

T-2836-86
T-268-87

T-2836-86
T-268-87

Walter P. Twinn representing all the persons who are members of the Sawridge Indian Band (*Applicant*) (*Plaintiff*)

v.

The Honourable William McKnight, the member of the Queen's Privy Council presiding over the Department of Indian Affairs and Northern Development (*Respondent*) (*Defendant*)

INDEXED AS: TWINN v. CANADA (MINISTER OF INDIAN AFFAIRS AND NORTHERN DEVELOPMENT)

Trial Division, Martin J.—Edmonton, March 18; Ottawa, March 30, 1987.

Access to information — Application to review decision to release copy of Band's membership rules, for injunction to restrain disclosure and mandamus requiring respondent to comply with ss. 19, 20 and 28 of the Act — Right to review under s. 44 arising only after notice contemplated by s. 28(5)(a) issued — Condition precedent to issuance of notice that respondent having reason to believe disclosure of record contrary to obligation under s. 20 not to disclose records — Applicant not having right to s. 44 review as no determination essential to constitute notice within s. 28(5)(a) — Decision not to proceed under s. 28 subject to common law review — Respondent meeting tests in Secretary of State for Education and Science v Metropolitan Borough of Tameside, [1976] 3 All ER 665 (H.L.) — Facts upon which respondent could base decision, and in making decision respondent took facts into consideration — Access to Information Act, S.C. 1980-81-82-83, c. 111, Schedule I, ss. 2(2), 19, 20, 28, 29(1), 44, 68 — Statutory Instruments Act, S.C. 1970-71-72, c. 38, ss. 24, 25 — Copyright Act, R.S.C. 1970, c. C-30, s. 17 — Indian Act, R.S.C. 1970, c. I-6, s. 6.

Native peoples — Band membership rules — Application to review decision to release copy of rules under Access to Information Act, for injunction to restrain disclosure, and mandamus requiring respondent to comply with ss. 19, 20 and 28 — Applicant arguing financial loss if rules disclosed — Applicant hoping to recover cost of preparation of rules from other Bands which might use them as precedent — Respondent arguing rules statutory instruments and thus applicant not suffering financial loss from disclosure as already duty to make statutory instrument available upon request — Applications dismissed — Access to Information Act, S.C. 1980-81-82-83, c. 111, Schedule I, ss. 2(2), 19, 20, 28, 29(1), 44, 68 — Statutory Instruments Act, S.C. 1970-71-72, c. 38, ss. 24, 25

Walter P. Twinn représentant toutes les personnes qui sont membres de la bande indienne de Sawridge (*requérant*) (*demandeur*)

c.

L'honorable William McKnight, membre du Conseil privé de la Reine, ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien (*intimé*) (*défendeur*)

RÉPERTORIÉ: TWINN c. CANADA (MINISTRE DES AFFAIRES INDIENNES ET DU NORD CANADIEN)

Division de première instance, juge Martin—Edmonton, 18 mars; Ottawa, 30 mars 1987.

Accès à l'information — Demande visant à obtenir la révision de la décision de communiquer une copie du code d'appartenance de la bande, une injonction en interdisant la communication et un bref de mandamus exigeant de l'intimé qu'il se conforme aux art. 19, 20 et 28 de la Loi — Le recours en révision sous le régime de l'art. 44 est tributaire de l'avis prévu à l'art. 28(5)a) — La condition préalable à l'émission de l'avis est que l'intimé a lieu de croire que la communication du document pourrait aller à l'encontre de son obligation de ne pas en donner communication, imposée par l'art. 20 — Le requérant n'a pas droit au recours en révision sous le régime de l'art. 44, puisqu'il n'y a pas eu l'indication essentielle pour constituer des avis au sens de l'art. 28(5) — La common law prévoit un droit de contrôle de la décision de ne pas agir sous le régime de l'art. 28 — L'intimé a satisfait aux critères dégagés dans l'affaire Secretary of State for Education and Science v Metropolitan Borough of Tameside, [1976] 3 All ER 665 (H.L.) — Il y avait des faits sur lesquels l'intimé pouvait fonder sa décision, et il les a pris en considération en rendant sa décision — Loi sur l'accès à l'information, S.C. 1980-81-82-83, chap. 111, annexe I, art. 2(2), 19, 20, 28, 29(1), 44, 68 — Loi sur les textes réglementaires, S.C. 1970-71-72, chap. 38, art. 24, 25 — Loi sur le droit d'auteur, S.R.C. 1970, chap. C-30, art. 17 — Loi sur les Indiens, S.R.C. 1970, chap. I-6, art. 6.

Peuples autochtones — Code d'appartenance de la bande — Demande, fondée sur la Loi sur l'accès à l'information, visant à obtenir la révision de la décision de communiquer une copie du code, une injonction en interdisant la communication et un bref de mandamus exigeant de l'intimé qu'il se conforme aux art. 19, 20 et 28 — Le requérant prétend que la communication du code va entraîner une perte financière — Le requérant espère recouvrer les frais de la préparation du code d'autres bandes qui pourraient s'en servir comme précédent — L'intimé soutient que le code est un texte réglementaire, et que le requérant ne subit aucune perte financière en raison de la divulgation parce qu'il est déjà tenu de présenter le texte réglementaire sur demande — Demandes rejetées — Loi sur l'accès à l'information, S.C. 1980-81-82-83, chap. 111, annexe I, art. 2(2), 19, 20, 28, 29(1), 44, 68 — Loi sur les textes réglementaires, S.C. 1970-71-72, chap. 38, art. 24, 25

— *Copyright Act, R.S.C. 1970, c. C-30, s. 17* — *Indian Act, R.S.C. 1970, c. I-6, s. 6.*

This is an application for a review of the respondent's decision to release, to an undisclosed person, a copy of the Band's membership rules, for an injunction restraining the respondent from disclosing the rules and *mandamus* requiring the respondent to comply with sections 19, 20 and 28 of the Act.

The Band's rules were developed at a cost of approximately \$50,000. The Band has not made the rules available to anyone, except on specified conditions, because it intends to recover the costs of their preparation from other bands which might want to use them as a precedent. The applicant says that if they are released the Band would suffer financially because it will no longer be able to recover the expenses incurred in their preparation. The respondent submits that the rules are a statutory instrument which must be made available to any person for inspection upon payment of a modest fee. The respondent submits that the applicant will not suffer any material financial loss by reason of their disclosure under the *Access to Information Act* because the applicant is already under a duty to make them available on request. The issue is whether the respondent was correct in deciding that the release of the rules was not contrary to paragraphs 20(1)(c) or (d).

Held, the applications should be dismissed.

The applicant's right to a judicial review of the respondent's decision to disclose the rules arises under subsection 44(1), and only arises if a notice of the decision to disclose a record has been given under paragraph 28(5)(b). The essential condition precedent to the issuance of the notice is that the respondent has reason to believe that disclosure of the record might be contrary to his obligation under section 20 not to disclose records. The respondent had sent three letters to the applicant stating that the records requested did not come within any of the exemptions for disclosure provided for in the Act. The respondent specifically concluded that the request did not come within section 20 and notified the applicant of his intention to disclose the rules. As the letters were not preceded by a determination essential to constitute them notices within paragraph 28(5)(a), the right of review under section 44, is not available to the applicant and that portion of his application must be dismissed. Although the respondent purported to bring the matter under section 44 by the letter intending to give the third party a right to appear as a party to the review, the letter cannot have that effect because no notice had been given to the applicant under paragraph 28(5)(b).

