

A-332-01
2003 FCA 30

A-332-01
2003 CAF 30

Correctional Service of Canada and Commissioner of Corrections (Appellants)

v.

Matthew G. Yeager (Respondent)

INDEXED AS: YEAGER v. CANADA (CORRECTIONAL SERVICE) (C.A.)

Court of Appeal, Stone, Isaac and Malone JJ.A.—
Ottawa, May 22, 2002 and January 22, 2003.

Access to Information — Criminologist and penal system critic requesting from Correctional Service of Canada (CSC) data, code book, software — CSC Research Branch conducting statistical research on corrections — Having access to classified databases of other government institutions — Information accessed by electronic links to computer networks — Requested data not existing but could be recreated — Requiring considerable resources, expertise over extended time — Necessity for purging data of personal identifiers — Denial of requests upheld by Information Commissioner — F.C.T.D. Judge ordering production of data, code book but not software as for use only on mainframe computer, not “record” as defined by Act — Novel issues before F.C.A.: is software a “record”, must government institution create, furnish non-existent records — Data, code book meeting definition of “record” in Access to Information Act, s. 3 — Under s. 4(3), record that does not exist deemed record if can be produced from machine readable record under control of government institution — Appellants’ argument, statute not requiring creation of something not existing in any form, rejected as contrary to wording of provision, statutory construction principles, purpose of legislation — Respondent’s request was for reasons approved of by S.C.C. in Dagg case — Limitations on disclosure obligation — F.C.T.D. Judge ignored significant evidence, erred in concluding CSC operations not unreasonably interfered with if having to disclose information requested — Difference between data, code book one of degree: disclosure of latter requiring more effort — Going to unreasonableness issue — Nothing turning on fact software for use with mainframe — Real issue: is computer software existing “record” within Act, s. 3 — Software not “record” but used to generate, view, edit record — Software not analogous to items listed in s. 3 — Under external developer’s control, not government institution’s — Costs awarded unsuccessful respondent as appeal raising important new principles.

Le Service correctionnel du Canada et le Commissaire du Service correctionnel (appelants)

c.

Matthew G. Yeager (intimé)

RÉPERTORIÉ: YEAGER c. CANADA (SERVICE CORRECTIONNEL) (C.A.)

Cour d’appel, les juges Stone, Isaac et Malone, J.C.A.—
Ottawa, 22 mai 2002 et 22 janvier 2003.

Accès à l’information — Un criminologue et critique du système pénal avait demandé des données, un cahier de codes et un logiciel au Service correctionnel du Canada (le SCC) — La Direction générale de la recherche du SCC mène des recherches statistiques sur le système correctionnel — Elle peut accéder aux bases de données classifiées d’autres institutions fédérales — Le SCC obtient lesdits renseignements par voie électronique en se branchant sur des réseaux informatiques — Les données demandées n’existaient pas, mais elles pouvaient être reconstituées — Le travail de reconstitution nécessitait des ressources considérables et des connaissances spécialisées durant une période prolongée — Nécessité d’expurger les données par suppression des identificateurs personnels — Le refus des demandes a été confirmé par le Commissaire à l’information — Le juge de la Section de première instance a ordonné la production des données et du cahier de codes, mais non du logiciel, qui ne pouvait être utilisé que sur un ordinateur central, et qui n’était pas un «document» au sens de la Loi — Questions inédites soumises à la Section d’appel: un logiciel est-il un «document», et une institution fédérale doit-elle créer et communiquer des documents inexistantes? — Les données et le cahier de codes répondaient à la définition de «document», à l’art. 3 de la Loi sur l’accès à l’information — Selon l’art. 4(3), un document qui n’existe pas est réputé un document s’il est possible de le préparer à partir d’un document informatisé relevant d’une institution fédérale — L’argument des appelants, selon lequel la Loi ne les obligeait pas à créer des éléments qui n’existaient sous aucune forme, a été rejeté comme contraire au texte de la disposition, aux principes d’interprétation législative et à l’objet de la Loi — La demande de l’intimé s’appuyait sur des motifs approuvés par la C.S.C. dans l’arrêt Dagg — Limites à l’obligation de communication — Le juge de la Section de première instance a ignoré d’importants éléments de preuve, et elle a commis une erreur en disant que la communication des renseignements demandés ne constituerait pas une entrave sérieuse au

fonctionnement du SCC — La différence entre des données et un cahier de codes est une différence de degré: la communication du cahier de codes nécessiterait un effort supplémentaire — Question de l'entrave sérieuse — La question n'était pas de savoir si le logiciel devait être utilisé avec un ordinateur central — Question véritable: un logiciel d'ordinateur était-il un «document» existant, au sens de l'art. 3 de la Loi? — Un logiciel n'est pas un «document», mais il est utilisé pour générer, visionner ou corriger un document — Un logiciel n'est pas apparenté aux éléments énumérés dans l'art. 3 — Il relève du concepteur externe, non de l'institution fédérale — Dépens adjugés à l'intimé, qui n'a pas eu gain de cause, car l'appel soulevait un principe important et nouveau.

Construction of Statutes — Whether certain information government institution refusing to disclose “record” within Access to Information Act, s. 3 — Whether s. 4(3) (requiring production of certain material that does not exist but can be produced from machine readable record) to be interpreted as requiring creation of something not existing in any form — Interpretation suggested by institution offending numerous statutory construction principles: “plausible meaning rule”, “presumption of linguistic competence”, “rule against tautology”.

Practice — Judgments and Orders — Reversal or Variation — Motion for reconsideration under Federal Court Rules, 1998, r. 397(1)(a) — Order issued by Motions Judge upon judicial review of government institution's denial of access to information request not dealing with all issues in reasons — Problem discovered only when reasons for judgment in preparation by F.C.A. — Further hearing held, submissions received from counsel who accepted Court's suggestion: motion for reconsideration as order not in accord with reasons and amendment of appeal pleadings.

Practice — Costs — Motions Judge making no order as to costs as success divided upon judicial review of denial of access to information request — Requester unsuccessful before F.C.A. but awarded costs throughout, on party-and-party basis, as appeal raising important new principle in relation to legislation — Dissenting Judge would have awarded \$20,000 lump sum under Federal Court Rules, 1998 r. 400(4) as best reflecting Parliament's intention reasonable costs be awarded.

This was an appeal and cross-appeal from the order of a Motions Judge upon respondent's application for judicial

Interprétation des lois — Certains renseignements qu'une institution fédérale avait refusé de communiquer étaient-ils un «document» au sens de l'art. 3 de la Loi sur l'accès à l'information? — L'art. 4(3) (qui requiert la préparation de certains documents qui n'existent pas mais qu'il est possible de préparer à partir d'un document informatisé) exige-t-il la préparation de quelque chose qui n'existe sous aucune forme? — L'interprétation proposée par l'institution était contraire à de nombreux principes d'interprétation législative: «règle du sens le plus vraisemblable», «présomption de l'harmonie linguistique», «principe de non-tautologie».

Pratique — Jugements et ordonnances — Annulation ou modification — Requête en réexamen selon la règle 397(1)(a) des Règles de la Cour fédérale (1998) — L'ordonnance rendue par le juge des requêtes après contrôle judiciaire du refus de l'institution fédérale de faire droit à la demande d'accès à l'information ne disposait pas de tous les points traités dans les motifs — La faille de l'ordonnance n'a été découverte qu'au moment de la rédaction des motifs de la Section d'appel — Une nouvelle audience a eu lieu, et des conclusions ont été reçues des avocats, qui ont accepté la proposition de la Cour: requête en réexamen pour défaut de concordance de l'ordonnance avec les motifs exposés, et modification des actes de procédure déposés dans l'appel.

Pratique — Frais et dépens — Le juge des requêtes n'a rendu aucune ordonnance sur les dépens puisque le résultat était partagé dans le contrôle judiciaire du refus de faire droit à la demande d'accès à l'information — Le requérant n'a pas eu gain de cause devant la C.A.F., mais il a obtenu ses dépens partie-partie, dans la présente instance et dans les instances antérieures, car l'appel soulevait, au regard de la législation, un principe important et nouveau — Le juge dissident aurait adjugé une somme forfaitaire de 20 000 \$ en vertu de la règle 400(4) des Règles de la Cour fédérale (1998), somme qui selon lui rendrait mieux compte de l'intention véritable du législateur.

Il s'agissait d'un appel et d'un appel incident formés contre l'ordonnance d'un juge des requêtes qui avait statué sur la

review of a decision made by the Correctional Service of Canada (CSC) and the Commissioner of Corrections.

The Research Branch of CSC conducts statistical research in the corrections field. It is granted access to classified databases maintained by such agencies as the RCMP, Canadian Police Information Centre and the National Parole Board. These databases contain sensitive information on victims and offenders. Access thereto is restricted to those with enhanced security clearance. The CSC accesses this information online using electronic links to the agencies' computer networks. Matthew Yeager, the respondent, is a criminologist and a critic of the Canadian penal system as well as the policies that underlie the system. Yeager requested that appellants furnish certain information related to this research: data, a code book needed to interpret the data and software enabling use of the data on a personal computer. The data was the CSC release cohort used to recalibrate the General Statistical Indicator of Recidivism (with personal identifiers deleted). The code book used to define and identify the variables and a copy of the Offender Intake Assessment software were also requested. The evidence was that the requested data did not exist but could be recreated. This would involve doing the research project all over again and would require the dedication of considerable resources and expertise over an extended period of time. Additional effort would be required to purge the data of all personal identifiers. As to the request for a code book, such had not been prepared for the data requested. The software requested by respondent exists in a format for use on a mainframe computer system rather than on a personal computer (p.c.). This software was a massive repository of text files, the development of which had been a multi-million dollar project. Appellants rejected all of Yeager's requests, taking the position that there was no statutory requirement to create records that do not exist. Following an unsuccessful complaint to the Information Commissioner, respondent applied to the Trial Division for judicial review.

The Motions Judge held in Yeager's favour, concluding that CSC had failed to discharge the burden of establishing that production of the data and code book would unreasonably interfere with its operations. The Judge did conclude that the software does not exist in p.c. format and that, in any event, it is not a "record" as defined by the *Access to Information Act*.

demande de contrôle judiciaire d'une décision prise par le Service correctionnel du Canada (le SCC) et le Commissaire du Service correctionnel.

La Direction générale de la recherche du SCC mène des recherches statistiques intéressant le système correctionnel. Elle peut accéder aux bases de données classifiées d'autres organismes, par exemple la GRC, le Centre d'information de la police canadienne et la Commission nationale des libérations conditionnelles. Ces bases de données contiennent des renseignements sensibles sur les victimes et les délinquants. Seuls les employés ayant subi une vérification approfondie de fiabilité peuvent y accéder. Le SCC obtient lesdits renseignements par voie électronique en se branchant sur les réseaux informatiques des organismes susmentionnés. Matthew Yeager, l'intimé, est un criminologue et un critique du système pénal canadien, ainsi que des lignes de conduite propres à ce système. Il avait demandé aux appellants de lui communiquer certains renseignements liés à ces recherches: des données, un cahier de codes servant à interpréter les données, et un logiciel permettant d'utiliser les données sur un ordinateur personnel. Les données étaient les données sur la cohorte des détenus élargis qui étaient utilisées pour recalibrer l'Information statistique générale sur la récidive (avec suppression des identificateurs personnels). Étaient également demandés le cahier de codes utilisé pour définir et repérer les variables, ainsi qu'une copie du logiciel d'évaluation initiale des délinquants. Selon la preuve, les données demandées n'existaient pas, mais pouvaient être reconstituées. Il eût fallu pour cela recommencer intégralement le projet de recherche, ce qui eût nécessité des ressources considérables, ainsi que du temps et des connaissances techniques. Un effort additionnel aurait été requis pour expurger les données par suppression de tous les identificateurs personnels. S'agissant de la demande relative à un cahier de codes, un tel cahier n'avait pas été préparé pour les données demandées. Le logiciel demandé par l'intimé existait en une forme permettant son utilisation dans un système informatique central, non sur un ordinateur personnel. Ce logiciel était un dépôt colossal de fichiers-textes, dont le développement avait été un travail de plusieurs millions de dollars. Les appellants ont refusé toutes les demandes de l'intimé, en affirmant que la Loi ne les obligeait pas à constituer des documents qui n'existent pas. Après s'être plaint en vain auprès du Commissaire à l'information, l'intimé s'est adressé à la Section de première instance pour obtenir un contrôle judiciaire.

Le juge des requêtes a statué en faveur de M. Yeager, en concluant que le SCC n'avait pas réussi à prouver que la production des données et du cahier de codes entraverait de façon sérieuse son fonctionnement. Selon le juge des requêtes cependant, le logiciel n'existait pas en une forme permettant son utilisation sur un ordinateur personnel et, en tout état de cause, il ne s'agissait pas d'un «document» au sens de la *Loi sur l'accès à l'information*.

It was only when the reasons for judgment of this Court were being prepared that it was noticed that the order issued by the Motions Judge failed to deal with all of the issues covered in her reasons for order. A further hearing was accordingly held at which submissions were received from counsel as to how best to proceed. Counsel accepted the Court's suggestion that respondent move before the Motions Judge, under paragraph 397(1)(a) of the *Federal Court Rules, 1998*, for reconsideration of the order as not in accord with the reasons, and that pleadings in the appeal be amended accordingly. This was done and the Court concluded that the cross-appeal had been properly constituted.

The Court was, for the first time, required by this appeal to interpret subsection 4(3) of the *Access to Information Act* and section 3 of the *Access to Information Regulations* in determining whether computer software is a "record" and whether appellants have to create and furnish records that do not exist.

Held (Malone J.A. dissenting in part), the appeal should be allowed, the cross-appeal dismissed but respondent should be awarded costs both here and below.

Per Isaac J.A. (Stone J.A. concurring): Following the teaching of the Supreme Court of Canada in *Dagg v. Canada (Minister of Finance)*, the issue for resolution herein was whether each of the data, code book and software is a "record" under CSC's control. Under the definition of "record" found in section 3 of the Act, the data and code book would be a "record", but neither exists. The data requested would have to be recreated and modified and a code book prepared. While the software does exist, it is less clear whether it is a "record".

