrôle judiciaire auprès de la Cour fédérale.

[177] Before the Federal Court, Merck submitted a detailed table listing the parts of the record in dispute and its representations regarding the reasons why they should be exempted from disclosure. With regard to the confidentiality of page 115, Merck referred to an affidavit which says that pharmaceutical companies generally consider this information confidential. It also refers to another affidavit, which similarly states that pharmaceutical companies usually treat this type of information as confidential and that Merck does the same: see C.A. reasons, at paras. 96 and 98.

[178] Once again, I see no error in the Court of Appeal's conclusion that Merck's evidence was not, in law, capable of discharging its onus of showing how the substantive information on page 115 contained confidential information: see C.A. reasons, at para. 79.

[179] I therefore agree with the Court of Appeal to the extent that it held that Merck had not shown that the substantive contents of the records in dispute contained confidential financial, commercial, scientific or technical information. However, the Court of Appeal did not address the other two aspects of Merck's submissions made in this Court in relation to s. 20(1)(b).

[180] Merck's second point is that the formatting and structure of the submissions qualifies for exemption. As noted earlier, I do not agree with this submission, for the reasons I set out above.

[181] Merck's third point is that the very fact it listed studies and therefore would be understood to have relied on them in its new drug submissions was confidential information. Even if the studies themselves are in the public domain, Merck maintains

[177] Merck a présenté à la Cour fédérale un tableau détaillé énumérant les parties du dossier qui faisaient l'objet du litige ainsi que des observations dans lesquelles elle expliquait pourquoi, selon elle, ces parties devaient être soustraites à la communication. En ce qui concerne le caractère confidentiel de la page 115, Merck a fait référence à un affidavit mentionnant qu'en général les sociétés pharmaceutiques estimaient que de tels renseignements étaient confidentiels. Elle a aussi fait référence à un autre affidavit qui mentionnait, dans la même veine, que les sociétés pharmaceutiques considéraient habituellement que ce genre de renseignements étaient confidentiels et que Merck avait fait de même : voir les motifs de la Cour d'appel fédérale, par. 96 et 98.

[178] Encore là, je ne constate aucune erreur dans la conclusion de la Cour d'appel fédérale que la preuve soumise par Merck ne lui permettait pas juridiquement de s'acquitter de son fardeau de démontrer en quoi certains des renseignements de fond figurant dans la page 115 étaient de nature confidentielle : voir les motifs de la Cour d'appel fédérale, par. 79.

[179] Je souscris donc à l'opinion de la Cour d'appel fédérale dans la mesure où elle a conclu que Merck n'a pas établi que le contenu substantif des documents en litige comprenait des renseignements financiers, commerciaux, scientifiques ou techniques de nature confidentielle. Toutefois, la Cour d'appel fédérale n'a pas traité des deux autres aspects des observations que Merck a formulées devant notre Cour relativement à l'al. 20(1)b).

[180] Le deuxième argument de Merck est que la mise en forme et la structure des présentations sont visées par l'exception. Comme je l'ai déjà dit, et pour les motifs que j'ai déjà exposés, je ne souscris pas à cet argument.

[181] Le troisième argument de Merck est que le fait même qu'elle a énuméré des études dans ses présentations, et que cela laissait donc entendre qu'elle s'était fondée sur elles, constituait un renseignement de nature confidentielle. Même si les

that it assembled the list of articles and studies and that what it chose to include is not in the public domain. The very fact that a particular publication was used in a Canadian NDS is not public knowledge. The list also provides a screening of articles and links them to the product and the NDS/SNDS. Merck also emphasizes that this information confers a competitive advantage on a competitor with concomitant harm to it. This last point, of course, is relevant to the s. 20(1)(c) exemption, not the s. 20(1)(b) exemption under consideration here.

[182] The problem with Merck's arguments about the listing of studies is that Merck itself proposed that copies of all published articles referred to in the submissions should be provided to the requester: letter from Merck to Health Canada dated September 25, 2000 (see reasons of Harrington J., at para. 38 (2004 FC 959); see also Beaudry J., at para. 16 (2006 FC 1201)). In addition, Health Canada underlines the point that the fact Merck had referred to many studies was already in the public domain as a result of the publication of the Product Monograph and documents published by the U.S. FDA (R.F., at para. 134). I cannot see any difference in principle between published articles and studies otherwise in the public domain. Releasing these articles in response to an access to information request relating to an NDS or an SNDS of course shows that Merck selected the studies and draws the link between the articles and the product and the NDS or the SNDS. This, in my view, completely undermines Merck's claim for confidentiality of the fact that it selected the studies for inclusion or the existence of a link between them to the product and the NDS/SNDS. Having reviewed the relevant evidence, my view is that Merck did not show that the listing of the studies was itself confidential financial, commercial, scientific or technical information. While I would not foreclose the possibility of a claim of this nature being established in some cases in which the evidence supported it, the evidence does not support it here. I would add that the simple listing of studies does not

études elles-mêmes font partie du domaine public, Merck fait valoir qu'elle a elle-même dressé la liste d'articles et d'études et que ce qu'elle a décidé d'y inclure ne fait pas partie du domaine public. Le fait même qu'une publication donnée ait été utilisée dans le cadre d'une PDN au Canada n'est pas de notoriété publique. La liste comprend également une sélection d'articles appariés au produit et à la PDN et la PSDN. Merck souligne également que ce renseignement confère un avantage concurrentiel à ses concurrents, ce qui lui cause du tort. Ce dernier point est, bien entendu, pertinent en ce qui concerne l'exception prévue à l'al. 20(1)c, et non quant à celle prévue à l'al. 20(1)b, dont il est présentement question.

[182] Les arguments de Merck au sujet de la liste d'études sont problématiques, car c'est Merck elle-même qui a proposé que des copies de tous les articles publiés qui ont été mentionnés dans les présentations soient fournies au demandeur : lettre de Merck à Santé Canada datée du 25 septembre 2000 (voir les motifs du juge Harrington, par. 38 (2004 CF 959); voir également les motifs du juge Beaudry, par. 16 (2006 CF 1201)). De plus, Santé Canada souligne que le fait que Merck avait fait référence à plusieurs études était déjà de notoriété publique en raison de la publication de la monographie de produit et de documents publiés par la FDA (m.i., par. 134). Je ne vois aucune différence, en principe, entre des articles publiés et des études faisant autrement partie du domaine public. La communication des articles en réponse à une demande d'accès à l'information touchant une PDN ou une PSDN démontre que Merck avait choisi les études citées et qu'elle avait établi un lien entre les articles et le produit, et la PDN ou la PSDN, selon le cas. Ceci, selon moi, mine complètement la prétention de Merck que le fait qu'elle ait choisi des études afin de les inclure dans la PDN ou la PSDN, selon le cas, ou que l'existence d'un lien entre ces études et le produit et l'une ou l'autre de ces présentations, est de nature confidentielle. J'ai examiné la preuve pertinente, et j'en conclus que Merck n'a pas démontré que l'énumération des études constituait elle-même un renseignement financier, commercial, scientifique ou technique de nature confidentielle. Je n'exclus certes

engage the *Janssen-Ortho* principle which relates to information revealing the third party's evaluation of those studies.

[183] I would therefore uphold the decision of the Federal Court of Appeal to reject Merck's claims for s. 20(1)(b) exemptions on this record.

(4) Section 20(1)(c): Disclosure of Information That Could Reasonably Be Expected to Harm the Third Party

[184] I turn now to the harm-based exemption in s. 20(1)(c). The exemption applies if the third party establishes that the disclosure "could reasonably be expected to result in material financial loss or gain to, or . . . prejudice the competitive position of, a third party":

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

. . .

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

[185] Once again, there are submissions from both parties about the applicable principles as well as how those principles apply. The debate in this Court centred on three aspects of this exemption: (i) the degree of likelihood required by this provision that harm will result from disclosure; (ii) whether disclosing information already in the public domain can cause harm; and (iii) the types of harm contemplated by the provision. After a brief review of the decisions below, I will address these issues and deal with the more specific

pas la possibilité que le bien-fondé d'un tel argument soit établi dans certains cas où il est étayé par la preuve, mais, en l'espèce, la preuve est insuffisante à cet égard. Enfin, j'estime que le simple fait d'énumérer des études ne fait pas intervenir le principe de *Janssen-Ortho*, qui se rapporte aux renseignements qui révèlent l'appréciation que le tiers a faite de ces études.

[183] Je suis donc d'avis de confirmer la décision de la Cour d'appel fédérale de rejeter les prétentions de Merck selon lesquelles les exceptions prévues par l'al. 20(1)(b) s'appliquent en l'espèce.

(4) L'alinéa 20(1)c) : renseignements dont la divulgation risquerait vraisemblablement de nuire au tiers

[184] Je vais maintenant examiner l'exception, prévue à l'al. 20(1)c), visant à éviter un préjudice. L'exception s'applique si le tiers établit que la divulgation des renseignements « risquerait vraisemblablement de causer des pertes ou profits financiers appréciables à un tiers ou de nuire à sa compétitivité » :

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

. . .

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

[185] Là encore, des observations ont été formulées par les deux parties quant aux principes applicables et à la façon dont il convient de les appliquer. Le débat devant la Cour a principalement porté sur trois aspects de cette exception : (i) le degré de probabilité, selon cette disposition, qu'un préjudice découle de la divulgation des renseignements visés; (ii) la question de savoir si la divulgation de renseignements faisant déjà partie du domaine public peut causer un préjudice; et (iii) les types de préjudice visés par la disposition. Après avoir examiné

submissions about how the relevant principles apply in this case.

(a) *Decisions in the Federal Court and the Federal Court of Appeal*

[186] Turning first to the NDS file, it is unclear what threshold of probability of harm the reviewing judge applied. At paragraph 101 (2006 FC 1201), he referred to the burden of “establishing probability of harm” while, at para. 107, he tracked the statutory language of s. 20(1)(c) by referring to whether disclosure “could reasonably be expected to . . . prejudice” the third party. He ruled that only one page of the contested reviewers’ notes and correspondence between Merck and Health Canada fell within the s. 20(1)(c) exemption (para. 93). He also rejected in general terms Merck’s position that it would probably suffer prejudice from disclosure of information that was already in the public domain (para. 101). Nonetheless, he found the exemption applied to about 130 documents, mostly in the Comprehensive Summary, because they contained information that was more precise or more detailed than that which was publicly available (para. 104).

[187] With respect to the SNDS file, the reviewing judge applied the same legal framework and found that five documents fell within the s. 20(1)(c) exemption on the basis that they contained information that was more precise or more detailed than that available in the public domain and that their disclosure “would likely cause the Applicant significant loss of profit or undermine its competitiveness” (para. 112 (2006 FC 1200)).

[188] The Federal Court of Appeal overturned the reviewing judge’s findings in both files and found none of the records was exempt under s. 20(1)(c). Desjardins J.A. for the court held that for

brèvement les décisions des juridictions inférieures, je traiterai de ces questions et me pencherai sur les observations plus précises qui ont été formulées quant à la façon dont il convient d’appliquer les principes pertinents en l’espèce.

a) *Les décisions de la Cour fédérale et de la Cour d’appel fédérale*

[186] D’abord, en ce qui concerne le dossier de la PDN, on ne sait pas clairement quel critère le juge siégeant en révision a appliqué pour ce qui est de la possibilité qu’un préjudice soit causé. Au paragraphe 101 (2006 CF 1201), il a fait mention du fardeau de « démontrer [. . .] la probabilité du préjudice », alors qu’au par. 107 il a repris le libellé de l’al. 20(1)c) en se demandant si la divulgation « risquerait vraisemblablement [. . .] de nuire » au tiers. Il a statué que seulement une page des notes d’examineurs contestées et de la correspondance entre Merck et Santé Canada était visée par l’exception prévue à l’al. 20(1)c) (par. 93). Il a également rejeté en termes généraux le point de vue de Merck selon lequel la communication de documents contenant des renseignements se trouvant déjà dans le domaine public lui causerait vraisemblablement un préjudice (par. 101). Néanmoins, il a conclu que l’exception s’appliquait à environ 130 documents, dont la plupart figuraient dans le sommaire général, parce qu’ils contenaient des renseignements plus précis ou plus détaillés que ceux qui se trouvaient dans le domaine public (par. 104).

[187] En ce qui concerne le dossier de la PSDN, le juge siégeant en révision a appliqué le même cadre juridique et conclu que cinq documents étaient bel et bien visés par l’exception prévue à l’al. 20(1)c) parce qu’ils contenaient des renseignements plus précis ou plus détaillés que ceux qui se trouvaient déjà dans le domaine public et dont la divulgation « risquerait vraisemblablement de causer des pertes ou profits financiers appréciables à la demanderesse ou de nuire à sa compétitivité » (par. 112 (2006 CF 1200)).

[188] La Cour d’appel fédérale a infirmé les conclusions auxquelles le juge siégeant en révision est parvenu à l’égard de l’un et l’autre dossier et a conclu qu’aucun des documents en cause n’était

the third party to benefit from this exemption, the information could not be in the public domain and that the third party had to establish a “reasonable expectation of probable harm” (para. 81, citing *AstraZeneca*). In her view, a mere possibility of harm was not sufficient (para. 84). Desjardins J.A. found that the record did not support the reviewing judge’s conclusion that the exemption under s. 20(1)(c) applied to any of the documents as redacted. She found that Merck’s evidence was vague, speculative and silent as to specifically how and why the disclosure of the requested information would be likely to bring about the harm alleged by Merck (para. 93).

[189] Other than four documents from the NDS that are no longer in issue, Merck seeks restoration of all of the s. 20(1)(c) exemptions, found by the reviewing judge, as well as exemptions for the other documents for which it unsuccessfully claimed exemptions before the reviewing judge. These latter records amount to over 100 documents in each of the NDS and the SNDS appeals.

[190] With respect to the s. 20(1)(c) exemptions claimed by Merck but rejected by the reviewing judge, Merck’s submissions in this Court have not shown how the reviewing judge erred in his rejection of its claims or how the Federal Court of Appeal erred by upholding his findings. The focus of my analysis therefore will be on the s. 20(1)(c) exemptions upheld by the reviewing judge but set aside by the Court of Appeal; that is, about 130 documents in the NDS and 5 in the SNDS.

[191] I return to the three issues identified earlier.

visé par l’exception prévue à l’al. 20(1)c). La juge Desjardins, s’exprimant au nom de la Cour d’appel fédérale, a conclu que pour que le tiers puisse se prévaloir de cette exception, les renseignements visés ne devaient pas se trouver dans le domaine public, et que le tiers devait établir qu’il avait une « attente raisonnable d’un préjudice probable » (par. 81, citant *AstraZeneca*). Selon elle, la simple possibilité de préjudice n’était pas suffisante à cet égard (par. 84). Elle a conclu que le dossier n’appuyait pas la conclusion du juge siégeant en révision selon laquelle l’exception prévue à l’al. 20(1)c) s’appliquait à l’un ou l’autre des documents sous leur forme expurgée. Elle a conclu que la preuve de Merck était vague, spéculative et silencieuse sur la question de savoir précisément comment et pourquoi la divulgation des renseignements demandés causerait vraisemblablement le préjudice allégué par Merck (par. 93).

[189] Outre quatre documents de la PDN qui ne sont plus en litige, Merck cherche à obtenir le rétablissement de l’ensemble des exceptions prévues à l’al. 20(1)c) qui s’appliquaient selon le juge siégeant en révision ainsi que l’application, aux autres documents, des exceptions qu’elle n’avait pas réussi à faire valoir devant ce dernier et qui visaient plus de 100 documents relatifs à la PDN et autant de documents relatifs à la PSDN.

[190] En ce qui concerne l’application des exceptions prévues à l’al. 20(1)c) qu’elle cherchait à obtenir mais que le juge siégeant en révision a rejetées, Merck n’a pas démontré, dans ses observations à la Cour, en quoi le juge siégeant en révision a commis une erreur en statuant que ses arguments n’étaient pas fondés, ni de quelle façon la Cour d’appel fédérale a commis une erreur en confirmant les conclusions de ce dernier. Mon analyse portera donc principalement sur les exceptions prévues à l’al. 20(1)c) que le juge siégeant en révision a maintenues mais que la Cour d’appel fédérale a annulées, à savoir environ 130 documents dans le cas de la PDN et 5 documents dans le cas de la PSDN.