The real issue is whether the respondent should have issued the notice contemplated by paragraph 28(5)(a). The right to review the decision of the respondent not to proceed under section 28 is more limited than a judicial review under section 44. Although the *Access to Information Act* does not give the Court a statutory right to review the preliminary decision not to proceed under section 28, there is a limited common law right of review which has been described by Lord Wilberforce in *Secretary of State for Education and Science v Metropolitan Borough of Tameside*, [1976] 3 All ER 665 (H.L.). If a judgment requires the existence of some facts before it can be made, then the court can enquire whether those facts exist and

— *Loi sur le droit d'auteur, S.R.C. 1970, chap. C-30, art. 17* — *Loi sur les Indiens, S.R.C. 1970, chap. I-6, art. 6.*

Il s'agit d'une demande visant à obtenir la révision de la décision de l'intimé de délivrer à une personne non révélée une copie du code d'appartenance de la bande, une injonction interdisant à l'intimé d'en donner communication et un bref de *mandamus* exigeant de l'intimé qu'il se conforme aux articles 19, 20 et 28 de la Loi.

La préparation du code de la bande a coûté environ 50 000 \$. La bande n'a pas mis le code à la disposition de quiconque, sauf sous certaines conditions déterminées, parce qu'elle a l'intention de recouvrer les frais de sa préparation d'autres bandes qui pourraient s'en servir comme précédent. Le requérant fait valoir que, si le code est divulgué, la bande subirait des pertes financières parce qu'elle ne serait plus en mesure de recouvrer les dépenses engagées pour sa préparation. L'intimé prétend que le code est un texte réglementaire qui doit être présenté pour examen à quiconque en fait la demande, moyennant le versement d'un droit modique. Toujours selon l'intimé, le requérant ne subira aucune perte financière appréciable en raison de la divulgation du code sous le régime de la *Loi sur l'accès à l'information*, parce qu'il est déjà tenu de le présenter sur demande. La question se pose de savoir si l'intimé a eu raison de décider que la divulgation du code n'allait pas à l'encontre des alinéas 20(1)(c) ou (d).

Jugement: les demandes devraient être rejetées.

Le droit du requérant au contrôle judiciaire de la décision de l'intimé de donner communication du code est prévu au paragraphe 44(1), et dépend de l'émission sous le régime de l'alinéa 28(5)(b) d'un avis de la décision de communiquer un document. La condition essentielle préalable à l'émission de l'avis est que l'intimé a lieu de croire que la communication du document pourrait aller à l'encontre de son obligation de ne pas en donner communication, imposée par l'article 20. L'intimé avait envoyé au requérant trois lettres disant que les documents demandés n'étaient visés par aucune des exemptions de communication prévues dans la Loi. L'intimé a expressément conclu que la demande n'était pas visée par l'article 20, et il a avisé le requérant de son intention de donner communication du code. Puisque les lettres n'ont pas été précédées d'une indication essentielle pour en faire des avis au sens de l'alinéa 28(5)(a), le requérant ne dispose pas du droit d'exercer un recours en révision sous le régime de l'article 44, et cette partie de sa requête doit donc être rejetée. Bien que l'intimé ait prétendu faire entrer en jeu l'article 44 en envoyant au tiers la lettre pour l'information de son droit de comparaître comme partie à l'instance, la lettre ne saurait avoir cet effet, puisqu'aucun avis n'avait été donné au requérant en vertu de l'alinéa 28(5)(b).

La véritable question à trancher est de savoir si l'intimé aurait dû donner l'avis prévu à l'alinéa 28(5)(a). Le droit à la révision de la décision de l'intimé de ne pas agir sous le régime de l'article 28 est plus restreint qu'un contrôle judiciaire sous l'empire de l'article 44. Bien que la *Loi sur l'accès à l'information* ne confère pas à la Cour le droit légal d'examiner la décision préliminaire de ne pas agir sous le régime de l'article 28, la *common law* prévoit un droit de contrôle restreint que lord Wilberforce a décrit dans l'arrêt *Secretary of State for Education and Science v Metropolitan Borough of Tameside*, [1976] 3 All ER 665 (H.L.). Si un jugement exige que certains faits existent, la cour doit vérifier si ces faits existent et s'ils ont

have been taken into account, whether the judgment was made on a proper self-direction as to those facts, and whether the judgment has not been made on other facts which ought not to have been taken into account.

When the respondent first determined that the release of the rules would not give rise to a result described in paragraphs 20(1)(c) or (d), he considered the rules and the application for their disclosure before deciding that they could be disclosed. From the reference in the letter confirming his decision to the representation that the Band would lose the possibility of recovering part of the cost of the rules if they were made public, it is established that the respondent took this representation into account. Although no specific mention of it is made, he also considered the representation that public access to the rules could result in frivolous applications for membership or challenges to the propriety of the rules, the defence of which could result in material loss to the Band, as indicated by the conclusion that membership rules must have already been made public in order to obtain the majority approval required.

In making his decision not to proceed, the respondent met the tests described by Lord Wilberforce. Additionally, he came to the correct conclusion.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Secretary of State for Education and Science v Metropolitan Borough of Tameside, [1976] 3 All ER 665 (H.L.).

REFERRED TO:

T. E. Quinn Truck Lines Ltd. v. Snow, [1981] 2 S.C.R. 657; 129 D.L.R. (3d) 513.

COUNSEL:

Brian R. Burrows for applicant (plaintiff).

Ingrid C. Hutton for respondent (defendant).

SOLICITORS:

McLennan Ross, Edmonton, for applicant (plaintiff).

Deputy Attorney General of Canada for respondent (defendant).

The following are the reasons for order rendered in English by

MARTIN J.: The applicant, the Chief of the Sawridge Indian Band, applies pursuant to section 44 of the *Access to Information Act* [S.C. 1980-81-82-83, c. 111, Schedule I] for a review of the decision made by the Head of the Access to Information and Privacy Secretariat to release to an

été pris en considération, si on a rendu ce jugement en se posant les bonnes questions quant à ces faits, et si le jugement n'a pas été rendu en fonction d'autres faits qui n'auraient pas dû entrer en ligne de compte.

Lorsque l'intimé a décidé pour la première fois que la divulgation du code n'aurait pas les effets décrits aux alinéas 20(1)c) ou d), il a examiné le code et la demande de sa divulgation avant de décider qu'il pouvait être divulgué. La mention, dans la lettre confirmant sa décision, de l'observation selon laquelle la bande perdrait la possibilité de recouvrer une partie du coût du code s'il était rendu public, prouve que l'intimé a tenu compte de cette observation. Bien qu'il n'en ait pas particulièrement fait mention, il a également examiné l'observation selon laquelle l'accès du public au code pourrait donner lieu à des demandes d'appartenance frivoles ou à des contestations quant au bien-fondé du code, dont la défense pourrait causer à la bande une perte financière appréciable, ainsi qu'il ressort de la conclusion selon laquelle le code doit avoir déjà été rendu public pour obtenir l'approbation de la majorité requise.

En décidant de ne pas agir, l'intimé a satisfait aux critères exposés par lord Wilberforce. En outre, il est parvenu à la bonne conclusion.

JURISPRUDENCE

DÉCISION APPLIQUÉE:

Secretary of State for Education and Science v Metropolitan Borough of Tameside, [1976] 3 All ER 665 (H.L.).