Under subsection 4(3), "any record . . . 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 . . . shall be deemed to be a record". Appellants' argument was that this statutory provision should not be interpreted as requiring the creation of something that does not exist in any form. They insist that there is no obligation to create a record that does not already exist in machine readable form. That interpretation is in stark contrast with the wording of the provision, contrary to the principles of statutory construction and went against the overarching purpose of the access to information legislation. Subsection 4(3), which applies where a record "does not exist", does not contain a clause "other than in machine

Ce n'est que lorsque les motifs de la Section d'appel étaient en cours de rédaction que l'on s'est rendu compte que l'ordonnance rendue par le juge des requêtes ne disposait pas de tous les points traités dans les motifs du juge des requêtes. Une nouvelle audience a donc eu lieu, au cours de laquelle les avocats ont déposé des conclusions sur la meilleure manière de s'y prendre. Les avocats ont souscrit à l'idée de la Cour, qui proposait que l'intimé prie le juge des requêtes, en application de l'alinéa 397(1)a) des *Règles de la Cour fédérale (1998)*, d'examiner de nouveau l'ordonnance pour défaut de concordance avec les motifs exposés, et que les actes de procédure déposés dans l'appel soient modifiés en conséquence. Cela fut fait, et la Cour a conclu que l'appel incident avait été valablement constitué.

L'appel obligeait la Cour à interpréter pour la première fois le paragraphe 4(3) de la *Loi sur l'accès à l'information* et l'article 3 du *Règlement sur l'accès à l'information*, pour savoir si un logiciel d'ordinateur est un «document» et si les appelants doivent constituer des documents qui n'existent pas et les communiquer.

Arrêt (dissidence partielle du juge Malone, J.C.A.): L'appel est accueilli, l'appel incident est rejeté, mais les dépens sont adjugés à l'intimé, dans la présente instance et dans les instances antérieures.

Le juge Isaac, J.C.A. (le juge Stone, J.C.A., étant d'accord): À la suite des enseignements de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Dagg c. Canada (Ministre des Finances)*, le point à résoudre dans la présente affaire était de savoir si les données, le cahier de codes et le logiciel constituent des «documents» relevant du SCC. Selon la définition de «document», à l'article 3 de la Loi, les données et le cahier de codes constitueraient des «documents», mais ni les données ni le cahier n'existent. Il faudrait que les données demandées soient reconstituées et modifiées, et il faudrait qu'un cahier de codes soit rédigé. Quant au logiciel, il existe, mais il n'est pas certain qu'il soit un «document».

Selon le paragraphe 4(3), «des 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». Selon les appelants, cette disposition ne les obligeait pas à créer des éléments qui n'existaient sous aucune forme. Ils insistent pour dire qu'ils ne sont pas tenus de créer un document à moins que ce document n'existe déjà en version informatisée. Cette interprétation contraste vivement avec le texte de cette disposition, d'une manière qui ne s'accorde pas avec les principes reconnus d'interprétation législative ni avec l'objet général de la législation sur l'accès à l'information. Le paragraphe 4(3), qui s'applique lorsqu'un document «n'existe

readable form” or words to that effect. Since subsection 4(1) contemplates that a machine readable record must be supplied, subsection 4(3) would be devoid of meaning if interpreted as suggested by appellants. The principles of statutory construction offended by appellants’ interpretation include: the “plausible meaning rule”, the “presumption of linguistic competence” and the “rule against tautology”. In enacting subsection 4(3) Parliament must have contemplated two different records: a new and distinct record must be produced from an existing machine readable record. Respondent’s access request is for the very reasons contemplated by the Supreme Court in *Dagg*: to participate in and ensure the accountability of Canadian government research and to analyse the Canadian penal system.

It remained, however, to determine the meaning of the phrase “from a machine readable record”. The answer to that was contextual and fact-specific. Whether a record is producible “from” a machine readable record depends upon several factors, including the amount of independent composition in comparison with purely mechanical editing.

There are, however, limitations on the obligation on government institutions to produce otherwise non-existent records. Subsection 4(3) states that non-existent records have to be produced only where capable of production “using computer hardware and software and technical expertise normally used by the government institution”. Then, under section 3 of the Regulations, a non-existent record “need not be produced where the production thereof would unreasonably interfere with the operation of the institution”. The Motions Judge ordered provision of the data and code book having found that appellants had adduced no evidence of unreasonable interference. In so concluding, the Judge below ignored significant evidence in the record. On the evidence, it had to be concluded that compliance with respondent’s request would constitute unreasonable interference with appellants’ operations. In particular, the Motions Judge wrote that she had “no idea whether it has a large staff and a complex computer system . . . [or] a small staff and limited computer capacity”. There was, in fact, testimony that CSC had many databases, 1200 workers and many researchers. There was on the record an abundance of information regarding CSC’s computer and human resources. Nor did the evidence support the Motion Judge’s comment that she had been given no indication as to whether any important or urgent matters were being researched. Rather than examining all the evidence presented, the Motions Judge was extremely selective in the evidence she considered. In addition, the Judge placed too high a burden

pas», ne parle pas d’un document qui n’existe pas «si ce n’est en version informatisée», ni n’emploie de mots ayant le même effet. Puisque le paragraphe 4(1) prévoit qu’un enregistrement informatisé doit être communiqué, le paragraphe 4(3) serait dépourvu de toute signification s’il était interprété comme le proposent les appelants. L’interprétation proposée par les appelants est contraire aux principes d’interprétation législative, à savoir le «principe du sens le plus vraisemblable», la «présomption de l’harmonie linguistique» et le «principe de non-tautologie». Lorsqu’il a édicté le paragraphe 4(3), le législateur devait avoir à l’esprit deux types de documents: un document nouveau et distinct doit être préparé à partir d’un document informatisé existant. La demande d’accès de l’intimé s’accorde avec les raisons elles-mêmes envisagées par la Cour suprême dans l’arrêt *Dagg*: participer aux activités de recherche et d’analyse du gouvernement canadien concernant le système pénal canadien, et faire en sorte qu’il soit rendu compte de telles activités à la population.

Il restait cependant à déterminer le sens de l’expression «à partir d’un document informatisé». La réponse à cette question était contextuelle et tributaire des faits. La question de savoir si un document peut effectivement être préparé «à partir» d’un document informatisé dépend de plusieurs facteurs, notamment de la quantité requise de composition indépendante, par opposition à une mise en forme purement mécanique.

Il y a cependant des limites à l’obligation des institutions fédérales de produire des documents par ailleurs inexistantes. Le paragraphe 4(3) précise que des documents inexistantes doivent être préparés uniquement s’ils peuvent l’être avec le matériel, le logiciel et les compétences techniques dont dispose normalement l’institution fédérale. Ainsi, selon l’article 3 du Règlement, la préparation d’un document qui n’existe pas comme tel n’est pas obligatoire lorsque cette préparation entraverait de façon sérieuse le fonctionnement de l’institution concernée. Le juge des requêtes avait ordonné aux appelants de communiquer à l’intimé un exemplaire des données et un cahier de codes parce que, selon elle, ils n’avaient pas prouvé que la demande entraverait de façon sérieuse leur fonctionnement. En concluant de la sorte, le juge des requêtes ignorait d’importants éléments de preuve présents dans le dossier. Au vu de la preuve, le juge des requêtes se devait de conclure que faire droit à la demande de l’intimé constituerait une entrave sérieuse au fonctionnement des appelants. Plus précisément, le juge des requêtes avait écrit qu’elle «ignorait si la Direction générale de la recherche du SCC compte un personnel important ou si elle dispose d’un système informatique complexe. . . ou encore si elle travaille avec un personnel et une capacité informatique limitée». Il y avait en réalité des témoignages attestant que le SCC avait de nombreuses bases de données, 1 200 employés et de nombreux chercheurs. Un examen minutieux du dossier révélait qu’il existait en réalité une foule d’informations sur les ressources

upon appellants to justify their refusal. The Supreme Court judgment in *Reza v. Canada* was authority for the proposition that, where a motions judge has failed to give sufficient weight to all relevant considerations, an appellate court is entitled to intervene.

Appellants failed in their attempt to distinguish between the data and the code book: the difference between the two was merely one of degree. Production of a code book would require somewhat more time and effort, but would nevertheless be prepared “from” the underlying machine readable record. This greater effort does, of course, impact upon the issue of unreasonable interference with the appellants’ operations. Again, the evidence did demonstrate that producing a code book would unreasonably interfere with appellants’ operations.

As for the cross-appeal, respondent’s argument was that the Motions Judge erred in assuming he had to have the software in p.c. useable format. That submission was not without merit and the essential question was as to whether the mainframe computer software is an existing “record” within Act, section 3. The Motions Judge did not err in concluding that the software was not a “record”. Software is used to generate, view or edit a record; it is not a record itself software is not analogous to any of the items listed in section 3. Furthermore, the software is not “under the control of a government institution”—it is under an external developer’s control, appellants being mere licensees.

As held by the Motions Judge, there was here no infringement of respondent’s Charter right to freedom of expression.

Turning to the matter of costs, the Motions Judge made no order as to costs, in that “success was evenly divided”. The appeal and cross-appeal, however, required this Court to, for the first time, consider Act, subsection 4(3) and Regulations, section 3. Under section 53 of the Act, the Court may award costs to applicant, even if unsuccessful, if of opinion that the review application has raised an important new principle in relation to the Act. The issues raised herein do involve important new principles and respondent should be awarded his costs throughout on a party-and-party basis.

informatiques et humaines du SCC. La preuve n’autorisait pas non plus l’observation du juge des requêtes selon laquelle on ne lui avait pas fourni d’indices permettant de savoir si des recherches sur des questions importantes ou urgentes étaient menées. Au lieu de passer en revue toute la preuve produite, le juge des requêtes a été extrêmement sélective dans la preuve dont elle a tenu compte. Le juge des requêtes a également exagéré l’obligation qu’avaient les appelants de justifier leur refus. Selon l’arrêt rendu par la Cour suprême dans l’affaire *Reza c. Canada*, lorsqu’un juge des requêtes n’a pas accordé un poids suffisant à tous les facteurs pertinents, une juridiction d’appel est fondée à intervenir.

Les appelants n’ont pas réussi à faire une distinction entre les données et le cahier de codes: la différence entre les deux est simplement une différence de degré. La préparation d’un cahier de codes nécessiterait un investissement un peu plus élevé en temps et en travail, mais se ferait néanmoins «à partir» d’un document informatisé. Ce surcroît de temps et de travail influe naturellement sur la question de savoir si cela entraverait de façon sérieuse le fonctionnement des appelants. Encore une fois, la preuve montrait que la préparation d’un cahier de codes entraverait de façon sérieuse le fonctionnement des appelants.

Quant à l’appel incident, l’argument de l’intimé était que le juge des requêtes avait présumé à tort qu’il voulait nécessairement le logiciel en une forme pouvant être utilisée sur un ordinateur personnel. Cet argument de l’intimé n’était pas sans fondement, et la question essentielle était de savoir si le logiciel adapté à un ordinateur central constitue un «document» existant au sens de l’article 3 de la Loi. Le juge des requêtes n’a pas erré lorsqu’elle a conclu que le logiciel n’était pas un «document». Un logiciel est un élément utilisé pour générer, visionner ou corriger un document, par opposition au document lui-même. Le logiciel n’est pas apparenté à l’un quelconque des éléments énumérés dans l’article 3. Par ailleurs, le logiciel ne «relève pas d’une institution fédérale». Il relève du concepteur externe, les appelants étant de simples licenciés.

Comme l’a indiqué le juge des requêtes, il n’y a pas eu ici négation du droit fondamental de l’intimé à la liberté d’expression.

Passant à la question des dépens, le juge des requêtes n’a pas adjugé de dépens, «chacune des parties ayant obtenu gain de cause dans la même mesure». Toutefois, l’appel et l’appel incident obligeaient la Cour, pour la première fois, à considérer le paragraphe 4(3) de la Loi et l’article 3 du Règlement. Selon l’article 53 de la Loi, la Cour peut accorder les dépens à l’auteur du recours, même s’il a été débouté, dans la mesure où la Cour est d’avis que la demande de contrôle a soulevé un principe important et nouveau se rapportant à la Loi. Les points soulevés en l’espèce font effectivement intervenir un

Per Malone J.A. (dissenting in part): A lump sum award under subsection 400(4) of the *Federal Court Rules, 1998* would best reflect Parliament's intention that respondent be awarded his reasonable costs rather than party-and-party costs under the Tariff. A lump sum of \$20,000 should be here awarded.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Access to Information Act, R.S.C., 1985, c. A-1, ss. 2(1), 3, 4(1)(a),(b),(3), 12(1), 41, 53(1),(2).
Access to Information Regulations, SOR/83-507, s. 3.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 2(b).
Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, rr. 397(1)(a), 400(4).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

FOLLOWED:

Dagg v. Canada (Minister of Finance), [1997] 2 S.C.R. 403; (1997), 148 D.L.R. (4th) 385; 46 Admin. L.R. (2d) 155; 213 N.R. 161; *Housen v. Nikolaisen*, [2002] 2 S.C.R. 235; (2002), 211 D.L.R. (4th) 577; [2002] 7 W.W.R. 1; 219 Sask. R. 1; 10 C.C.L.T. (3d) 157; 30 M.P.L.R. (3d) 1; 286 N.R. 1 (S.C.C.); *Reza v. Canada*, [1994] 2 S.C.R. 394; (1994), 116 D.L.R. (4th) 61; 21 C.R.R. (2d) 236; 24 Imm. L.R. (2d) 117; 167 N.R. 282; 72 O.A.C. 348.

CONSIDERED:

Ontario (Attorney General) v. Fineberg (1994), 19 O.R. (3d) 197; 116 D.L.R. (4th) 498; 25 Admin. L.R. (2d) 123; 73 O.A.C. 311 (Div. Ct.).

AUTHORS CITED

Sullivan, Ruth. *Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed. Toronto: Butterworths, 1994.

APPEAL and CROSS-APPEAL from an order of a Motions Judge ((2001), 204 F.T.R. 297) upon an application for judicial review of a Correctional Service

principe important et nouveau, et l'intimé devrait avoir droit à ses dépens partie-partie, dans la présente instance et dans les instances inférieures.