[191] Je reprends maintenant l’examen des trois questions que j’ai déjà relevées.

(b) *The Degree of Likelihood That Harm Will Occur*

[192] For about 20 years, the Federal Courts have read s. 20(1)(c) as requiring the third party to demonstrate “a reasonable expectation of probable harm”: see, e.g., *Canada Packers*, at pp. 58-60; *Canada v. Canada*, at pp. 440 ff.; *Air Atonabee*, at pp. 277-78 and 280; *Ottawa Football Club v. Canada (Minister of Fitness and Amateur Sports)*, [1989] 2 F.C. 480 (T.D.), at pp. 487-88; *Saint John Shipbuilding Ltd. v. Canada (Minister of Supply and Services)* (1990), 67 D.L.R. (4th) 315 (F.C.A.); *Brookfield Lepage Johnson Controls Facility Management Services v. Canada (Minister of Public Works and Government Services)*, 2004 FCA 214, 322 N.R. 388, at paras. 11 ff.

[193] Merck proposes that this line of jurisprudence should be abandoned and that the word “probable” should be omitted. Merck submits that the proper test was articulated by the Nova Scotia Court of Appeal in *Chesal v. Nova Scotia (Attorney General)*, 2003 NSCA 124, 219 N.S.R. (2d) 139, where the court held that the introduction of “probable” into the language of the test was incorrect. Hence, all that is required is a “reasonable expectation of harm” (para. 37). Merck’s proposed test would therefore require the third party to show a “reasonable expectation of harm” resulting from disclosure.

[194] Health Canada maintains that the well-established standard applied by the Federal Court of Appeal in this case should be maintained. As the case law clearly indicates that a mere possibility is insufficient, the proper test is a reasonable expectation of probable harm. Any test in between cannot be conceptualized.

[195] I am not persuaded that we should change the way this test has been expressed by the Federal Courts for such an extended period of time. Such a change would also affect other provisions because similar language to that in s. 20(1)(c) is employed in several other exemptions under the Act, including

b) *Le degré de probabilité qu’un préjudice soit causé*

[192] Pendant environ 20 ans, les cours fédérales ont considéré que l’al. 20(1)(c) exigeait que le tiers démontre l’existence d’« un risque vraisemblable de préjudice probable » : voir, p. ex., *Canada Packers*, p. 58-60; *Canada c. Canada*, p. 440 et suiv.; *Air Atonabee*, par. 52 et 58; *Ottawa Football Club c. Canada (Ministre de la Condition physique et du Sport amateur)*, [1989] 2 C.F. 480 (1<sup>re</sup> inst.), p. 487-488; *Saint John Shipbuilding Ltd. c. Canada (Ministre des Approvisionnements et Services)*, [1990] A.C.F. n<sup>o</sup> 81 (QL) (C.A.); *Brookfield Lepage Johnson Controls Facility Management Services c. Canada (Ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux)*, 2004 CAF 214 (CanLII), par. 11 et suiv.

[193] Selon Merck, il faut abandonner ce courant jurisprudentiel et éliminer du critère le mot « probable ». Merck prétend que le critère qu’il convient d’appliquer a été formulé par la Cour d’appel de la Nouvelle-Écosse dans *Chesal c. Nova Scotia (Attorney General)*, 2003 NSCA 124, 219 N.S.R. (2d) 139, décision où elle a conclu que l’introduction du mot « probable » dans la formulation du critère était erronée. Par conséquent, il suffit de démontrer qu’il existe un « risque vraisemblable de préjudice » (par. 37). Selon le critère proposé par Merck, le tiers devrait donc démontrer que la divulgation occasionnerait un « risque vraisemblable de préjudice ».

[194] Santé Canada prétend qu’il faut conserver la norme bien établie que la Cour d’appel fédérale a appliquée dans la présente affaire. Comme la jurisprudence le mentionne clairement, la simple possibilité qu’un préjudice soit causé n’est pas suffisante : le critère qu’il convient d’appliquer est celui du risque vraisemblable de préjudice probable. Il n’existe pas de solution mitoyenne.

[195] Je ne suis pas convaincu que nous devrions modifier la façon dont les cours fédérales formulent ce critère depuis si longtemps. En effet, une telle modification aurait également une incidence sur d’autres dispositions, car plusieurs autres exceptions prévues par la Loi sont formulées d’une façon

those relating to federal-provincial affairs (s. 14), international affairs and defence (s. 15), law enforcement and investigations (s. 16), safety of individuals (s. 17), and economic interests of Canada (s. 18). In addition, as the respondent points out, the “reasonable expectation of probable harm” test has been followed with respect to a number of similarly worded provincial access to information statutes. Accordingly, the legislative interpretation of this expression is of importance both to the application of many exemptions in the federal Act and to similarly worded provisions in various provincial statutes.

[196] It may be questioned what the word “probable” adds to the test. At first reading, the “reasonable expectation of probable harm” test is perhaps somewhat opaque because it compounds levels of uncertainty. Something that is “probable” is more likely than not to occur. A “reasonable expectation” is something that is at least foreseen and perhaps likely to occur, but not necessarily probable. When the two expressions are used in combination — “a reasonable expectation of probable harm” — the resulting standard is perhaps not immediately apparent. However, I conclude that this long-accepted formulation is intended to capture an important point: while the third party need not show on a balance of probabilities that the harm will in fact come to pass if the records are disclosed, the third party must nonetheless do more than show that such harm is simply possible. Understood in that way, I see no reason to reformulate the way the test has been expressed.

[197] I note that in *Lavigne v. Canada (Office of the Commissioner of Official Languages)*, 2002 SCC 53, [2002] 2 S.C.R. 773, at para. 58, the Court referred with apparent approval to the “reasonable expectation of probable harm” formulation and to the statement by Richard J. (as he then was) in *Information Commissioner (Can.) v. Immigration and Refugee Board (Can.)* (1997), 140 F.T.R. 140

semblable à l’al. 20(1)c), notamment celles relatives à la conduite des affaires fédéro-provinciales (art. 14), à la conduite des affaires internationales et à la défense du Canada (art. 15), aux enquêtes (art. 16), à la sécurité des individus (art. 17), et aux intérêts économiques du Canada (art. 18). De plus, comme le souligne l’intimé, le critère du « risque vraisemblable de préjudice probable » a été appliqué relativement à un certain nombre de lois provinciales en matière d’accès à l’information libellées en des termes similaires. Par conséquent, l’interprétation législative de ce critère est importante tant en ce qui concerne l’application de nombreuses exceptions prévues dans la Loi fédérale que celle de diverses lois provinciales libellées en des termes similaires.

[196] On peut se demander ce que le mot « probable » ajoute au critère. À première vue, le critère du « risque vraisemblable de préjudice probable » semble peut-être quelque peu obscur parce qu’il ajoute des degrés d’incertitude. Une chose « probable » est plus susceptible de se produire que l’inverse. Un « risque vraisemblable » est quelque chose qui est à tout le moins prévu et qui est peut-être susceptible de se produire, mais qui n’est pas nécessairement probable. La juxtaposition des deux expressions — « un risque vraisemblable de préjudice probable » — résulte en une norme qui peut ne pas être claire à première vue. Toutefois, je conclus que cette formulation acceptée depuis longtemps vise à cerner un point important, à savoir que même s’il ne lui incombe pas d’établir selon la prépondérance des probabilités que le préjudice se produira effectivement si les documents sont communiqués, le tiers doit néanmoins faire davantage que simplement démontrer que le préjudice peut se produire. Dans cette optique, je ne vois aucune raison de reformuler le critère.

[197] Je souligne que dans *Lavigne c. Canada (Commissariat aux langues officielles)*, 2002 CSC 53, [2002] 2 R.C.S. 773, par. 58, la Cour a fait référence, semble-t-il en les approuvant, à la formulation « risque vraisemblable de préjudice probable » et aux propos du juge Richard (plus tard juge en chef de la Cour fédérale) dans *Canada (Commissaire à l’information) c. Canada (Commission de*

(T.D.), that this standard implies a “confident belief” (para. 43). In applying the standard, the Court concluded that the evidence did not “provide a reasonable basis for concluding that disclosure . . . could reasonably be expected to be injurious” so as to result in the harm alleged (para. 61). This comment, while not requiring proof that harm will occur on the balance of probabilities, nonetheless underlines the point that something well beyond a mere possibility of harm must be shown. As for the causal link between disclosure and harm, the Court indicated that there need not be a causal relationship as in tort law, but that there must be proof of a “clear and direct connection between the disclosure of specific information and the injury that is alleged” (*Lavigne*, at para. 58; see also *Canada Packers*, at pp. 58-59).

[198] The Court also recently interpreted a similar phrase which occurs in another statutory context. In *Hilewitz v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 SCC 57, [2005] 2 S.C.R. 706, the majority referred, at para. 60, to language specifying that a foreign national is inadmissible under s. 38(1)(c) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, if that individual’s health condition “might reasonably be expected to cause excessive demand on health or social services”. Abella J. noted that the wording establishes a requirement that “any anticipated burdens on the public purse be tethered to the realities, not the possibilities, of [the] applicants’ circumstances” (para. 60 (emphasis added)).

[199] I would affirm the *Canada Packers* formulation. A third party claiming an exemption under s. 20(1)(c) of the Act must show that the risk of harm is considerably above a mere possibility, although not having to establish on the balance of probabilities that the harm will in fact occur. This approach, in my view, is faithful to the text of the provision as well as to its purpose.

*l’immigration et du statut de réfugié*), [1997] A.C.F. n° 1812 (QL) (1<sup>re</sup> inst.), qui a jugé que ce critère indique qu’on doit avoir « des motifs d’y croire » (par. 43). En appliquant cette norme, la Cour a conclu que la preuve ne permettait pas « raisonnablement de conclure que la divulgation [. . .] risquerait vraisemblablement de nuire », soit de causer le préjudice appréhendé (par. 61). Ce commentaire ne veut certes pas dire qu’il faut établir, selon la prépondérance des probabilités, qu’un préjudice sera causé, mais il fait néanmoins ressortir le fait qu’il faut démontrer davantage que la simple possibilité qu’un préjudice soit causé. En ce qui concerne le lien de causalité entre la divulgation et le préjudice, la Cour a affirmé qu’il n’est pas nécessaire qu’il y ait un lien de causalité, comme en droit de la responsabilité délictuelle ou extracontractuelle, mais qu’il faut qu’il y ait « entre la divulgation d’une information donnée et le préjudice allégué un lien clair et direct » (*Lavigne*, par. 58; voir également *Canada Packers*, p. 58-59).

[198] La Cour a aussi récemment interprété une formulation similaire qui figure dans un autre contexte législatif. Dans *Hilewitz c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2005 CSC 57, [2005] 2 R.C.S. 706, les juges majoritaires ont fait référence, au par. 60, à une disposition précisant que l’étranger est interdit de territoire en application du par. 38(1) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, si son état de santé « risqu[er]ait d’entraîner un fardeau excessif pour les services sociaux et de santé ». La juge Abella a souligné que, selon le libellé, il faut « rattacher toute prévision de fardeau pour les fonds publics à la situation réelle des demandeurs [. . .] et non à l’évolution possible de cette situation » (par. 60 (je souligne)).

[199] Je suis d’avis de confirmer la formulation figurant dans *Canada Packers*. Le tiers qui invoque une exception prévue à l’al. 20(1)c) de la Loi doit démontrer qu’il existe beaucoup plus qu’une simple possibilité qu’un préjudice soit causé, mais il n’est pas tenu d’établir, selon la prépondérance des probabilités, que le préjudice se produira effectivement. Cette démarche, selon moi, est fidèle au libellé de la disposition et à l’objet de celle-ci.

[200] As with any question of statutory interpretation, the court must interpret the words of this statute in their entire context, in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act and the intention of Parliament.

[201] I begin with the English text of the provision. The words “could reasonably be expected to result” seem to avoid either the standard of mere possibility or the standard of probability. We must assume, I think, that both of those standards would clearly have been known to the drafters. This suggests that some middle ground was intended: something cannot reasonably be expected to occur if it is a mere possibility; but something may be reasonably expected even if it is not more likely than not to occur. The word “expected” derives from the verb “to expect”, a primary meaning of which is to “regard as likely” (*The Canadian Oxford Dictionary* (2nd ed. 2004), at p. 523). The word “likely” is more difficult to pin down. While it can mean “probable” it may also mean “such as well might happen” (p. 889). In legal usage, the standard of proof on the balance of probabilities is often expressed by saying that something must be shown to be more likely than not. I conclude that the English text of the statute suggests a middle ground between that which is probable and that which is merely possible. The intended threshold appears to be considerably higher than a mere possibility of harm, but somewhat lower than harm that is more likely than not to occur.

[202] Turning to the French text of s. 20(1)(c), the phrase “*risquerait vraisemblablement de causer*” is a challenging one to interpret. The conditional “*risquerait de causer*” might be rendered into English by either “could” or “would” cause. The drafter here chose the less definite “could”. The word “*vraisemblablement*” is capable of meaning “probably” or “likely”: see, e.g., *Kwiatkowski v.*

[200] Comme pour toute question d’interprétation législative, la cour doit lire les termes de la loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec l’esprit de celle-ci, son objet et l’intention du législateur.

[201] Je vais d’abord examiner la version anglaise de la disposition. Les mots « *could reasonably be expected to result* » (« risquerait vraisemblablement de causer ») semblent éviter soit la norme de la simple possibilité, soit celle de la probabilité. Il faut, selon moi, présumer que ces deux normes étaient bien connues des rédacteurs. Cela tend à indiquer qu’on entendait établir une solution mitoyenne : on ne saurait raisonnablement s’attendre à ce qu’une chose se produise si elle ne constitue qu’une simple possibilité; en revanche, on peut raisonnablement s’attendre à ce qu’une chose se produise même s’il n’est pas plus probable qu’elle se produise que l’inverse. Le mot anglais « *expected* » découle du verbe « *to expect* », dont le sens premier est « *regard as likely* » (« considérer comme étant probable ») (*The Canadian Oxford Dictionary* (2<sup>e</sup> éd. 2004), p. 523). Le sens du mot « *likely* » est toutefois plus difficile à dégager avec précision. Bien qu’il puisse signifier « *probable* » (« probable »), il peut également signifier « *such as well might happen* » (« comme il peut très bien se produire ») (p. 889). En langage juridique, on exprime souvent la norme de preuve de la prépondérance des probabilités en disant qu’il faut établir qu’il est plus probable qu’une chose se produise que l’inverse. J’arrive donc à la conclusion que la version anglaise de la disposition indique qu’il s’agit d’une solution mitoyenne entre ce qui est probable et ce qui est simplement possible. Le seuil envisagé semble exiger considérablement plus qu’une simple possibilité de préjudice, mais moins qu’un préjudice qui est plus probable de se produire que l’inverse.

[202] Je vais maintenant examiner la version française de l’al. 20(1)c). Le passage « *risquerait vraisemblablement de causer* » n’est pas facile à interpréter. Le conditionnel « *risquerait de causer* » peut être exprimé de deux façons en anglais, à savoir par « *could* » ou « *would* ». En l’occurrence, le rédacteur a choisi d’employer celui des deux mots qui exprime le moins de certitude, c’est-à-dire « *could* ». Par

*Minister of Employment and Immigration*, [1982] 2 S.C.R. 856, at pp. 863-64. However, it is often used in federal statutes as the equivalent of the English words “likely” or “reasonably” or to convey the sense of risk of something happening or not happening. Some examples follow. In the *Competition Act*, R.S.C. 1985, c. C-34, s. 11(1), “qu’une personne détient ou détient vraisemblablement des renseignements pertinents à l’enquête en question” was drafted in English as “that a person has or is likely to have information that is relevant to the inquiry”, and in s. 74.11(4) “s’il est convaincu que le paragraphe (3) ne peut vraisemblablement pas être observé” is drafted in English as “where it is satisfied that subsection (3) cannot reasonably be complied with”. In the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 25.1(9), “qui entraînerait vraisemblablement la perte de biens ou des dommages importants à ceux-ci” is drafted in English as “that would be likely to result in loss of or serious damage to property”, and in s. 382.1(2) “sachant qu’ils seront vraisemblablement utilisés pour acheter ou vendre, même indirectement, les valeurs mobilières en cause ou qu’elle les communiquera vraisemblablement à d’autres personnes qui pourront en acheter ou en vendre” was drafted in English as “knowing that there is a risk that the person will use the information to buy or sell, directly or indirectly, a security to which the information relates, or that they may convey the information to another person who may buy or sell such a security”. In the *Insurance Companies Act*, S.C. 1991, c. 47, s. 294(6), “provoquerait vraisemblablement une modification sensible du prix des valeurs mobilières de la société” was drafted in English as “might reasonably be expected to materially affect the value of any of the securities of the company”.