DÉCISION CITÉE:

T. E. Quinn Truck Lines Ltd. c. Snow, [1981] 2 R.C.S. 657; 129 D.L.R. (3d) 513.

AVOCATS:

Brian R. Burrows pour le requérant (demandeur).

Ingrid C. Hutton pour l'intimé (défendeur).

PROCUREURS:

McLennan Ross, Edmonton, pour le requérant (demandeur).

Le sous-procureur général du Canada pour l'intimé (défendeur).

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

LE JUGE MARTIN: Le requérant, le chef de la bande indienne de Sawridge, se fonde sur l'article 44 de la *Loi sur l'accès à l'information* [S.C. 1980-81-82-83, chap. 111, annexe I] pour demander la révision de la décision du responsable du secrétariat de l'accès à l'information et de la pro-

undisclosed person requesting the information, a copy of the Band's membership rules. He also applies for an injunction restraining the respondent from disclosing the rules to any party and a *mandamus* requiring the respondent to comply with sections 19, 20 and 28 of the Act.

When this matter came before me on January 28, 1987 there was some doubt that there could be a review pursuant to section 44. The hearing of the application was adjourned so that counsel could take appropriate action to remove that doubt and ensure the application would fall within the provisions of section 44. Following the January 28, 1987 adjournment the respondent, on February 2, 1987, notified the person who had requested disclosure of the rules that the applicant had requested a review of its decision pursuant to section 44 of the Act and that the third party had a right to appear. This notification was given in the following terms:

As you will see from the enclosed Notices of Motion and Affidavits filed in the above-mentioned matters, the members of the Sawridge and Horse Lake Indian Bands object to the decision of the Minister of Indian and Northern Affairs to disclose to you the copies of their respective Band Membership Rules, and have asked the Federal Court to review the Minister's decision pursuant to s. 44 of the Access to Information Act.

You are hereby notified that, by virtue of s. 44(3) of the Access to Information Act, you are entitled to appear as a party to the review. A copy of the Access to Information Act is enclosed herewith for your information.

If, by that notification, counsel intended to cure any defects so as to allow a review under section 44 she has not done so. Conditional upon the right of a third party (the person requesting disclosure of the information) to appear as a party to a review under section 44 is that a notice be issued (for the purposes of this application) under paragraph 28(5)(b). As no notice was issued under that paragraph there can be no review under section 44.

Section 44 is as follows:

44. (1) Any third party to whom the head of a government institution is required under paragraph 28(5)(b) or subsection 29(1) to give a notice of a decision to disclose a record or a part thereof under this Act may, within twenty days after the notice is given, apply to the Court for a review of the matter.

tection de la vie privée de délivrer à une personne non révélée qui en fait la demande une copie du code d'appartenance de la bande. Il conclut également à une injonction interdisant à l'intimé de donner communication du code à une partie, et à un bref de *mandamus* exigeant de l'intimé qu'il se conforme aux articles 19, 20 et 28 de la Loi.

Lorsque j'ai été saisi de l'espèce le 28 janvier 1987, il existait des doutes sur la possibilité d'une révision sous le régime de l'article 44. L'audition de la requête a été ajournée afin que l'avocate de l'intimé prenne les mesures appropriées pour dissiper ces doutes et pour faire en sorte que la requête relève de l'article 44. À la suite de l'ajournement du 28 janvier 1987, l'intimé a, le 2 février 1987, informé la personne qui avait demandé communication du code que le requérant avait exercé un recours en révision de sa décision en vertu de l'article 44 de la Loi et que le tiers pouvait comparaître à l'instance. Cet avis est ainsi rédigé:

[TRADUCTION] Comme le révèlent les avis de requête et les affidavits déposés dans les affaires susmentionnées, les membres des bandes indiennes de Sawridge et du lac Horse s'opposent à la décision du ministre des Affaires indiennes et du Nord de vous communiquer les copies de leur code d'appartenance respectif, et ils ont exercé devant la Cour fédérale le recours en révision de la décision du ministre prévu à l'article 44 de la Loi sur l'accès à l'information.

Nous vous avisons par la présente que, en vertu du paragraphe 44(3) de la Loi sur l'accès à l'information, vous pouvez comparaître comme partie à l'instance. Pour votre information, vous trouverez ci-joint copie de la Loi sur l'accès à l'information.

Si par cette lettre l'avocate a voulu remédier à quelques vices pour permettre un recours sous le régime de l'article 44, elle n'a pas atteint son but. Pour qu'un tiers (la personne qui demande communication des renseignements) puisse comparaître comme partie dans le cadre d'une révision sous le régime de l'article 44, il faut qu'un avis (aux fins de la présente requête), soit donné en application de l'alinéa 28(5)b). Aucun avis n'ayant été donné en vertu de cet alinéa, il ne saurait y avoir lieu à révision sous l'empire de l'article 44.

L'article 44 est ainsi rédigé:

44. (1) Le tiers que le responsable d'une institution fédérale est tenu, en vertu de l'alinéa 28(5)b) ou du paragraphe 29(1), d'aviser de la communication totale ou partielle d'un document peut, dans les vingt jours suivant la transmission de l'avis, exercer un recours en révision devant la Cour.

(2) The head of a government institution who has given notice under paragraph 28(5)(b) or subsection 29(1) that a record requested under this Act or a part thereof will be disclosed shall forthwith on being given notice of an application made under subsection (1) in respect of the disclosure give written notice of the application to the person who requested access to the record.

(3) Any person who has been given notice of an application for a review under subsection (2) may appear as a party to the review.

and the relevant portions of section 28 are:

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

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

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

(3) A notice given under subsection (1) shall include

- (a) a statement that the head of the government institution giving the notice intends to release a record or a part thereof that might contain material or information described in subsection (1);
- (b) a description of the contents of the record or part thereof that, as the case may be, belong to, were supplied by or relate to the third party to whom the notice is given; and
- (c) a statement that the third party may, within twenty days after the notice is given, make representations to the head of the government institution that has control of the record as to why the record or part thereof should not be disclosed.

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

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

(2) Le responsable d'une institution fédérale qui a donné avis de communication totale ou partielle d'un document en vertu de l'alinéa 28(5)b) ou du paragraphe 29(1) est tenu, sur réception d'un avis de recours en révision de cette décision, d'en aviser par écrit la personne qui avait demandé communication du document.

(3) La personne qui est avisée conformément au paragraphe (2) peut, sur autorisation de la Cour, comparaître comme partie à l'instance.

b Voici les dispositions applicables de l'article 28:

28. (1) Sous réserve du paragraphe (2), le responsable d'une institution fédérale qui a l'intention de donner communication totale ou partielle d'un document est tenu, si le document contient ou s'il est, selon lui, susceptible de contenir:

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

de donner au tiers, dans les trente jours suivant la réception de la demande, avis écrit de celle-ci ainsi que de son intention. La présente disposition ne vaut que s'il est possible de rejoindre le tiers sans problèmes sérieux.

(3) L'avis prévu au paragraphe (1) doit contenir les éléments suivants:

- a) la mention de l'intention du responsable de l'institution de donner communication totale ou partielle du document susceptible de contenir les secrets ou les renseignements visés au paragraphe (1);
- b) la désignation du contenu total ou partiel du document qui, selon le cas, appartient au tiers, a été fourni par lui ou le concerne;
- c) la mention du droit du tiers de présenter au responsable de l'institution fédérale de qui relève le document ses observations quant aux raisons qui justifieraient un refus de communication totale ou partielle, dans les vingt jours suivant la transmission de l'avis.