Le juge Malone, J.C.A. (dissidence partielle): Une somme forfaitaire adjugée selon la règle 400(4) des *Règles de la Cour fédérale (1998)* rendrait mieux compte de l'intention véritable du législateur, et l'intimé devrait obtenir ses dépens raisonnables plutôt que la somme qui résulterait de l'adjudication de dépens entre parties selon le tarif. Une somme forfaitaire de 20 000 \$ devrait ici être accordée.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 2b).
Loi sur l'accès à l'information, L.R.C. (1985), ch. A-1, art. 2(1), 3, 4(1) (mod. par L.C. 1992, ch. 1, art. 144, ann. VII, art. I), a), b), (3), 12(1), 41, 53(1),(2).
Règlement sur l'accès à l'information, DORS/83-507, art. 3.
Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règles 397(1)a), 400(4).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS SUIVIES:

Dagg c. Canada (Ministre des Finances), [1997] 2 R.C.S. 403; (1997), 148 D.L.R. (4th) 385; 46 Admin. L.R. (2d) 155; 213 N.R. 161; *Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235; (2002), 211 D.L.R. (4th) 577; [2002] 7 W.W.R. 1; 219 Sask. R. 1; 10 C.C.L.T. (3d) 157; 30 M.P.L.R. (3d) 1; 286 N.R. 1; *Reza c. Canada*, [1994] 2 R.C.S. 394; (1994), 116 D.L.R. (4th) 61; 21 C.R.R. (2d) 236; 24 Imm. L.R. (2d) 117; 167 N.R. 282; 72 O.A.C. 348.

DÉCISION EXAMINÉE:

Ontario (Procureur général) c. Fineberg (1994), 19 O.R. (3d) 197; 116 D.L.R. (4th) 498; 25 Admin. L.R. (2d) 123; 73 O.A.C. 311 (C. div.).

DOCTRINE

Sullivan, Ruth. *Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed. Toronto: Butterworths, 1994.

APPEL et APPEL INCIDENT à l'encontre de l'ordonnance d'un juge des requêtes ((2001), 204 F.T.R. 297) rendue à la suite d'une demande de contrôle

of Canada decision refusing disclosure of certain information. The Judge below held in requester's favour with respect to two of the three items requested: data and a code book, and against him as to software. Appeal allowed, cross-appeal dismissed but costs awarded respondent throughout on a party-and-party basis.

APPEARANCES:

Christopher M. Rupar for appellants.
Neil R. Wilson for respondent.

SOLICITORS OF RECORD:

Deputy Attorney General of Canada for appellants.
Gowling Lafleur Henderson LLP, Ottawa, for respondent.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] ISAAC J.A.: This is an appeal and cross-appeal from an order made by a Motions Judge in the Trial Division, dated 3 May 2001 (reported as (2001), 204 F.T.R. 297) and one made by the same Judge *nunc pro tunc* on 20 January 2003. The order was made upon an application by the respondent for judicial review of a decision of Correctional Service of Canada and the Commissioner of Corrections (collectively, CSC).

[2] In his amended originating notice of motion dated 26 June 2000, the respondent sought the following relief:

(a) a declaration that the decision of the Respondents Correctional Service of Canada and Commissioner of Corrections ("CSC") contravenes the Applicant's constitutional rights pursuant to section 2(b) of the *Charter of Rights and Freedoms*, 1982;

(b) a review of the decision by the Respondents CSC to deny the Applicant access to:

(i) a copy of the Offender Intake Assessment software (current version in operation), which includes the:

judiciaire d'une décision du Service correctionnel du Canada qui avait refusé la communication de certains renseignements. Le juge des requêtes avait statué en faveur du requérant pour deux des trois éléments demandés: les données et un cahier de codes, et à l'encontre du requérant pour le logiciel. Appel accueilli, appel incident rejeté, mais dépens partie-partie adjugés à l'intimé dans la présente instance et dans les instances inférieures.

ONT COMPARU:

Christopher M. Rupar pour les appelants.
Neil R. Wilson pour l'intimé.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Le sous-procureur général du Canada pour les appelants.
Gowling Lafleur Henderson, LLP, Ottawa, pour l'intimé.

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

[1] LE JUGE ISAAC, J.C.A.: Il s'agit d'un appel et d'un appel incident formés contre une ordonnance rendue le 3 mai 2001 par un juge des requêtes de la Section de première instance (publiée (2001), 204 F.T.R. 297) et une autre ordonnance de nature prospective rendue le 20 janvier 2003 par le même juge. L'ordonnance faisait suite à une demande de contrôle judiciaire présentée par l'intimé à l'encontre d'une décision du Service correctionnel du Canada et du Commissaire du Service correctionnel (collectivement appelés le SCC).

[2] Dans son avis modifié de requête introductive d'instance daté du 26 juin 2000, l'intimé demandait le redressement suivant:

[TRADUCTION]

a) une déclaration selon laquelle la décision des défendeurs, le Service correctionnel du Canada et le Commissaire du Service correctionnel (le SCC), nie les droits fondamentaux garantis au demandeur par l'alinéa 2b) de la *Charte des droits et libertés* de 1982;

b) la réformation de la décision du SCC de refuser au demandeur la communication:

(i) du logiciel d'évaluation initiale des délinquants (version actuellement utilisée), qui comprend, entre

Custody Rating Scale (CRS), the CSIR, [sic] and the Community Risk/Needs Management Scale, among other features; and

(ii) the following micro-data:

(a) the 1993-93 [sic] CSC Release Cohort currently being used to recalibrate [sic] the GSIR. The micro-data is in the form of individual cases in a rectangular, fixed format. Personal identifiers should be deleted (such as name of inmate/parolee, FPS number, or full date-of-birth, however year of birth will not violate privacy).

(b) the Code Book used to define and identify/locate the variables in each case.

and an Order compelling the Respondents CSC to provide the Applicant with the foregoing information as requested under the Access to Information Act;

(c) the Applicant's costs of this Application on a solicitor-client basis; . . . [Emphasis added.]

[3] Although in reasons for order the learned Motions Judge addressed each head of relief sought, the first order in appeal reads:

NOW THEREFORE THIS COURT ORDERS THAT, for the reasons issued this day:

1. The Respondents are to supply the Applicant with the 1992-93 CSC release cohort used to recalibrate the General Statistical Indicator of Recidivism. The data is to be edited to delete all personal identifiers;
2. The Respondents are to supply the Applicant with a Code Book which allows him to interpret the data produced under paragraph 1.

Accordingly, the order fails to deal with the five issues dealt with in the reasons.

[4] By notice of appeal, dated 31 May 2000, the appellants ask that the order of the Motions Judge be set aside. Although the order in appeal is limited to the two grounds raised by the appellants in their notice of appeal, the respondent purported to cross-appeal on the grounds which the Motions Judge decided adversely to him, but which were not reflected in the order. By notice of cross-

autres fonctions, l'Échelle de classement par niveau de sécurité (l'ECNS), l'ISGR et l'Échelle d'évaluation du risque et des besoins dans la collectivité; et

(ii) les micro-données suivantes:

a) les données du SCC sur la cohorte des détenus élargis en 1993-93 [sic] qui sont actuellement utilisées pour recalibrer l'ISGR. Les micro-données se présentent sous la forme de cas individuels en un format rectangulaire fixe. Les identificateurs personnels devraient être supprimés (par exemple le nom du détenu/libéré conditionnel, le numéro matricule, ou la date de naissance complète, mais l'année de naissance ne sera pas une atteinte à la vie privée).

b) le cahier de codes utilisé pour définir et repérer les variables dans chaque cas.

et une ordonnance enjoignant le SCC de communiquer au demandeur l'information ci-dessus, demandée en vertu de la Loi sur l'accès à l'information;

(c) les dépens avocat-client du demandeur dans la présente demande; [. . .] [Non souligné dans l'original.]

[3] Dans ses motifs d'ordonnance, le juge des requêtes a étudié chacun des redressements demandés, mais la première ordonnance dont appel est interjeté est ainsi formulée:

[TRADUCTION]

LA COUR ORDONNE, pour les motifs exposés aujourd'hui:

1. Les défendeurs doivent remettre au demandeur les données du SCC sur la cohorte des détenus élargis en 1992-93, qui sont utilisées pour recalibrer l'information statistique générale sur la récidive. Les données seront revues de manière à supprimer tous les identificateurs personnels;
2. Les défendeurs doivent remettre au demandeur un cahier de codes qui lui permette d'interpréter les données communiquées en vertu du paragraphe 1.

L'ordonnance ne dispose donc pas des cinq points traités dans les motifs.

[4] Par avis d'appel daté du 31 mai 2000, les appelants demandent que l'ordonnance du juge des requêtes soit cassée. L'ordonnance se limite aux deux moyens soulevés par les appelants dans leur avis d'appel, mais l'intimé a prétendu interjeter un appel incident sur les moyens à propos desquels le juge des requêtes avait statué à son encontre, mais dont l'ordonnance ne faisait

appeal, dated 7 June 2001, the respondent asked that the order of the Motions Judge be varied to include a declaration that the decision of the CSC contravenes his rights under paragraph 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]) (the Charter), an order that the appellants supply him with a copy of the software and an award of his costs.

[5] The deficiency in the order in appeal was not identified until these reasons were being prepared. The Court therefore scheduled a further hearing before the same panel which heard the appeal, to receive oral submissions from counsel respecting the most expeditious and just way of correcting the deficiency, so that the Court could dispose of all issues argued in the appeal.

[6] After hearing from both counsel, and with the consent of counsel for the appellants, the Court suggested that the respondent should move before the Motions Judge, pursuant to paragraph 397(1)(a) of the *Federal Court Rules, 1998*, to reconsider the order on the ground that it does not accord with the reasons given, and that subsequent pleadings in the appeal should be amended accordingly.

[7] On 20 January 2003, the Motions Judge made an additional order *nunc pro tunc*, the operative portion of which reads in part:

The Previous Order is hereby amended to add the following provisions:

Paragraph 3 The applicant's requests for relief found in paragraphs 1(a), 1(b)(i) and 1(c) of the applicant's Amended Originating Notice of Motion dated June 26, 2000 are hereby denied.

Paragraph 4 Success being divided, there will be no order as to costs.

[8] The relief sought by the applicant in paragraphs 1(a), 1(b)(i) and 1(c) of his amended originating notice of motion reads as follows:

pas état. Par avis d'appel incident en date du 7 juin 2001, l'intimé demandait la modification de l'ordonnance du juge des requêtes par ajout d'une déclaration selon laquelle la décision du SCC niait les droits que lui garantissait l'alinéa 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* (qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]) (la Charte), une ordonnance enjoignant les appelants de lui remettre un exemplaire du logiciel, enfin ses dépens.

[5] La faille de l'ordonnance visée par l'appel n'a été découverte qu'au moment de la rédaction des présents motifs. La Cour a donc fixé une nouvelle audience devant la formation qui avait instruit l'appel, afin d'entendre les arguments des avocats sur la manière la plus expéditive et la plus juste de corriger l'omission, afin que la Cour puisse disposer de tous les aspects plaidés dans l'appel.

[6] Après audition des deux avocats, et avec le consentement de l'avocat des appelants, la Cour a proposé que l'intimé prie le juge des requêtes, en application de l'alinéa 397(1)a) des *Règles de la Cour fédérale (1998)* [DORS/98-106], d'examiner de nouveau l'ordonnance pour défaut de concordance avec les motifs exposés, et que les actes de procédure déposés subséquemment dans l'appel soient modifiés en conséquence.

[7] Le 20 janvier 2003, le juge des requêtes rendait une ordonnance additionnelle n'ayant d'effet que pour l'avenir, dont la partie essentielle est ainsi rédigée:

[TRADUCTION]

L'ordonnance antérieure est modifiée par l'ajout des dispositions suivantes:

Paragraphe 3 Les demandes de redressement faites par le demandeur et exposées dans les alinéas 1a), 1b)(i) et 1c) de l'avis modifié de requête introductive d'instance du demandeur en date du 26 juin 2000 sont rejetées.

Paragraphe 4 Puisque les deux parties ont obtenu gain de cause, il ne sera pas adjugé de dépens.

[8] Le redressement recherché par le demandeur dans les alinéas 1a), 1b)(i) et 1c) de son avis modifié de requête introductive d'instance est ainsi formulé:

1. (a) a declaration that the decision of the Respondents Correctional Service of Canada and Commissioner of Corrections (“CSC”) contravenes the Applicant’s constitutional rights pursuant to section 2(b) of the *Charter of Rights and Freedom*, 1982;

(b) a review of the decision by the Respondents CSC to deny the Applicant access to:

(i) a copy of the Offender Intake Assessment software (current version in operation), which includes the: Custody Rating Scale (CRS), the CSIR, and the Community Risk/Needs Management Scale, among other features; and

...

(c) the Applicant’s costs of this Application on a solicitor-client basis;

[9] Subsequently, counsel for the parties having complied with the order to our satisfaction, the Court concluded that the cross-appeal had been properly constituted.

[10] The appeal requires this Court to interpret for the first time subsection 4(3) of the *Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1, as amended (the Act) and section 3 of the *Access to Information Regulations*, SOR/83-507 (the Regulations), to determine whether computer software is a “record” and whether the appellants must create and supply to the respondent records that do not exist. For the reasons that follow, I have concluded that the conjoint effect of the provisions of the relevant legislation in this appeal do not require the appellants to provide the respondent with any of the records he requested in his prayer for relief and that the learned Motions Judge erred in law in requiring them to provide the data and the code book mentioned in the order. I will deal with the issues in the cross-appeal later.

Factual Background

[11] The Research Branch of CSC conducts statistical research and analysis on various subjects in the field of corrections. In order to facilitate such research and analysis, the Research Branch is allowed access to several classified databases of other agencies, such as the Royal Canadian Mounted Police (RCMP), the Canadian

[TRADUCTION]

1. a) une déclaration selon laquelle la décision des défendeurs, le Service correctionnel du Canada et le Commissaire du Service correctionnel (le SCC), nie les droits fondamentaux garantis au demandeur par l’alinéa 2b) de la *Charte des droits et libertés* de 1982;

b) la réformation de la décision du SCC de refuser au demandeur la communication:

(i) du logiciel d’évaluation initiale des délinquants (version actuellement utilisée), qui comprend, entre autres fonctions, l’Échelle de classement par niveau de sécurité (l’ECNS), l’ISGR et l’Échelle d’évaluation du risque et des besoins dans la collectivité; et

[...]

c) les dépens avocat-client du demandeur dans la présente demande;

[9] Par la suite, les avocats des parties s’étant conformés à l’ordonnance comme nous le souhaitions, la Cour a conclu que l’appel incident avait été valablement interjeté.