[203] As noted earlier, the word “likely” is a good fit with the statute’s text of “could reasonably be expected to”. The shared meaning rule for the interpretation of bilingual legislation dictates that the common meaning between the English and French legislative texts should be accepted:

ailleurs, le mot « vraisemblablement » peut avoir le sens de « probably » ou de « likely » : voir, p. ex., *Kwiatkowsky c. Ministre de l’Emploi et de l’Immigration*, [1982] 2 R.C.S. 856, p. 863-864. Toutefois, il est souvent utilisé dans les lois fédérales comme équivalent des mots anglais « likely » ou « reasonably » ou pour évoquer le risque qu’une chose se produise ou ne se produise pas. Voici quelques exemples. Au paragraphe 11(1) de la *Loi sur la concurrence*, L.R.C. 1985, ch. C-34, le passage « qu’une personne détient ou détient vraisemblablement des renseignements pertinents à l’enquête en question » est rendu en anglais par « that a person has or is likely to have information that is relevant to the inquiry » et, au par. 74.11(4), le passage « s’il est convaincu que le paragraphe (3) ne peut vraisemblablement pas être observé » est rendu par « where it is satisfied that subsection (3) cannot reasonably be complied with ». Au paragraphe 25.1(9) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, le passage « qui entraînerait vraisemblablement la perte de biens ou des dommages importants à ceux-ci » est rendu par « that would be likely to result in loss of or serious damage to property » et, au par. 382.1(2), les mots « sachant qu’ils seront vraisemblablement utilisés pour acheter ou vendre, même indirectement, les valeurs mobilières en cause ou qu’elle les communiquera vraisemblablement à d’autres personnes qui pourront en acheter ou en vendre » sont rendus par « knowing that there is a risk that the person will use the information to buy or sell, directly or indirectly, a security to which the information relates, or that they may convey the information to another person who may buy or sell such a security ». Enfin, au par. 294(6) de la *Loi sur les sociétés d’assurances*, L.C. 1991, ch. 47, les mots « provoquerait vraisemblablement une modification sensible du prix des valeurs mobilières de la société » sont rendus par « might reasonably be expected to materially affect the value of any of the securities of the company ».

[203] Comme je l’ai déjà mentionné, le mot « likely » est tout à fait compatible avec le passage « could reasonably be expected to ». Or, il existe une règle d’interprétation des lois bilingues selon laquelle il faut retenir le sens commun à la version anglaise et à la version française : Sullivan, p. 99 et

Sullivan, at pp. 99 ff., and M. Bastarache et al., *The Law of Bilingual Interpretation* (2008), at pp. 32 ff. By resorting to the shared meaning rule, I would interpret “could reasonably be expected to” in the English version and “*risquerait vraisemblablement*” in the French version as meaning “likely”, a standard considerably higher than mere possibility, but somewhat lower than “more likely than not”. This sense is captured by the long-standing test enunciated by the Federal Courts: “reasonable expectation of probable harm”.

[204] This interpretation also serves the purposes of the Act. A balance must be struck between the important goals of disclosure and avoiding harm to third parties resulting from disclosure. The important objective of access to information would be thwarted by a mere possibility of harm standard. Exemption from disclosure should not be granted on the basis of fear of harm that is fanciful, imaginary or contrived. Such fears of harm are not reasonable because they are not based on reason: see *Air Atonabee*, at p. 277, quoting *Re Actors’ Equity Assn. of Australia and Australian Broadcasting Tribunal (No 2)* (1985), 7 A.L.D. 584 (Admin. App. Trib.), at para. 25. The words “could reasonably be expected” “refer to an expectation for which real and substantial grounds exist when looked at objectively”: *Watt v. Forests*, [2007] NSWADT 197 (AustLII), at para. 120. On the other hand, what is at issue is risk of future harm that depends on how future uncertain events unfold. Thus, requiring a third party (or, in other provisions, the government) to prove that harm is more likely than not to occur would impose in many cases an impossible standard of proof.

[205] Health Canada applied an unduly onerous test of probability of harm. For example, an officer at Health Canada at the relevant time deposed that,

suiv., et M. Bastarache et autres, *Le droit de l’interprétation bilingue* (2009), p. 33 et suiv. Appliquant cette règle, je conclus que le passage « *could reasonably be expected to* », qui figure dans la version anglaise, et le passage « *risquerait vraisemblablement* », qui se trouve dans la version française, signifient tous les deux l’équivalent de « *likely* » (« *vraisemblablement* »), une norme exigeant considérablement plus qu’une simple possibilité, mais un peu moins qu’une probabilité plus grande qu’une chose se produise que le contraire, soit l’équivalent de « *more likely than not* ». Ce sens, qui se reflète dans le critère du « *risque vraisemblable de préjudice probable* » est établi de longue date par les cours fédérales.

[204] Cette interprétation est également conforme à l’objet de la Loi. Il est nécessaire d’atteindre un équilibre entre les objectifs importants de la divulgation et la nécessité d’éviter que celle-ci soit préjudiciable à des tiers. L’objectif important visé par l’accès à l’information serait mis en échec par la norme de la simple possibilité qu’un préjudice soit causé. Il faut éviter de refuser la divulgation de renseignements sur le fondement d’une crainte de préjudice qui est fantaisiste, imaginaire ou forcée. De telles craintes ne sont pas raisonnables parce qu’elles ne sont pas fondées sur la raison : voir *Air Atonabee*, par. 52, citant un extrait de *Re Actors’ Equity Assn. of Australia and Australian Broadcasting Tribunal (No 2)* (1985), 7 A.L.D. 584 (Admin. App. Trib.), par. 25. Les mots « *risquerait vraisemblablement* » [TRADUCTION] « expriment un risque, qui, en toute objectivité, est fondé sur des motifs réels et sérieux » : *Watt c. Forests*, [2007] NSWADT 197 (AustLII), par. 120. Par contre, ce dont il est question, c’est le risque qu’un préjudice soit causé, risque qui dépend de la concrétisation de certaines éventualités. Par conséquent, imposer au tiers (ou, dans d’autres dispositions, à l’administration) le fardeau d’établir que le préjudice est plus susceptible de se produire que de ne pas se produire reviendrait à lui imposer une norme de preuve qui, dans de nombreux cas, serait impossible à satisfaire.

[205] Santé Canada a appliqué un critère trop exigeant pour apprécier la probabilité qu’un préjudice soit causé. Par exemple, un fonctionnaire de Santé

in deciding whether disclosure could be expected to be prejudicial to a third party, the financial loss or the prejudice to a third party's competitive position must be "immediate" and "clear". This approach is not, in my respectful view, consistent with the language of s. 20(1)(c).

[206] To conclude, the accepted formulation of "reasonable expectation of probable harm" captures the need to demonstrate that disclosure will result in a risk of harm that is well beyond the merely possible or speculative, but also that it need not be proved on the balance of probabilities that disclosure will in fact result in such harm.

(c) *Could Disclosure of Publicly Available Information Cause Harm?*

[207] Merck notes in its submissions that there is no reference to confidentiality in s. 20(1)(c). Its position therefore is that in some cases information that is not confidential within the meaning of s. 20(1)(b) may still be exempted under s. 20(1)(c). It submits, for example, that a compilation of material may fall within s. 20(1)(c) even though each item in the compilation is in the public domain. Another example offered is of information which has had very limited previous disclosure. In both of these types of situations, Merck submits, the evidence may establish that harm could reasonably be expected to result from disclosure.

[208] As the respondent points out, it is very hard to show that harm can reasonably be expected to result from disclosure of publicly available information: *AstraZeneca*, at paras. 81 and 109; *Cyanamid Canada Inc. v. Canada (Minister of Health & Welfare)* (1992), 9 Admin. L.R. (2d) 161 (F.C.A.), at paras. 28-29. As Phelan J. put it in *AstraZeneca*, at para. 81, "[a]s a general proposition, publicly available information is not exempt information under section 20 either as a class of documents or under

Canada a témoigné, à l'époque pertinente, que pour conclure que la divulgation risque de causer un préjudice à un tiers, il fallait que les pertes financières ou l'atteinte à la compétitivité d'un tiers soient [TRADUCTION] « immédiates » et « manifestes ». À mon humble avis, cette approche n'est pas compatible avec le libellé de l'al. 20(1)c).

[206] En conclusion, la formulation acceptée du critère, à savoir le « risque vraisemblable de préjudice probable », exprime la nécessité d'établir que la divulgation occasionnera un risque de préjudice selon une norme qui est beaucoup plus exigeante que la simple possibilité ou conjecture, mais qui n'atteint cependant pas celle d'établir, selon la prépondérance des probabilités, que la divulgation occasionnera effectivement un tel préjudice.

c) *La divulgation de renseignements accessibles au public peut-elle causer un préjudice?*

[207] Merck mentionne dans ses observations qu'il n'est pas question de confidentialité à l'al. 20(1)c). Elle estime donc que, dans certains cas, des renseignements qui ne sont pas de nature confidentielle au sens de l'al. 20(1)b) peuvent néanmoins être soustraits à la divulgation selon l'al. 20(1)c). Elle affirme, par exemple, qu'une compilation de documents est susceptible de tomber sous le coup de l'al. 20(1)c) même si chacun d'entre eux fait partie du domaine public. Merck cite aussi en exemple les renseignements ayant déjà fait l'objet d'une divulgation très restreinte. Dans ces deux types de situations, selon Merck, la preuve peut établir que la divulgation risquerait vraisemblablement de causer un préjudice.

[208] Comme le souligne l'intimé, il est très difficile de démontrer que la divulgation de renseignements accessibles au public risque vraisemblablement de causer un préjudice : *AstraZeneca*, par. 81 et 109; *Cyanamid Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, [1992] A.C.F. n° 950 (QL) (C.A.), par. 28-29. Comme l'a dit le juge Phelan dans *AstraZeneca*, au par. 81, « [e]n général, les renseignements accessibles au public ne sont pas des renseignements exemptés

the [harm] test. It requires compelling evidence to dislodge the logical conclusion that information in the public domain will be used, particularly by knowledgeable users.”

[209] I accept this general principle. In this case, however, the difference between the parties is more concerned with what the information really consists of than with whether it is publicly available. For example, Merck submits that *the compilation* of publicly available studies is a separate work from the studies themselves and one which is created by Merck’s employees with a considerable investment of time and resources. Thus, the information at issue is not the publicly available information that the studies exist or what their content includes. What is not publicly available, says Merck, is the way a group of publicly available studies was compiled for a particular purpose.

[210] I do not think this submission fails as a matter of principle. It may be possible in some cases to show that the way in which publicly available information has been assembled in a particular situation is not, itself, publicly known. Once that is done, the question becomes whether disclosing it has been shown to give rise to the risk of harm required under s. 20(1)(c).

(d) *Types of Harm to the Third Party*

[211] I now turn to address the parties’ submissions about the types of harm on which a third party may rely in claiming the s. 20(1)(c) exemption. It is for the reviewing judge to decide whether the evidence shows that disclosure could reasonably be expected to result in harm of the nature specified in s. 20(1)(c). I mention this to underline the point that while the case law can set out general principles governing the provision’s application, at the end of the day, there is a significant factual component to the inquiry which will turn on the particular circumstances and evidence in each case.

de divulgation en vertu de l’article 20, soit à titre de catégorie de documents, soit selon le critère du “préjudice”. Il faut une preuve convaincante pour déloger la conclusion logique que des renseignements du domaine public seront utilisés, surtout par des utilisateurs avertis. »

[209] Je souscris à ce principe général. En l’espèce, toutefois, le différend entre les parties porte davantage sur la véritable nature des renseignements que sur la question de savoir s’ils sont accessibles au public. Par exemple, Merck affirme que *la compilation* d’études accessibles au public constitue un élément d’information distinct des études elles-mêmes que son personnel a consacré beaucoup de temps et d’énergie à créer. Par conséquent, le renseignement en cause n’est pas l’un des renseignements accessibles au public qui révèlent l’existence des études ou la teneur de celles-ci. Ce qui n’est pas accessible au public, selon Merck, c’est la manière dont des études accessibles au public ont été compilées dans un but précis.

[210] Je ne crois pas qu’il faut rejeter en principe cet argument. Il peut être possible dans certains cas de démontrer que la manière dont des renseignements accessibles au public ont été rassemblés dans une situation particulière n’est pas en soi de notoriété publique. Une fois cette démonstration faite, il faut se demander s’il a été établi que la divulgation de ces renseignements pose le risque de préjudice requis au titre de l’al. 20(1)(c).

d) *Types de préjudice causé au tiers*

[211] Je passe maintenant aux observations des parties concernant les types de préjudice qu’un tiers peut invoquer pour se prévaloir de l’exception prévue à l’al. 20(1)(c). Il revient au juge siégeant en révision de décider si la preuve démontre que la divulgation risquerait vraisemblablement de causer un préjudice du type visé à l’al. 20(1)(c). Je le mentionne afin de souligner que la jurisprudence peut certes établir les principes généraux d’application de la disposition, mais qu’en bout de ligne l’analyse des circonstances particulières et de la preuve dans chaque cas comporte une composante factuelle importante.

[212] To begin, it is worth noting that the list of types of harm in s. 20(1)(c) is disjunctive. It is sufficient for a third party to show that disclosure could reasonably be expected to result in any one of a financial loss or gain or in prejudice to the third party's competitive position. In other words, it is not necessary for the third party to show that the "prejudice" to his or her competitive position also results in "harm": see *Brookfield Lepage*, at paras. 9-10.

[213] That brings us to the types of harm alleged by Merck. I will discuss each one briefly. The submissions here focus on material that is not otherwise exempted because it is a trade secret or confidential commercial information which ought to be exempted under ss. 20(1)(a) and 20(1)(b). Putting aside what may be described as bald assertions, Merck has raised three types of harm: (i) facilitating a competitor's drug development with concomitant losses to Merck; (ii) facilitating a competitor's preparation of an NDS or an SNDS with concomitant losses to Merck; and (iii) giving an incorrect impression concerning Singulair®'s safety. I will briefly comment on each type of harm.

[214] I turn first to the evidence about how release of the pages in issue could cause harm to Merck by facilitating a competitor's new drug development process. In essence, the allegation is that the information could help a competitor bring its drug to market more quickly than it otherwise could and that this in turn would cause prejudice to Merck's competitive position. This point was advanced with respect to a number of types of information:

- Lists of references and cross-referencing: Merck maintains that this information provides a first screening of all articles available in the public domain and is therefore likely to facilitate the competitor's drug development program by identifying key elements

[212] Il convient tout d'abord de signaler que les types de préjudice énumérés à l'al. 20(1)c) sont présentés de façon disjonctive. Il suffit au tiers de démontrer que la divulgation risquerait vraisemblablement de causer des pertes ou des profits financiers ou de nuire à sa compétitivité. Autrement dit, le tiers n'a pas à démontrer que l'« atteinte » à sa compétitivité cause également un « préjudice » : voir *Brookfield Lepage*, par. 9-10.

[213] Cela nous amène aux types de préjudice allégués par Merck. J'analyserai brièvement chacun d'entre eux. Cette partie des observations de Merck porte principalement sur des documents qui ne sont pas par ailleurs soustraits à la communication parce qu'ils contiennent un secret industriel ou des renseignements commerciaux de nature confidentielle qu'il faut soustraire à la divulgation en application des al. 20(1)a) et b). Mis à part ce que l'on peut qualifier d'affirmations sommaires, Merck a invoqué trois types de préjudice : (i) aider un concurrent à développer des drogues, ce qui lui fait subir des pertes; (ii) aider un concurrent à préparer une PDN ou une PSDN, ce qui lui fait subir des pertes; et (iii) donner une impression erronée quant à l'innocuité du Singulair®. Je commenterai succinctement chaque type de préjudice.