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

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

(7) A notice given under paragraph (5)(b) of a decision to disclose a record requested under this Act or a part thereof shall include

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

The applicant's right to a judicial review of the respondent's decision to disclose the rules arises under subsection 44(1) and only arises if a notice of the decision to disclose a record has been given under paragraph 28(5)(b) or subsection 29(1). As subsection 29(1) is clearly not applicable in this matter I need only consider section 28.

Section 28 details, among other matters, the conditions under which the notice must be issued, the contents of the notice, and the time limits for representations to be made by the party opposing the release of the record. The essential condition precedent to the issuance of the notice is that the respondent has reason to believe the disclosure of the record might be contrary to his obligation under section 20 not to disclose records. Only paragraphs (c) and (d) of subsection 20(1) are relevant to this application.

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

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

As a result of receiving two requests for copies of the Band's rules the respondent sent three letters to the applicant dated respectively October 3, 1986, December 2, 1986 and December 15, 1986. In each letter the respondent stated that, in his view, the records requested did not come within any of the exemptions from disclosure provided for in the Act and thus would be disclosed. In the letter of December 15, 1986 the respondent reiterated his position and stated specifically that the documents requested did not come within the exemptions provided for in section 20 of the Act.

(7) L'avis d'une décision de donner communication totale ou partielle d'un document conformément à l'alinéa (5)b doit contenir les éléments suivants:

- a) la mention du droit du tiers d'exercer un recours en révision en vertu de l'article 44, dans les vingt jours suivant la transmission de l'avis;
- b) la mention qu'à défaut de l'exercice du recours en révision dans ce délai, la personne qui a fait la demande recevra communication totale ou partielle du document.

Le droit du requérant au contrôle judiciaire de la décision de l'intimé de donner communication du code est prévu au paragraphe 44(1), et dépend de l'émission sous le régime de l'alinéa 28(5)b) ou du paragraphe 29(1) d'un avis de la décision de communiquer un document. Puisque, à l'évidence, le paragraphe 29(1) ne s'applique pas en l'espèce, je n'ai à examiner que l'article 28.

L'article 28 énumère notamment les conditions de l'émission de l'avis, le contenu de celui-ci, et le délai imparti à la partie qui s'oppose à la communication du document pour faire des observations. La condition essentielle préalable à l'émission de l'avis est que l'intimé a lieu de croire que la communication du document pourrait aller à l'encontre de son obligation de ne pas en donner communication, imposée par l'article 20. Seuls les alinéas c) et d) du paragraphe 20(1) sont applicables à la présente requête.

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

- c) des renseignements dont la divulgation risquerait vraisemblablement de causer des pertes ou profits financiers appréciables à un tiers ou de nuire à sa compétitivité;
- d) des renseignements dont la divulgation risquerait vraisemblablement d'entraver des négociations menées par un tiers en vue de contrats ou à d'autres fins.

Après avoir reçu deux demandes de copies du code de la bande, l'intimé a envoyé trois lettres au requérant datées respectivement du 3 octobre 1986, du 2 décembre 1986 et du 15 décembre 1986. Dans chaque lettre, l'intimé a déclaré que, à son avis, les documents demandés n'étaient visés par aucune des exemptions de communication prévues dans la Loi, et qu'ils seraient donc communiqués. Dans la lettre du 15 décembre 1986, l'intimé a réitéré sa position et il a déclaré expressément que les documents demandés n'étaient pas visés par les exemptions prévues à l'article 20 de la Loi.

Having come to the conclusion that section 20 was not applicable, or perhaps more accurately, that he had no reason to believe section 20 might be applicable, the respondent notified the applicant of the request and of his intention to accede to it. As the letters, or notices, to the applicant were not preceded by a determination essential to constitute them notices within the meaning of paragraph 28(5)(a), the right of review under section 44, which arises only after the notice contemplated by paragraph 28(5)(a) is issued, is not available to the applicant and that portion of his application must therefore be dismissed.

Although the respondent purported to bring the matter under section 44 by the letter of February 2, 1987 intending to give the third party a right to appear as a party to the review, the letter cannot have that effect because no notice has been given to the applicant under paragraph 28(5)(b).

The real issue to be determined in this matter is not whether the rules should or should not be disclosed, but whether the respondent should or should not have issued the notice contemplated by paragraph 28(5)(a). In this respect, and in support of his motion for the injunction and the *mandamus*, the applicant argues that the respondent should have determined the rules might contain information which would prohibit their release pursuant to paragraphs 20(1)(c) and (d) and thus he should have issued the notice under section 28. Had the notice been issued pursuant to section 28, as the applicant claims ought to have been done, it would have enabled the applicant to obtain a Court review of the decision to release the rules. It is for that reason the applicant seeks an order compelling the respondent to comply with the provisions of sections 19, 20 and 28 of the Act.

Once again a procedural point was raised in passing, and that was whether such a request should be instituted by application or in an action. Out of an abundance of caution the applicant, following the January 28, 1987 adjournment, commenced an action against the respondent claiming substantially the same relief as he claims by way of this application. In that action he has applied for an interim injunction asking for the relief pending trial. Both the present application and the application for the interim injunction in the action

Ayant conclu que l'article 20 n'était pas applicable, ou peut-être plus précisément qu'il n'avait aucune raison de croire que l'article pouvait s'appliquer, l'intimé a informé le requérant de la demande et de son intention d'y faire droit. Puisque les lettres, ou avis, adressées au requérant n'ont pas été précédées d'une indication essentielle pour en faire des avis au sens de l'alinéa 28(5)a), le requérant ne dispose pas du droit d'exercer un recours en révision sous le régime de l'article 44, qui est tributaire de l'avis prévu à l'alinéa 28(5)a), et cette partie de sa requête doit donc être rejetée.

Bien que l'intimé ait prétendu faire entrer en jeu l'article 44 en envoyant au tiers la lettre du 2 février 1987 pour l'informer de son droit de comparaître comme partie à l'instance, la lettre ne saurait avoir cet effet, puisqu'aucun avis n'avait été donné au requérant en vertu de l'alinéa 28(5)b).

La véritable question à trancher en l'espèce n'est pas de savoir si le code d'appartenance devrait ou pas être communiqué, mais si l'intimé aurait ou n'aurait pas dû donner l'avis prévu à l'alinéa 28(5)a). À cet égard et à l'appui de sa requête en injonction et en bref de *mandamus*, le requérant soutient que l'intimé aurait dû décider que le code pouvait contenir des renseignements qui en écarteraient la communication en application des alinéas 20(1)c) et d) et que, en conséquence, il aurait dû donner l'avis prévu à l'article 28. Si l'avis avait été donné en vertu de l'article 28, comme cela aurait dû se faire selon le requérant, celui-ci aurait pu exercer devant la Cour un recours en révision de la décision de communiquer le code. C'est pour cette raison que le requérant conclut à une ordonnance enjoignant à l'intimé de se conformer aux articles 19, 20 et 28 de la Loi.

Encore une fois un point de procédure a été soulevé en passant, à savoir si une telle demande devrait être formulée par voie de requête ou par voie d'action. Par précaution excessive, le requérant a, à la suite de l'ajournement du 28 janvier 1987, intenté contre l'intimé une action réclamant essentiellement le même redressement que celui qu'il réclame dans la présente demande. Dans cette action, il a conclu à une injonction provisoire, sollicitant le redressement en attendant le procès. Tant la présente demande que la demande d'in-

were heard together on March 18, 1987 at Edmonton. Because the applicant is before me seeking the same relief both by way of application and in an action I do not find it necessary to determine which of the two procedures is appropriate. Instead I will bypass that issue and deal directly with the merits of the applicant's submissions.