[10] L’appel oblige la Cour à interpréter pour la première fois le paragraphe 4(3) de la *Loi sur l’accès à l’information*, L.R.C. (1985), ch. A-1, et modifications (la Loi) ainsi que l’article 3 du *Règlement sur l’accès à l’information*, DORS/83-507 (le Règlement), pour savoir si un logiciel d’ordinateur est un «document» et si les appelants doivent créer des documents qui n’existent pas et les remettre à l’intimé. Pour les motifs qui suivent, je suis arrivé à la conclusion que l’effet conjoint des dispositions des textes applicables au présent appel n’oblige pas les appelants à communiquer à l’intimé l’un quelconque des documents qu’il a décrits dans sa demande de redressement, et que le juge des requêtes a commis une erreur de droit en les enjoignant de communiquer les données et le cahier de codes mentionnés dans l’ordonnance. J’examinerai plus loin les points soulevés dans l’appel incident.

Les faits

[11] La Direction générale de la recherche du SCC effectue des analyses statistiques et des recherches sur divers sujets intéressant le système correctionnel. Afin de faciliter ces recherches et analyses, la Direction générale de la recherche peut accéder à plusieurs bases de données classifiées d’autres organismes, par exemple la

Police Information Centre (CPIC) and the National Parole Board (NPB). These databases contain confidential and sensitive information relating to crimes, convictions and personal information of victims and offenders. Access to these databases is restricted to personnel with enhanced security clearance. Typically, CSC obtains such information online through electronic links to computer networks of the agencies mentioned above. This information may be compiled "as needed" into a temporary database that is used for statistical research and analysis and destroyed after the research project is complete. However, some projects rely on "live data" contained in current RCMP, CPIC and NPB databases that are accessed directly and, therefore, in respect of these projects, CSC does not create its own new database.

Gendarmerie royale du Canada (GRC), le Centre d'information de la police canadienne (CIPC) et la Commission nationale des libérations conditionnelles (CNLC). Ces bases de données contiennent des renseignements sensibles et confidentiels se rapportant aux délits commis, aux condamnations et aux données personnelles de victimes et de délinquants. Seuls les employés ayant subi une vérification approfondie de fiabilité peuvent accéder à ces bases de données. En général, le SCC obtient lesdits renseignements par voie électronique en se branchant sur les réseaux informatiques des organismes susmentionnés. Ces renseignements peuvent être assemblés, selon que de besoin, dans une base de données temporaire qui est utilisée pour la recherche et l'analyse statistiques, et détruite après l'achèvement du projet de recherche. Cependant, certains projets s'appuient sur des «données réelles» contenues dans des bases de données courantes de la GRC, du CIPC et de la CNLC qui sont sollicitées directement et, par conséquent, pour ces projets, le SCC ne crée pas sa propre nouvelle base de données.

[12] The respondent is a criminologist. He conducts research with respect to and is a critic of the Canadian penal system, the actions of the Government of Canada in relation to it and the policies that underlie the system itself. In two separate letters, both dated 17 March 1997, he requested from the appellants certain information related to his research, namely data (data), a code book (code book) to interpret the Data and software (software) to use the data on a personal computer. This is how the Motions Judge described them [at paragraph 2]:

[12] L'intimé est criminologue. Il mène des recherches et formule des critiques sur le système pénal canadien, sur les mesures prises en la matière par le gouvernement du Canada et sur les lignes de conduite propres au système lui-même. Dans deux lettres distinctes, toutes deux datées du 17 mars 1997, il avait demandé aux appelants certains renseignements liés à ses recherches, plus précisément des données, un cahier de codes servant à interpréter les données, et un logiciel permettant d'utiliser les données sur un ordinateur personnel. Voici comment le juge des requêtes a décrit ces renseignements [au paragraphe 2]:

- | | |
|--|---|
| <p>a) the 1992-93 CSC release cohort currently being used to recalibrate the (GSIR) (General Statistical Indicator of Recidivism) with personal identifiers deleted (such as name of inmate/parolee, FPS number, or full date-of-birth, however year of birth will not violate privacy).</p> | <p>a) Les données du SCC sur la cohorte des détenus remis en liberté en 1992-1993, qui sont présentement utilisées pour réorienter l'ISGR (Information statistique générale sur la récidive), en supprimant les éléments permettant d'identifier les personnes (tels que le nom du détenu ou du libéré conditionnel, son numéro matricule, ou sa date de naissance complète, la divulgation de l'année de naissance ne portant cependant pas atteinte au droit à la vie privée) [. . .]</p> |
| <p>b) The Code Book used to define and identify/locate the variables in each case.</p> | <p>b) Le cahier de codes utilisé pour définir et repérer ou localiser les variables dans chaque cas [. . .]</p> |
| <p>c) A Copy of the Offender Intake Assessment software (current version in operation), which includes the:</p> | <p>c) Une copie du logiciel d'évaluation initiale des délinquants (version actuellement utilisée), qui comprend notamment,</p> |

Custody Rating Scale (CRS), the GSIR, the Community Risk/Needs Management Scale among other features.

[13] I deal first with the respondent's requested data. The evidence is that they do not exist but could be recreated.

[14] Laurence Motiuk is the Director General of Research at CSC. In these proceedings, he swore an affidavit on 9 June 1998 and filed it to support the position of CSC. He was cross-examined at length on his affidavit. In cross-examination, he explained what is involved in recreating the data. I reproduce below part of what he said:

98. . . . in order to create or recreate the file which Mr. Yeager has requested would require considerable work to not only [sic] remount the [backup data] tapes for the RCMP, the National Parole Board and the Correctional Service of Canada, define the parameters for the selection criteria of those variables, and also to recreate that file, would take considerable resources, and technical time and expertise in order to do so.

...

146. . . . It's with some technical expertise that it's available, and resources, in order to reconstruct what was done before. Basically, you're doing the research project all over again. You're setting the parameters for the sampling frame, you're setting the points, you have to reopen data files in other agencies and download the information, reconstruct the you know, the algorithms and the code that was written, in order to do that.

...

244. Q. Then you go on to say it would require a significant dedication of CSC computers and personnel over an extended period of time —

A. Yes, to do his, the one that was requested by Mr. Yeager, the specific request.

245. Q. What do you mean, "significant"?

A. Significant? Well, one would have to recreate the sampling frame of which the original study was done. They would have remount the tapes or the —

l'échelle de classement par niveau de sécurité (l'échelle de classement), l'ISGR et l'échelle d'évaluation du risque et des besoins dans la collectivité [. . .]

[13] J'examinerai d'abord les données demandées par l'intimé. Selon la preuve, ces données n'existent pas, mais pourraient être reconstituées.

[14] Laurence Motiuk est le directeur général de la recherche au SCC. Dans la présente instance, il a signé sous serment un affidavit le 9 juin 1998 et l'a produit au soutien de la position du SCC. Il a été contre-interrogé en détail sur son affidavit. Durant son contre-interrogatoire, il a expliqué ce que supposait la reconstitution des données. Je reprends ci-après une partie de ses propos:

[TRADUCTION]

98. [. . .] pour constituer ou reconstituer le fichier que M. Yeager a demandé, il faudrait un travail considérable consistant non seulement à remonter les bandes «données» de sauvegarde pour la GRC, la Commission nationale des libérations conditionnelles et le Service correctionnel du Canada, et à définir les paramètres des critères de sélection de ces variables, mais encore à reconstituer ce fichier, ce qui nécessiterait des ressources considérables, ainsi que du temps et des connaissances techniques.

[. . .]

146. [. . .] C'est avec les connaissances techniques et les ressources disponibles que l'on peut reconstituer ce qui a été fait auparavant. Essentiellement, on recommence intégralement le projet de recherche. On fixe les paramètres du cadre d'échantillonnage, on positionne les points, on doit rouvrir des fichiers de données d'autres organismes et télécharger l'information, reconstruire les algorithmes et le code qui a été écrit.

[. . .]

244. Q. Vous affirmez alors qu'il faudrait une notable spécialisation des ordinateurs et du personnel du SCC sur une période prolongée [. . .]

R. Oui, si l'on veut obtenir ce que M. Yeager a demandé.

245. Q. Que voulez-vous dire par «notable»?

R. Notable? Eh bien, il faudrait reconstituer le cadre d'échantillonnage à partir duquel a été faite l'étude initiale. Il faudrait remonter les bandes ou les [. . .]

246. Q. How long?

A. How long? I would say at least 40 days full-time of somebody dedicated to that work, plus having the person with that expertise replaced who is already expended in terms —. [Emphasis added.]

[15] Even if the data existed, to address privacy and security concerns, the appellants would need to purge the data of all personal identifiers. Mr. Motiuk explained the additional time and effort that would be required to remove personal identifiers:

251. . . . if it existed and did not have to be recreated it would take probably two days, roughly, time to make sure that there were no personal identifiers, that the cross tab . . . We'd have to run an analysis on every variable in the base and make sure that there was no way of cross-referencing to identify a particular case, and purge the records.

252. Q. When you run a variable, what is actually done? You press a key and it's doing it by itself or does someone actually sit there and —

A. No. A statistical research officer would run a programme to look at the cross-referencing of a variety of variables, and look at the cell frequencies, and look at each one of the intersection of every variable to make sure that there was no way that this individual could be identified by an external user. And, you know, referenced back in terms of being able to fill in fact filled records, to know who this individual was. [Emphasis added.]

[16] Mr. Motiuk acknowledged that the specific data which the respondent requested on 17 March 1997 was "slightly different". In his affidavit, he stated that the "live data" exists on the computer networks of the agencies mentioned above, but not in a separate database which the appellants now maintain. Although Mr. Motiuk did not describe at length how the production of this specific data would impact on CSC's operations, he indicated at paragraph 23 of his affidavit that the preparation of the data would "draw significant human and computer resources from current and ongoing

246. Q. Combien de temps?

R. Combien de temps? À mon avis, il faudrait que celui qui se consacre à ce travail y passe au moins 40 jours à temps plein, plus le remplacement du spécialiste qui est déjà employé à [. . .] [Non souligné dans l'original.]

[15] Même si les données existaient, il faudrait que les appelants expurgent les données par suppression de tous les identificateurs personnels, et cela pour tenir compte des aspects touchant la sécurité et la vie privée. M. Motiuk a expliqué le supplément de temps et d'effort qui serait nécessaire pour enlever les identificateurs personnels:

[TRADUCTION]

251. [. . .] si elles existaient et qu'il n'était pas nécessaire de les reconstituer, il faudrait probablement deux jours, le temps de s'assurer qu'il n'y a pas d'identificateurs personnels, que la tabulation recoupée [. . .] Il nous faudrait effectuer une analyse de chaque variable de la base et nous assurer qu'il n'y a aucun moyen d'établir des correspondances pour repérer un dossier en particulier, et il nous faudrait expurger les documents.

252. Q. Quand on exécute une variable, qu'est-ce qu'on fait en réalité? On appuie sur une touche, mais est-ce que c'est automatique ou bien quelqu'un doit-il s'asseoir et [. . .]

R. Non. Un agent de recherches statistiques exécuterait un programme pour examiner les renvois croisés d'une diversité de variables, examiner les fréquences totales et examiner chacune des intersections de chaque variable pour s'assurer qu'il n'y a aucun moyen que cette personne en particulier puisse être trouvée par un utilisateur externe. Et pour qu'on puisse indiquer un renvoi afin de pouvoir remplir les documents, pour savoir qui est cette personne. [Non souligné dans l'original.]

[16] M. Motiuk a reconnu que les données particulières que l'intimé avait demandées le 17 mars 1997 étaient «légèrement différentes». Dans son affidavit, il mentionnait que les «données réelles» existent sur les réseaux informatiques des organismes susmentionnés, mais non dans une base de données distincte que les appelants conservent maintenant. M. Motiuk n'a pas décrit en détail en quoi la production de ces données particulières influencerait sur les opérations du SCC, mais il a indiqué au paragraphe 23 de son affidavit que la préparation des données «prendrait

research project” and “entail approximately two weeks of work with associated dedication of computers.” It is unclear whether or not his estimate includes the time required to purge the data of personal identifiers.

[17] I turn next to the code book which forms the second part of the respondent’s request. In cross-examination on his affidavit, Mr. Motiuk described a code book as a listing of definitions of the variables contained in the database. Although code books are occasionally produced by researchers at CSC, none was produced in relation to the data which the respondent had requested. According to Mr. Motiuk, code books are often unnecessary because CSC researchers are well acquainted with the variables, definitions and underlying data structures. By omitting this “very labour intensive stage” of a project, researchers can save themselves “months of work”. He also stated that the creation of a code book to accompany the data would require “a good week to two weeks of text entry into a computer”.

[18] The respondent’s final request was for the software. With respect to this request, Mr. Motiuk deposed that none of the software requested by the respondent exists in a format for use on a personal computer. Rather, it exists in a format for use on a mainframe computer system. In cross-examination, he explained in detail that all the software which the respondent had requested was either obsolete and, therefore, discarded; inseparable into independent modules; or subject to copyright licensing agreements.

[19] The Motions Judge described the software as a massive repository of text files that includes many different integrated components or modules, the development of which was a multi-million dollar project that involved a number of outside software firms.

[20] On 10 April 1997 the appellants refused the respondent’s request for the data, code book and the software, claiming that the Act does not impose an

d’importantes ressources humaines et informatiques au projet de recherche en cours» et «nécessiterait environ deux semaines de travail, avec mise à contribution d’ordinateurs». On ne sait pas si son estimation comprend ou non le temps requis pour expurger les données par suppression des identificateurs personnels.

[17] Je passe maintenant au cahier de codes, qui forme la deuxième partie de la demande de l’intimé. Durant le contre-interrogatoire portant sur son affidavit, M. Motiuk a décrit un cahier de codes comme une liste de définitions des variables contenues dans la base de données. Les cahiers de codes sont à l’occasion produits par les chercheurs du SCC, mais aucun n’a été produit pour les données que l’intimé avait demandées. Selon M. Motiuk, les cahiers de codes sont souvent inutiles parce que les chercheurs du SCC sont bien au fait des variables, des définitions et des structures de données sous-jacentes. Passant outre à cette «étape très laborieuse» d’un projet, les chercheurs peuvent s’épargner «des mois de travail». Il a aussi déclaré que la création d’un cahier de codes pour accompagner les données nécessiterait «une bonne semaine, sinon deux, de saisie du texte dans un ordinateur».

