

T-1140-01
2003 FC 1397

T-1140-01
2003 CF 1397

The Blood Band (*Applicant*)

v.

Her Majesty the Queen in right of Canada as represented by the Minister of Indian Affairs and Northern Development (*Respondent*)

INDEXED AS: BLOOD BAND v. CANADA (MINISTER OF INDIAN AFFAIRS AND NORTHERN DEVELOPMENT) (F.C.)

Federal Court, Lemieux J.—Calgary, April 8; Ottawa, November 28, 2003.

Access to Information — Indian Band seeking judicial review of DIAND decision to release to requestor documents relevant to land claims case — Given Access to Information Act, s. 27 third party notice of intention to release — Band objecting under Act, s. 28(2) — Band's position: documents prepared in contemplation of litigation, conduct of action, settlement negotiations impeded by disclosure — Band invoking s. 20(1)(b), (c), (d) exemptions — Judicial review converted to s. 44 review, application allowed — Settlement privilege — Litigation privilege — Review, exposition of relevant principles — As s. 44 review comparable to trial de novo, Court must reach own conclusions on evidence — For third party exemption, must show reasonable expectation of probable harm — Evidence required to establish — Settlement negotiations crux of matter — Recognized by law as worthy of protection — Within s. 20(1)(d), not covered by s. 20(3) solicitor-client exemption — Must show disclosure reasonably expected to interfere with settlement negotiations — Documents in entirety exempt under s. 20(1)(d) — If process opened to outside intervention by disclosure, DIAND, Band would lose control of situation — Access Coordinator mistaken in view disclosure of "historical facts" not prejudicial to Band as was very evidence relied on by Band.

Native Peoples — Lands — Indian Band seeking judicial review of DIAND decision to sever, release documentation

La bande des Blood (*demanderesse*)

c.

Sa Majesté la Reine du chef du Canada, représentée par le ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien (*défenderesse*)

RÉPERTORIÉ: BANDE DES BLOOD c. CANADA (MINISTRE DES AFFAIRES INDIENNES ET DU NORD CANADIEN) (C.F.)

Cour fédérale, juge Lemieux—Calgary, 8 avril; Ottawa, 28 novembre 2003.

Accès à l'information — Une bande indienne sollicite le contrôle judiciaire de la décision du MAINC portant sur la divulgation de documents demandés qui portent sur sa revendication territoriale — La bande a reçu un avis aux tiers de l'intention de donner communication, en vertu de l'art. 27 de la Loi sur l'accès à l'information — La bande a présenté ses objections en vertu de l'art. 28(2) — La position de la bande: les documents ont été préparés dans le cadre d'un litige, et leur divulgation pourrait entraver le déroulement de cette action ainsi que toute négociation en vue d'un règlement — La bande a invoqué les exemptions prévues à l'art. 20(1)b, c) et d) — Contrôle judiciaire transformé en demande en vertu de l'art. 44; demande accueillie — Privilège lié aux négociations — Privilège lié aux procédures judiciaires — Examen et énoncé des principes applicables — Dans un examen en vertu de l'art. 44, semblable à un procès de novo, la Cour doit tirer ses propres conclusions au vu de la preuve — Pour se prévaloir des exemptions prévues pour les tiers, il faut démontrer un risque vraisemblable de préjudice probable — Preuve nécessaire à cette démonstration — Les négociations en vue d'un règlement sont au cœur de l'affaire — Ce privilège est reconnu en droit comme digne de protection — Couvert par l'art. 20(1)d, non par l'exemption pour le secret professionnel des avocats prévue à l'art. 20(3) — Il faut apporter la preuve que la communication pourrait vraisemblablement entraver des négociations en vue d'un règlement — Les documents dans leur entier relèvent de l'exemption prévue à l'art. 20(1)d — En ouvrant le processus à une intervention extérieure, la bande et le MAINC n'auraient plus le contrôle de la situation — Le coordonnateur de l'accès avait tort de croire que la divulgation de «faits historiques» ne causerait pas de préjudice à la bande, puisqu'il s'agit là de la preuve même que la bande déclare nécessaire pour obtenir gain de cause.

Peuples autochtones — Terres — Une bande indienne sollicite le contrôle judiciaire de la décision du MAINC

relevant to land claim — Band objecting on grounds prepared in contemplation of litigation, disclosure could impede prosecution of action, settlement negotiations — In main action, Band asserting Crown failed to allocate sufficient lands due to population miscalculation — Court considering relevant Access to Information Act principles — Disclosure would result in Band, DIAND losing control of process — Wrong to say disclosure of “historical facts” not prejudicing Band’s case as was very evidence relied upon.

An Indian Band sought judicial review of a Department of Indian Affairs and Northern Development (DIAND) decision to sever and release parts of documents requested in respect of the Band’s land claim. The Departmental Access Coordinator identified three documents as relevant and sent the Band an *Access to Information Act*, section 27 third party notice of intention to release. The Band objected under Act, subsection 28(2). As to the first two documents, the 1994 historical report and the 1996 land claim submission, the Band said that they were prepared in contemplation of litigation against the Crown and that their disclosure could impede both prosecution of the action and settlement negotiations. It was further submitted that they were furnished to DIAND as part of without prejudice settlement negotiations and that release could impair settlement efforts. The Band accordingly invoked the paragraphs 20(1)(b), (c) and (d) exemptions. The final document was a DIAND report and the Band argued that, as it was relevant to ongoing litigation, disclosure would interfere with the lawsuit and negotiations.

The Access Coordinator nevertheless determined that the consultant’s 91-page historical report should be disclosed in its entirety save for its conclusions, stated on two pages. On the other hand, the 183-page land claims submission would not be released except for the cover page and pages 1 to 20, which contained historical data. Finally, the Access Coordinator said that the DIAND report contained factual information and should, with several portions severed, be released.