[214] Je traiterai d'abord de la preuve concernant le préjudice que la communication des pages en litige pourrait causer à Merck en aidant un concurrent à développer de nouvelles drogues. Merck allègue essentiellement que les renseignements pourraient aider un concurrent à mettre en marché ses drogues plus rapidement qu'il le ferait s'il ne disposait pas de ces renseignements, et que cela nuirait ainsi à sa compétitivité. Elle a présenté cet argument à l'égard de plusieurs types de renseignements :

- Listes de références et de renvois : Merck soutient que ces renseignements fournissent une analyse préalable de tous les articles faisant partie du domaine public et qu'ils pourraient donc vraisemblablement améliorer le programme de développement de drogues du

investigated, developed or used in the NDS or SNDS submission.

- Manufacturing information: information about how the product is manufactured will facilitate and accelerate the competitor's own drug production.
- Merck's responses to questions raised by Health Canada during the review process: this information alerts competitors as to what the issues are in registering this class of product. A competitor's advance knowledge of these issues would expedite its drug development and submission review, jeopardizing Merck's competitive position.
- Disclosure of some information would give a misleading impression of the product's safety and be exploited by competitors with resulting financial loss to Merck.

[215] I do not understand Health Canada to contest the proposition that manufacturing and other scientific information about the product which is not in the public domain may well be exempt from disclosure under either s. 20(1)(a) or (b). Health Canada maintains, rather, that information of that nature has been redacted from the records which it intends to disclose. For the reasons set out earlier, my view is that Merck's evidence does not effectively answer Health Canada's evidence on this point. I will therefore put to the side Merck's submissions that any such confidential manufacturing or scientific information which is not in the public domain remains in issue under s. 20(1)(c). The points to be resolved under s. 20(1)(c), therefore, are whether lists of references and cross-referenced published sources, or information about how the approval process unfolded, are exempted under s. 20(1)(c).

concurrent, car ils mentionnent les éléments clés qui ont fait l'objet d'études, ont été élaborés ou ont été utilisés dans le cadre de la PDN ou la PSDN.

- Renseignements sur la fabrication : les renseignements sur la fabrication du produit aideront le concurrent à fabriquer ses propres drogues et à le faire plus rapidement.
- Réponses de Merck aux questions posées par Santé Canada dans le cadre du processus d'examen : ces renseignements éveillent l'attention des concurrents sur les questions en jeu dans le cadre du processus d'approbation de cette catégorie de produit. Le concurrent qui connaît ces questions à l'avance pourrait développer des drogues et faire examiner ses présentations plus rapidement, ce qui compromettrait la compétitivité de Merck.
- La divulgation de certains renseignements donnerait une impression erronée quant à l'innocuité du produit et serait exploitée par les concurrents, ce qui causerait à Merck des pertes financières.

[215] Je ne crois pas que Santé Canada conteste l'argument que les renseignements sur la fabrication du produit et les autres renseignements scientifiques relatifs à ce dernier qui ne font pas partie du domaine public peuvent fort bien être soustraits à la divulgation en application des al. 20(1)(a) ou b). Santé Canada maintient plutôt que les renseignements de cette nature ont été retranchés des documents qu'il entend communiquer. Pour les motifs que j'ai déjà exposés, j'estime que la preuve présentée par Merck ne réfute pas effectivement la preuve de Santé Canada à cet égard, et c'est pourquoi je ne m'attarderai pas à son argument suivant lequel il reste à savoir si tout renseignement de cette nature qui ne fait pas partie du domaine public est visé par l'al. 20(1)(c). La question à trancher en ce qui concerne l'al. 20(1)(c) est donc de savoir si les listes de référence et les renvois à des sources publiées ou renseignements sur la façon dont le processus d'approbation s'est déroulé sont soustraits à la communication en application de l'al. 20(1)(c).

[216] I turn then to Merck's submission that its compilations of published studies could allow a competitor to copy its work for the purposes of the competitor's own drug development or approval process, thereby prejudicing Merck's competitive position and causing it financial loss. There are three relevant general principles that need to be borne in mind in this regard.

[217] The first is that disclosure of general information such as dates, numbering and location of information within an NDS or the manner of its presentation generally does not give rise to the necessary expectation of harm or competitive prejudice. The same may be said about lists of studies or acknowledgement that certain studies which have been released to the public have been consulted. Of course, everything will turn on the evidence in the particular case.

[218] Second, knowledge that may be gleaned from the records about how the regulatory process works is, as Phelan J. succinctly put it in *AstraZeneca*, "not the type of information which section 20 is designed to exempt from disclosure" (para. 94). A purpose of access to information legislation is to make the workings of government more transparent. It would be contrary to this purpose to hold that disclosure of information about how the regulatory process works in general, or how it worked in a particular case, confers a competitive advantage or disadvantage.

[219] Third, disclosure of information, not already public, that is shown to give competitors a head start in developing competing products, or to give them a competitive advantage in future transactions may, in principle, meet the requirements of s. 20(1)(c). The evidence would have to convince the reviewing court that there is a direct link between the disclosure and the apprehended harm and that the harm could reasonably be expected to ensue from disclosure: see, e.g., *AB Hassle v. Canada (Minister*

[216] J'examinerai maintenant l'affirmation de Merck selon laquelle ses compilations d'études publiées pourraient permettre à un concurrent de s'inspirer de son travail pour les fins du développement ou du processus d'approbation de ses propres drogues, ce qui nuirait à sa compétitivité et lui causerait des pertes financières. À cet égard, il faut garder à l'esprit trois principes généraux pertinents.

[217] Premièrement, la divulgation de renseignements généraux tels que les dates, la numérotation et la partie de la PDN où se trouvent les renseignements ou, de façon générale, la façon dont cette dernière est présentée, ne suscite pas le risque nécessaire en matière de préjudice ou de perte de compétitivité. Cela vaut aussi pour les listes d'études ou la déclaration que certaines études rendues publiques ont été consultées. Bien entendu, tout dépendra de la preuve au dossier.

[218] Deuxièmement, comme l'a dit succinctement le juge Phelan dans *AstraZeneca*, les renseignements que l'on peut tirer des documents au sujet du fonctionnement du processus réglementaire « [ne sont] pas le genre de renseignements que l'article 20 est conçu pour soustraire à la divulgation » (par. 94). La législation en matière d'accès à l'information a notamment pour objet d'accroître la transparence des activités de l'administration. Or, il serait contraire à cet objet de juger que la divulgation de renseignements sur le fonctionnement du processus réglementaire en général ou son fonctionnement dans un cas particulier confère un avantage ou un désavantage concurrentiel.

[219] Troisièmement, la divulgation de renseignements qui n'ont pas déjà été rendus publics et dont on démontre la longueur d'avance qu'ils confèrent à la concurrence dans le développement de produits concurrents, ou l'avantage concurrentiel qu'ils offrent à cette dernière en ce qui concerne des opérations à venir, peut, en principe, satisfaire aux conditions prévues à l'al. 20(1)(c). La preuve doit convaincre la cour siégeant en révision qu'il existe un lien direct entre la divulgation des

of *National Health and Welfare*) (1998), 161 F.T.R. 15, at para. 42, aff'd [2000] 3 F.C. 360 (C.A.); *Wells v. Canada (Minister of Transport)* (1995), 103 F.T.R. 17, at para. 9; *Culver v. Canada (Minister of Public Works and Government Services)*, 1999 CanLII 8959 (F.C.T.D.), at para. 17; *Bitove Corp. v. Canada (Minister of Transport)* (1996), 119 F.T.R. 278 (F.C.T.D.), at para. 10; *Coradix Technology Consulting Ltd. v. Canada (Minister of Public Works and Government Services)*, 2006 FC 1030, 307 F.T.R. 116, at para. 31; *Canada Post Corp. v. National Capital Commission*, 2002 FCT 700, 221 F.T.R. 56, at paras. 16-17; *Aventis Pasteur Ltd. v. Canada (Attorney General)*, 2004 FC 1371, 262 F.T.R. 73, at paras. 32-33; and *Prud'homme v. Agence canadienne de développement international* (1994), 85 F.T.R. 302, at para. 7. Even if information taken in isolation may not seem to fall within the exemption, the information should nonetheless be examined in its entirety in order to determine the likely impact of its disclosure.

[220] I conclude that as a matter of principle, the disclosure of information that is not already in the public domain and that could give competitors a head start in product development, or which they could use to their competitive advantage, may be shown to give rise to a reasonable expectation of probable harm or prejudice to the third party's competitive position. The question here is whether Merck's evidence did so.

[221] The reviewing judge ruled against Merck on many of its claims for exemption under s. 20(1)(c) in both the NDS and the SNDS. Merck did not persuade the Federal Court of Appeal that he had erred in those rulings and it advances no document-specific submissions in this Court in relation to any of them. The only document-specific submissions by Merck before us relate to about 25 pages in the NDS to which the reviewing judge found that the

renseignements et le préjudice appréhendé et que la divulgation risque vraisemblablement de causer ce préjudice : voir, p. ex., *AB Hassle c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, 1998 CanLII 8942 (C.F., 1<sup>re</sup> inst.), par. 42, conf. par [2000] 3 C.F. 360 (C.A.); *Wells c. Canada (Ministre des Transports)*, [1995] A.C.F. n<sup>o</sup> 1447 (QL) (1<sup>re</sup> inst.), par. 9; *Culver c. Canada (Ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux)*, 1999 CanLII 8959 (C.F., 1<sup>re</sup> inst.), par. 17; *Bitove Corp. c. Canada (Ministre des Transports)*, [1996] A.C.F. n<sup>o</sup> 1198 (QL) (1<sup>re</sup> inst.), par. 10; *Coradix Technology Consulting Ltd. c. Canada (Ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux)*, 2006 CF 1030 (CanLII), par. 31; *Société canadienne des postes c. Commission de la capitale nationale*, 2002 CFPI 700 (CanLII), par. 16-17; *Aventis Pasteur Ltée c. Canada (Procureur général)*, 2004 CF 1371 (CanLII), par. 32-33; et *Prud'homme c. Agence canadienne de développement international* (1994), 85 F.T.R. 302, par. 7. Les renseignements qui, pris isolément, ne semblent pas tomber sous le coup de l'exception doivent néanmoins être examinés dans leur ensemble pour établir l'incidence qu'aurait vraisemblablement leur divulgation.

[220] Je conclus qu'en principe il est possible de démontrer que la divulgation de renseignements qui ne sont pas déjà du domaine public et qui pourraient donner aux concurrents une longueur d'avance dans le développement de produits, ou dont ces derniers pourraient se servir pour accroître leur compétitivité, suscite un risque vraisemblable de préjudice probable ou d'atteinte à la compétitivité du tiers. Il s'agit en l'espèce de savoir si la preuve présentée par Merck le démontre.

[221] Le juge siégeant en révision a donné tort à Merck relativement à plusieurs des cas où elle invoquait l'al. 20(1)(c) pour empêcher la communication de documents se rapportant à la PDN et d'autres ayant trait à la PSDN. Merck n'a pas convaincu la Cour d'appel fédérale que le juge avait fait erreur en agissant ainsi, et elle n'a présenté à notre Cour aucun argument visant un document précis à l'égard de l'un ou l'autre de ces cas. Les seules observations

s. 20(1)(c) exemption applied. That ruling was set aside by the Court of Appeal.

[222] Having reviewed Merck's submissions and the evidence referred to, my view is that the Federal Court of Appeal's appellate intervention was justified and that, in making its own assessment, it did not err in its disposition of these claims for exemption. Health Canada's evidence was to the effect that virtually all of the unredacted information on the pages in issue was in the public domain and it gave extensive and precise references to where the information could be publicly obtained. This evidence was largely unanswered by Merck and it did not provide evidence showing how the disclosure of the redacted form of the information could reasonably be expected to give rise to the harm and prejudice it claimed. I also reiterate here my conclusions in relation to s. 20(1)(b) as it applies to lists of studies.

[223] That leaves for consideration Merck's submission that release of some of the pages could give an inaccurate perception of the product's safety. Merck says that refusal to disclose this sort of information under s. 20(1)(c) is not problematic because proper information in proper context is provided in the Product Monograph. Moreover, there are reporting requirements relating to information where public safety is concerned and, in an appropriate case, the public interest override could be invoked to release such information even if it is found to be exempt under s. 20(1)(c), providing disclosure is in the public interest.

[224] I do not accept the principles inherent in these submissions. The courts have often — and rightly — been sceptical about claims that the public misunderstanding of disclosed information

visant des documents précis que nous a présentées Merck portent sur environ 25 pages de la PDN, qui, selon le juge, étaient visées par l'exception prévue à l'al. 20(1)(c). La Cour d'appel fédérale a annulé cette conclusion.

[222] Après avoir examiné les arguments de Merck et la preuve qui a été invoquée, je suis d'avis que l'intervention de la Cour d'appel fédérale était justifiée et que celle-ci n'a pas commis d'erreur en faisant sa propre appréciation lorsqu'elle a statué sur ces demandes d'application d'exceptions. Selon la preuve produite par Santé Canada, la quasi-totalité des renseignements qui n'ont pas été retranchés des pages en litige faisait partie du domaine public. De plus, Santé Canada a énuméré de façon précise un très grand nombre d'endroits où le public pouvait obtenir ces renseignements. Merck n'a pas réfuté la majeure partie de cette preuve, et elle n'a produit aucun élément de preuve démontrant en quoi la divulgation des renseignements sous leur forme expurgée risquait vraisemblablement de causer le préjudice qu'elle invoquait. Les conclusions que j'ai tirées concernant l'application de l'al. 20(1)(b) aux listes d'études s'appliquent également dans le présent contexte.

[223] Il reste à examiner l'argument de Merck que la communication de certaines des pages pourrait donner une impression erronée quant à l'innocuité du produit. Selon Merck, le refus de divulguer les renseignements de ce genre en application de l'al. 20(1)(c) ne pose pas problème étant donné que la monographie de produit fournit les bons renseignements dans un contexte approprié. En outre, il y a des exigences à respecter en matière de présentation des renseignements qui touchent à la sécurité publique et, dans les cas qui s'y prêtent, on peut invoquer la dérogation en matière d'intérêt public pour divulguer de tels renseignements même s'il est conclu qu'ils sont soustraits à la communication en application de l'al. 20(1)(c), à condition qu'il soit dans l'intérêt public de le faire.

[224] Je ne souscris pas aux principes qui soutiennent ces arguments. Les tribunaux ont souvent — et avec raison — accueilli avec scepticisme les allégations que la mauvaise compréhension, par

will inflict harm on the third party: see, e.g., *Air Atonabee*, at pp. 280-81; *Canada Packers*, at pp. 64-65; *Coopérative fédérée du Québec v. Canada (Ministre de l'Agriculture et de l'Agroalimentaire)* (2000), 180 F.T.R. 205, at paras. 9-15. If taken too far, refusing to disclose for fear of public misunderstanding would undermine the fundamental purpose of access to information legislation. The point is to give the public access to information so that they can evaluate it for themselves, not to protect them from having it. In my view, it would be quite an unusual case in which this sort of claim for exemption could succeed.

[225] It is particularly important to allow broad access to this sort of information in the context of the pharmaceutical industry. As the respondent points out, Health Canada systematically posts on its website reports about undesirable effects of all drugs sold in Canada. In addition, the *Food and Drug Regulations* require pharmaceutical companies to report adverse reactions of their drugs to Health Canada (s. C.01.017). Information about those reactions is publicly available. It is therefore difficult to see how release of such reports through an access to information request could result in harm to the third party.

[226] Merck has not persuaded me that it established the grounds for a s. 20(1)(c) exemption for documents of this nature.

[227] To conclude on s. 20(1)(c), Merck has not shown that the Federal Court of Appeal erred in the principles it applied or how it applied them.