[18] La demande finale de l’intimé se rapportait au logiciel. S’agissant de cette demande, M. Motiuk a déclaré qu’aucune partie du logiciel demandé par l’intimé n’existe en une forme permettant son utilisation sur un ordinateur personnel. Il existe plutôt en une forme permettant son utilisation dans un système informatique central. En contre-interrogatoire, il a expliqué dans le détail que le logiciel que l’intimé avait demandé était soit obsolète et par conséquent mis au rebut, soit inséparable en modules indépendants, soit sujet à des accords de licence de droits d’auteur.

[19] Le juge des requêtes a décrit le logiciel comme un dépôt colossal de fichiers-textes, qui comprend une grande diversité de composants ou modules intégrés, et dont le développement avait été un travail de plusieurs millions de dollars faisant intervenir plusieurs sociétés de services informatiques.

[20] Le 10 avril 1997, les appelants refusaient la demande de l’intimé se rapportant aux données, au cahier de codes et au logiciel, en affirmant que la Loi ne

obligation to create records that do not exist. The respondent then complained unsuccessfully to the Information Commissioner respecting the answers he had received from CSC. Pursuant to section 41 of the Act the respondent applied to the Trial Division for a judicial review of the appellants' decision denying his request.

Relevant Legislative Provisions

[21] It might be useful to set out here the relevant legislative provisions in the Act [ss. 2(1), 3, 4(1)(a), (b), (3), 12(1), 41, 53(1), (2)]. They read:

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.

...

3. In this Act,

...

“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;

...

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.

...

(3) For the purposes of this Act, any record requested under this Act that does not exist but can, subject to such limitations

les obligeait pas à constituer des documents qui n'existent pas. L'intimé s'est alors plaint, sans succès, auprès du Commissaire à l'information, à propos des réponses qu'il avait reçues du SCC. S'appuyant sur l'article 41 de la Loi, l'intimé a déposé auprès de la Section de première instance une demande de contrôle judiciaire de la décision des appelants de rejeter sa requête.

Dispositions législatives applicables

[21] Il serait sans doute utile de reproduire ici les dispositions législatives applicables [art. 2(1), 3, 4(1) (mod. par L.C. 1992, ch. 1, art. 144, ann. VII, art. 1), a), b), (3), 12(1), 41, 53(1), (2)]:

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.

[. . .]

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 correspondance, note, livre, plan, carte, dessin, diagramme, illustration ou graphique, photographique, film, microformule, enregistrement sonore, magnétoscopique ou informatisé, ou toute reproduction de ces éléments d'information.

[. . .]

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*.

[. . .]

(3) Pour l'application de la présente loi, les documents qu'il est possible de préparer à partir d'un document informatisé

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.

...

12. (1) A person who is given access to a record or a part thereof under this Act shall, subject to the regulations, be given an opportunity to examine the record or part thereof or be given a copy thereof

...

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

...

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. [Emphasis added.]

[22] Section 3 of the Regulations reads:

3. For the purpose of subsection 4(3) of the Act, a record that does not exist but can be produced from a machine readable record under the control of a government institution need not be produced where the production thereof would unreasonably interfere with the operations of the institution. [Emphasis added.]

Reasons of the Motions Judge

[23] The Motions Judge concluded that the data and the code book were records that should be produced

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.

[. . .]

12. (1) L'accès aux documents s'exerce, sous réserve des règlements, par consultation totale ou partielle du document ou par délivrance de copies totales ou partielles

[. . .]

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

[. . .]

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. [Je souligne.]

[22] L'article 3 du Règlement est ainsi formulé:

3. Aux fins du paragraphe 4(3) de la Loi, la préparation d'un document qui n'existe pas comme tel mais qui peut être produit à partir d'un document informatisé relevant d'une institution fédérale n'est pas obligatoire lorsque cette préparation entraverait de façon sérieuse le fonctionnement de l'institution concernée. [Je souligne.]

Motifs du juge des requêtes

[23] Le juge des requêtes a conclu que les données et le cahier de codes étaient des documents qui devaient

because to do so would not unreasonably interfere with the appellants' operations. After noting that the appellants had conceded that the data can be recreated, she concluded that the appellants bore the onus of establishing that producing the data would unreasonably interfere with operations and that they failed to meet that burden. She acknowledged that Mr. Motiuk believed the production of the data would require "significant . . . resources" and "approximately two weeks worth of work", but stated (at paragraph 12) that:

No evidence was put forward about the operations of CSC or its Research Branch. I therefore have no idea whether it has a large staff and a complex computer system with many links to the systems operated by the RCMP and the National Parole Board or whether Mr. Motiuk works with a small staff and limited computer capacity. Further, there was no evidence about how many staff members and how much time would be required to do the two weeks' work he thinks will be needed. As well, no information was provided about the extent to which CSC's computers would be occupied creating the Requested Data. I also was given no indication whether any important or urgent matters are presently being researched by the Research Branch and what impact, if any, the creation of the Requested Data would have on the workload of the Research Branch. [Emphasis added.]

[24] The Motions Judge also concluded that a code book was capable of being produced, using computers, software and expertise normally used by the appellants. Although Mr. Motiuk stated that a code book would take "a good two weeks" to produce, she felt that the appellants had adduced no evidence to satisfy her that this work would unreasonably interfere with their operations. She decided, therefore, that the respondent was entitled to access to both the data and a code book.

[25] She accepted that the software does not exist in a format for use on a personal computer. As a result she concluded that it was not producible because writing software is not normally done by the appellants but, rather, by outside consultants. Furthermore, she was of

être communiqués parce que leur communication n'entraverait pas de façon sérieuse les activités des appelants. Après avoir relevé que les appelants avaient admis que les données pouvaient être reconstituées, elle a conclu que les appelants avaient la charge de prouver que la production des données entraverait de façon sérieuse leur fonctionnement et, selon elle, ils ne s'étaient pas acquittés de ce fardeau. Elle a reconnu que M. Motiuk croyait que la production des données nécessiterait «d'importantes ressources» et «environ deux semaines de travail», mais elle a indiqué (au paragraphe 12) que:

Aucun élément de preuve n'a été présenté au sujet du fonctionnement du SCC ou de sa Direction générale de la recherche. J'ignore donc si elle compte un personnel important ou si elle dispose d'un système informatique complexe doté de nombreux liens avec les systèmes exploités par la GRC et la Commission nationale des libérations conditionnelles ou encore si M. Motiuk travaille avec un personnel et une capacité informatique limitée. En outre, aucune preuve n'a été soumise au sujet de l'ampleur des effectifs et du nombre d'heures qui serait nécessaire pour effectuer le travail de deux semaines qu'il estime nécessaire. Qui plus est, aucun renseignement n'a été fourni au sujet de la mesure dans laquelle les ordinateurs du SCC seraient occupés à créer les données demandées. On ne m'a pas non plus fourni d'indices permettant de savoir si la Direction générale de la recherche effectuée en ce moment des recherches sur des questions importantes ou urgentes ou sur les incidences que la création des données demandées serait susceptible d'avoir sur la charge de travail de la Direction générale de la recherche. [Non souligné dans l'original.]

[24] Le juge des requêtes a aussi conclu qu'un cahier de codes pouvait être produit, au moyen des ordinateurs, des logiciels et des connaissances spécialisées à la disposition des appelants. M. Motiuk a affirmé que la confection d'un cahier de codes nécessiterait au moins deux semaines, mais le juge des requêtes a estimé que les appelants n'avaient pas prouvé à sa satisfaction que ce travail entraverait de façon sérieuse leur fonctionnement. Elle a décidé par conséquent que l'intimé avait le droit d'obtenir communication à la fois des données et d'un cahier de codes.

[25] Elle a admis que le logiciel n'existe pas en une forme permettant son utilisation sur un ordinateur personnel. Elle a donc conclu qu'il ne pouvait être produit parce que la création de logiciels n'est pas en principe effectuée par les appelants, mais plutôt par des

the opinion that the software requested was not a “record” as defined by the Act. Consequently, she decided that the respondent had no right of access to it.

Issues

[26] The appeal raises two issues:

(1) whether the appellants were obliged, pursuant to subsection 4(3) of the Act, to create and provide to the respondent the requested data and a code book of technical terms, simply because they were capable of recreating such records; and

(2) whether the learned Motions Judge erred in concluding that the appellants had not met the onus imposed by section 3 of the Regulations of showing that the production of these records would unreasonably interfere with the appellants’ operations.

Analysis

The Interpretive Framework

[27] I begin the analysis by reproducing the following well-known passage from Ruth Sullivan, *Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed. (Toronto: Butterworths, 1994), at page 131:

There is only one rule in modern interpretation, namely, courts are obliged to determine the meaning of legislation in its total context, having regard to the purpose of the legislation, the consequences of proposed interpretations, the presumptions and special rules of interpretation, as well as admissible external aids. In other words, the courts must consider and take into account all relevant and admissible indicators of legislative meaning.

[28] On this interpretive approach, one of the primary considerations is, of course, the purpose of the Act. Section 2 of the Act states clearly that its purpose is to “provide a right of access to information in records under the control of a government institution”. In *Dagg v. Canada (Minister of Finance)*, [1997] 2 S.C.R. 403, at paragraph 61, La Forest J. explained its purpose in the following passage of his reasons:

The overarching purpose of access to information legislation, then, is to facilitate democracy. It does so in two related ways. It helps to ensure first, that citizens have the

consultants externes. Elle a aussi exprimé l’avis que le logiciel demandé n’était pas un «document» au sens de la Loi. Elle a donc décidé que l’intimé n’était pas fondé à en obtenir communication.

Points en litige

[26] L’appel soulève deux points:

1) les appelants étaient-ils tenus, en application du paragraphe 4(3) de la Loi, de créer, et de communiquer à l’intimé, les données demandées et un cahier de codes de termes techniques, simplement parce qu’ils étaient en mesure de reconstituer de tels documents? et

2) le juge des requêtes a-t-elle commis une erreur en concluant que les appelants ne s’étaient pas acquittés de leur obligation, selon l’article 3 du Règlement, de prouver que la production de ces documents entraverait de façon sérieuse le fonctionnement des appelants?

Analyse

Cadre d’interprétation

[27] Je commence l’analyse en reprenant le passage bien connu suivant de l’ouvrage de Ruth Sullivan, *Driedger on the Construction of Statutes*, 3^e éd. (Toronto: Butterworths, 1994), à la page 131:

[TRADUCTION] Il n’y a qu’une seule règle dans l’interprétation moderne, à savoir que les tribunaux sont tenus de déterminer le sens d’une loi dans son contexte tout entier, en prenant en compte l’objet de la loi, les conséquences des interprétations proposées, les présomptions et les règles spéciales d’interprétation, ainsi que les aides externes admissibles. Autrement dit, les tribunaux doivent tenir compte de tous les indices pertinents et admissibles de l’intention du législateur.

[28] S’agissant de cette méthode d’interprétation, l’un des facteurs principaux est naturellement l’objet de la Loi. L’article 2 de la Loi prévoit clairement que la Loi a pour objet d’élargir l’accès aux documents de l’administration fédérale. Dans l’arrêt *Dagg c. Canada (Ministre des Finances)*, [1997] 2 R.C.S. 403, au paragraphe 61, le juge La Forest expliquait l’objet de la Loi dans le passage suivant de ses motifs:

La loi en matière d’accès à l’information a donc pour objet général de favoriser la démocratie, ce qu’elle fait de deux manières connexes. Elle aide à garantir, en premier lieu, que

information required to participate meaningfully in the democratic process, and secondly, that politicians and bureaucrats remain accountable to the citizenry.

In that context, the Act mentions specifically three principles that should guide this Court's interpretation of its provisions: (1) that government information should be available to the public; (2) that necessary exceptions to the right of access should be limited and specific; and (3) that decisions on the disclosure of government information should be reviewed independently of government.

[29] There is no dispute that the respondent is either a Canadian citizen or permanent resident of Canada or that CSC is a government institution. Therefore, subsection 4(1) of the Act states unambiguously that the respondent "has a right to and shall, on request, be given access to any record under the control of" the appellant. The issue to be resolved, therefore, is whether each of the data, a code book and the software is a "record" under CSC's control.

The Definition of a "Record"

[30] Section 3 of the Act defines a "record" as including:

3. . . . 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.

[31] By this definition, the data and a code book requested by the respondent would each be a "record" for the purposes of the Act, but neither exists. In order to satisfy the respondent's request, the data would have to be recreated and modified, and a code book would have to be prepared. Although the software does exist, it is less clear whether the software is a "record".

The Obligation to Produce a Non-Existent Record

[32] For convenience, I reproduce again subsection 4(3) of the Act. It reads:

4. . . .

les citoyens possèdent l'information nécessaire pour participer utilement au processus démocratique, et, en second lieu, que les politiciens et bureaucrates demeurent comptables envers l'ensemble de la population.

Dans ce contexte, la Loi mentionne expressément trois principes qui doivent guider la Cour dans l'interprétation de ses dispositions: 1) le public a droit à la communication des documents de l'administration fédérale; 2) les exceptions indispensables à ce droit doivent être précises et limitées; et 3) les décisions relatives à la communication sont susceptibles de recours indépendants du pouvoir exécutif.

[29] Il n'est pas contesté que l'intimé est un citoyen canadien ou un résident permanent du Canada ou que le SCC est une institution fédérale. Dans ces conditions, le paragraphe 4(1) de la Loi prévoit sans équivoque que l'intimé a «droit à l'accès aux documents relevant [des appelants] et peu[t] se les faire communiquer sur demande». Le point à décider est donc de savoir si les données, le cahier de codes et le logiciel sont des «documents» relevant du SCC.

Définition de «document»

[30] L'article 3 de la Loi définit «document» comme:

3. [. . .] tous éléments d'information, quels que soient leur forme et leur support, notamment correspondance, note, livre, plan, carte, dessin, diagramme, illustration ou graphique, photographie, film, microformule, enregistrement sonore, magnétoscopique ou informatisé, ou toute reproduction de ces éléments d'information.

[31] Selon cette définition, les données et le cahier de codes demandés par l'intimé constitueraient chacun un «document» aux fins de la Loi, mais ni l'un ni l'autre n'existent. Pour satisfaire à la demande de l'intimé, il faudrait que les données soient reconstituées et modifiées, et il faudrait qu'un cahier de codes soit rédigé. Quant au logiciel, il existe, mais il n'est pas certain qu'il soit un «document».