The Band's rules were developed under the provisions of the *Indian Act* [R.S.C. 1970, c. I-6]. Pursuant to section 10 of that Act the applicant's Band duly voted to accept the rules which had been prepared at a cost of approximately fifty thousand dollars (\$50,000). After acceptance by the Band the rules were forwarded to the Minister who, on September 25, 1985, notified the applicant pursuant to subsection 10(7) of the *Indian Act* that the Band had control of its own membership.

The applicant has been careful to see that the rules have not been made available to anyone, except on specified conditions, even to the point of recalling all copies which were made available to the Band electors for the purpose of voting on them. The reason given by the applicant for refusing to circulate the rules is his intention to recover the costs of their preparation from other bands which might want to use them as a precedent when preparing their own rules.

In this respect all requests for copies of the rules are referred to the applicant who determines on what, if any, conditions the rules will be made available. He also determines, in respect of each request for a copy of the rules, the amount, if any, the person requesting the copy will be obliged to pay. The applicant claims a proprietary right to the rules and says that if they are released the Band would no longer be able to recover the expenses incurred in their preparation and could reasonably be expected to suffer financially. Alternatively, it is submitted that their release could reasonably be expected to interfere with negotiations which the applicant has with other bands for their conditional release as a precedent.

To this argument the respondent says the rules are a "statutory instrument" within the meaning of the *Statutory Instruments Act* [S.C. 1970-71-

jonction provisoire dans l'action ont été entendues en même temps, soit le 18 mars 1987 à Edmonton. Puisque le requérant à l'instance conclut au même redressement par voie de requête et par voie d'action, je n'estime pas nécessaire de déterminer laquelle des deux procédures est appropriée. J'évite donc cette question pour aborder directement la question du bien-fondé des arguments du requérant.

Le code de la bande a été établi en vertu de la *Loi sur les Indiens* [S.R.C. 1970, chap. I-6]. En application de l'article 10 de celle-ci, la bande du requérant a dûment voté pour accepter le code dont la préparation avait coûté environ cinquante mille dollars (50 000 \$). Le code ayant été accepté par la bande, il a été envoyé au ministre qui a, le 25 septembre 1985 et en vertu du paragraphe 10(7) de la *Loi sur les Indiens*, informé le requérant que la bande décidait désormais de l'appartenance à ses effectifs.

Le requérant a pris soin de voir à ce que le code ne soit pas mis à la disposition de quiconque, sauf sous certaines conditions déterminées; il est allé jusqu'à rappeler toutes les copies distribuées aux électeurs de la bande pour qu'ils procèdent au vote sur ce code. Le motif invoqué par le requérant pour ne pas mettre en circulation le code est qu'il a l'intention de recouvrer les frais de sa préparation d'autres bandes qui pourraient vouloir s'en servir comme précédent pour préparer leur propre code.

À cet égard, toutes les demandes de copies du code sont renvoyées au requérant pour qu'il fixe les conditions, s'il en est, de sa communication. À l'égard de chaque demande de copie du code, c'est lui qui décide, quel montant, s'il en est, devra être déboursé. Le requérant revendique un droit de propriété sur ce code et prétend que la divulgation de celui-ci empêcherait la bande de recouvrer les dépenses engagées pour sa préparation et que celle-ci subirait vraisemblablement des pertes financières. Il soutient subsidiairement que la divulgation du code risquerait vraisemblablement d'entraver les négociations qu'il mène avec d'autres bandes en vue de sa divulgation conditionnelle à titre de précédent.

L'intimé soutient par contre que le code est un «texte réglementaire» au sens de la *Loi sur les textes réglementaires* [S.C. 1970-71-72, chap. 38]

72, c. 38] pursuant to sections 24 and 25 of which they must be made available to any person for inspection upon payment of a modest prescribed fee of about one dollar (\$1) per page. There being an obligation to make the rules available for this modest fee, counsel for the respondent submits the applicant has not shown he will suffer any material financial loss by reason of their disclosure under the *Access to Information Act* because the applicant is already under a duty to make them available on request. She applies the same reasoning to the applicant's claim that disclosure of the rules can be expected to interfere with the applicant's negotiations with other bands to sell them copies of the rules.

To the argument that the applicant's proprietary rights to the rules will be effectively lost by their disclosure, counsel for the respondent refers to section 17 of the *Copyright Act* [R.S.C. 1970, c. C-30] which provides that the disclosure of any document under the provisions of the *Access to Information Act* is not to be taken as an authorization to any person to do anything that, by the *Copyright Act*, only the owner of the copyright has the right to do.

In reply counsel for the applicant submits that the rules are not a statutory instrument within the meaning of the *Statutory Instruments Act*; that if the rules are a statutory instrument and are to be made available then, by virtue of section 68 of the *Access to Information Act*, which exempts from the provisions of the Act material available for purchase by the public, the respondent has no authority, under the *Access to Information Act* to release the rules.

Furthermore, submits counsel for the applicant, if the respondent's submission with respect to the obligation of the applicant to make the rules available is correct, then there is already in place a procedure for permitting access to the rules and, therefore, subsection 2(2) of the *Access to Information Act*, which provides that the Act is not intended to replace existing procedures, should be read to exclude an application under the *Access to Information Act* for the rules which can be obtained through the existing procedure provided for in the *Statutory Instruments Act*.

et, qu'en vertu des articles 24 et 25 de celle-ci, il doit être présenté pour examen à quiconque en fait la demande, moyennant le versement d'un droit prescrit modique d'environ un dollar (1 \$) la page. Étant donné l'obligation de rendre le code disponible pour cette somme modique, l'avocate de l'intimé soutient que le requérant n'a pas fait la preuve qu'il subirait une perte financière appréciable en raison de sa divulgation sous le régime de la *Loi sur l'accès à l'information*, parce qu'il est déjà tenu de le présenter sur demande. Elle applique le même raisonnement à la prétention du requérant selon laquelle la divulgation du code risquerait vraisemblablement d'entraver les négociations qu'il mène avec d'autres bandes pour en vendre des copies.

Pour repousser l'argument du requérant selon lequel la divulgation du code va lui faire perdre effectivement son droit de propriété sur celui-ci, l'avocate de l'intimé cite l'article 17 de la *Loi sur le droit d'auteur* [S.R.C. 1970, chap. C-30] qui prévoit que la communication de documents effectuée en vertu de la *Loi sur l'accès à l'information* ne doit pas être considérée comme autorisant l'exercice des droits que la *Loi sur le droit d'auteur* ne confère qu'au titulaire d'un droit d'auteur.

À cet argument l'avocat du requérant répond que le code n'est pas un texte réglementaire au sens de la *Loi sur les textes réglementaires* mais, que si tel était le cas et que le code devait être présenté, alors, la *Loi sur l'accès à l'information* n'autorise pas l'intimé à divulguer le code étant donné l'article 68, qui prévoit que cette Loi ne s'applique pas aux documents mis en vente dans le public.

De plus, soutient l'avocat du requérant, si l'argument de l'intimé selon lequel le requérant est tenu de rendre le code disponible est fondé, il existe déjà une procédure visant sa divulgation, et, en conséquence, on devrait interpréter le paragraphe 2(2) de la *Loi sur l'accès à l'information*, qui prévoit que celle-ci a pour objet de compléter les modalités d'accès à certains documents, comme excluant une demande de divulgation du code sous le régime de la Loi, lequel code peut être obtenu en recourant aux modalités d'accès existantes prévues dans la *Loi sur les textes réglementaires*.