In the main action, the Band asserted that the Crown failed to set aside sufficient reserve lands due to a miscalculation of the Band’s population.

portant sur le prélèvement et la divulgation de documents qui portent sur sa revendication territoriale — La bande a présenté ses objections: les documents ont été préparés dans le cadre d’un litige, et leur divulgation pourrait entraver le déroulement de cette action ainsi que toute négociation en vue d’un règlement — Dans l’action principale, la bande déclare que la Couronne n’avait pas réservé une superficie suffisante pour la réserve, suite à un mauvais dénombrement de sa population — La Cour a examiné les principes pertinents de la Loi sur l’accès à l’information — La divulgation ferait que la bande et le MAINC n’auraient plus le contrôle de la situation — Il est erroné de dire que la divulgation de «faits historiques» ne causerait pas de préjudice à la bande, puisqu’il s’agit là de la preuve même que la bande déclare nécessaire pour obtenir gain de cause.

Une bande indienne sollicite le contrôle judiciaire de la décision du ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien (MAINC) portant sur le prélèvement et la divulgation d’extraits de documents demandés qui portent sur la revendication territoriale de la bande des Blood. Le coordonnateur de l’accès du MAINC a identifié trois documents pertinents à la demande et elle a envoyé à la bande un avis aux tiers de son intention de donner communication des documents, en vertu de l’article 27 de la *Loi sur l’accès à l’information*. La bande a présenté ses objections, en vertu du paragraphe 28(2) de la Loi. S’agissant des deux premiers documents, le rapport historique de 1994 et la revendication territoriale de 1996, la bande a indiqué qu’ils avaient été préparés dans le cadre d’un litige contre la Couronne, et que leur divulgation pourrait entraver le déroulement de cette action ainsi que toute négociation en vue d’un règlement. De plus, ils ont été transmis au MAINC dans le cadre de négociations sans préjudice en vue d’un règlement et leur divulgation pouvait entraver les efforts de règlement. La bande a donc invoqué les exemptions prévues aux alinéas 20(1)(b), (c) et (d) de la Loi. Le dernier document est un rapport préparé par le MAINC, et la bande soutient que ce document est pertinent au litige entre les parties et que sa divulgation pouvait entraver la poursuite de l’action et des négociations.

Le coordonnateur de l’accès a néanmoins exprimé l’avis que le rapport historique du consultant, comprenant 91 pages, devait être divulgué en entier, à l’exception de ses conclusions, qui tiennent sur deux pages. Par contre, la revendication territoriale, qui contient 183 pages, était protégée de la divulgation, à l’exception de la page couverture et des pages 1 à 20, qui contiennent des données historiques. Finalement, selon le coordonnateur de l’accès, le rapport préparé par le MAINC contenait des informations factuelles qu’on pouvait divulguer, en relevant plusieurs parties.

Dans l’action principale, la bande déclare que la Couronne n’avait pas réservé une superficie suffisante pour la réserve, suite à un mauvais dénombrement de sa population.

Held, this section 44 review application should be allowed and the documents protected from disclosure in their entirety.

At the hearing, Band counsel relied upon the settlement (without prejudice) privilege and the litigation privilege (documents generated in the litigation context). The argument was made that documents provided to the government in settlement negotiations are not under the control of a government institution and therefore the Band was entitled to proceed in accordance with *Federal Court Act*, section 18 rather than under section 44 of the *Access to Information Act*.

Turning to the relevant principles, it was pointed out by Gonthier J. in *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Commissioner of the Royal Canadian Mounted Police)*, [2003] 1 S.C.R. 66, that the statement in Act, section 2 that exceptions to access should be "limited and specific" does not create a presumption in favour of access. In a section 44 review, the Court has to undertake an independent review, comparable to a trial *de novo*, and, if necessary, examine the records at issue document by document. This means that the Court's task is not merely to satisfy itself that the tribunal committed an error but rather to reach its own conclusions upon the evidence adduced. Correctness would be the appropriate standard of review. For a third party exemption, applicant must demonstrate a reasonable expectation of probable harm and in *Canadian Broadcasting Corp. v. National Capital Commission*, Teitelbaum J. explained the type of evidence required to discharge that obligation.

Counsel for applicant did well to stress the settlement negotiations, for that was the crux of the matter. It is a privilege recognized by the law as being worthy of protection. In *Hutton v. Canada (Minister of Natural Resources)*, Gibson J. found that settlement negotiations are within the purview of Act, paragraph 20(1)(d) but are not covered by the subsection 20(3) solicitor-client exemption.

But, in the *Access to Information Act* context, unlike in civil litigation, to come within paragraph 20(1)(d) it is not enough to merely assert the settlement negotiation privilege. It has to be demonstrated that disclosure of the requested records could reasonably be expected to interfere with settlement negotiations. If applicant establishes that the documents were created or exchanged during settlement negotiations and establishes a reasonable expectation of probable harm due to release, there is no need to go outside the section 20 third party

Jugement: la demande en vertu de l'article 44 est accueillie et les documents sont protégés totalement de la divulgation.

Dans sa plaidoirie, l'avocat de la bande a évoqué le privilège lié aux négociations en vue d'un règlement (privilège sans préjudice) et le privilège lié à la procédure judiciaire (documents préparés dans le cadre d'une procédure judiciaire). On a soutenu que les documents fournis au gouvernement dans le cadre de négociations en vue d'un règlement ne sont pas des documents de l'administration fédérale et que c'est à bon droit que la procédure a été introduite par la bande en vertu de l'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale*, plutôt qu'en vertu de l'article 44 de la *Loi sur l'accès à l'information*.

Au sujet des principes applicables, le juge Gonthier fait remarquer, dans l'arrêt *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Commissaire de la Gendarmerie royale du Canada)*, [2003] 1 R.C.S. 66, que la déclaration voulant que l'article 2 de la Loi prévoit que les exceptions au droit d'accès doivent être «précises et limitées» n'établit pas pour autant de présomption en faveur de la communication. Dans le cadre d'un examen en vertu de l'article 44, la Cour doit procéder à une révision indépendante de la question, semblable à un procès *de novo*, et procéder au besoin à une révision détaillée de chacun des documents en litige. Ceci veut dire que le rôle de la Cour n'est pas simplement de déterminer si le tribunal a commis une erreur, mais plutôt de tirer ses propres conclusions au vu de la preuve soumise. La norme de contrôle appropriée est celle de la décision correcte. Pour se prévaloir des exemptions prévues pour les tiers, un demandeur doit démontrer un risque vraisemblable de préjudice probable et, dans *Société Radio-Canada c. Commission de la capitale nationale*, le juge Teitelbaum a examiné le genre de preuve nécessaire pour établir ce risque.