Obligation de communiquer un document inexistant

[32] Par commodité, je reproduis de nouveau le paragraphe 4(3) de la Loi.

4. [. . .]

(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. [Emphasis added.]

[33] In my opinion that subsection provides that a non-existent record that can be produced from an existing machine readable record is deemed to be a record to which the respondent is entitled access. Not surprisingly, the parties have markedly differing opinions respecting the obligations imposed by subsection 4(3).

[34] The appellants claim that the Motions Judge erred in law by determining that subsection 4(3) requires them to create items that do not exist in any form. They submit that subsection 4(3) is intended to apply to situations where a “record” exists only in machine readable form, and in that case, requires the record to be produced in a more accessible form. For example, the appellants would accept that they are required to print an existing machine readable record and provide the paper copy to the respondent. They insist, however, that there is no obligation to create a record unless that record already exists in machine readable form. According to the appellants, there is no obligation to adapt, manipulate, change or alter the existing machine readable record. The appellants submit that any other interpretation would be contrary to the purpose of the Act, which is to grant access to records held by government institutions but not to conjure up records solely for the purpose of satisfying requests.

[35] For their part, the respondent says that this interpretation is too restrictive and not in keeping with the purpose of the Act as explained in the jurisprudence.

[36] I have concluded that the interpretation of subsection 4(3), for which the appellants contend, is not plausible. The interpretation proposed by the appellants

(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. [Non souligné dans l'original.]

[33] À mon avis, cette disposition dit qu'un document inexistant qu'il est possible de préparer à partir d'un document informatisé existant est considéré comme un document auquel l'intimé a le droit d'accéder. Comme l'on peut s'y attendre, les parties adoptent des positions très différentes en ce qui a trait aux obligations imposées par le paragraphe 4(3).

[34] Les appelants affirment que le juge des requêtes a commis une erreur de droit lorsqu'elle a dit que le paragraphe 4(3) les obligeait à créer des éléments qui n'existent sous aucune forme. Selon eux, le paragraphe 4(3) s'applique aux cas où un «document» n'existe qu'en version informatisée et, dans ce cas, la disposition impose la préparation du document en une forme plus accessible. Ainsi, les appelants admettraient qu'ils sont tenus d'imprimer un document informatisé existant et de communiquer la copie papier à l'intimé. Ils insistent cependant pour dire qu'ils ne sont pas tenus de créer un document à moins que ce document n'existe déjà en version informatisée. Selon les appelants, il n'y a aucune obligation d'adapter, de manipuler, de modifier ou d'altérer le document informatisé existant. Ils disent que toute autre interprétation serait contraire à l'objet de la Loi, qui est de conférer l'accès aux documents relevant des institutions fédérales, mais non de faire apparaître des documents à seule fin de satisfaire à des demandes.

[35] Pour sa part, l'intimé dit que cette interprétation est trop restrictive et qu'elle ne s'accorde pas avec l'objet de la Loi tel que l'a expliqué la jurisprudence.

[36] Je suis arrivé à la conclusion que l'interprétation que proposent les appelants pour le paragraphe 4(3) n'est pas vraisemblable. L'interprétation proposée par les

is in stark contrast with the express language of this provision, contrary to accepted principles of statutory interpretation and unsupported in light of the overarching purpose of access to information legislation as stated in section 2 of the Act and explained by the Supreme Court of Canada.

[37] First, the appellants' suggestion that subsection 4(3) applies to a record that already exists in machine readable form is implausible. If a record exists in machine readable form, then it cannot be a record that does not exist. Such an interpretation would, therefore, be completely illogical. Second, the appellants' interpretation is contrary to the express language of the Act. Subsection 4(3) applies where a record "does not exist". The subsection does not qualify this reference with the clause "does not exist other than in machine readable form" or words of similar import. Third, the appellants' interpretation would render subsection 4(3) devoid of any meaning or effect. Since a "record" is expressly defined in section 3 of the Act to include a machine readable record, the respondent has a right to access such a record regardless of subsection 4(3). That is, subsection 4(1) already contemplates that a machine readable record must be supplied to the respondent.

[38] Thus, the appellants' interpretation is contrary to accepted principles of statutory interpretation, including the "plausible meaning rule", the "presumption of linguistic competence" and the "rule against tautology" (see R. Sullivan, *supra*, at pages 103, 157 and 159). The only plausible interpretation of subsection 4(3) requires the appellants to produce a record that "does not exist" in any form, machine readable or otherwise. In enacting subsection 4(3) Parliament must have contemplated two different records: a new and distinct record must be produced from an existing machine readable record.

[39] Moreover, the interpretation preferred by the respondent is more consistent with the "overarching purpose" of the Act, which is to "facilitate democracy" by ensuring participation by citizens and accountability

appelants contraste vivement avec le texte lui-même de cette disposition, d'une manière qui ne s'accorde pas avec les principes reconnus d'interprétation législative ni avec l'objet général de la législation sur l'accès à l'information, un objet énoncé dans l'article 2 de la Loi et expliqué par la Cour suprême du Canada.

[37] D'abord, l'idée des appelants selon laquelle le paragraphe 4(3) s'applique à un document qui existe déjà en version informatisée n'est pas vraisemblable. Si un document existe en version informatisée, alors il ne peut s'agir d'un document qui n'existe pas. Une telle interprétation serait donc totalement illogique. Deuxièmement, l'interprétation préconisée par les appelants est contraire au texte même de la Loi. Le paragraphe 4(3) est applicable lorsqu'un document «n'existe pas». Cette disposition ne parle pas de document qui n'existe pas si ce n'est en version informatisée, ni n'emploie de mots ayant le même effet. Troisièmement, l'interprétation préconisée par les appelants priverait le paragraphe 4(3) de toute signification et de tout effet. Puisqu'un «document» est expressément défini dans l'article 3 de la Loi d'une manière qui englobe un enregistrement informatisé, l'intimé a le droit d'accéder à un tel document sans égard au paragraphe 4(3). Plus exactement, le paragraphe 4(1) prévoit déjà qu'un enregistrement informatisé doit être communiqué à l'intimé.

[38] L'interprétation proposée par les appelants est donc contraire aux principes reconnus d'interprétation législative, à savoir le «principe du sens le plus vraisemblable», la «présomption de l'harmonie linguistique» et le «principe de non-tautologie» (voir R. Sullivan, précité, aux pages 103, 157 et 159). La seule interprétation vraisemblable du paragraphe 4(3) oblige les appelants à préparer un document qui n'existe sous aucune forme, informatisée ou autre. Par le paragraphe 4(3), le législateur devait avoir à l'esprit deux types de documents: un document nouveau et distinct doit être préparé à partir d'un document informatisé existant.

[39] Quant à l'interprétation avancée par l'intimé, elle est plus conforme à l'«objet général» de la Loi, qui est de «favoriser la démocratie» en garantissant la participation des citoyens et l'obligation des politiciens et

of politicians and bureaucrats (see *Dagg, supra*). In fact, the respondent seeks access to information for precisely the reasons contemplated by the Supreme Court of Canada, namely, to participate in and ensure the accountability of the Canadian government's research and to analyse the Canadian penal system.

[40] Having concluded that subsection 4(3) contemplates the production of a new record, it is still necessary to determine the meaning of the phrase "from a machine readable record". In my opinion, the answer to this question is largely contextual and fact-specific. Whether a record is indeed producible "from" a machine readable record depends upon a number of factors, including the requisite amount of independent composition as compared to purely mechanical and routine editing or manipulation. But it is necessary here to state the limitations on the obligation of government institutions to produce otherwise non-existent records, as discussed below.

Limitations on the Obligation to Produce a Non-Existent Record

[41] First, subsection 4(3) itself states that non-existent records must be produced only where they are capable of being produced "using computer hardware and software and technical expertise normally used by the government institution". It is not questioned that the CSC has the ability to recreate the data and the code book.

[42] Second, the obligation to produce non-existent records is "subject to such limitations as may be prescribed by regulation". Limitations are prescribed by section 3 of the Regulations, which provides that:

3. . . . a record that does not exist but can be produced from a machine readable record under the control of a government institution need not be produced where the production thereof would unreasonably interfere with the operations of the institution. [Emphasis added.]

[43] The Motions Judge was of the opinion that the appellants adduced no evidence to demonstrate that

bureaucrates de rendre compte à la population (voir l'arrêt *Dagg*, précité). En fait, l'intimé demande l'accès à des renseignements précisément pour les raisons que la Cour suprême du Canada avait à l'esprit, c'est-à-dire participer aux activités de recherche et d'analyse du gouvernement canadien concernant le système pénal canadien, et faire en sorte qu'il soit rendu compte de telles activités à la population.

[40] Ayant conclu que le paragraphe 4(3) vise la préparation d'un nouveau document, je dois encore déterminer le sens de l'expression «à partir d'un document informatisé». À mon avis, la réponse à cette question est largement contextuelle et tributaire des faits. La question de savoir si un document peut effectivement être préparé «à partir» d'un document informatisé dépend de plusieurs facteurs, notamment de la quantité requise de composition indépendante, par opposition à une mise en forme ou une manipulation purement mécanique et routinière. Mais il est nécessaire ici d'énoncer les limites à l'obligation des institutions fédérales de produire des documents par ailleurs inexistantes, limites examinées ci-dessous.

Limites à l'obligation de préparer un document inexistant

[41] D'abord, le paragraphe 4(3) lui-même précise que des documents inexistantes doivent être préparés uniquement s'ils peuvent l'être avec le matériel, le logiciel et les compétences techniques dont dispose normalement l'institution. Il n'est pas mis en doute que le SCC a les moyens nécessaires pour reconstituer les données et le cahier de codes.

[42] Deuxièmement, l'obligation de préparer des documents inexistantes «ne vaut que sous réserve des restrictions réglementaires éventuellement applicables». Des restrictions sont prévues par l'article 3 du Règlement, ainsi rédigé:

3. [. . .] la préparation d'un document qui n'existe pas comme tel mais qui peut être produit à partir d'un document informatisé relevant d'une institution fédérale n'est pas obligatoire lorsque cette préparation entraverait de façon sérieuse le fonctionnement de l'institution concernée. [Non souligné dans l'original.]

[43] Le juge des requêtes a exprimé l'avis que les appelants n'avaient pas prouvé que la demande de

satisfying the respondent's request would unreasonably interfere with its operations. For this reason she ordered the appellants to supply to the respondent a copy of the data and a code book.

[44] This is how she explained it in paragraph 12 of her reasons:

No evidence was put forward about the operations of CSC or its Research Branch. I therefore have no idea whether it has a large staff and a complex computer system with many links to the systems operated by the RCMP and the National Parole Board or whether Mr. Motiuk works with a small staff and limited computer capacity. Further, there was no evidence about how many staff members and how much time would be required to do the two weeks' work he thinks will be needed. As well, no information was provided about the extent to which CSC's computers would be occupied creating the Requested Data. I also was given no indication whether any important or urgent matters are presently being researched by the Research Branch and what impact, if any, the creation of the Requested Data would have on the workload of the Research Branch. [Emphasis added.]

[45] Where evidence on an issue exists and should be evaluated for sufficiency, but the Motions Judge concludes that there is "no evidence" on the issue, then the conclusion is one of law. *Housen v. Nikolaisen*, [2002] 2 S.C.R. 235 teaches that such a conclusion should be reviewed on a standard of correctness.

[46] In determining whether satisfying the respondent's requests would "unreasonably interfere" with the appellants' operations, as that term is used in section 3 of the Regulations, it is my respectful view that the Motions Judge ignored significant evidence in the record. In doing so she was clearly wrong to conclude that there was no evidence in the record to mandate a finding that the production of the non-existent records sought by the respondent would unreasonably interfere with the appellants' operations. On any objective view of the whole of the evidence, I am of the opinion that production of the particular items requested by the respondent would constitute unreasonable interference

l'intimé entraverait de façon sérieuse leur fonctionnement. Elle a donc ordonné aux appelants de communiquer à l'intimé un exemplaire des données et un cahier de codes.

[44] Voici comment elle s'en est expliquée au paragraphe 12 de ses motifs:

Aucun élément de preuve n'a été présenté au sujet du fonctionnement du SCC ou de sa Direction générale de la recherche. J'ignore donc si elle compte un personnel important ou si elle dispose d'un système informatique complexe doté de nombreux liens avec les systèmes exploités par la GRC et la Commission nationale des libérations conditionnelles ou encore si M. Motiuk travaille avec un personnel et une capacité informatique limitée. En outre, aucune preuve n'a été soumise au sujet de l'ampleur des effectifs et du nombre d'heures qui seraient nécessaires pour effectuer le travail de deux semaines qu'il estime nécessaire. Qui plus est, aucun renseignement n'a été fourni au sujet de la mesure dans laquelle les ordinateurs du SCC seraient occupés à créer les données demandées. On ne m'a pas non plus fourni d'indices permettant de savoir si la Direction générale de la recherche effectuée en ce moment des recherches sur des questions importantes ou urgentes ou sur les incidences que la création des données demandées serait susceptible d'avoir sur la charge de travail de la Direction générale de la recherche. [Non souligné dans l'original.]

[45] Lorsqu'il existe des éléments de preuve sur une question et que l'on doit se demander si ces éléments sont suffisants, mais que le juge des requêtes arrive à la conclusion qu'il n'y a pas d'éléments de preuve sur la question, alors la conclusion est une conclusion de droit. L'arrêt *Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235, nous enseigne que la norme de contrôle d'une telle décision est la norme de la décision correcte.

[46] Lorsque le juge des requêtes s'est demandé si le travail entraîné par les demandes de l'intimé «entraverait de façon sérieuse» (ce sont les mots employés dans l'article 3 du Règlement) le fonctionnement des appelants, elle a ignoré, à mon humble avis, d'importants éléments de preuve présents dans le dossier. Elle a donc eu tort manifestement de conclure que le dossier ne renfermait aucun élément de preuve permettant de dire que la préparation des documents inexistantes demandés par l'intimé entraverait de façon sérieuse le fonctionnement des appelants. Après examen objectif de l'ensemble de la preuve, je suis d'avis que la préparation des éléments particuliers demandés par l'intimé

with the operation of the appellants.