(5) Conclusion With Respect to Section 20(1) Exemptions

[228] In my view, Merck has not shown that any of the pages in issue, as redacted, contain any information exempted under s. 20(1)(a), (b) or (c).

le public, des renseignements divulgués sera préjudiciable au tiers : voir, p. ex., *Air Atonabee*, par. 57-61; *Canada Packers*, p. 64-65; *Coopérative fédérée du Québec c. Canada (Ministre de l'Agriculture et de l'Agroalimentaire)* (2000), 180 F.T.R. 205, par. 9-15. Refuser trop facilement de divulguer des renseignements par crainte que le public les comprenne mal compromettrait l'objet fondamental de la législation en matière d'accès à l'information. Il s'agit de permettre aux membres du public de prendre connaissance des renseignements pour qu'ils puissent eux-mêmes les apprécier, et non de les empêcher de les obtenir. À mon avis, une exception ne pourrait être invoquée avec succès sur la base d'un tel argument que dans une situation assez exceptionnelle.

[225] Il est particulièrement important de donner un accès étendu à de tels renseignements dans le contexte de l'industrie pharmaceutique. Comme le souligne l'intimé, Santé Canada publie systématiquement sur son site Web des rapports au sujet des effets indésirables de toutes les drogues vendues au Canada. De plus, le *Règlement sur les aliments et drogues* exige des sociétés pharmaceutiques qu'elles signalent à Santé Canada les réactions indésirables à leurs drogues (art. C.01.017). Les renseignements sur ces réactions sont accessibles au public. Il est donc difficile de concevoir comment la communication de ces rapports en réponse à une demande d'accès à l'information pourrait causer préjudice au tiers.

[226] Merck ne m'a pas convaincu qu'elle a établi les motifs justifiant l'application de l'exception prévue à l'al. 20(1)c) aux documents de cette nature.

[227] Pour clore sur l'al. 20(1)c), Merck n'a pas établi que la Cour d'appel fédérale a omis d'appliquer les bons principes ou encore qu'elle a commis une erreur en appliquant les principes pertinents.

(5) Conclusion sur les exceptions prévues au par. 20(1)

[228] À mon avis, Merck n'a pas démontré que l'une ou l'autre des pages en litige sous leur forme expurgée contient un quelconque renseignement soustrait à la divulgation en application des al. 20(1)a), b) ou c).

C. *Severance of the Record Under Section 25 of the Act*

[229] When heads of government institutions determine that a requested record contains exempted information in respect of which they are authorized to refuse disclosure, they must go on to consider the issue of severance. By virtue of s. 25 of the Act, they are required to disclose any part of the record that does not contain such exempted information and which can reasonably be severed from any part that does contain exempted information. Section 25 reads:

**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.

[230] In this case, the reviewing judge found entire pages were exempt that the institutional head had decided could be disclosed with exempted material redacted. The Court of Appeal found the judge had erred in this regard and Merck challenges that conclusion.

[231] In both the NDS and SNDS files, the reviewing judge found that, apart from a few instances in which he noted specific passages could be redacted, the entirety of all the other pages contained exempted information and should not be disclosed. He held in both the NDS and SNDS files that “it would be extremely difficult to isolate the information that should not be disclosed”: see Beaudry J., at para. 114 (2006 FC 1200); see also, Beaudry J., at para. 108 (2006 FC 1201). With respect to the NDS decision (2006 FC 1201), at para. 108, I believe the judge’s reference to examples was intended to be to para. 106 rather than to para. 107. The judge did not set out the applicable

C. *Renseignements prélevés en application de l’art. 25 de la Loi*

[229] Le responsable d’une institution fédérale qui décide que le document demandé contient des renseignements dont il peut refuser la divulgation doit ensuite se pencher sur la question du prélèvement. L’article 25 de la Loi l’oblige à communiquer les parties du document dépourvues des renseignements en cause, à condition que le prélèvement de ces parties ne pose pas de problèmes sérieux. Voici le texte de l’art. 25 :

**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.

[230] En l’espèce, le juge siégeant en révision a confirmé que des pages entières étaient visées par l’une ou l’autre des exceptions, pages qui, selon le responsable de l’institution, pouvaient être communiquées après que les renseignements soustraits à la divulgation en eurent été retranchés. La Cour d’appel fédérale en est venue à la conclusion que le juge s’était trompé à cet égard, et Merck conteste celle-ci.

[231] Le juge siégeant en révision a conclu, tant dans le dossier de la PDN que dans celui de la PSDN, que, mis à part quelques cas où il a relevé des passages précis à retrancher, toutes les autres pages contenaient des renseignements soustraits à la divulgation et ne devaient pas être communiquées. Il a conclu, relativement à l’un et l’autre dossier, qu’« il [. . .] paraît sérieusement problématique d[e] séparer [de ces pages] les renseignements dont la communication devrait être refusée » : voir les motifs du juge Beaudry au par. 114 (2006 CF 1200); voir aussi ses motifs au par. 108 (2006 CF 1201). En ce qui concerne la décision relative au dossier de la PDN (2006 CF 1201),

legal principles or indicate how they applied in the circumstances.

[232] The Court of Appeal found fault with the reviewing judge's decision on two grounds. The Court of Appeal faulted the reviewing judge for substituting his discretion for that of the institutional head with respect to s. 25 (para. 104). I respectfully do not agree with the Court of Appeal on this point. As Merck submits, on the s. 44 review, it was the role of the reviewing judge to review the disclosure decision of the institutional head and to determine whether that decision was in accordance with the Act. It follows that the Court of Appeal was in error to the extent it faulted the judge for having "substituted" his view for that of the institutional head. The reviewing judge was required to consider whether the institutional head had properly applied s. 25.

[233] The second error identified by the Court of Appeal was that the reviewing judge failed to explain why the non-exempt material could not reasonably be severed and disclosed. Here, in my view, the Court of Appeal was on firm ground. The reviewing judge did not explain why it would be "extremely difficult" to sever and disclose the non-exempt information. In the absence of any explanation from the reviewing judge (and none being apparent from his reasons read in the context of the whole record), the Court of Appeal was obliged to intervene.

[234] Additionally, in this Court, Merck did not provide any submissions as to why the non-exempt material could not reasonably be severed. In other words, it did not offer submissions in defence of the substance of the reviewing judge's decision. In

je crois que les exemples auxquels renvoie le juge au par. 108 de ses motifs étaient censés être ceux qui figurent au par. 106 plutôt qu'au par. 107. Le juge n'a ni énoncé les principes juridiques applicables, ni précisé en quoi ils s'appliquaient en l'espèce.

[232] La Cour d'appel fédérale a critiqué la décision du juge siégeant en révision à deux égards. D'abord, elle lui a reproché d'avoir substitué son pouvoir discrétionnaire à celui du responsable de l'institution pour ce qui est de l'art. 25 (par. 104). En toute déférence, je ne partage pas l'avis de la Cour d'appel fédérale sur ce point. Comme le soutient Merck, dans le cadre du recours en révision prévu à l'art. 44, il appartenait au juge siégeant en révision de contrôler la décision du responsable de l'institution en matière de divulgation et d'établir si cette décision était conforme à la Loi. Par conséquent, la Cour d'appel fédérale a commis une erreur dans la mesure où elle a reproché au juge d'avoir « substitué » son avis à celui du responsable de l'institution. Le juge siégeant en révision était tenu de décider si le responsable de l'institution avait appliqué correctement l'art. 25.

[233] Ensuite, la Cour d'appel fédérale a reproché au juge siégeant en révision de ne pas avoir expliqué pourquoi les renseignements non soustraits à la divulgation ne pouvaient pas être prélevés et divulgués sans que cela ne pose de problèmes sérieux. Sur ce point, il ne fait aucun doute, à mon avis, que la Cour d'appel fédérale a raison. En effet, le juge siégeant en révision n'a pas expliqué pourquoi il paraissait « sérieusement problématique » de prélever et de divulguer les renseignements non soustraits à la divulgation. En l'absence de toute explication de la part du juge siégeant en révision (d'ailleurs, aucune explication ne ressort de ses motifs lorsqu'on les interprète eu égard à l'ensemble du dossier), la Cour d'appel fédérale se devait d'intervenir.

[234] De plus, Merck n'a présenté à notre Cour aucun argument expliquant pourquoi les renseignements non soustraits à la divulgation ne pouvaient pas être prélevés sans que cela ne pose de problèmes sérieux. En d'autres termes, elle n'a avancé

the absence of such submissions, and in light of my conclusion that appellate intervention was justified, I would uphold the Court of Appeal's decision setting aside the reviewing judge's decision in relation to s. 25.

[235] It will be helpful, however, to reiterate some of the key principles in relation to s. 25.

[236] To begin, it is important to recognize that applying s. 25 is mandatory, not discretionary. The section directs that the institutional head “shall [not ‘may’] disclose any part of the record that does not contain” exempted information, provided it can reasonably be severed: see *Dagg*, at para. 80. Thus, the institutional head has a duty to ensure compliance with s. 25 and to undertake a severance analysis wherever information is found to be exempt from disclosure.

[237] The heart of the s. 25 exercise is determining when material subject to the disclosure obligation “can reasonably be severed” from exempt material. In my view, this involves both a semantic and a cost-benefit analysis. The semantic analysis is concerned with whether what is left after excising exempted material has any meaning. If it does not, then the severance is not reasonable. As the Federal Court of Appeal put it in *Blank v. Canada (Minister of the Environment)*, 2007 FCA 289, 368 N.R. 279, at para. 7, “those parts which are not exempt continue to be subject to disclosure if disclosure is meaningful”. The cost-benefit analysis considers whether the effort of redaction by the government institution is justified by the benefits of severing and disclosing the remaining information. Even where the severed text is not completely devoid of meaning, severance will be reasonable only if disclosure of the unexcised portions of the record would reasonably fulfill the purposes of the Act. Where severance leaves only “[d]isconnected snippets of releasable information”, disclosure of

aucun argument pour défendre le bien-fondé de la décision du juge siégeant en révision. Faute de tels arguments, et vu ma conclusion que l'intervention de la Cour d'appel fédérale était justifiée, je suis d'avis de confirmer la décision de celle-ci annulant la décision du juge siégeant en révision relativement à l'art. 25.

[235] Il est cependant utile de répéter certains des principes clés applicables en ce qui concerne l'art. 25.

[236] Pour commencer, il importe de reconnaître que l'application de l'art. 25 est obligatoire, et non discrétionnaire. Selon cet article, le responsable de l'institution « est [. . .] tenu [de] communiquer [et non “peut” communiquer] les parties [du document] dépourvues » des renseignements soustraits à la divulgation, à condition que le prélèvement de ces parties ne pose pas de problèmes sérieux : voir *Dagg*, par. 80. Le responsable de l'institution a donc l'obligation de veiller au respect de l'art. 25 et de se pencher sur la question du prélèvement s'il est conclu que certains renseignements sont soustraits à la divulgation.

[237] Selon l'art. 25, il faut essentiellement relever les parties du document soustrait à la communication qui peuvent, elles, être communiquées et dont « le prélèvement [. . .] ne pose pas de problèmes sérieux ». J'estime que cet exercice comporte une analyse sémantique ainsi qu'une analyse des coûts et des avantages. D'une part, l'analyse sémantique vise à établir si ce qu'il reste après que les renseignements soustraits à la divulgation ont été retranchés du document en cause a un sens. Dans la négative, il n'est pas raisonnable de procéder au prélèvement. Comme l'a dit la Cour d'appel fédérale dans *Blank c. Canada (Ministre de l'Environnement)*, 2007 CAF 289 (CanLII), au par. 7, « les passages qui ne sont pas protégés doivent toujours être communiqués si cela est utile ». D'autre part, l'analyse des coûts et des avantages sert à déterminer si les avantages qu'il y a à prélever et divulguer les renseignements restants à la suite du processus d'expurgation justifient les efforts déployés par l'institution fédérale en vue d'expurger le document en cause. Même si le texte prélevé n'est pas

that type of information does not fulfill the purpose of the Act and severance is not reasonable: *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Solicitor General)*, [1988] 3 F.C. 551 (T.D.), at pp. 558-59; *SNC-Lavalin Inc.*, at para. 48. As Jerome A.C.J. put it in *Montana Band of Indians v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1989] 1 F.C. 143 (T.D.):

To attempt to comply with section 25 would result in the release of an entirely blacked-out document with, at most, two or three lines showing. Without the context of the rest of the statement, such information would be worthless. The effort such severance would require on the part of the Department is not reasonably proportionate to the quality of access it would provide. [Emphasis added; pp. 160-61.]

[238] That said, one must not lose sight of the purpose of s. 25. It aims to facilitate access to the most information reasonably possible while giving effect to the limited and specific exemptions set out in the Act: *Ontario (Public Safety and Security)*, at para. 67.

[239] Section 25 must also be considered in relation to the question of giving notice to a third party under s. 27. As I discussed earlier, notice is required whenever the institutional head forms the intention to release information that he or she believes might be exempt, including severed material under s. 25. I am also of the view that the institutional head is obliged to do his or her best to apply s. 25 before giving notice and should indicate to the third party what redactions will be made as a result of the institutional head's initial review. I note that the notice provision in s. 27(3)(a) and (b) refers to the institutional head giving notice of the intention to release "a record or a part thereof" and providing the third party with "a description of the contents of the record or part thereof" that may relate to the third party. This suggests that the institutional

complètement dénué de sens, le prélèvement n'est raisonnable que si la divulgation des passages du document n'ayant pas été retranchés remplissait raisonnablement les objectifs de la Loi. Dans les cas où il ne reste que « [d]es bribes de renseignements pouvant être divulgués » à la suite du prélèvement, la divulgation de ces renseignements ne remplit pas l'objet de la Loi, et le prélèvement n'est pas raisonnable : *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Solliciteur général)*, [1988] 3 C.F. 551 (1<sup>re</sup> inst.), p. 558-559; *SNC-Lavalin Inc.*, par. 48. Comme l'a dit le juge en chef adjoint Jerome dans *Bande indienne de Montana c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1989] 1 C.F. 143 (1<sup>re</sup> inst.) :

Si l'on se conformait à l'article 25, il en résulterait la communication d'un document complètement censuré, laissant voir tout au plus deux ou trois lignes. Sorties de leur contexte, ces informations seraient inutiles. Le travail de prélèvement nécessaire de la part du Ministère n'est pas raisonnablement proportionné à la qualité de l'accès qui s'ensuivrait. [Je souligne; p. 160-161.]

[238] Cela dit, il ne faut pas perdre de vue l'objet de l'art. 25, qui vise à faciliter l'accès au plus de renseignements possible tout en donnant effet aux exceptions précises et limitées prévues à la Loi : *Ontario (Sûreté et Sécurité publique)*, par. 67.

[239] Il faut aussi tenir compte de l'art. 25 dans le contexte de l'avis à donner au tiers en application de l'art. 27. Comme je l'ai déjà mentionné, le responsable de l'institution qui a l'intention de divulguer des renseignements qui, selon lui, pourraient être soustraits à la divulgation, y compris des renseignements prélevés conformément à l'art. 25, doit donner au tiers intéressé un avis de son intention. J'estime également que le responsable de l'institution doit faire de son mieux pour appliquer l'art. 25 avant de donner l'avis au tiers et qu'il lui incombe d'informer ce dernier des passages qui seront retranchés à la suite de son examen initial. Je souligne que, selon les dispositions en matière d'avis prévues aux al. 27(3)a) et b), le responsable de l'institution donne au tiers intéressé avis de son intention de donner communication « totale ou partielle [d'un]

head is to make an effort to apply s. 25 at the notice stage.

[240] Of course, the institutional head can only proceed on the basis of the information reasonably available. But consistent with the thresholds for notice which I set out earlier, the institutional head should identify the records he or she has determined clearly fall within the s. 20(1) exemptions and, having done so, go on to determine under s. 25 what information must be disclosed because it can reasonably be severed from the exempt material.

[241] For the reasons set out earlier, I would affirm the Federal Court of Appeal's disposition of the s. 25 issue.

#### IV. Disposition

[242] I would dismiss the appeals with costs.