L'avocat de la demanderesse a bien fait d'insister sur les négociations en vue d'un règlement, étant donné que cette question est au cœur de l'affaire et qu'il s'agit là d'un privilège reconnu en droit comme digne de protection. Dans *Hutton c. Canada (Ministre des Ressources naturelles)*, le juge Gibson a conclu que les négociations en vue d'un règlement sont couvertes par l'alinéa 20(1)d) de la Loi, mais non par l'exemption pour le secret professionnel des avocats prévue au paragraphe 20(3).

Contrairement à la situation qui prévaut dans un litige civil, il est souvent insuffisant dans le contexte de la *Loi sur l'accès à l'information* de simplement faire état du privilège portant sur les négociations en vue d'un règlement pour situer l'affaire dans le contexte de l'alinéa 20(1)d). Il faut apporter la preuve que la communication des documents en cause pourrait vraisemblablement entraver des négociations en vue d'un règlement. Si le demandeur démontre que les documents ont été créés ou échangés dans le cadre de négociations en vue

exemptions. From that it followed that in this case it would not have to be decided whether a third party at a section 44 review can claim an exemption beyond that provided by section 20, a matter which is the subject of conflicting opinion in this Court. It would also render moot the question whether section 18.1 judicial review is available given the provision for a section 44 review, taking into account *Federal Court Act*, section 18.5. Therefore the instant matter had to be dealt with under section 44.

Upon a review of all three documents, it was concluded that the documents in their entirety qualified for exemption under paragraph 20(1)(d) and that severance was inappropriate.

Were it to be argued that, since the settlement negotiations are now off, they can no longer be interfered with as contemplated by paragraph 20(1)(d), there would be two responses: (1) DIAND has decided only that it will not negotiate this Band's claim within the specific claims process, an issue under review by the Indian Land Claims Commission; and (2) the Band's action will be subject to the settlement attempts mandated by rule 257.

Disclosure would result in DIAND and the Band losing control of the situation by the process being opened up to outside intervention.

The Court could not agree with the Access Coordinator's view, that disclosure of the "historical facts" would not prejudice the Band's position. What this official categorized as "historical facts" are the very evidence which the Band says is needed to prove its case.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Access to Information Act, R.S.C., 1985, c. A-1, ss. 2, 13 (as am. by S.C. 2000, c. 7, s. 21), 19(1), 20, 23, 25, 27, 28(2), 44, 68 (as am. by S.C. 1990, c. 3, s. 32, Sch., item 1; 1992, c. 1, s. 143, Sch. VI, item 1), 69.

Access to Information Act, S.C. 1980-81-82-83, c. 111, Sch. 1, s. 44.

Excise Tax Act, R.S.C., 1985, c. E-15, ss. 81.24 (as enacted by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 7, s. 38; (4th Supp.), c. 47, s. 52), 81.28 (as enacted by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 7, s. 38; (4th Supp.), c. 47, s. 52).

d'un règlement, et qu'il démontre un risque vraisemblable de préjudice probable en cas de divulgation, il n'est pas nécessaire de sortir des limites des exemptions prévues pour les tiers par l'article 20. Il s'ensuit qu'en l'espèce il n'était pas nécessaire de décider si un tiers peut, dans le cadre d'un examen en vertu de l'article 44, se réclamer d'une exemption autre que ce qui est prévu à l'article 20, question sur laquelle il y a un débat en cette Cour. Toute question qui pourrait persister quant à savoir si on peut procéder à un contrôle judiciaire en vertu de l'article 18.1 nonobstant l'article 44, au vu de ce que prévoit l'article 18.5 de la *Loi sur la Cour fédérale*, deviendrait théorique. En conséquence, l'espèce présente doit être tranchée en vertu de l'article 44.

Au vu de l'examen des trois documents, la conclusion tirée est que les documents dans leur entier relèvent de l'exemption prévue à l'alinéa 20(1)d) et qu'il ne serait pas approprié d'en prélever des parties.

À l'argument que comme les négociations en vue d'un règlement sont suspendues, on ne peut les entraver au sens de l'alinéa 20(1)d), on pourrait apporter deux réponses: 1) la décision du MAINC porte seulement qu'il ne considère pas la réclamation de la bande comme recevable pour une négociation dans le cadre du processus de revendications particulières, question qui est présentement examinée par la Commission sur les revendications particulières des Indiens; et 2) l'action de la bande fera l'objet des discussions en vue d'un règlement prévues à l'article 257 des Règles.

La divulgation ferait que la bande et le MAINC n'auraient plus le contrôle de la situation en ouvrant le processus à une intervention extérieure.

La Cour ne pouvait se ranger à l'avis du coordonnateur de l'accès que la divulgation de «faits historiques» ne causerait pas de préjudice à la bande. Ce que ce fonctionnaire a décrit comme étant des «faits historiques» constitue la preuve même que la bande déclare nécessaire pour obtenir gain de cause dans son action.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Décret C.P. 1887-1151.

Loi sur l'accès à l'information, L.R.C. (1985), ch. A-1, art. 2, 13 (mod. par L.C. 2000, ch. 7, art. 21), 19(1), 20, 23, 25, 27, 28(2), 44, 68 (mod. par L.C. 1990, ch. 3, art. 32, ann. n° 1, 69 (mod. par L.C. 1992, ch. 1, art. 144, ann. VII, n° 3).

Loi sur l'accès à l'information, S.C. 1980-81-82-83, ch. 111, ann. 1, art. 44 [mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 1, art. 45, ann. III, n° 1].

Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18

Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 18 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4), 18.1 (as enacted *idem*, s. 5), 18.5 (as enacted *idem*).

Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, r. 257.

Order in Council P.C. 1887-1151.

(mod. par L.C.1990, ch. 8, art. 4), 18.1 (édicte, *idem*, art. 5), 18.5 (édicte, *idem*).

Loi sur la taxe d'accise, L.R.C. (1985), ch. E-15, art. 81.24 (édicte par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 7, art. 38; (4^e suppl.), ch. 47, art. 52), 81.28 (édicte par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 7, art. 38; (4^e suppl.), ch. 47, art. 52).

Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règle 257.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

H.J. Heinz Co. of Canada Ltd. v. Canada (Attorney General), [2003] 4 F.C. 3 (T.D.); *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Commissioner of the Royal Canadian Mounted Police)*, [2003] 1 S.C.R. 66; (2003), 224 D.L.R. (4th) 1; 47 Admin. L.R. (3d) 1; 24 C.P.R. (4th) 129; 301 N.R. 41; *SNC Lavalin Inc. v. Canada (Minister for International Co-operation)* (2003), 25 C.P.R. (4th) 460; 234 F.T.R. 294 (F.C.T.D.); *Air Atonabee v. Canada (Minister of Transport)* (1989), 27 C.P.R. (3d) 180; 27 F.T.R. 194 (F.C.T.D.); *Canadian Broadcasting Corp. v. National Capital Commission* (1998), 147 F.T.R. 264 (F.C.T.D.); *Hutton v. Canada (Minister of Natural Resources)* (1997), 137 F.T.R. 110 (F.C.T.D.); *Samson Indian Nation and Band v. Canada* (2000), 182 F.T.R. 71 (F.C.T.D.).

REFERRED TO:

Canadian National Railway Co. and Canadian Pacific Ltd. v. Canada (1993), 62 F.T.R. 150 (F.C.T.D.); *Dussault v. Canada (Customs and Revenue Agency)*, 2003 FC 973; [2003] F.C.J. No. 1253 (F.C.) (QL); *Aliments Prince Foods Inc. v. Canada (Department of Agriculture and Agrifood)* (2001), 272 N.R. 184 (F.C.A.); *Canada Packers Inc. v. Canada (Minister of Agriculture)*, [1989] 1 F.C. 47; (1988), 53 D.L.R. (4th) 246; 32 Admin. L.R. 178; 26 C.P.R. (3d) 407; 87 N.R. 81 (C.A.).

AUTHORS CITED

Manes, Ronald D. and Michael P. Silver. *Solicitor-Client Privilege in Canadian Law*. Markham, Ont.: Butterworths, 1993.

APPLICATION for judicial review, converted by the Court into an *Access to Information Act*, section 44 review, of a decision by a Departmental Access to Information Act Coordinator to sever and release to an

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Cie H.J. Heinz Co. du Canada Ltée c. Canada (Procureur général), [2003] 4 C.F. 3 (1^{re} inst.); *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Commissaire de la Gendarmerie royale du Canada)*, [2003] 1 R.C.S. 66; (2003), 224 D.L.R. (4th) 1; 47 Admin. L.R. (3d) 1; 24 C.P.R. (4th) 129; 301 N.R. 41; *SNC Lavalin Inc. c. Canada (Ministre de la Coopération internationale)* (2003), 25 C.P.R. (4th) 460; 234 F.T.R. 294 (C.F. 1^{re} inst.); *Air Atonabee c. Canada (Ministre des Transports)* (1989), 27 C.P.R. (3d) 180; 27 F.T.R. 194 (C.F. 1^{re} inst.); *Société Radio-Canada c. Commission de la capitale nationale* (1998), 147 F.T.R. 264 (C.F. 1^{re} inst.); *Hutton c. Canada (Ministre des Ressources naturelles)* (1997), 137 F.T.R. 110 (C.F. 1^{re} inst.); *Nation et Bande indienne de Samson c. Canada* (2000), 182 F.T.R. 71 (C.F. 1^{re} inst.).

DÉCISIONS CITÉES:

Cie des chemins de fer nationaux du Canada et Canadien Pacifique Ltée c. Canada (1993), 62 F.T.R. 150 (C.F. 1^{re} inst.); *Dussault c. Canada (Agence des douanes et du revenu)*, 2003 CF 973; [2003] A.C.F. n° 1253 (C.F.) (QL); *Aliments Prince Foods Inc. c. Canada (Ministère de l'Agriculture et Agroalimentaire)* (2001), 272 N.R. 184 (C.A.F.); *Canada Packers Inc. c. Canada (Ministre de l'Agriculture)*, [1989] 1 C.F. 47; (1988), 53 D.L.R. (4th) 246; 32 Admin. L.R. 178; 26 C.P.R. (3d) 407; 87 N.R. 81 (C.A.).

DOCTRINE

Manes, Ronald D. and Michael P. Silver. *Solicitor-Client Privilege in Canadian Law*. Markham, Ont.: Butterworths, 1993.

DEMANDE de contrôle judiciaire, convertie par la Cour en demande en vertu de l'article 44 de la *Loi sur l'accès à l'information*, de la décision d'un coordonnateur de l'accès à l'information de prélever et

undisclosed requestor certain documents in an Indian land claims matter. Application allowed.

divulguer, à un demandeur non identifié, certains documents pertinents à une question de revendication territoriale autochtone. Demande accueillie.

APPEARANCES:

Kenneth R. McLeod for applicant.
D. Kim McCarthy for respondent.

ONT COMPARU:

Kenneth R. McLeod pour la demanderesse.
D. Kim McCarthy pour la défenderesse.

SOLICITORS OF RECORD:

Walsh Wilkins Creighton LLP, Calgary, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Walsh Wilkins Creighton LLP, Calgary, pour la demanderesse.
Le sous-procureur général du Canada pour la défenderesse.