If I have correctly understood counsel's arguments they appear to be directed to having me determine whether the respondent made the correct decision when he decided that the release of the rules was not constrained by virtue of paragraphs 20(1)(c) or (d) of the Act. Presumably, if on my evaluation of the facts I should come to a different conclusion, I would be expected to direct the respondent to comply with the provisions of section 28 by issuing the notice contemplated by paragraph 28(5)(a) so as to allow the applicant to have his review under section 44.

While I may be permitted to take that type of course in a judicial review under section 44 I have, in my view, a far more limited right to review the decision made by the respondent not to proceed under section 28.

The right of this Court under section 44 of the *Access to Information Act* to review the decision of the respondent to release the rules is a statutory one. It arises, as already indicated, only when the respondent has proceeded under section 28 and after exhausting the procedures provided for in that section the decision to release the document remains unchanged and is challenged by a third party such as the applicant in this matter.

Before proceeding under section 28, however, the respondent must make a separate decision. He must decide if the information he intends releasing contains or might contain information which he can reasonably foresee might be expected, for the purposes of this application, to result in a material loss to the applicant or interfere with its contractual negotiations with other bands for the use of the rules. That preliminary decision or determination is not reviewable under section 44 which review, as I understand the legislation, would entitle the Court in a proper case, to substitute its decision for the respondent's decision.

In effect the applicant asks that I review the preliminary decision i.e. the decision by the respondent not to proceed under section 28 because the rules did not contain information the disclosure of which he could reasonably foresee might cause material loss to the applicant or interfere with his contractual negotiations.

L'argument de l'avocat, si je comprends bien, semble viser à faire trancher la question de savoir si l'intimé a eu raison de décider que les alinéas 20(1)c) ou d) de la Loi ne faisaient pas obstacle à la divulgation du code. Je présume que, si en évaluant les faits j'arrive à une conclusion différente, on s'attend à ce que j'enjoigne à l'intimé de se conformer à l'article 28 en donnant l'avis prévu à l'alinéa 28(5)a), de manière à permettre au requérant d'exercer un recours en révision sous le régime de l'article 44.

Bien que je puisse adopter cette ligne de conduite dans un contrôle judiciaire sous le régime de l'article 44, j'estime que je dispose d'un droit beaucoup plus limité pour examiner la décision de l'intimé de ne pas agir selon l'article 28.

La Cour tient de l'article 44 de la *Loi sur l'accès à l'information* le droit d'examiner la décision de l'intimé de divulguer le code. Ainsi qu'il a été déjà indiqué, ce droit ne peut être exercé que si l'intimé a agi sous le régime de l'article 28 et si, après qu'on a épuisé les procédures prévues, la décision demeure inchangée et est contestée par un tiers tel que le requérant à l'instance.

Avant d'agir en vertu de l'article 28, l'intimé doit cependant rendre une décision distincte. Il doit décider si les documents qu'il a l'intention de communiquer contiennent ou pourraient contenir des renseignements qui, selon ses prévisions et aux fins de la présente requête, risqueraient vraisemblablement de causer une perte appréciable au requérant ou d'entraver les négociations qu'il mène avec d'autres bandes relativement à l'usage du code. Cette décision préliminaire ne saurait faire l'objet d'une révision sous le régime de l'article 44, laquelle révision, si je comprends bien la loi, permettrait à la Cour, dans un cas approprié, de substituer sa décision à celle de l'intimé.

En fait, le requérant me demande d'examiner la décision préliminaire, c'est-à-dire la décision de l'intimé de ne pas agir sous le régime de l'article 28 parce que le code ne contenait pas de renseignements dont la divulgation, selon ses prévisions, risquerait vraisemblablement de causer une perte appréciable au requérant ou d'entraver les négociations menées par ce dernier en vue de contrats.

Although the *Access to Information Act* gives the Court no statutory right to review that decision there is a limited common law right of review of such decisions which has been described by Lord Wilberforce in *Secretary of State for Education and Science v Metropolitan Borough of Tameside*, [1976] 3 All ER 665 (H.L.), at pages 681-682 as quoted by Laskin C.J.C. with approval in *T. E. Quinn Truck Lines Ltd. v. Snow*, [1981] 2 S.C.R. 657, at pages 668-669; 129 D.L.R. (3d) 513, at pages 521-522:

... if the Secretary of State 'is satisfied'. This form of section is quite well known, and at first sight might seem to exclude judicial review. Sections in this form may, no doubt, exclude judicial review on what is or has become a matter of pure judgment. But I do not think that they go further than that. If a judgment requires, before it can be made, the existence of some facts, then, although the evaluation of those facts is for the Secretary of State alone, the court must enquire whether those facts exist, and have been taken into account, whether the judgment has been made on a proper self direction as to those facts, whether the judgment has not been made on other facts which ought not to have been taken into account. If these requirements are not met, then the exercise of judgment, however bona fide it may be, becomes capable of challenge.

Although the words of the Act do not specifically require the respondent to "be satisfied" the release of the information might or would or would not offend paragraphs 20(1)(c) or (d), that is precisely the decision the respondent is required to make before he determines whether or not to issue the notice under section 28. Accordingly my review of the respondent's decision is limited to the principles set out in the passage quoted.

When the respondent first determined, on October 3, 1986, that the release of the rules would not give rise to a result described in paragraphs 20(1)(c) or (d), he had before him the Band's membership rules and an application for their disclosure. From the correspondence sent to the applicant it is apparent that he considered the rules and the application and determined that the rules could be disclosed under the provisions of the Act. To paraphrase Lord Wilberforce's first test, there were existing facts upon which the respondent could make the decision, evaluation or determination which he did make, and in making that decision the respondent took those existing facts into consideration.

Bien que la *Loi sur l'accès à l'information* ne confère pas à la Cour le droit légal d'examiner cette décision, la *common law* prévoit un droit de contrôle restreint de telles décisions que lord Wilberforce a décrit dans l'arrêt *Secretary of State for Education and Science v Metropolitan Borough of Tameside*, [1976] 3 All ER 665 (H.L.), aux pages 681 et 682, que le juge en chef du Canada Laskin a cité avec approbation dans *T. E. Quinn Truck Lines Ltd. c. Snow*, [1981] 2 R.C.S. 657, aux pages 668 et 669; 129 D.L.R. (3d) 513, aux pages 521 et 522:

[TRADUCTION] ... si le Secrétaire d'État «est convaincu». Ce type d'article est très courant et semble, à première vue, exclure tout contrôle judiciaire. Des articles de ce genre peuvent fort bien exclure tout contrôle judiciaire sur ce qui est ou est devenu une pure question de jugement. Mais je ne crois pas qu'ils aillent plus loin. Si, pour être formé, un jugement exige que certains faits existent, alors même si l'appréciation de ces faits doit être laissée au Secrétaire d'État, la cour doit vérifier si ces faits existent et s'ils ont été pris en considération, s'il a rendu ce jugement après s'être posé les bonnes questions quant à ces faits, si le jugement n'a pas été rendu en fonction d'autres faits qui n'auraient pas dû entrer en ligne de compte. Si ces conditions ne sont pas remplies, la formation du jugement peut être contestée, quelle que soit la bonne foi qu'on y ait mise.