The reasons of Deschamps, Abella and Rothstein JJ. were delivered by

[243] DESCHAMPS J. (dissenting) — I have read the reasons of my colleague Cromwell J. I agree with his approach to the issue of notice. The head of the institution must review all the relevant material before him or her and can disclose information without notice only if there is clearly no reason to believe that the record might contain exempt information. I also agree with my colleague that, on the issue of the standard of proof, the Court of Appeal erred in imposing a standard higher than that of proof on a balance of probabilities.

[244] However, in my view, the Federal Court's judgments (2006 FC 1200, 301 F.T.R. 241, and

document » et fournit à ce dernier « la désignation du contenu total ou partiel du document » susceptible de le concerner, ce qui donne à penser que le responsable de l'institution doit s'efforcer d'appliquer l'art. 25 au stade de l'avis.

[240] Bien entendu, le responsable de l'institution ne peut agir qu'en se fondant sur les renseignements qu'il peut raisonnablement obtenir. Toutefois, conformément au seuil à atteindre pour que prenne naissance l'obligation de donner l'avis, que j'ai décrit précédemment, le responsable de l'institution doit relever les documents qui, selon lui, sont clairement visés par l'une ou l'autre des exceptions prévues au par. 20(1), et, une fois cette tâche accomplie, décider, en application de l'art. 25, quels renseignements il doit divulguer parce qu'ils constituent des parties du document soustrait à la communication qui peuvent être prélevées sans poser de problèmes sérieux.

[241] Pour les motifs exposés ci-dessus, je suis d'avis de confirmer la décision de la Cour d'appel fédérale relativement à l'art. 25.

#### IV. Dispositif

[242] Je suis d'avis de rejeter les pourvois avec dépens.

Version française des motifs des juges Deschamps, Abella et Rothstein rendus par

[243] LA JUGE DESCHAMPS (dissidente) — J'ai lu les motifs de mon collègue le juge Cromwell. Je souscris à sa façon d'aborder la question du préavis. Le responsable de l'institution doit analyser tous les documents pertinents dont il dispose et il ne peut divulguer de renseignements sans donner de préavis que s'il n'y a manifestement aucune raison de croire que le document visé est susceptible de contenir des renseignements soustraits à la divulgation. Par ailleurs, en ce qui concerne la question de la norme de preuve, je suis d'accord avec mon collègue que la Cour d'appel a commis une erreur en imposant une norme de preuve plus exigeante que celle de la prépondérance des probabilités.

[244] Toutefois, selon moi, les jugements de la Cour fédérale (2006 CF 1200, 301 F.T.R. 241, et

2006 FC 1201 (CanLII)) do not contain a palpable and overriding error that would justify this Court's intervention. I would restore the findings of the Federal Court, subject to any agreements the parties may have concluded since its judgments were rendered.

#### A. Appellate Review

[245] Although my colleague indicates at para. 54 that appellate review is governed by *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, his subsequent analysis does not, in my opinion, comport with the principles established in that case. My colleague agrees with the approach of the Federal Court of Appeal, which found that the reviewing judge had not explained in sufficient detail how he came to his conclusions (2009 FCA 166, 400 N.R. 1). Cromwell J. endorses that court's conclusions despite finding that it both applied the wrong standard of proof and inappropriately characterized the definition of "trade secrets" as a restrictive one.

[246] Turning to the Federal Court's judgments, my colleague faults the reviewing judge for failing "either to state the applicable legal principles or to explain how the legal principles applied to the facts before him or, in some cases, both" (para. 55). I cannot accept the requirements my colleague's approach imposes on trial judges or the message it sends to the legal community. The rule from *Housen* is that an appellate court must defer to a trial judge's findings on questions of fact as well as on questions of mixed fact and law. The standard to be applied on such questions is that of a "palpable and overriding error". Deferring to trial judges' findings where it is appropriate to do so ensures that judicial resources are used efficiently, enhances access to justice and is consistent with the institutional role of the appellate court.

2006 CF 1201 (CanLII)) ne contiennent aucune erreur manifeste et dominante qui justifierait l'intervention de la Cour. Je suis d'avis de rétablir les conclusions de la Cour fédérale, sous réserve de toute entente que les parties peuvent avoir conclue depuis que les jugements ont été rendus.

#### A. Révision en appel

[245] Bien que mon collègue mentionne au par. 54 que la révision en appel est régie par *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, son analyse ultérieure ne respecte pas, selon moi, les principes établis dans cet arrêt. Mon collègue souscrit à la démarche adoptée par la Cour d'appel fédérale, qui a conclu que le juge siégeant en révision n'a pas expliqué de manière suffisamment détaillée comment il était arrivé à ses conclusions (2009 CAF 166 (CanLII)). Le juge Cromwell est d'accord avec les conclusions de la Cour d'appel fédérale bien qu'il ait conclu qu'elle a à la fois appliqué la mauvaise norme de preuve et considéré à tort que la définition de « secrets industriels » est de nature restrictive.

[246] En ce qui concerne les jugements de la Cour fédérale, mon collègue reproche au juge siégeant en révision d'avoir omis « soit d'énoncer les principes juridiques applicables, soit d'expliquer comment les principes juridiques s'appliquaient aux faits de l'espèce », ajoutant que « dans certains cas, il n'a fait ni l'un ni l'autre » (par. 55). Je m'oppose aux exigences que la démarche de mon collègue impose aux juges de première instance et au message qu'elle transmet à la communauté juridique. Selon *Housen*, les cours d'appel doivent faire preuve de respect envers les conclusions tirées par les juges de première instance tant à l'égard des questions de fait que des questions mixtes de fait et de droit. La norme qu'il convient d'appliquer à ces questions est celle de l'« erreur manifeste et dominante ». Faire preuve de respect envers les conclusions des juges de première instance, lorsqu'il y a lieu, permet une utilisation efficace des ressources judiciaires, facilite l'accès à la justice et correspond au rôle institutionnel des cours d'appel.

[247] It must be noted that although the Federal Court is being asked to review an administrative decision, one made by Health Canada in this case, the process is atypical in the sense that it differs from the one that applies to the review of most administrative decisions. The latter process — and the question of which standards ought to govern it — has occupied the forefront of administrative law in the past decade. In *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, this Court sought to bring clarity to this issue in the context of the first level of review. In the “classic” process, appellate review consists in verifying whether the court at the first level of review has correctly applied the standard in reviewing the administrative decision. What this means in practice is that in “step[ping] into the shoes” of the lower court, an appellate court’s focus is, in effect, on the *administrative* decision (*Prairie Acid Rain Coalition v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)*, 2006 FCA 31, [2006] 3 F.C.R. 610, at para. 14; *Zenner v. Prince Edward Island College of Optometrists*, 2005 SCC 77, [2005] 3 S.C.R. 645, at para. 30).

[248] There are exceptions to this classic process. Under s. 44 of the *Access to Information Act*, R.S.C. 1985, c. A-1 (“ATIA”), the appeal court’s focus is on the reviewing judge’s findings, and the rule from *Housen* applies to *that court’s* decision (*Canadian Imperial Bank of Commerce v. Canada (Chief Commissioner, Human Rights Commission)*, 2007 FCA 272, [2008] 2 F.C.R. 509, at paras. 8, 9 and 72; *Rubin v. Canada (Minister of Health)*, 2003 FCA 37, 300 N.R. 179, at paras. 4-5; *Merck Frosst Canada Ltd. v. Canada (Minister of National Health)*, 2002 FCA 35 (CanLII); *SNC Lavalin Inc. v. Canada (Minister for International Co-operation)*, 2007 FCA 397, 77 Admin. L.R. (4th) 1, at paras. 2, 3 and 7).

[249] The peculiarities of the review process provided for in s. 44 ATIA explain this distinctiveness. The scheme of the ATIA reveals that Parliament intended to set up an independent review process — a function which is not fulfilled by the

[247] Il convient de souligner que même si la Cour fédérale est appelée à réviser une décision administrative, celle prise par Santé Canada en l’espèce, le processus est atypique en ce sens qu’il diffère de la démarche à suivre pour réviser la plupart des décisions administratives. Cette dernière démarche — de même que la question de savoir quelles normes devraient la régir — a été au tout premier rang du droit administratif au cours de la dernière décennie. Dans *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, la Cour a cherché à clarifier la question dans le contexte de la révision de premier niveau. Suivant la démarche « classique », la révision en appel consiste à vérifier si le tribunal de révision de premier niveau a correctement appliqué la norme en examinant la décision administrative. Cela signifie en pratique qu’en se « met[tant] à la place » du tribunal d’instance inférieure la cour d’appel se concentre effectivement sur la décision *administrative* (*Prairie Acid Rain Coalition c. Canada (Ministre des Pêches et des Océans)*, 2006 CAF 31, [2006] 3 R.C.F. 610, par. 14; *Zenner c. Prince Edward Island College of Optometrists*, 2005 CSC 77, [2005] 3 R.C.S. 645, par. 30).

[248] Il existe des exceptions à cette démarche classique. La révision que fait une cour d’appel dans le cadre de l’art. 44 de la *Loi sur l’accès à l’information*, L.R.C. 1985, ch. A-1 (« LAI »), est axée sur les conclusions du juge siégeant en révision, et la règle de *Housen* s’applique à la décision de *cette cour-là* (*Banque Canadienne Impériale de Commerce c. Canada (Commissaire en chef, Commission canadienne des droits de la personne)*, 2007 CAF 272, [2008] 2 R.C.F. 509, par. 8, 9 et 72; *Rubin c. Canada (Ministre de la Santé)*, 2003 CAF 37 (CanLII), par. 4-5; *Merck Frosst Canada Ltée. c. Canada (Ministre de la Santé nationale)*, 2002 CAF 35 (CanLII); *SNC Lavalin Inc. c. Canada (Ministre de la Coopération internationale)*, 2007 CAF 397 (CanLII), par. 2, 3 et 7).

[249] Les caractéristiques du processus de révision de l’art. 44 de la LAI expliquent cette particularité. Il ressort du régime prévu par la LAI que l’intention du législateur était d’établir un processus de révision indépendant — une fonction qui

head of the institution (*3430901 Canada Inc. v. Canada (Minister of Industry)*, 2001 FCA 254, [2002] 1 F.C. 421, at para. 36). Furthermore, the federal Information Commissioner, unlike his or her Ontario and Quebec counterparts (*Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, R.S.O. 1990, c. F.31; *Act respecting access to documents held by public bodies and the Protection of personal information*, R.S.Q., c. A-2.1), has no adjudicatory powers and can only make recommendations. The role of the head of the federal institution is as much that of a party as that of a decision maker. The institution's opinion on the obligation to disclose or refuse to disclose is no more authoritative than that of other interested parties (*Canadian Imperial Bank of Commerce*, at para. 63).

[250] The Federal Court judge is thus the first impartial gatekeeper a party seeking disclosure (ss. 41 or 42 *ATIA*) or objecting to it (s. 44 *ATIA*) can turn to. By the time the matter reaches that court, the content of the file will often have evolved (*Air Atonabee Ltd. v. Canada (Minister of Transport)* (1989), 37 Admin. L.R. 245 (F.C.T.D.)). The Federal Court reviews the evidence, which can be extensive. New evidence may be filed and cross-examinations may be conducted, as in the case at bar (ss. 45 and 46 *ATIA*; *Air Atonabee*, at pp. 264-66). The Federal Court may hear new arguments if necessary. The judge makes his or her own findings and draws inferences on the basis of the information in the court's record at that time. The judge may order any remedies he or she considers appropriate (ss. 50 and 51 *ATIA*).

[251] In sum, the judge does *not* conduct the kind of review that is usually conducted in an administrative law context. The Federal Court's task, in essence, is to start afresh and assess the issue *de novo*. This is akin to the role of a trial court. For this reason, the appellate court's role is to review the reviewing judge's decision, not that of the Commissioner or the head of the institution. The appellate court's role may be different in instances in which the decision of the head of the institution

n'est pas exercée par le responsable de l'institution (*3430901 Canada Inc. c. Canada (Ministre de l'Industrie)*, 2001 CAF 254, [2002] 1 C.F. 421, par. 36). De plus, le commissaire fédéral à l'information n'a aucun pouvoir décisionnel et il ne peut faire que des recommandations, ce qui le distingue de ses homologues ontariens et québécois (*Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée*, L.R.O. 1990, ch. F.31; *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels*, L.R.Q., ch. A-2.1). Le responsable de l'institution fédérale agit autant à titre de partie que de décideur. L'opinion de l'institution sur l'obligation de refuser ou de permettre la divulgation n'a pas plus de poids que celle d'autres parties intéressées (*Banque Canadienne Impériale de Commerce*, par. 63).

[250] Le juge de la Cour fédérale est donc le premier décideur impartial à qui une partie qui sollicite la divulgation (art. 41 ou 42 de la *LAI*) ou une partie qui s'y oppose (art. 44 de la *LAI*) peut s'adresser. Il arrive souvent qu'au moment où cette cour est saisie de l'affaire le dossier aura évolué (*Air Atonabee Ltd. c. Canada (Ministre des Transports)*, [1989] A.C.F. n° 453 (QL) (1<sup>re</sup> inst.)). La Cour fédérale examine la preuve, qui peut être abondante. De nouveaux éléments de preuve peuvent être déposés et des contre-interrogatoires peuvent avoir lieu, comme cela s'est produit en l'espèce (art. 45 et 46 de la *LAI*; *Air Atonabee*, par. 27-31). La Cour fédérale peut entendre de nouveaux arguments au besoin. Le juge prononce ses propres conclusions et fait ses propres inférences sur la base du dossier tel qu'il existe à ce moment-là. Il peut ordonner les réparations qu'il estime indiquées (art. 50 et 51 de la *LAI*).

[251] En résumé, le juge *ne fait pas* le genre d'examen que l'on voit habituellement dans un contexte de droit administratif. La Cour fédérale reprend essentiellement l'affaire depuis le début pour faire un nouvel examen de la question en litige, ce qui s'apparente à ce que fait une cour de première instance. Pour cette raison, la révision que fait la cour d'appel porte sur la décision du juge siégeant en révision plutôt que sur celle du commissaire à l'information ou du responsable de l'institution. Dans

is discretionary by law, but such instances are irrelevant to the case at bar.

B. Did the Federal Court Make a Palpable and Overriding Error in This Case?

[252] In *Housen*, at para. 1, Iacobucci and Major JJ. described the “palpable and overriding error” standard as follows:

A proposition that should be unnecessary to state is that a court of appeal should not interfere with a trial judge’s reasons unless there is a palpable and overriding error. The same proposition is sometimes stated as prohibiting an appellate court from reviewing a trial judge’s decision if there was some evidence upon which he or she could have relied to reach that conclusion. [Emphasis added.]

[253] They aptly explained at para. 3 what this means for an appellate court by quoting from *Underwood v. Ocean City Realty Ltd.* (1987), 12 B.C.L.R. (2d) 199 (C.A.), at p. 204:

The appellate court must not retry a case and must not substitute its views for the views of the trial judge according to what the appellate court thinks the evidence establishes on its view of the balance of probabilities.

And, as they soundly observed at para. 4: “While the theory [just described] has acceptance, consistency in its application is missing.”

[254] In the case at bar, Beaudry J.’s findings on the exemptions are fact-based or bear on questions of mixed fact and law, so deference is owed to them. There was “some evidence upon which he . . . could have relied” to reach his conclusions. No palpable and overriding error can be found in his judgments. Consequently, the Federal Court of Appeal erred in retrying the case.

[255] Unlike the Federal Court of Appeal, Beaudry J. applied the correct standard, that of proof on a balance of probabilities. He mentioned it

les cas où la loi prévoit que la décision du responsable de l’institution est discrétionnaire, le rôle de la cour d’appel peut être différent, mais ces cas ne nous intéressent pas ici.

B. La Cour fédérale a-t-elle commis une erreur manifeste et dominante en l’espèce?

[252] Dans *Housen*, les juges Iacobucci et Major ont décrit comme suit l’« erreur manifeste et dominante », au par. 1 :

Il va sans dire qu’une cour d’appel ne devrait modifier les conclusions d’un juge de première instance qu’en cas d’erreur manifeste et dominante. On reformule parfois cette proposition en disant qu’une cour d’appel ne peut réviser la décision du juge de première instance dans les cas où il existait des éléments de preuve qui pouvaient étayer cette décision. [Je souligne.]