The following are the reasons for order rendered in English by

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

LEMIEUX J.:

LE JUGE LEMIEUX:

BACKGROUND

LE CONTEXTE

[1] By way of an application pursuant to section 18.1 [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5] of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7], the Blood Band (the Band) consisting of the members of the Blood Tribe challenges a decision dated June 16, 2001, made by the Access to Information Act Coordinator (the Access Coordinator) at the Department of Indian and Northern Development (DIAND) to sever and release parts of documents which an undisclosed requestor sought access to from DIAND under the rubric "Land Claim of the Blood Indian Band". The Access Coordinator determined parts of these documents qualified for exemption under certain paragraphs of section 20 of the *Access to Information Act* [R.S.C., 1985, c. A-1] (the Act).

[1] Cette demande présentée en vertu de l'article 18.1 [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5] de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), ch. F-7] par la bande des Blood (la bande), qui regroupe les membres de la tribu des Blood, conteste la décision rendue le 16 juin 2001 par le coordonnateur de l'accès à l'information (le coordonnateur de l'accès) du ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien (MAINC). Cette décision portait sur le prélèvement et la divulgation d'extraits de documents suite à une demande présentée au MAINC sous l'intitulé [TRADUCTION] «Revendication territoriale de la bande des Indiens Blood». Ce requérant n'est pas identifié. Le coordonnateur de l'accès a conclu que des extraits de ces documents étaient exemptés en vertu de certains paragraphes de l'article 20 de la *Loi sur l'accès à l'information* [L.R.C. (1985), ch. A-1] (la Loi).

[2] The Access Coordinator identified three relevant documents to the request:

[2] Le coordonnateur de l'accès a identifié trois documents pertinents à la demande:

(1) a 1994 historical report by a consultant to the Band;

1) un rapport historique préparé en 1994 par un consultant de la bande;

(2) a 1996 land claim submission to DIAND prepared by solicitors retained by the Band;

2) une revendication territoriale présentée au MAINC en 1996, préparée par des avocats au service de la bande; et

(3) a 1998 confirmation report prepared by an official at DIAND assessing and summarizing the position of the parties.

[3] The Access Coordinator considered the applicant a third party in respect of these three documents and, therefore, sent the Band a section 27 third party notice stating its intention to release the documents in severed form. The Band, pursuant to subsection 28(2) of the Act, made representations objecting to any release of the documents.

[4] As to the first two documents, the 1994 historical report and the 1996 land claim submission, the Band's legal counsel submitted to the Access Coordinator the documents were prepared in contemplation of litigation in the context of the Band's Federal Court action against the Federal Crown commenced in 1980 and disclosure may interfere with the prosecution of its action as well as any future settlement negotiations.

[5] In addition, the Band's legal counsel submitted to the Access Coordinator the historical report and land claim submission were placed in the hands of DIAND in without prejudice settlement negotiations of its legal action which included negotiations related to the acceptance of the Blood Band's claim for negotiation as a specific claim. It was submitted their release could reasonably interfere with settlement efforts as well as the specific claims eligibility negotiations between the Blood Tribe and the Canadian Government.

[6] For this and other reasons, legal counsel to the Band submitted to the Access Coordinator the exemptions provided for in paragraphs 20(1)(b), (c) and (d) of the Act applied.

[7] Other provisions of the Act were invoked before the Access Coordinator but I need not refer to them as counsel for the applicant Band at the hearing before me did not rely on these other provisions to challenge the decision.

3) un rapport de confirmation préparé en 1998 par un fonctionnaire du MAINC, qui résume et évalue le point de vue des parties.

[3] Le coordonnateur de l'accès considère que la demanderesse est un tiers par rapport à ces trois documents. Par conséquent, elle a envoyé à la bande un avis aux tiers en vertu de l'article 27, l'informant de son intention de donner communication partielle des documents. La bande a présenté ses observations à l'encontre de toute divulgation des documents, en vertu du paragraphe 28(2) de la Loi.

[4] S'agissant des deux premiers documents, le rapport historique de 1994 et la revendication territoriale de 1996, l'avocat de la bande a informé le coordonnateur de l'accès que ces documents avaient été préparés dans le cadre d'un litige, savoir une action intentée par la bande en 1980 en Cour fédérale, contre la Couronne fédérale, et que leur divulgation pourrait entraver le déroulement de cette action ainsi que toute négociation future en vue d'un règlement.

[5] De plus, l'avocat de la bande a déclaré au coordonnateur de l'accès que le rapport historique et la revendication territoriale ont été transmis au MAINC dans le cadre de négociations sans préjudice en vue du règlement de son action, qui comprennent des négociations liées à la reconnaissance de la revendication de la bande des Blood en tant que revendication particulière. L'avocat a soutenu que leur divulgation pouvait vraisemblablement entraver les efforts de règlement, ainsi que les négociations en vue de la recevabilité de la revendication particulière, tenues entre la tribu des Blood et le gouvernement canadien.

[6] Pour ce motif, ainsi que d'autres, l'avocat de la bande a déclaré au coordonnateur de l'accès qu'il était d'avis que les exemptions prévues aux alinéas 20(1)b), c) et d) de la Loi étaient pertinentes.

[7] D'autres dispositions de la Loi ont été invoquées devant le coordonnateur de l'accès, mais il n'est pas nécessaire que j'en traite puisque lors de l'audience tenue devant moi, l'avocat de la bande demanderesse n'a pas fait état de ces autres dispositions pour contester la décision prise.

[8] As to the third document proposed for release, the report prepared by the DIAND official, the Band submitted this document was prepared in contemplation of or was relevant to the ongoing litigation between the parties and disclosure may well interfere with the Band's prosecution of its action against Canada as well as any future settlement negotiations. Paragraphs 20(1)(c) and (d) were invoked. This document is 65 pages and all of its pages are headed "without prejudice".

[9] By letter dated June 16, 2001, the Access Coordinator provided the Band its reasons for exemption and severance for release.

[10] First, the consultant's historical report of 91 pages was to be disclosed in its entirety with the exception of two pages said to constitute the conclusions of the report. The Access Coordinator expressed the belief the pages proposed for release contained historical data which would not prejudice the Band's position if disclosed. The excepted two pages are said by the Access Coordinator to be protected pursuant to paragraphs 20(1)(b), (c) and (d) of the Act.