The Data

[47] Before the Motions Judge the appellants conceded that the data requested by the respondent can be produced in the manner contemplated by subsection 4(3). That is, the requested record (data without personal identifiers) can be produced from a machine readable record (data with personal identifiers) using computer hardware, software and technical expertise normally used by CSC.

[48] However, there was abundant evidence in the record to conclude that the production of the otherwise non-existent data would unreasonably interfere with the appellants' operations. The Motions Judge inaccurately stated that "[n]o evidence was put forward about the operations of CSC or its Research Branch." At paragraph 7 of her reasons, she in fact quoted extensively from portions of Mr. Motiuk's affidavit describing CSC, the whole of which clearly explains the role of the Research Branch and its computer links, software and databases.

[49] The Motions Judge suggested that she had [at paragraph 12] "no idea whether it has a large staff and a complex computer system . . . [or] a small staff and limited computer capacity." However, on cross-examination, Mr. Motiuk expressly stated in response to question 356 that "[t]here are many databases in the Correctional Service of Canada. There's 1200 employees and many researchers." This is merely one of several pointed statements by Mr. Motiuk on cross-examination. A thorough review of the record indicates that there is, in fact, an abundance of information about CSC's computer and human resources.

[50] She also stated that "there was no evidence about how many staff members and how much time would be required to do the two weeks' work he thinks will be

constituerait une entrave sérieuse au fonctionnement des appelants.

Les données

[47] Devant le juge des requêtes, les appelants ont admis que les données demandées par l'intimé pouvaient être préparées de la manière envisagée par le paragraphe 4(3). C'est-à-dire que le document demandé (données exemptes d'identificateurs personnels) pouvait être préparé à partir d'un document informatisé (données avec identificateurs personnels) au moyen du matériel, du logiciel et des compétences techniques dont dispose normalement le SCC.

[48] Cependant, le dossier renfermait une preuve abondante qui permettait de dire que la préparation des données par ailleurs inexistantes entraverait de façon sérieuse le fonctionnement des appelants. Le juge des requêtes a affirmé à tort qu'«aucun élément de preuve n'a été présenté au sujet du fonctionnement du SCC ou de sa Direction générale de la recherche». Au paragraphe 7 de ses motifs, elle reprenait en fait d'importants passages de l'affidavit de M. Motiuk décrivant le SCC, un affidavit qui explique clairement le rôle de la Direction générale de la recherche, ainsi que ses réseaux informatiques, ses logiciels et ses bases de données.

[49] Le juge des requêtes a indiqué qu'elle ignorait [au paragraphe 12] «si elle [la Direction générale de la recherche] compte un personnel important ou si elle dispose d'un système informatique complexe [. . .] ou [. . .] si M. Motiuk travaille avec un personnel et une capacité informatique limitée». Cependant, durant son contre-interrogatoire, M. Motiuk a dit clairement, en réponse à la question 356 que [TRADUCTION] «il y a de nombreuses bases de données au Service correctionnel du Canada. Il y a 1 200 employés et de nombreux chercheurs». Ce n'est là que l'une des déclarations pleines de sous-entendus faites par M. Motiuk durant son contre-interrogatoire. Un examen minutieux du dossier révèle qu'il existe en réalité une foule d'informations sur les ressources informatiques et humaines du SCC.

[50] Le juge des requêtes a dit également qu'«aucune preuve n'a été soumise au sujet de l'ampleur des effectifs et du nombre d'heures qui seraient nécessaires pour

needed.” With respect, she took Mr. Motiuk’s comment in complete isolation from the rest of his affidavit and his testimony on cross-examination. Mr. Motiuk’s remark must be viewed in light of his testimony as a whole. Viewed in this way, it is clearly unreasonable to expect anyone to undertake the work that Mr. Motiuk suggested as being necessary to recreate the record that would not otherwise exist.

[51] She also inaccurately commented that [at paragraph 12] she “was given no indication whether any important or urgent matters are presently being researched”. In my view, however, given the detail in which Mr. Motiuk explained CSC’s role, it is evident that the CSC is currently engaged in a host of ongoing projects. Contrary to her finding, it is easy to see “what impact, if any, the creation of the Requested Data would have on the workload of the Research Branch.” As Mr. Motiuk stated on cross-examination in response to questions 381-383:

. . . we do not have the resources because there is costs involved, staff time, and resources and equipment that are required in order to create entities such as that, files such as that, for external use. . . . We are not funded to—we have no discretionary funds to give to outside researchers. We’re an applied operational unit.

[52] Finally, when one looks at the record as a whole it is clear that fulfilling the respondent’s request would unreasonably interfere with the appellants’ operations. In cross-examination, Mr. Motiuk explained at length CSC’s role, activities, procedures and policies generally (at questions 6-9, 12-18, 77-78, 97-100, 103-184, 226-287, 305-314, 344-384, 389-414, 421-428) and in particular with respect to the work involved in recreating data used for research projects (at questions 97-100, 143-144, 157-164, 231, 244-254, 258-262, 344-351, 359-361, 381-382). Indeed, most of his affidavit and testimony on cross-examination is directed to this issue.

effectuer le travail de deux semaines qu’il estime nécessaire». Elle a malheureusement considéré l’observation de M. Motiuk en l’isolant complètement du reste de son affidavit et de ses témoignages produits en contre-interrogatoire. La remarque de M. Motiuk doit être vue à la lumière de son témoignage tout entier. Considérée de la sorte, il est clairement excessif de croire que quelqu’un puisse effectuer le travail qui, selon M. Motiuk, serait nécessaire pour reconstituer le document qui autrement serait inexistant.

[51] Le juge des requêtes a aussi mentionné à tort [au paragraphe 12] qu’«[o]n ne m’a pas non plus fourni d’indices permettant de savoir si la Direction générale de la recherche effectuée en ce moment des recherches sur des questions importantes ou urgentes». À mon avis cependant, vu le détail avec lequel M. Motiuk a expliqué le rôle du SCC, il est évident que le SCC est engagé actuellement dans une foule de projets. Contrairement à la conclusion du juge des requêtes, il est facile de voir «des incidences que la création des données demandées serait susceptible d’avoir sur la charge de travail de la Direction générale de la recherche». Comme M. Motiuk l’a indiqué durant son contre-interrogatoire en réponse aux questions 381 à 383:

[TRADUCTION] [. . .] nous n’avons pas les ressources parce qu’il y a des coûts à considérer, le temps du personnel, et les ressources et équipements qui sont nécessaires pour créer des entités comme celles-là, des fichiers comme celui-là, pour utilisation externe [. . .] Nous ne sommes pas financés pour [. . .] nous n’avons pas de fonds discrétionnaires à donner à des chercheurs externes. Nous sommes une unité opérationnelle appliquée.

[52] Finalement, lorsque l’on considère le dossier tout entier, il est clair que le travail nécessité par la demande de l’intimé entraverait de façon sérieuse le fonctionnement des appelants. Durant son contre-interrogatoire, M. Motiuk a expliqué en détail le rôle, les activités, les procédures et les politiques du SCC (aux questions 6 à 9, 12 à 18, 77 à 78, 97 à 100, 103 à 184, 226 à 287, 305 à 314, 344 à 384, 389 à 414, 421 à 428) et notamment le travail que suppose la reconstitution de données utilisées pour des projets de recherche (aux questions 97 à 100, 143 et 144, 157 à 164, 231, 244 à 254, 258 à 262, 344 à 351, 359 à 361, 381 et 382). En fait, la plus grande partie de son affidavit

[53] Mr. Motiuk explained broadly the effort necessary to recreate records such as those sought by the respondent. In other places, he described specifically the implications of fulfilling the respondent's particular requests. The Motions Judge, however, was extremely selective in the evidence she considered, referring at paragraph 10 of her analysis only to a brief excerpt from Mr. Motiuk's affidavit concerning the effort required to fulfill the respondent's request. While additional contextual evidence might have been helpful to the Motions Judge, her task was to examine all the evidence presented to determine whether the appellants had met the statutory burden. Instead, she was selective in the evidence she considered and thus overlooked other evidence which was clearly relevant. In doing so she was clearly wrong.

[54] Furthermore, she placed too high a burden upon the appellants to justify their refusal. She failed to give sufficient weight to all relevant considerations, notably the preponderance of evidence contained in the record that supports the appellant's position. To my mind it is inconsistent with the principle that "[r]ights to state-held information are designed to improve the workings of government; to make it more effective, responsive and accountable" (see *Dagg, supra*, at paragraph 63) to require a government institution to adduce more detailed and precise contextual evidence of its operations than the appellants did in this case. Where a motions judge has failed to give sufficient weight to all relevant considerations, an appellate court is entitled to intervene, *Reza v. Canada*, [1994] 2 S.C.R. 394.

A Code Book

[55] The appellants claim that the code book does not exist in any form, mechanical or otherwise, and, therefore, need not be produced. In light of my interpretation of subsection 4(3), I do not agree with the appellants on this point. Since a code book can be

et de ses témoignages produits en contre-interrogatoire porte sur cet aspect.

[53] M. Motiuk a expliqué dans leurs grandes lignes les efforts qui seraient requis pour reconstituer des documents comme ceux que recherche l'intimé. À d'autres endroits, il a décrit avec précision ce qui arriverait s'il était donné suite aux demandes particulières de l'intimé. Le juge des requêtes a cependant été extrêmement sélective dans la preuve qu'elle a considérée, puisqu'elle ne s'est référée, au paragraphe 10 de son analyse, qu'à un bref extrait de l'affidavit de M. Motiuk sur les efforts qui seraient requis pour donner suite à la demande de l'intimé. Une preuve contextuelle additionnelle aurait sans doute été utile au juge des requêtes, mais sa tâche consistait à examiner l'ensemble de la preuve produite pour savoir si les appelants avaient produit la preuve requise selon la loi. Le juge des requêtes a plutôt été sélective dans la preuve dont elle a tenu compte, et elle a donc ignoré d'autres éléments de preuve qui étaient manifestement pertinents. Ce faisant, elle a commis une erreur manifeste.

[54] Par ailleurs, elle a exagéré l'obligation qu'avaient les appelants de justifier leur refus. Elle n'a pas accordé un poids suffisant à toutes les considérations pertinentes, notamment la prépondérance de la preuve, versée dans le dossier, qui appuie la position des appelants. À mon avis, le fait d'obliger une institution fédérale à produire une preuve contextuelle plus détaillée et plus précise de son fonctionnement que les appelants ne l'ont fait ici est incompatible avec le principe selon lequel «les droits aux renseignements détenus par l'État visent à améliorer les rouages du gouvernement, de manière à le rendre plus efficace, plus réceptif et plus responsable» (voir l'arrêt *Dagg*, précité, au paragraphe 63). Lorsqu'un juge des requêtes n'a pas accordé un poids suffisant à tous les facteurs pertinents, une juridiction d'appel est fondée à intervenir: *Reza c. Canada*, [1994] 2 R.C.S. 394.

Le cahier de codes

[55] Les appelants affirment que le cahier de codes n'existe sous aucune forme, mécanique ou autre, et que par conséquent il n'a pas à être préparé. Vu mon interprétation du paragraphe 4(3), je ne partage pas l'avis des appelants sur ce point. Puisqu'un cahier de codes

produced from either the underlying or requested data, which are clearly machine readable records, using the computer hardware and software and technical expertise normally used by the appellants, a code book should be produced unless its production unreasonably interferes with the appellants' operations.

[56] The appellants attempt to distinguish between the data and a code book. The appellants conceded that the data was producible because it already exists in machine readable form; it did not require the creation of an entirely new record. In fact, however, the data as requested by the respondent does not already exist in machine readable form. Before it can be produced as requested by the respondent, it would need to be recreated and purged of personal identifiers. Thus, the data as requested by the respondent is distinct from the existing machine readable record. The difference between the data as requested by the respondent and a code book is merely one of degree. Production of the data would require only manipulation of the distinct underlying machine readable record; while production of a code book would require a somewhat greater investment of time and effort, but would nevertheless be "from" the underlying machine readable record. Consequently, the appellants have not satisfied me that the Motions Judge erred in this respect.

[57] The fact that a greater investment of time and effort is required to create a code book than the data does not, by itself, relieve the appellants of their obligation under subsection 4(3) to produce such a record. However, the greater amount time and effort required to fulfill the respondent's request for a code book does directly impact upon a determination of the unreasonableness of the interference caused to the appellants' operations. In considering whether the production of a code book would unreasonably interfere with the appellants' operations, the Motions Judge again cited a lack of evidence adduced by the appellants. For reasons similar to those that I have discussed, I have concluded that there was clearly sufficient evidence in the record to determine that producing a code book would

peut être préparé à partir des données sous-jacentes ou à partir des données demandées, qui sont manifestement des documents informatisés, à l'aide du matériel, du logiciel et des compétences techniques dont disposent normalement les appelants, un cahier de codes devrait être préparé à moins que sa préparation n'entrave de façon sérieuse le fonctionnement des appelants.

[56] Les appelants voudraient faire une distinction entre les données et un cahier de codes. Ils ont admis que les données pouvaient être préparées parce qu'elles existent déjà en version informatisée; elles n'exigeaient pas la création d'un document entièrement nouveau. En fait cependant, les données telles que l'intimé les demande n'existent pas déjà en version informatisée. Avant qu'elles ne puissent être préparées comme l'intimé les demande, il faudrait les reconstituer et les expurger par suppression des identificateurs personnels. Ainsi, les données comme l'intimé les demande se distinguent du document informatisé existant. La différence entre les données comme l'intimé les demande et un cahier de codes est simplement une différence de degré. La préparation des données nécessiterait uniquement une manipulation du document informatisé de départ, qui est distinct, tandis que la préparation d'un cahier de codes nécessiterait un investissement un peu plus élevé en temps et en travail, mais se ferait néanmoins «à partir» du document informatisé de base. Par conséquent, les appelants ne m'ont pas convaincu que le juge des requêtes a erré sur ce point.

[57] Si la constitution d'un cahier de codes requiert davantage de temps et de travail que la constitution de données, cela ne libère pas pour autant les appelants de leur obligation, selon le paragraphe 4(3), de préparer un tel document. Cependant, le surcroît de temps et de travail qui serait requis pour répondre à la demande de l'intimé concernant un cahier de codes influe directement sur la question de savoir si cela entravera de façon sérieuse le fonctionnement des appelants. Lorsqu'elle s'est demandé si la préparation d'un cahier de codes entraverait de façon sérieuse le fonctionnement des appelants, le juge des requêtes a de nouveau invoqué la rareté des éléments de preuve produits par les appelants. Pour des raisons similaires à celles que j'ai examinées, je suis arrivé à la conclusion que les preuves versées dans le dossier étaient manifestement suffisantes pour

unreasonably interfere with the appellant's operations.