[253] Ils ont bien expliqué, au par. 3, les conséquences que cela comporte pour les cours d’appel en citant *Underwood c. Ocean City Realty Ltd.* (1987), 12 B.C.L.R. (2d) 199 (C.A.), p. 204 :

[TRADUCTION] La cour d’appel ne doit pas juger l’affaire de nouveau, ni substituer son opinion à celle du juge de première instance en fonction de ce qu’elle pense que la preuve démontre, selon son opinion de la prépondérance des probabilités.

Et c’est à juste titre qu’ils ont fait la remarque suivante, au par. 4 : « Quoique cette théorie soit généralement acceptée, elle n’est pas appliquée de manière systématique. »

[254] En l’espèce, les conclusions du juge Beaudry relativement aux exceptions reposent sur les faits ou portent sur des questions mixtes de fait et de droit, et il faut donc faire preuve de déférence à leur égard. Il existait « des éléments de preuve qui pouvaient étayer » ses conclusions. Par ailleurs, ses jugements ne comportent aucune erreur manifeste et dominante. Par conséquent, la Cour d’appel fédérale a commis une erreur en jugeant de nouveau l’affaire.

[255] Contrairement à la Cour d’appel fédérale, le juge Beaudry a appliqué la bonne norme de preuve, à savoir la prépondérance des probabilités. Il en a fait

once in each of his sets of reasons. He did not need to refer to it each time he considered a different argument. It is clear that he was mindful of all the submissions made by the parties, including Health Canada's arguments that Merck Frosst Canada Ltd.'s representations were insufficiently specific and that Merck had not discharged its burden of showing that disclosure should be refused. Though his reasons could have been more explicit, a judge is not required to explain every conclusion in detail for reasons to be considered sufficient. Moreover, he referred in his judgments to the evidence and to tables filed by the parties. The tables summarized the parties' evidence for each page or group of pages. Beaudry J. even appended the tables to his judgments. For each exemption category, he reached a decision that he supported by referring to the tables. It is clear from other tables the parties filed jointly with this Court (Joint Record of Pages in Issue) in which the pages at issue are indicated that he did not mechanically endorse the position of either Merck or Health Canada. While one may disagree with the result, Beaudry J.'s conclusions can easily be explained by referring both to his reasons and to the parties' submissions.

[256] There is, at first glance, a difficulty related to the evidence: prior to the hearing before Beaudry J., Health Canada responded to Merck's last affidavit by redacting additional information, but Merck chose to proceed without responding to these redactions. Merck took the position that the information in the court's record was sufficient and that it was not obliged to respond further. Its stance opens the door to the argument that the evidence it adduced did not respond to changes to the court's record.

[257] My colleague accepts Health Canada's submissions and enters into the fray, arguing that one page or another illustrates the vacuity of Merck's position and that Beaudry J. erred in this regard.

mention une fois dans chaque exposé de ses motifs. Il n'avait pas à mentionner cette norme chaque fois qu'il examinait un argument. Il a clairement tenu compte de l'ensemble des arguments des parties, y compris ceux de Santé Canada, qui a avancé que les observations de Merck Frosst Canada Ltée n'étaient pas assez précises et que cette dernière ne s'était pas acquittée de son fardeau de démontrer que la divulgation devrait être refusée. Ses motifs auraient certes pu être plus explicites. Cela dit, il n'est pas nécessaire que les motifs d'un juge expliquent en détail chaque conclusion pour être suffisants. De plus, il a fait référence, dans ses jugements, à la preuve et aux tableaux produits par les parties. Les tableaux résumaient la preuve des parties relativement à chaque page ou groupe de pages. Le juge Beaudry a même joint les tableaux à ses jugements. Pour chaque catégorie d'exception, il a rendu une décision qu'il a étayée en faisant référence aux tableaux. Il ressort clairement des autres tableaux que les parties ont déposés conjointement devant la Cour (dossier conjoint sur les pages en litige) et dans lesquels les pages en litige sont mentionnées qu'il n'a pas adopté inconditionnellement le point de vue de Merck ou celui de Santé Canada. Quelqu'un peut être en désaccord avec le résultat, mais il n'en demeure pas moins qu'on peut facilement expliquer les conclusions du juge Beaudry en faisant référence tant à ses motifs qu'aux observations des parties.

[256] À première vue, une difficulté liée à la preuve est le fait que, avant de comparaître devant le juge Beaudry, Santé Canada a caviardé des passages additionnels en réponse au dernier affidavit de Merck, mais que celle-ci a choisi d'aller de l'avant sans répondre à ces caviardages. Merck a avancé que les renseignements contenus dans le dossier de la cour étaient suffisants et qu'elle n'était pas tenue d'y répondre davantage. Sa position ouvre la porte à l'argument que la preuve qu'elle a produite ne répondait pas au dossier de la cour tel qu'il avait évolué.

[257] Mon collègue accepte les observations de Santé Canada et s'immisce dans le débat, faisant valoir que telle ou telle page fait ressortir la vacuité de la position de Merck et que le juge Beaudry

Health Canada points to one page (p. 470 of the pages in issue in the New Drug Submission file) from which all confidential information was redacted, but that nevertheless found its way onto the list of hundreds of documents which Beaudry J. found to be exempt. In my view, this minor error does not justify this Court's intervention, especially since it was rectified before we heard the case. The page in question is not at issue. With respect to other documents, still at issue, that were redacted to either a limited or a significant extent but were found to be exempt, the extent of the redaction should not be determinative in and of itself. Where information is highly technical — as is the case here — it may mean little to a non-expert but be of significance to a competitor who can “connect the dots” (in the words of Harrington J. in the first review conducted in this case (2004 FC 959, [2005] 1 F.C.R. 587)). Information that is superficially benign because its significance is lost on the person conducting the review can cause harm if disclosed. My colleague's review lacks the insight the reviewing judge gained in the four days the latter spent hearing the case.

[258] Beaudry J. heard all the parties' arguments. More importantly, the same arguments that Merck's representations were insufficiently specific and that its evidence did not respond to changes to the court's record were presented to him. They did not carry the day. Health Canada's statement that all confidential information had been redacted is just an argument. It is not proof that all such information has in fact been redacted. Indeed, at the beginning of the proceedings, Health Canada took the position that none of the information was confidential. The number of documents that either were subsequently found to be exempt in their entirety or were redacted extensively is a clear indication that Health Canada's word cannot be taken as proof. Health Canada does not make a convincing case

s'est trompé à cet égard. Santé Canada a fait référence à une page (p. 470 des pages en litige dans le dossier de la présentation de drogue nouvelle) de laquelle tous les renseignements confidentiels avaient été retranchés, mais qui néanmoins s'était trouvée dans la liste des centaines de documents que le juge Beaudry avait soustraits à la communication. À mon avis, cette erreur mineure ne justifie pas l'intervention de notre Cour, surtout étant donné qu'elle a été rectifiée avant que nous entendions l'affaire. La page en question n'est pas en litige. En ce qui concerne les autres documents, toujours en litige, qui ont été caviardés en partie seulement ou de manière significative, mais ont été jugés soustraits à la communication, l'étendue des passages qui en ont été retranchés ne devrait pas en soi être déterminante. Dans les cas où ils sont de nature très technique — comme c'est le cas en l'espèce —, les renseignements en cause peuvent ne pas paraître significatifs aux yeux du profane, mais avoir une valeur certaine pour le concurrent qui peut « relier les points » (expression utilisée par le juge Harrington dans le cadre du premier contrôle judiciaire (2004 CF 959, [2005] 1 R.C.F. 587)). La divulgation de renseignements dont la nature paraît banale parce que leur importance a échappé à la personne examinant le dossier peut causer un préjudice. Mon collègue procède à un examen du dossier sans bénéficier de la perspective dont jouissait le juge siégeant en révision au terme de quatre jours d'audition.

[258] Le juge Beaudry a entendu tous les arguments des parties. Mais surtout, les mêmes arguments selon lesquels les observations de Merck n'étaient pas suffisamment détaillées et que la preuve de cette dernière ne répondait pas au dossier de la cour tel qu'il avait évolué lui ont été présentés. Ces arguments ne se sont pas avérés déterminants. La déclaration de Santé Canada que tous les renseignements confidentiels avaient été retranchés n'est qu'un simple argument. Elle n'établit pas que tous les renseignements de cette nature l'ont effectivement été. De fait, au début des procédures, Santé Canada a avancé qu'aucun renseignement n'était confidentiel. Le nombre de documents qui ont par la suite été entièrement soustraits à la communication ou caviardés de façon significative indique

that Beaudry J. erred on this point, and I do not think we can dismiss his judgments.

[259] The size of the record, the time allotted to the parties to argue their cases in this Court, and the Court's institutional role are all factors that militate against reviewing the facts in such minute detail. The deferential approach dictated by *Housen* is more consistent with this Court's role. Furthermore, I am not convinced that this Court ought to be conducting the kind of technical review which is required in order to determine whether information qualifies for an exemption from disclosure.

[260] Health Canada and Merck fought tooth and nail for over five years before being heard by Beaudry J. Access to information may be becoming the favourite battleground of innovative and generic drug manufacturers. The quantity of resources, both public and private, expended as a consequence of the war between the parties in the case at bar is appalling. This may be a sign of a more wide-scale problem. If so, the message this Court sends will be particularly important. The message should be that Health Canada and third party applicants in cases such as this must take a responsible approach to disclosure and do the best they can earlier in the process. The redaction of documents could sometimes be simplified by establishing categories rather than reviewing every word. It is clear that the word-by-word approach is not working in cases such as the one at bar. A purposeful review of the file is more apposite.

[261] If, once the parties have reviewed the file and — if possible — established categories, they do not agree, they may take the matter to a

clairement que les arguments de Santé Canada ne peuvent être considérés comme faisant preuve de leur contenu. Santé Canada n'a pas présenté d'arguments convaincants établissant que le juge Beaudry a commis une erreur à cet égard, et je ne pense pas que nous puissions mettre en doute le bien-fondé de ses jugements.

[259] L'ampleur du dossier, le temps alloué aux parties pour présenter leurs arguments devant notre Cour ainsi que le rôle institutionnel de celle-ci sont tous des facteurs qui indiquent qu'il n'y a pas lieu de décortiquer les faits. La démarche empreinte de déférence qu'impose *Housen* correspond davantage au mandat de la Cour. En outre, je ne suis pas convaincue qu'il incombe à notre Cour de procéder à l'examen technique nécessaire pour déterminer si tel ou tel renseignement est visé ou non par une quelconque exception à la règle de la divulgation.

[260] Santé Canada et Merck se sont livrés à une bataille de tous les instants durant plus de cinq années avant d'être entendus par le juge Beaudry. L'accès à l'information semble devenir le théâtre où s'affrontent les sociétés pharmaceutiques innovatrices et celles qui produisent des médicaments génériques. La quantité de ressources, tant publiques que privées, que les parties en l'espèce ont gaspillées à se livrer cette guerre est déplorable. Cela est peut-être le symptôme d'un problème beaucoup plus grave, et, si c'est le cas, le message que notre Cour doit envoyer revêt une grande importance. Ce message doit être que dans les affaires comme celle en l'espèce il incombe à Santé Canada et aux tiers d'adopter une démarche responsable en matière de divulgation de renseignements et de faire de leur mieux plus tôt dans le processus. Il est parfois possible de simplifier le caviardage des documents par l'établissement de catégories; cette méthode remplacerait l'examen de chaque mot. Il est clair que la démarche axée sur l'étude de chaque mot ne convient pas aux affaires comme celle en l'espèce. Un examen du dossier ayant à l'esprit l'objet des exceptions est plus pertinent.

[261] Une fois qu'elles ont examiné le dossier et, si possible, établi des catégories, les parties peuvent soumettre l'affaire à un juge siégeant en révision si

reviewing judge. An appellate court owes deference to the product of that judge's review. The reviewing judge should not be required to provide a word-by-word, line-by-line or even page-by-page explanation for his or her decision. If appropriate, the judge can address the case on the basis of categories, provided that the judgment makes it clear which documents or categories of documents are exempt. Unless there is a palpable and overriding error, the Federal Court of Appeal, and this Court, should refrain from embarking on a review of the facts.

[262] My concerns with having an appellate court reassess the evidence and with requiring detailed reasons are not limited to the message this sends to parties and the stringent requirements it imposes on reviewing judges when they draft their reasons. In my view, reviewing the evidence at the appeal level imports a high risk of error in a case such as this. The facts are typically reviewed in the first instance after the parties have argued on the record, and the reviewing judge will often have asked questions about specific documents. This is not, and should not be, done in this Court.

[263] I will provide one example which illustrates the risk the Court runs in conducting a review in a case like this one. My colleague takes note of Merck's argument that the manner in which the articles and studies are presented in the Comprehensive Summary and the fact that it relied on them at a particular stage of the development of the product would be of value to competitors. He endorses, as I do, the ratio of *Janssen-Ortho Inc. v. Canada (Minister of Health)*, 2007 FCA 252, 367 N.R. 134, which supports that argument. However, my colleague dismisses Merck's position on the basis that Merck has agreed to the release of some of the articles and studies. Acquiescence in the publication of certain articles and studies differs from acquiescence in the publication of the Comprehensive Summary, as the latter shows how Merck relied on the articles and studies. This

elles ne parviennent pas à s'entendre. La cour d'appel doit faire preuve de déférence à l'égard de la décision que rend le juge à l'issue de son examen. Ce dernier ne doit pas être tenu de justifier sa décision en faisant référence à chaque mot, chaque ligne, voire chaque page en litige. Il peut traiter de l'affaire selon l'approche catégorielle, s'il y a lieu, pourvu que son jugement indique clairement dans chaque cas quel document ou quelle catégorie de documents font l'objet d'une exception. À moins d'une erreur manifeste et dominante, la Cour d'appel fédérale et notre Cour doivent s'abstenir de s'immiscer dans l'examen des faits.

[262] Mes préoccupations à l'égard d'un réexamen de la preuve par les cours d'appel et de l'exigence de motifs détaillés dépassent à la fois les réserves que j'ai exprimées quant au message que cela envoie aux parties et les exigences rigoureuses que cela impose aux juges siégeant en révision dans la rédaction de leurs motifs. À mon avis, l'examen de la preuve en appel comporte un important risque d'erreur dans une affaire comme celle qui nous occupe. L'examen des faits survient habituellement en première instance après que les parties ont présenté leurs arguments à la lumière du dossier, et il arrive souvent que le juge siégeant en révision pose des questions sur des documents particuliers. Il ne revient pas à notre Cour de faire un tel examen.

[263] Je fournirai un exemple qui illustre bien le risque qu'il y a à examiner un dossier comme celui sur lequel nous nous penchons en l'espèce. Mon collègue note l'argument de Merck que la façon dont les articles et les études sont présentés dans le sommaire général et le fait qu'elle se soit fondée sur eux à une étape particulière de l'élaboration du produit constituent des renseignements qui ont une valeur pour ses concurrents. Il reconnaît, tout comme moi, le bien-fondé de la décision *Janssen-Ortho Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)*, 2007 CAF 252, [2007] A.C.F. n° 927 (QL), qui étaye cet argument. Cependant, mon collègue rejette la position de Merck au motif que celle-ci a accepté de fournir des copies de certains des articles et des études. Accepter la publication de certains articles et études n'est pas la même chose qu'accepter la publication du sommaire général, car ce dernier montre de

is what *Janssen-Ortho* protects. Unless the Court can show precisely where Merck consented to the disclosure of the excerpts from the Comprehensive Summary referring to the articles and studies, I do not think it is open to us to infer that it did.

[264] Having reviewed Beaudry J.'s judgments, the record and the parties' arguments, I am of the view that there was clearly "some evidence upon which he . . . could have relied to reach [his] conclusion". To find otherwise would be to fail to show proper deference.

[265] For these reasons, I would allow the appeals, with costs in the Court of Appeal and in this Court, and would restore the judgments of the Federal Court, subject to any agreements entered into by the parties since those judgments were rendered.

## APPENDIX

*Access to Information Act*, R.S.C. 1985, c. A-1

As in force at the time of the applications for judicial review:

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.