[11] The second document, the land claims submission totalling 183 pages prepared by solicitors retained by the Band and an additional 20 appendices including elder statutory declarations was to be withheld in its entirety, again pursuant to paragraphs 20(1)(b), (c) and (d), with the exception of the covering page and pages 1 to 20 of that document. The Access Coordinator said these pages, namely, the introduction and the facts to the legal submission, were historical data, and disclosure would not prejudice the Blood Band's position. The facts identified by the Access Coordinator were characterized as general facts, Mormon settlement efforts in the area and population figures for the Blood Tribe.

[12] The Access Coordinator said the third document, one prepared for DIAND and provided to the Band, overall contained factual information which should be released with several severed portions and certain

[8] S'agissant du troisième document dont on propose la divulgation, savoir le rapport préparé par le fonctionnaire du MAINC, la bande soutient que ce document a été préparé en vue du litige entre les parties, ou dans le cadre de celui-ci, et que sa divulgation pouvait entraver la poursuite de l'action de la bande contre le Canada, ainsi que toute négociation de règlement à venir. Les alinéas 20(1)c) et d) ont été invoqués dans ce cadre. Ce document comporte 65 pages, chacune portant la mention «sans préjudice».

[9] Dans une lettre datée du 16 juin 2001, le coordonnateur de l'accès a informé la bande des motifs justifiant l'exemption ainsi que les prélèvements pour divulgation.

[10] Premièrement, le rapport historique du consultant, comprenant 91 pages, devait être divulgué en entier, à l'exception de deux pages décrites comme contenant les conclusions du rapport. Le coordonnateur de l'accès a exprimé l'avis que les pages de ce rapport qu'il voulait divulguer contenaient des données historiques dont la divulgation ne causerait aucun préjudice à la bande. Selon le coordonnateur de l'accès, les deux pages non divulguées étaient protégées par les alinéas 20(1)b), c) et d) de la Loi.

[11] Le deuxième document, la revendication territoriale, contient 183 pages préparées par des avocats au service de la bande, ainsi que 20 annexes, y compris des déclarations assermentées d'anciens. Ce document était entièrement protégé de la divulgation, en vertu des alinéas 20(1)b), c) et d), à l'exception de la page couverture et des pages 1 à 20 du document principal. Le coordonnateur de l'accès a déclaré que ces pages, qui constituent l'introduction et le contexte factuel de l'analyse juridique, contenaient des données historiques dont la divulgation ne causerait aucun préjudice à la bande des Blood. Selon le coordonnateur de l'accès, les faits en cause étaient de nature générale, portant sur les efforts d'installation des Mormons dans la région et sur les statistiques de population de la tribu des Blood.

[12] Selon le coordonnateur de l'accès, le troisième document, préparé par le MAINC et transmis à la bande, contenait essentiellement des informations factuelles qu'on pouvait divulguer, en prélevant plusieurs parties et

specific pages protected, again under the same paragraphs of subsection 20(1) of the Act.

[13] The receipt by the Band of the June 16, 2001 letter caused it to initiate proceedings in this Court, not under section 44 of the Act, but rather pursuant to section 18.1 of the *Federal Court Act*, a procedure which the Federal Crown took objection to.

[14] For ease of reference, I reproduce paragraphs 20(1)(b), (c), and (d) of the Act which provide third party mandatory exemptions as well as section 25 which authorizes severances:

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

...

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

(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.

...

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

[15] The litigation previously referred to is an action launched on January 10, 1980, (Court file T-238-80) by the Chief of the Blood Band of Reserve 148, Jim Shot Both Sides, and the Councillors of the Band as plaintiffs, on behalf of all of the Blood Tribe. The defendant in the

certaines pages spécifiques en vertu des mêmes alinéas du paragraphe 20(1) de la Loi.

[13] Sur réception de la lettre du 16 juin 2001, la bande a initié des procédures devant notre Cour. Au lieu de placer ces procédures sous l'article 44 [mod. par L.R.C. (1985) (1^{re} suppl.), ch. 1, art. 45, ann. III, n° 1] de la Loi, la bande a adopté la voie de l'article 18.1 de la *Loi sur la Cour fédérale*, démarche à laquelle la Couronne fédérale s'est objectée.

[14] Pour faciliter la lecture de ces motifs, je reproduis ici les alinéas 20(1)b), c) et d) de la Loi, qui portent sur les exemptions prévues pour les tiers, ainsi que l'article 25, qui autorise les prélèvements:

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

[. . .]

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

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.

[. . .]

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

[15] Le litige auquel j'ai fait référence plus tôt consiste en une action commencée le 10 janvier 1980 (dossier T-238-80). Les demandeurs sont le chef de la bande des Blood de la réserve 148, Jim Shot Both Sides, ainsi que les conseillers de la bande, agissant au nom de toute la

action is Her Majesty the Queen in right of Canada.

[16] The statement of claim refers to Treaty 7 entered into on or about September 27, 1877, by which Canada agreed to establish a reserve for several First Nations whose traditional territory was in southern Alberta. The Blood Tribe was a signatory to that Treaty. The size of the reserve was to be sufficient to allow one square mile for each family of five persons or, in that proportion, for larger or smaller families.

[17] The statement of claim recites a separate reserve for the Blood Tribe was established by an amendment to Treaty 7 on July 2, 1883, after the Band advised Canada it did not want to be in a common reserve with the Blackfoot or Sarcee Bands in an area known as the Blackfoot Crossing Reserve.

[18] The plaintiffs in their action say the federal Crown made a wrong population calculation, i.e., the incorrect 2,737 members versus the 3,600 Tribe members which is alleged to be the correct figure for their new and separate Reserve (the new reserve). As a result of this miscalculation, the land mass for the new reserve is too small—the Band is short 172.6 square miles. The plaintiffs say an Order in Council, P.C. 1151 dated May 17, 1887, confirming the size of the new reserve as containing 547.5 square miles, was based on misleading information.

[19] The federal Crown defended on April 3, 1980. It denied it failed to set aside insufficient reserve lands for the Band.