Bien que le texte de la Loi n'oblige expressément pas l'intimé à «être convaincu» que la divulgation des renseignements va peut-être, irait ou n'irait pas à l'encontre des alinéas 20(1)a) ou d), c'est précisément la décision que l'intimé doit rendre avant de déterminer s'il y a lieu de donner l'avis prévu à l'article 28. En conséquence, je vais examiner la décision de l'intimé uniquement selon les principes qui se dégagent du passage cité.

Lorsque, le 3 octobre 1986, l'intimé a décidé pour la première fois que la divulgation du code n'aurait pas les effets décrits aux alinéas 20(1)c) ou d), il disposait du code d'appartenance de la bande et d'une demande tendant à sa divulgation. Il ressort de la lettre envoyée au requérant qu'il a examiné le code et la demande et qu'il a décidé que celui-ci pouvait être divulgué en vertu de la Loi. Pour paraphraser le premier critère exposé par lord Wilberforce, il existait des faits permettant à l'intimé de rendre la décision, de faire une appréciation, ce qu'il a effectivement fait et, en rendant cette décision, il a pris en considération ces faits existants.

In addition to the rules themselves and the application for their disclosure the respondent, after he had made his preliminary decision, received on October 15, 1986 the following representation on behalf of the applicant:

We appreciate that you have concluded the document does not fall within the statutory exemptions and accordingly you have not given the Band the notice contemplated by Section 28 of the Access to Information Act.

While we have not had the opportunity to consider the matter carefully, having only received your letter yesterday, it appears possible to us that the band rules would be exempt under Section 20(1)(c) or (d) of the Act. Although we have not had the opportunity to review the matter with the degree of care which we would like before making a formal submission to you on the point, it does appear to us that public access to the band rules could well encourage frivolous or vexatious applications for membership or challenges to the propriety of the rules, the handling or defense of which could result in material financial loss to the Band.

We would think that the existence of this possibility should be sufficient to permit the "head of the institution" (whom we presume to be the Minister) to have "reason to believe" that the documents "might contain" information of the type described in Section 20(1)(c) or (d) and to justify invocation of the Section 28 procedure.

On October 17 the following additional representation was made to the respondent on behalf of the applicant:

Further to my letter of October 15, 1986 and to our telephone conversation of October 16, I wish to bring to your attention another factor which I suggest you might well consider in determining whether the Sawridge Indian Band Membership Rules are a document within the description of Section 20(1)(c) and (d) of the Access to Information Act.

The Rules were developed by the Band at considerable expense. I am advised by Chief Twinn that he estimates the cost to have been somewhere in the area of \$50,000. The Rules therefore have a significant monetary value. If other bands wish to use them in the development of their own Rules it is reasonable that the Sawridge Indian Band should be able to receive from such other bands a contribution towards the expenditure it incurred. It undoubtedly would consider the circumstances of the band making the request in determining the level of payment to require. Release of the Rules by your Department would, however, eliminate the possibility of recovery of any of the cost and would therefore result in material financial loss to the Band and interfere with contractual or other negotiations with other bands. Clearly the situation is within Section 20(1)(c) and (d).

The respondent replied to these representations on December 15, 1986 in the following terms:

Further to your letter of October 17, 1986 in which you make representations concerning membership rules of the Sawridge Indian Band, please be advised that we have reviewed these

En plus du code lui-même et de la demande tendant à sa divulgation, l'intimé, après qu'il eut rendu sa décision préliminaire, a, le 15 octobre 1986, reçu les observations suivantes de l'avocat du requérant:

a [TRADUCTION] Nous savons que, selon votre conclusion, le document ne tombe pas sous le coup des exemptions prévues par la loi, et que, en conséquence, vous n'avez pas donné à la bande l'avis visé à l'article 28 de la Loi sur l'accès à l'information.

b Nous n'avons pu examiner soigneusement la question, votre lettre nous étant parvenue seulement hier, mais nous estimons néanmoins possible que le code de la bande soit visé par les exemptions des alinéas 20(1)c) ou d) de la Loi. Bien que nous n'ayons pas eu la possibilité d'examiner la question avec le soin que nous aimerions y apporter avant de vous soumettre officiellement des observations sur ce point, il nous semble que l'accès du public au code de la bande pourrait donner lieu à des demandes d'appartenance frivoles ou vexatoires ou à des contestations quant à la propriété du code, dont le traitement ou la défense pourrait causer à la bande une perte financière appréciable.

d Nous estimons que l'existence de cette possibilité suffit pour permettre au «responsable de l'institution» (c'est le ministre, nous présumons) d'avoir «lieu de croire» que les documents «pourraient contenir» des renseignements du genre décrit aux alinéas 20(1)c) ou d) et pour justifier le recours à la procédure prévue à l'article 28.

L'avocat du requérant a, le 17 octobre, présenté les observations supplémentaires suivantes à l'intimé.

f [TRADUCTION] Suite à ma lettre du 15 octobre 1986 et à notre conversation téléphonique du 16 octobre, je désire attirer votre attention sur un autre facteur que, selon moi, vous pourriez prendre en considération pour décider si le code d'appartenance de la bande indienne de Sawridge est un document au sens des alinéas 20(1)c) et d) de la Loi sur l'accès à l'information.

g L'établissement du code a causé à la bande des dépenses considérables. Le chef Twinn m'a informé que, selon son estimation, le coût était de l'ordre de 50 000 \$. Le code a donc une valeur monétaire importante. Si d'autres bandes veulent en faire usage pour établir leur propre code, il est raisonnable que la bande indienne de Sawridge puisse recevoir d'elles une contribution aux dépenses qu'elle a engagées. Elle va indubitablement examiner la situation de la bande qui fait la demande pour déterminer les droits à exiger. Le fait pour votre Ministère de communiquer le code éliminerait toutefois la possibilité pour la bande de rentrer en partie dans ses frais, lui causerait une perte financière appréciable et entraverait les négociations qu'elle mène avec d'autres bandes en vue de contrats ou à d'autres fins. À l'évidence, cette situation est visée aux alinéas 20(1)c) et d).

Le 15 décembre 1986, l'intimé a répondu à ces observations dans les termes suivants:

j [TRADUCTION] Nous accusons réception de votre lettre du 17 octobre 1986 dans laquelle vous avez fait des observations concernant le code d'appartenance de la bande indienne de

representations carefully and have not altered our position that these documents do not fall within section 20 of the Access to Information Act.

Band membership rules which have received the approval of the Minister under the provisions of section 10 of the Indian Act have the force and effect of regulations and a band can have no proprietary interest in regulations.

Furthermore, as the membership rules are required to be approved by a majority of the members of the band, it is concluded that they have been posted, circulated or otherwise made public.

The department will therefore release this information to the applicant on December 31, 1986.

There were thus additional facts before the respondent between the time of his October 3, 1986 decision and his confirmation of that decision on December 15, 1986. Because reference is made to the applicant's October 17 representation it is apparent that the respondent took that into account. Because there is no reference to the October 2 representation it might be argued that the respondent's failure to take it into account has thereby flawed his decision to the extent that I should refer the matter back to him with directions to reconsider taking that representation into account as well.

In my view that is not warranted. Firstly, the October 15 representation is so clearly untenable that the respondent may well have concluded it would be kinder not to specifically reply to it. The third paragraph in the respondent's December 15 reply is, in any event, an indication that it was considered. As well the correspondence indicates there were several telephone conversations between the solicitor for the applicant and the respondent's representatives in which the matter was likely raised and disposed of. Finally the October 15, 1986 representation was, admittedly, made in haste and was never raised again either in the affidavit evidence or in the applicant's submission to me as a reason for granting the relief requested. In this respect I have concluded that counsel for the applicant, having advanced that particular representation in haste, wisely recognized it as being without merit and prudently withdrew it.