(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.

3. In this Act,

. . . .

"head", in respect of a government institution, means

quelle façon Merck s'est fondée sur les articles et études en question. Voilà ce que protège *Janssen-Ortho*, et, à moins que la Cour ne soit en mesure d'indiquer précisément où Merck a consenti à la divulgation des extraits du sommaire général faisant référence aux articles et aux études, je ne pense pas que nous puissions inférer qu'elle l'a fait.

[264] Ayant examiné les jugements du juge Beaudry, le dossier, ainsi que les arguments des parties, je suis d'avis qu'il existait clairement « des éléments de preuve qui pouvaient étayer [sa] décision ». Conclure autrement démontre qu'une démarche empreinte de déférence n'a pas été adoptée.

[265] Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir les pourvois avec dépens en Cour d'appel et en cette Cour et de rétablir les jugements de la Cour fédérale, sous réserve de toute entente que les parties peuvent avoir conclue depuis qu'ils ont été rendus.

## ANNEXE

*Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. 1985, ch. A-1

Telle qu'en vigueur au moment où les demandes de contrôle judiciaire ont été présentées :

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.

(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.

3. Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi.

. . . .

« document » Tous éléments d'information, quels que soient leur forme et leur support, notamment

(a) in the case of a department or ministry of state, the member of the Queen's Privy Council for Canada presiding over that institution, or

(b) in any other case, the person designated by order in council pursuant to this paragraph and for the purposes of this Act to be the head of that institution;

. . .

“record” includes any correspondence, memorandum, book, plan, map, drawing, diagram, pictorial or graphic work, photograph, film, microform, sound recording, videotape, machine readable record, and any other documentary material, regardless of physical form or characteristics, and any copy thereof;

“third party”, in respect of a request for access to a record under this Act, means any person, group of persons or organization other than the person that made the request or a government institution.

As in force at the NDS application:

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.

(2) The Governor in Council may, by order, extend the right to be given access to records under subsection (1) to include persons not referred to in that subsection and may set such conditions as the Governor in Council deems appropriate.

(3) For the purposes of this Act, any record requested under this Act that does not exist but can, subject to such limitations as may be prescribed by regulation, be produced from a machine readable record under the control of a government institution using computer hardware and software and technical expertise normally

correspondance, note, livre, plan, carte, dessin, diagramme, illustration ou graphique, photographie, film, microformule, enregistrement sonore, magnéto-scopique ou informatisé, ou toute reproduction de ces éléments d'information.

. . .

« responsable d'institution fédérale »

a) Le membre du Conseil privé de la Reine pour le Canada sous l'autorité de qui est placé un ministère ou un département d'État;

b) la personne désignée par décret, conformément au présent alinéa, en qualité de responsable, pour l'application de la présente loi, d'une institution fédérale autre que celles mentionnées à l'alinéa a).

« tiers » Dans le cas d'une demande de communication de document, personne, groupement ou organisation autres que l'auteur de la demande ou qu'une institution fédérale.

Telle qu'en vigueur au moment où la demande relative à la PDN a été présentée :

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

a) les citoyens canadiens;

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

(2) Le gouverneur en conseil peut, par décret, étendre, conditionnellement ou non, le droit d'accès visé au paragraphe (1) à des personnes autres que celles qui y sont mentionnées.

(3) Pour l'application de la présente loi, les documents qu'il est possible de préparer à partir d'un document informatisé relevant d'une institution fédérale sont eux-mêmes considérés comme relevant de celle-ci, même s'ils n'existent pas en tant que tels au moment où ils font l'objet d'une demande de communication. La

used by the government institution shall be deemed to be a record under the control of the government institution.

As in force for the SNDS:

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

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

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

(2) The Governor in Council may, by order, extend the right to be given access to records under subsection (1) to include persons not referred to in that subsection and may set such conditions as the Governor in Council deems appropriate.

(3) For the purposes of this Act, any record requested under this Act that does not exist but can, subject to such limitations as may be prescribed by regulation, be produced from a machine readable record under the control of a government institution using computer hardware and software and technical expertise normally used by the government institution shall be deemed to be a record under the control of the government institution.

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

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

présente disposition ne vaut que sous réserve des restrictions réglementaires éventuellement applicables à la possibilité de préparer les documents et que si l'institution a normalement à sa disposition le matériel, le logiciel et les compétences techniques nécessaires à la préparation.

Telle qu'en vigueur au moment où la demande relative à la PSDN a été présentée :

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

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

(2) Le gouverneur en conseil peut, par décret, étendre, conditionnellement ou non, le droit d'accès visé au paragraphe (1) à des personnes autres que celles qui y sont mentionnées.

(3) Pour l'application de la présente loi, les documents qu'il est possible de préparer à partir d'un document informatisé relevant d'une institution fédérale sont eux-mêmes considérés comme relevant de celle-ci, même s'ils n'existent pas en tant que tels au moment où ils font l'objet d'une demande de communication. La présente disposition ne vaut que sous réserve des restrictions réglementaires éventuellement applicables à la possibilité de préparer les documents et que si l'institution a normalement à sa disposition le matériel, le logiciel et les compétences techniques nécessaires à la préparation.

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

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

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

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

. . .

(5) The head of a government institution may disclose any record that contains information described in subsection (1) with the consent of the third party to whom the information relates.

(6) The head of a government institution may disclose any record requested under this Act, or any part thereof, that contains information described in paragraph (1)(b), (c) or (d) if that disclosure would be in the public interest as it relates to public health, public safety or protection of the environment and, if the public interest in disclosure clearly outweighs in importance any financial loss or gain to, prejudice to the competitive position of or interference with contractual or other negotiations of a third party.

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

(2) Such committee as may be designated or established under section 75 shall review every provision set out in Schedule II and shall, not later than July 1, 1986 or, if Parliament is not then sitting, on any of the first fifteen days next thereafter that Parliament is sitting, cause a report to be laid before Parliament on whether and to what extent the provisions are necessary.

**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.

**27.** (1) Where the head of a government institution intends to disclose any record requested under this Act,

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

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

. . .

(5) Le responsable d'une institution fédérale peut communiquer tout document contenant les renseignements visés au paragraphe (1) si le tiers que les renseignements concernent y consent.

(6) Le responsable d'une institution fédérale peut communiquer, en tout ou en partie, tout document contenant les renseignements visés aux alinéas (1)b), c) et d) pour des raisons d'intérêt public concernant la santé et la sécurité publiques ainsi que la protection de l'environnement; les raisons d'intérêt public doivent de plus justifier nettement les conséquences éventuelles de la communication pour un tiers : pertes ou profits financiers, atteintes à sa compétitivité ou entraves aux négociations qu'il mène en vue de contrats ou à d'autres fins.

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

(2) Le comité prévu à l'article 75 examine toutes les dispositions figurant à l'annexe II et dépose devant le Parlement un rapport portant sur la nécessité de ces dispositions, ou sur la mesure dans laquelle elles doivent être conservées, au plus tard le 1<sup>er</sup> juillet 1986, ou, si le Parlement ne siège pas, dans les quinze premiers jours de séance ultérieurs.

**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.

**27.** (1) Sous réserve du paragraphe (2), le responsable d'une institution fédérale qui a l'intention de donner

or any part thereof, that contains or that the head of the institution has reason to believe might contain

- (a) trade secrets of a third party,
- (b) information described in paragraph 20(1)(b) that was supplied by a third party, or
- (c) information the disclosure of which the head of the institution could reasonably foresee might effect a result described in paragraph 20(1)(c) or (d) in respect of a third party,

the head of the institution shall, subject to subsection (2), if the third party can reasonably be located, within thirty days after the request is received, give written notice to the third party of the request and of the fact that the head of the institution intends to disclose the record or part thereof.

(2) Any third party to whom a notice is required to be given under subsection (1) in respect of an intended disclosure may waive the requirement, and where the third party has consented to the disclosure the third party shall be deemed to have waived the requirement.

(3) A notice given under subsection (1) shall include

- (a) a statement that the head of the government institution giving the notice intends to release a record or a part thereof that might contain material or information described in subsection (1);
- (b) a description of the contents of the record or part thereof that, as the case may be, belong to, were supplied by or relate to the third party to whom the notice is given; and
- (c) a statement that the third party may, within twenty days after the notice is given, make representations to the head of the government institution that has control of the record as to why the record or part thereof should not be disclosed.

(4) The head of a government institution may extend the time limit set out in subsection (1) in respect of a request under this Act where the time limit set out in section 7 is extended under paragraph 9(1)(a) or (b) in respect of the same request, but any extension under this subsection shall be for a period no longer than the period of the extension under section 9.

communication totale ou partielle d'un document est tenu de donner au tiers intéressé, dans les trente jours suivant la réception de la demande, avis écrit de celle-ci ainsi que de son intention, si le document contient ou s'il est, selon lui, susceptible de contenir :

- a) soit des secrets industriels d'un tiers;
- b) soit des renseignements visés à l'alinéa 20(1)b qui ont été fournis par le tiers;
- c) soit des renseignements dont la communication risquerait, selon lui, d'entraîner pour le tiers les conséquences visées aux alinéas 20(1)c ou d).

La présente disposition ne vaut que s'il est possible de rejoindre le tiers sans problèmes sérieux.

(2) Le tiers peut renoncer à l'avis prévu au paragraphe (1) et tout consentement à la communication du document vaut renonciation à l'avis.

(3) L'avis prévu au paragraphe (1) doit contenir les éléments suivants :

- a) la mention de l'intention du responsable de l'institution fédérale de donner communication totale ou partielle du document susceptible de contenir les secrets ou les renseignements visés au paragraphe (1);
- b) la désignation du contenu total ou partiel du document qui, selon le cas, appartient au tiers, a été fourni par lui ou le concerne;
- c) la mention du droit du tiers de présenter au responsable de l'institution fédérale de qui relève le document ses observations quant aux raisons qui justifieraient un refus de communication totale ou partielle, dans les vingt jours suivant la transmission de l'avis.

(4) Le responsable d'une institution fédérale peut proroger le délai visé au paragraphe (1) dans les cas où le délai de communication à la personne qui a fait la demande est prorogé en vertu des alinéas 9(1)a ou b), mais le délai ne peut dépasser celui qui a été prévu pour la demande en question.

**28.** (1) Where a notice is given by the head of a government institution under subsection 27(1) to a third party in respect of a record or a part thereof,

(a) the third party shall, within twenty days after the notice is given, be given the opportunity to make representations to the head of the institution as to why the record or the part thereof should not be disclosed; and

(b) the head of the institution shall, within thirty days after the notice is given, if the third party has been given an opportunity to make representations under paragraph (a), make a decision as to whether or not to disclose the record or the part thereof and give written notice of the decision to the third party.

(2) Representations made by a third party under paragraph (1)(a) shall be made in writing unless the head of the government institution concerned waives that requirement, in which case they may be made orally.

(3) A notice given under paragraph (1)(b) of a decision to disclose a record requested under this Act or a part thereof shall include

(a) a statement that the third party to whom the notice is given is entitled to request a review of the decision under section 44 within twenty days after the notice is given; and

(b) a statement that the person who requested access to the record will be given access thereto or to the part thereof unless, within twenty days after the notice is given, a review of the decision is requested under section 44.

(4) Where, pursuant to paragraph (1)(b), the head of a government institution decides to disclose a record requested under this Act or a part thereof, the head of the institution shall give the person who made the request access to the record or the part thereof forthwith on completion of twenty days after a notice is given under that paragraph, unless a review of the decision is requested under section 44.

**44.** (1) Any third party to whom the head of a government institution is required under paragraph 28(1)(b) or subsection 29(1) to give a notice of a decision to disclose a record or a part thereof under this Act may, within twenty days after the notice is given, apply to the Court for a review of the matter.

(2) The head of a government institution who has given notice under paragraph 28(1)(b) or subsection 29(1) that a record requested under this Act or a part thereof will be disclosed shall forthwith on being given

**28.** (1) Dans les cas où il a donné avis au tiers conformément au paragraphe 27(1), le responsable d'une institution fédérale est tenu :

a) de donner au tiers la possibilité de lui présenter, dans les vingt jours suivant la transmission de l'avis, des observations sur les raisons qui justifieraient un refus de communication totale ou partielle du document;

b) de prendre dans les trente jours suivant la transmission de l'avis, pourvu qu'il ait donné au tiers la possibilité de présenter des observations conformément à l'alinéa a), une décision quant à la communication totale ou partielle du document et de donner avis de sa décision au tiers.

(2) Les observations prévues à l'alinéa (1)a) se font par écrit, sauf autorisation du responsable de l'institution fédérale quant à une présentation orale.

(3) L'avis d'une décision de donner communication totale ou partielle d'un document conformément à l'alinéa (1)b) doit contenir les éléments suivants :

a) la mention du droit du tiers d'exercer un recours en révision en vertu de l'article 44, dans les vingt jours suivant la transmission de l'avis;

b) la mention qu'à défaut de l'exercice du recours en révision dans ce délai, la personne qui a fait la demande recevra communication totale ou partielle du document.

(4) Dans les cas où il décide, en vertu de l'alinéa (1)b), de donner communication totale ou partielle du document à la personne qui en a fait la demande, le responsable de l'institution fédérale donne suite à sa décision dès l'expiration des vingt jours suivant la transmission de l'avis prévu à cet alinéa, sauf si un recours en révision a été exercé en vertu de l'article 44.

**44.** (1) Le tiers que le responsable d'une institution fédérale est tenu, en vertu de l'alinéa 28(1)b) ou du paragraphe 29(1), d'aviser de la communication totale ou partielle d'un document peut, dans les vingt jours suivant la transmission de l'avis, exercer un recours en révision devant la Cour.

(2) Le responsable d'une institution fédérale qui a donné avis de communication totale ou partielle d'un document en vertu de l'alinéa 28(1)b) ou du paragraphe 29(1) est tenu, sur réception d'un avis de recours en

notice of an application made under subsection (1) in respect of the disclosure give written notice of the application to the person who requested access to the record.

(3) Any person who has been given notice of an application for a review under subsection (2) may appear as a party to the review.

**46.** Notwithstanding any other Act of Parliament or any privilege under the law of evidence, the Court may, in the course of any proceedings before the Court arising from an application under section 41, 42 or 44, examine any record to which this Act applies that is under the control of a government institution, and no such record may be withheld from the Court on any grounds.

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

**51.** Where the Court determines, after considering an application under section 44, that the head of a government institution is required to refuse to disclose a record or part of a record, the Court shall order the head of the institution not to disclose the record or part thereof or shall make such other order as the Court deems appropriate.

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

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

*Appeals dismissed with costs, DESCHAMPS, ABELLA and ROTHSTEIN JJ. dissenting.*

*Solicitors for the appellant: Blake, Cassels & Graydon, Toronto.*

révision de cette décision, d'en aviser par écrit la personne qui avait demandé communication du document.

(3) La personne qui est avisée conformément au paragraphe (2) peut, sur autorisation de la Cour, comparaître comme partie à l'instance.

**46.** Nonobstant toute autre loi fédérale et toute immunité reconnue par le droit de la preuve, la Cour a, pour les recours prévus aux articles 41, 42 et 44, accès à tous les documents qui relèvent d'une institution fédérale et auxquels la présente loi s'applique; aucun de ces documents ne peut, pour quelque motif que ce soit, lui être refusé.

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

**51.** La Cour, dans les cas où elle conclut, lors d'un recours exercé en vertu de l'article 44, que le responsable d'une institution fédérale est tenu de refuser la communication totale ou partielle d'un document, lui ordonne de refuser cette communication; elle rend une autre ordonnance si elle l'estime indiqué.

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

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

*Pourvois rejetés avec dépens, les juges DESCHAMPS, ABELLA et ROTHSTEIN sont dissidents.*

*Procureurs de l'appelante : Blake, Cassels & Graydon, Toronto.*

*Solicitor for the respondent: Attorney General  
of Canada, Ottawa.*

*Procureur de l'intimé : Procureur général du  
Canada, Ottawa.*

*Solicitors for the intervener: Gowling Lafleur  
Henderson, Ottawa.*

*Procureurs de l'intervenante : Gowling Lafleur  
Henderson, Ottawa.*