[20] Defendants' documents were listed in August 1980 with plaintiffs' documents listed November 22, 1983.

[21] On August 7, 1996, the plaintiffs moved the Court for directions as to the procedure to govern the course of the proceedings and allowing it to continue since the claim was at the eligibility stage of the specific claim process in DIAND. Justice Dubé, on September 17, 1996, ordered the action to be continued.

tribu des Blood. La défenderesse est Sa Majesté la Reine du chef du Canada.

[16] La déclaration fait état du Traité n° 7, conclu le 27 septembre 1877, ou vers cette date, par lequel le Canada convenait d'établir une réserve pour plusieurs premières nations dont les territoires traditionnels étaient situés dans le sud de l'Alberta. La tribu des Blood a signé ce traité. La taille de la réserve devait prévoir un mille carré pour chaque famille de cinq personnes, cette superficie étant ajustée selon que les familles étaient plus ou moins grandes.

[17] La déclaration porte qu'une réserve distincte a été constituée pour la tribu des Blood par la voie d'une modification au Traité n° 7, datée du 2 juillet 1883. Cette modification est survenue après que la bande ait fait savoir au Canada qu'elle ne voulait pas vivre sur une réserve commune à Blackfoot Crossing avec les bandes Pieds-Noirs et Sarcis.

[18] Dans leur action, les demandeurs déclarent que la Couronne fédérale a mal calculé sa population en utilisant un chiffre incorrect de 2 737 membres, alors que la tribu considère qu'il y avait 3 600 membres ayant droit à la nouvelle réserve distincte (la nouvelle réserve). Suite à cette erreur de calcul, la superficie de la nouvelle réserve était inadéquate, savoir qu'il manquait 172,6 milles carrés. Les demandeurs déclarent que l'arrêté en conseil C.P. 1151 du 17 mai 1887, qui confirme que la nouvelle réserve a une superficie de 547,5 milles carrés, était fondé sur des renseignements erronés.

[19] La Couronne fédérale a présenté sa défense le 3 avril 1980, niant qu'elle n'avait pas réservé une superficie suffisante pour la réserve de la bande.

[20] La défenderesse a présenté ses documents en août 1980, la demanderesse présentant les siens le 22 novembre 1983.

[21] Le 7 août 1996, la demanderesse a sollicité des instructions de la Cour quant à la procédure réglant le déroulement de l'action. Elle demandait aussi que l'action se continue, étant donné que sa revendication était à l'étape de la détermination de la recevabilité dans le cadre du processus sur les revendications particulières

[22] On February 24, 1999, Justice Gibson granted the plaintiffs' liberty to amend their statement of claim. An important new allegation is that, on or about September 25, 1880, an agreement was reached between the Blood Tribe and the federal Crown as to the location and extent of its new reserve. The plaintiffs allege the new reserve would be on the land between the Kootenay (now the Waterton River) and the St-Mary's River to Chief Mountain and the International Border at the 49th parallel. The plaintiffs allege the new reserve was lawfully established as agreed for the Blood Tribe that year in accordance with the natural boundaries of those landmarks.

[23] In the alternative, the plaintiffs state the new reserve was lawfully established in the fall of 1882 when the federal Crown's representative completed a survey for the new reserve of 650 square miles.

[24] Plaintiffs say the amendment to Treaty 7 entered between the Blood Tribe and the federal Crown on or about the second day of July 1883, by which the Blood Tribe purportedly agreed to accept a new location for a reserve on condition of surrender of their interest in the Blackfoot Crossing Reserve initially established pursuant to Treaty No. 7, is illegal for a number of reasons.

[25] Action T-238-80 became a specially managed proceeding at the request of the plaintiffs after the new *Federal Court Rules, 1998* [SOR/98-106], took effect. The solicitors to the Blood Band advanced the proceeding should be specially managed because the claim was currently within the specific claims process at DIAND which "is an alternative dispute resolution process, and it was agreed by the parties that this claim would be held in abeyance pending the resolution of the specific claim".

[26] In an affidavit in support of the specially managed request Deborah Scott, legal assistant to the

du MAINC. Le 17 septembre 1996, le juge Dubé a délivré une ordonnance pour la continuation de l'action.

[22] Le 24 février 1999, le juge Gibson a autorisé la demanderesse à modifier sa déclaration. Une nouvelle allégation importante portait que le 25 septembre 1880, ou vers cette date, la tribu des Blood et la Couronne fédérale étaient arrivées à une entente portant sur l'emplacement et la superficie de la nouvelle réserve. La demanderesse soutient que la nouvelle réserve devait être située sur un territoire allant de la Kootenay (maintenant la rivière Waterton) et de la rivière St. Mary jusqu'à la montagne Chief et la frontière internationale au 49^e parallèle. La demanderesse soutient que la nouvelle réserve accordée à la tribu des Blood a été constituée de façon légale, tel que convenu à ce moment-là. Elle respectait les frontières naturelles prévues.

[23] Subsidiairement, la demanderesse soutient que la nouvelle réserve a été légalement constituée à l'automne de 1882, lorsque le représentant de la Couronne fédérale a fixé l'arpentage de la nouvelle réserve à 650 milles carrés.

[24] La demanderesse déclare que la modification au Traité n° 7, conclue entre la tribu des Blood et la Couronne fédérale le 2 juillet 1883, ou vers cette date, par laquelle la tribu des Blood aurait accepté un nouvel emplacement pour sa réserve à condition de renoncer à son intérêt dans la réserve de Blackfoot Crossing, établie par le Traité n° 7, est illégale pour un certain nombre de raisons.

[25] L'action T-238-80 est devenue une instance à gestion spéciale à la demande de la demanderesse, après l'entrée en vigueur des *Règles de la Cour fédérale (1998)* [DORS/98-106]. L'avocat de la bande des Blood a réclamé le statut d'instance à gestion spéciale étant donné que leur revendication était à l'étude dans le cadre de la procédure de règlement des revendications particulières au MAINC, procédure qui est [TRADUCTION] «un mode de règlement extrajudiciaire, et il a été convenu par les parties que la présente action serait suspendue jusqu'au règlement de la revendication particulière».