I am satisfied, therefore, that in making his decision not to proceed under section 28 of the Act, the respondent has met the tests described by

Sawridge. Nous vous informons que nous les avons examinées soigneusement, et que nous réitérons par la présente notre point de vue selon lequel ce document n'est pas visé par l'article 20 de la Loi sur l'accès à l'information.

Le code d'appartenance de la bande qui a reçu l'approbation du ministre en vertu de l'article 10 de la Loi sur les Indiens a la valeur d'un règlement, et une bande ne saurait prétendre à un droit sur un règlement.

De plus, comme le code d'appartenance doit être approuvé par une majorité des membres de la bande, il est présumé qu'il a été affiché, mis en circulation ou rendu autrement public.

Le Ministère va donc communiquer ces renseignements au requérant le 31 décembre 1986.

L'intimé a donc été saisi de faits supplémentaires au cours de la période allant du 3 octobre 1986, date à laquelle il a pris sa décision, au 15 décembre 1986, date de sa confirmation de cette décision. Étant donné qu'il a été fait état des observations que le requérant a faites le 17 octobre, il appert que l'intimé en a tenu compte. Comme il n'a pas été fait mention des observations du 3 octobre, on peut soutenir que le fait pour l'intimé de n'en avoir pas tenu compte a vicié sa décision suffisamment pour que je doive lui renvoyer l'affaire en lui enjoignant de tenir compte également de ces observations.

J'estime que rien ne justifie une telle mesure. Tout d'abord, les observations du 15 octobre sont si clairement insoutenables que l'intimé a peut-être jugé plus charitable de ne pas y répondre. Le troisième paragraphe de la réponse faite par l'intimé le 15 décembre indique que ces observations ont été prises en considération. Il ressort également de la correspondance échangée qu'il y a eu plusieurs conversations téléphoniques entre l'avocat du requérant et les représentants de l'intimé au cours desquelles la question a probablement été soulevée et tranchée. En dernier lieu, les observations du 15 octobre 1986 ont, de l'aveu de tous, été faites à la hâte et n'ont jamais été soulevées de nouveau, ni dans la preuve sous forme d'affidavit ni dans les arguments invoqués par le requérant devant moi à l'appui du redressement demandé. J'ai donc conclu que l'avocat du requérant, ayant fait ces observations à la hâte, a fait preuve de sagesse en les reconnaissant comme étant non fondées et en les retirant.

Je suis donc convaincu qu'en décidant de ne pas agir sous le régime de l'article 28 de la Loi, l'intimé a satisfait aux critères exposés par lord

Lord Wilberforce and I therefore have no reason to interfere with that decision. I have come to this conclusion without considering whether I would have made the same determination as the respondent because it is not the Court's function to substitute its evaluation of the facts for that of the respondent.

However, even if I were permitted or obliged to do so I would have made the same determination. Although sealed by order of the Court, I am permitted to and did review the Band's rules. While I have no reason to doubt the applicant's affidavit evidence that the expenses associated with their preparation came to approximately fifty thousand dollars (\$50,000) those expenses must have been incurred in respect of matters other than for actual drafting.

The actual preparation of the rules, of which there are 15 on three pages, once appropriate instructions had been received, could have been completed in a few hours. Other expenses incurred, such as the costs of meetings and travelling, might well have raised the costs associated with the preparation of the rules to the figure given but that would not enhance the intrinsic value of the rules as a precedent for a third party.

If the applicant has been able to obtain some benefit for his Band by allowing other bands to use the rules as a precedent for drafting their own rules he has indeed been fortunate. In this respect the evidence is neither detailed nor convincing. Apparently a number of copies of the rules were given to other bands. No money which could be directly attributed to the release by the applicant of the rules was received in return. Instead the evidence indicates that the Band received certain benefits by way of support for actions it has against the federal Government.

Given the information which the respondent had at the time he decided not to proceed under section 28 of the Act, and in particular the rules themselves, and given the representations which were made subsequently, including the material in support of this application, the respondent could not then and could not now be expected to conclude that the release of the rules would or might effect

Wilberforce; rien ne m'autorise donc à modifier cette décision. Je suis parvenu à cette conclusion sans examiner la question de savoir si j'aurais rendu la même décision que l'intimé, parce qu'il n'appartient pas à la Cour de substituer son appréciation des faits à celle de l'intimé.

J'aurais toutefois rendu la même décision même si on m'autorisait ou me forçait à le faire. Bien que la Cour ait donné l'ordre de le sceller, je peux examiner le code de la bande, et je l'ai effectivement fait. Certes, je n'ai aucune raison de douter de la preuve sous forme d'affidavit du requérant selon laquelle les dépenses afférentes à la préparation du code s'élevaient approximativement à cinquante mille dollars (50 000 \$); mais ces dépenses doivent avoir été engagées relativement à des questions autres que sa rédaction même.

La préparation véritable du code, qui comprend 15 règles énoncées sur trois pages, aurait pu être achevée en quelques heures une fois reçues les instructions appropriées. D'autres dépenses engagées, telles que les frais imputables aux réunions et aux déplacements, ont parfaitement pu porter les frais afférents à la préparation du code à la somme donnée, mais cela n'augmenterait pas la valeur intrinsèque du code comme précédent pour un tiers.

Si le requérant a réussi à obtenir quelque avantage pour sa bande en autorisant d'autres bandes à s'inspirer du code pour établir le leur, il doit en fait s'en féliciter. À cet égard, la preuve n'est ni détaillée ni convaincante. Il paraît qu'on a donné un certain nombre d'exemplaires du code à d'autres bandes. Aucun paiement qui puisse être directement imputé à la communication du code n'a été reçu en retour. La preuve révèle cependant que la bande a reçu certains avantages sous forme d'appui pour des actions qu'elle a intentées contre le gouvernement fédéral.

Étant donné les renseignements dont disposait l'intimé au moment où il a décidé de ne pas agir sous le régime de l'article 28 de la Loi, et en particulier le code lui-même, et étant donné les observations qui ont été ultérieurement faites, notamment les éléments d'information à l'appui de la présente requête, on ne pouvait à l'époque, pas plus qu'on ne peut maintenant, s'attendre à ce que

any of the results described in paragraphs 20(1)(c) or (d). To expect the respondent to conclude that the release of the rules would or might give rise to such results would be to expect him to engage in the height of speculation.

Thus I not only conclude that the respondent met the tests described by Lord Wilberforce but also that he has come to the appropriate conclusion and could not have come to any other conclusion.

The applications in causes T-2836-86 and T-268-87 are therefore dismissed.

l'intimé conclue que la divulgation du code donnerait lieu ou pourrait donner lieu aux conséquences prévues aux alinéas 20(1)c) ou d). S'attendre à ce que l'intimé conclue que la divulgation du code donnerait lieu ou pourrait donner lieu à ces conséquences reviendrait à s'attendre à ce qu'il se livre à la plus pure spéculation.

En conséquence, non seulement je conclus que l'intimé a satisfait aux critères dégagés par lord Wilberforce, mais je conclus aussi qu'il a tiré la conclusion appropriée et qu'elle seule s'imposait à lui.

Les requêtes dans les affaires portant les numéros du greffe T-2836-86 et T-268-87 sont donc rejetées.