[58] In response to questions 288-304 on cross-examination of his affidavit, Mr. Motiuk detailed the work involved and the consequences of fulfilling the respondent's request for a code book. As I have already mentioned, he explained that code books are often unnecessary to CSC research, and by omitting this "very labour intensive stage" of a project, researchers can save themselves "months of work". In particular, he stated that producing a code book to accompany the particular data requested by the respondent would require "a good week to two weeks of text entry into a computer of rewriting variable labels and value labels in terms of the definitions".

[59] For these reasons I am of the opinion that the appellants must succeed.

[60] I pass now to consider the issues which form the subject-matter of the cross-appeal.

The Software

[61] On 17 March 1997 the respondent made a request for a copy of the software. The Motions Judge decided that the software was not producible using computer hardware and software and technical expertise normally used by the appellants. She held that since it existed only for use on a mainframe computer, but not a personal computer, the appellants had no obligation to produce the latter format. That task would normally be performed by external agencies. The respondent cross-appeals this finding, arguing that the Motions Judge erred by assuming that he necessarily required the software in a format for use on a personal computer.

[62] In my view, the contention of the respondent on this point is not without merit. The evidence of the respondent is not that he required the software for use on a personal computer. Indeed, the respondent claims he

autoriser la conclusion selon laquelle la préparation d'un cahier de codes entraverait de façon sérieuse le fonctionnement des appelants.

[58] En réponse aux questions 288 à 304 posées durant le contre-interrogatoire de M. Motiuk sur son affidavit, M. Motiuk a exposé en détail le travail requis et ce qui se produirait si l'on accédait à la demande de l'intimé relative à un cahier de codes. Comme je l'ai déjà mentionné, M. Motiuk a expliqué que les cahiers de codes sont souvent inutiles pour les activités de recherche du SCC et que, en passant outre à cette «étape très laborieuse» d'un projet, les chercheurs peuvent s'épargner des «mois de travail». Il a dit notamment que la préparation d'un cahier de codes devant accompagner les données particulières demandées par l'intimé nécessiterait «une bonne semaine, sinon deux, de saisie du texte dans un ordinateur, ainsi que de rédaction d'étiquettes de variables et d'étiquettes de valeur pour ce qui est des définitions».

[59] Pour ces motifs, je suis d'avis que les appelants doivent obtenir gain de cause.

[60] Passons maintenant aux points qui concernent l'appel incident.

Le logiciel

[61] Le 17 mars 1997, l'intimé a demandé une copie du logiciel. Le juge des requêtes a décidé que le logiciel ne pouvait être préparé à l'aide du matériel, du logiciel et des compétences techniques dont les appelants disposaient normalement. Elle a jugé que, puisqu'il n'existait que pour utilisation sur un ordinateur central, mais non sur un ordinateur personnel, les appelants n'étaient pas tenus de produire le logiciel en une forme adaptée à un ordinateur personnel. Cette tâche était en principe exécutée par des organismes externes. L'intimé interjette un appel incident contre cette conclusion, en affirmant que le juge des requêtes a eu tort de présumer qu'il voulait nécessairement le logiciel en une forme pouvant être utilisée sur un ordinateur personnel.

[62] À mon avis, la prétention de l'intimé sur ce point n'est pas sans fondement. Dans sa preuve, l'intimé ne dit pas qu'il voulait le logiciel en une forme adaptée à un ordinateur personnel. Il affirme même qu'il avait accès

had access to a mainframe computer. The primary question, therefore, is not whether the appellants have an obligation under subsection 4(3) to produce the software in a format for use on a personal computer (although, clearly, such work is not normally done by the appellants), but whether the mainframe computer software is an existing “record” as defined under section 3 of the Act.

[63] The Motions Judge held that the software was not a “record”. On this point, I am in respectful agreement with her interpretation of section 3 of the Act. She concluded that the software is an item used to generate, view or edit a record, as opposed to a record itself. The software is not analogous to any of the items listed in the definition under section 3. In her attempt to interpret Parliament’s intention, she explained that if computer software was contemplated in the definition of a “record” it would have been expressly mentioned. In light of the language of section 3 and the overall purpose of the Act, her approach is consistent with accepted principles of statutory interpretation, and I can find no error in her conclusion. I would only add that, the software is not only not a “record”, it is not “under the control of a government institution”. It is under the control of the external developer, and the appellants are mere licensees. They have no authority to copy or otherwise use the software outside of their agreements.

Infringement of paragraph 2(b) Charter Rights

[64] The respondent submits that the Motions Judge erred in refusing to declare that the purpose and effect of the appellants’ actions were to deny his constitutional right to freedom of expression as guaranteed by paragraph 2(b) of the Charter. The respondent claims that he did not seek a declaration that the Charter provides him with a right of access to information, but merely that the appellants infringed his constitutional right.

[65] I have not a little difficulty understanding the distinction the respondent attempts to draw. Unless the respondent has a constitutional right of access to

à un ordinateur central. La question essentielle par conséquent n’est pas de savoir si les appelants ont l’obligation, selon le paragraphe 4(3), de préparer le logiciel en une forme adaptée à un ordinateur personnel (encore que, manifestement, ce travail ne soit pas en principe effectué par les appelants), mais de savoir si le logiciel adapté à un ordinateur central constitue un «document» existant au sens de l’article 3 de la Loi.

[63] Le juge des requêtes a estimé que le logiciel n’était pas un «document». Sur ce point, je souscris à son interprétation de l’article 3 de la Loi. Elle a conclu que le logiciel est un élément utilisé pour générer, visionner ou corriger un document, par opposition au document lui-même. Le logiciel n’est pas apparenté à l’un quelconque des éléments énumérés dans la définition qui apparaît dans l’article 3. Dans sa tentative d’interpréter l’intention du législateur, le juge des requêtes a expliqué que, si un logiciel d’ordinateur avait été envisagé dans la définition de «document», il y aurait été expressément mentionné. Vu le texte de l’article 3 et l’objet global de la Loi, la démarche adoptée par le juge des requêtes s’accorde avec les principes reconnus d’interprétation législative, et je ne vois aucune erreur dans sa conclusion. J’ajouterais seulement que non seulement le logiciel n’est pas un «document», mais encore il ne «relève pas d’une institution fédérale». Il relève du concepteur externe, et les appelants sont de simples licenciés. Ils n’ont pas le pouvoir de reproduire ou d’utiliser d’une autre manière le logiciel en dehors de leurs accords.

Négation des droits conférés par l’alinéa 2b) de la Charte

[64] L’intimé affirme que le juge des requêtes a commis une erreur lorsqu’elle a refusé de déclarer que les actes des appelants avaient pour objet et pour effet de nier son droit fondamental à la liberté d’expression, un droit garanti par l’alinéa 2b) de la Charte. L’intimé affirme qu’il ne recherchait pas une déclaration selon laquelle la Charte lui confère un droit d’accès à l’information, mais simplement une déclaration selon laquelle les appelants ont nié son droit fondamental.

[65] J’ai du mal à comprendre la distinction que fait l’intimé. Si l’intimé n’a pas un droit fondamental d’accès à l’information, les appelants n’ont pu nier ce droit. Le

information, the appellants could not have violated that right. The Motions Judge considered the decision of the Ontario Divisional Court in *Ontario (Attorney General) v. Fineberg* (1994), 19 O.R. (3d) 197, which held that paragraph 2(b) does not provide a general right of access to information. Without endorsing all the reasons for decision given in that case, I am in respectful agreement with the conclusion of the Motions Judge that the respondent's Charter right was not contravened here.

Costs

[66] The respondent raises the issue of costs pursuant to section 53 of the Act, which I again reproduce for convenience here:

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.

[67] The Motions Judge stated [at paragraph 34] that "[a]s success was evenly divided, there will be no order as to costs." Clearly, subsection 53(1) of the Act gives the Motions Judge discretion in awarding costs. However, subsection 53(2) qualifies that discretion. I can only infer that, since costs were not awarded to the applicant (the respondent in this proceeding), the Motions Judge was of the opinion that the respondent did not raise an important new principle in relation to the Act.

[68] As stated at the outset of these reasons and accepted by both parties, the appeal and cross-appeal require this Court to consider subsection 4(3) of the Act and section 3 of the Regulations for the first time. The respondent contends that the issues raised in the appeal and cross-appeal involve an important new principle in relation to the Act. He contends further that the implications of these issues are enormous not only for government institutions but also for the public. In response, the appellants contend that simply because an

juge des requêtes a considéré le jugement de la Cour divisionnaire de l'Ontario dans l'affaire *Ontario (Attorney General) v. Fineberg* (1994), 19 O.R. (3d) 197, où l'on a jugé que l'alinéa 2b) ne confère pas un droit général d'accès à l'information. Sans faire miens tous les motifs de décision exposés dans cette affaire, je souscris à la conclusion du juge des requêtes selon laquelle le droit fondamental de l'intimé n'a pas ici été nié.

Dépens

[66] L'intimé soulève la question des dépens dont fait état l'article 53 de la Loi, que je reproduis ici de nouveau par commodité:

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.

[67] Le juge des requêtes a expliqué [au paragraphe 34] que, «comme chacune des parties a obtenu gain de cause dans la même mesure, il n'y a pas lieu d'adjuger de dépens». À l'évidence, le paragraphe 53(1) de la Loi donne au juge des requêtes le pouvoir discrétionnaire d'adjuger des dépens. Cependant, le paragraphe 53(2) tempère ce pouvoir. Je ne puis qu'en déduire que, puisque les dépens n'ont pas été adjugés au demandeur (l'intimé dans la présente instance), le juge des requêtes était d'avis que celui-ci n'avait pas soulevé un principe important et nouveau concernant la Loi.

[68] Ainsi que je l'ai indiqué au début des présents motifs, et ainsi que l'ont accepté les deux parties, l'appel et l'appel incident obligent la Cour à considérer pour la première fois le paragraphe 4(3) de la Loi et l'article 3 du Règlement. L'intimé affirme que les points soulevés dans l'appel et dans l'appel incident font intervenir un principe important et nouveau se rapportant à la Loi. Il affirme aussi que les conséquences de ces questions sont énormes non seulement pour les institutions fédérales, mais aussi pour le public. Les appelants objectent, quant

issue is raised for the first time does not make it an important new principle. This may be true, but to my mind, if the issues raised by the respondent in this case do not constitute important new principles, it is difficult to imagine one that would. If the Motions Judge thought otherwise, then I am of the opinion that she was wrong in law. I agree with the respondent respecting the implications of this case. It does involve an important new principle. Consequently although the respondent was ultimately unsuccessful in this appeal, and in his cross-appeal, nevertheless, in my opinion, he should be awarded his costs throughout.

Disposition

[69] I would allow the appeal, dismiss the cross-appeal, and dismiss the application for judicial review. Pursuant to subsection 53(2) of the Act the respondent should have his costs, both here and below, on a party-and-party basis.

STONE J.A.: I agree.

* * *

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[70] MALONE J.A. (dissenting in part): I dissent from the majority reasons only in connection with paragraph 69 and the issue of costs. Subsection 53(2) of the Act reads as follows:

53. . . .

(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.

[71] Once it has been determined, as in this application, that an important new principle in relation to the Act has been raised by the respondent, his lack of

à eux, que le simple fait qu'un point soit soulevé pour la première fois n'en fait pas un principe important et nouveau. Sans doute, mais, à mon avis, si les points soulevés par l'intimé dans la présente affaire ne constituent pas des principes importants et nouveaux, il est difficile d'imaginer un point qui puisse constituer un principe important et nouveau. Si le juge des requêtes a pensé autrement, alors je suis d'avis qu'elle a commis une erreur de droit. Je partage le point de vue de l'intimé en ce qui concerne les répercussions de la présente affaire. Elle fait intervenir un principe important et nouveau. Par conséquent, même si l'intimé n'a finalement pas eu gain de cause dans le présent appel et dans son appel incident, je suis néanmoins d'avis qu'il a droit à ses dépens dans la présente instance et dans les instances antérieures.

Décision

[69] J'accueillerais l'appel, rejetterais l'appel incident et rejetterais la demande de contrôle judiciaire. En application du paragraphe 53(2) de la Loi, l'intimé a droit à ses dépens partie-partie, dans la présente instance et dans les instances antérieures.

LEJUGESTONE, J.C.A.: Je souscris aux présents motifs.

* * *

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

[70] LEJUGEMALONE, J.C.A.: (dissent en partie): Je suis en désaccord avec les motifs des juges majoritaires, uniquement en ce qui a trait au paragraphe 69 et à la question des dépens. Le paragraphe 53(2) de la Loi est ainsi formulé:

53. [. . .]

(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.

[71] Une fois que l'on a décidé, comme c'est le cas dans la présente demande, qu'un principe nouveau et important intéressant la Loi a été soulevé par l'intimé, le

success in the initial application and on his cross-appeal becomes irrelevant. Costs cannot be awarded against him and the only remaining issue is the question of costs to be awarded in his favour.

[72] In my view, a lump sum award under subsection 400(4) of the *Federal Court Rules, 1998* best reflects the true intention of Parliament in enacting this unusual subsection, namely, that the respondent should be awarded his reasonable costs and not the normal amount generated by an award of party-and-party costs under the *Tariff*.

[73] I would set the respondent lump sum costs at \$20,000 inclusive of GST and all disbursements.

rejet de sa demande initiale et de son appel incident devient hors de propos. Il ne peut être condamné aux dépens et le seul point restant concerne les dépens auxquels il a droit.

[72] À mon avis, une somme forfaitaire adjugée selon le paragraphe 400(4) des *Règles de la Cour fédérale (1998)* rend mieux compte de l'intention véritable qu'avait le législateur lorsqu'il a adopté cette disposition inusitée, c'est-à-dire que l'intimé devrait se voir adjuger ses dépens raisonnables, et non la somme qui résulterait de l'adjudication de dépens entre parties selon le tarif.

[73] Je fixerais la somme forfaitaire des dépens de l'intimé à 20 000 \$, y compris la TPS et tous les débours.