[26] Dans un affidavit à l'appui de la demande d'instance à gestion spéciale, la secrétaire juridique de

solicitors to the plaintiffs, said:

(a) The claim represents a unique mixture of “specific” claim issues under Department of Indian and Northern Affairs Aboriginal Land Claim Policy for specific claims and treaty land entitlement issues;

(b) In 1980, a task force was formed with representatives from both the Blood Tribe and the Crown and in August 1981, the joint task force made recommendations to the Government of Canada which were not followed;

(c) In 1990, the Blood Tribe renewed work on the specific claim culminating in the submission of the claim to specific claims. Elders were also interviewed in Blackfoot to gain further historical evidence and insight into the events relating to the establishment of the Blood Tribe Reserve pursuant to Treaty 7. Those interviews were translated and transcribed and the information sworn in statutory declaration by the elders.

(d) Since the submission of the specific claim in 1996, the research has been conducted and meetings with Specific Claims Canada and the Department of Justice have been ongoing;

(e) The specific claims process is an alternative dispute resolution process governed by the Department’s policy “outstanding business in native claims policy”. The claim was submitted and considered by Specific Claims on the understanding that the original legal action by the Tribe would be held in abeyance pending the decision of Specific Claims on the submitted claims.

[27] Justice Gibson was named case management judge and continued to receive periodic reports from the parties.

[28] On February 16, 2000, Justice Gibson received a report from one of the solicitors to the plaintiffs who

l’avocat de la demanderesse, Deborah Scott, déclare ceci:

a) La revendication représente un mélange unique de questions «particulières», dans le cadre de la politique sur les revendications particulières du ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien, et de questions portant sur le droit à des terres concédées par traité;

b) En 1980, un groupe de travail a été constitué avec des représentants de la tribu des Blood et de la Couronne et, en août 1981, ce groupe de travail conjoint a présenté au gouvernement du Canada des recommandations qui n’ont pas eu de suite;

c) En 1990, la tribu des Blood a repris ses travaux sur la revendication particulière, qui a mené à sa présentation dans le cadre de la procédure des revendications particulières. Des entrevues ont été conduites en langue Pieds-Noirs avec des anciens, pour obtenir une preuve historique plus détaillée ainsi qu’une meilleure compréhension des événements ayant mené à la constitution de la réserve de la tribu des Blood suite au Traité n° 7. Le texte de ces entrevues a été traduit et transcrit, pour ensuite être présenté sous forme d’affidavits assermentés par les anciens.

d) Depuis la présentation de la revendication particulière en 1996, les recherches continuent et il y a eu des rencontres avec le groupe chargé des revendications particulières et le ministère de la Justice;

e) La procédure de règlement des revendications particulières est un mode de règlement extrajudiciaire prévu par la politique du Ministère sur les dossiers en souffrance en matière de revendications autochtones. La revendication a été présentée pour examen par le groupe chargé des revendications particulières, étant entendu que l’action initiée par la tribu devant la Cour serait suspendue jusqu’à ce que ce groupe prenne une décision au sujet des revendications présentées.

[27] Le juge Gibson a été chargé de la gestion d’instance et il a continué à recevoir des rapports périodiques de parties.

[28] Le 16 février 2000, le juge Gibson a reçu un rapport de l’avocat de la demanderesse qui l’informait

advised that on November 10, 1999, a preliminary position letter was received by the Band from the Specific Claims Branch of DIAND. That letter rejected all of the positions presented by the Tribe in their various claim submissions but, according to the solicitors, very little explanation was given for the rejection.

[29] The reports to Justice Gibson indicate the federal Crown provided a written rationale on March 3, 2000, why it rejected eligibility for negotiations in its specific claims process. The Band made supplementary submissions on March 10, 2000. It was agreed further research would be required which would take four to six months.

[30] Justice Gibson formally stayed the action until January 2004 taking into account reports of continuing work on the specific claim as an alternate dispute resolution mechanism in relation to the action.

[31] The Court was advised that on January 9, 2003, the specific claim was not accepted by DIAND and therefore not eligible for negotiation for settlement. The solicitors to the Band advised they would be seeking instructions to request the Indian Claims Commission (the Commission) to conduct an inquiry into the claim.

[32] As I understand it, the Band's claim is currently being reviewed by the Commission.

[33] In an affidavit in support of these proceedings, Annabel Crop Eared Wolf, Tribal Government Coordinator of the Blood Band, deposed, *inter alia*:

- (c) many of the documents were prepared in contemplation of or are relevant to ongoing litigation and pertain directly to the issues set out in these claims;
- (d) many of the documents were prepared to assist The Blood Band to obtain legal advice regarding contemplated or on-going litigation and The Blood Band maintains a solicitor-client privilege to these documents;

que la bande avait reçu, le 10 novembre 1999, une lettre exposant la position préliminaire de la Direction générale des revendications particulières du MAINC. Cette lettre rejetait tous les points de vue présentés par la tribu dans ses diverses revendications, l'avocat considérant que ce rejet était accompagné de très peu de justifications.

[29] Les rapports présentés au juge Gibson indiquent que, le 3 mars 2000, la Couronne fédérale a fourni des motifs écrits justifiant son rejet de l'admissibilité du dossier dans le cadre de la procédure des revendications particulières. La bande a déposé des prétentions additionnelles le 10 mars 2000. Il a été convenu à ce moment-là qu'il faudrait faire des recherches plus poussées, ce qui prendrait de quatre à six mois.

[30] Le juge Gibson a formellement suspendu l'instance jusqu'en janvier 2004, compte tenu des rapports portant sur la poursuite des travaux au sujet de la revendication particulière en tant que mode de règlement extrajudiciaire de cette action.

[31] Le 9 janvier 2003, la Cour a été informée que le MAINC considérait que la revendication particulière n'était pas recevable et donc qu'il ne pouvait y avoir de négociation en vue d'un règlement. L'avocat de la bande a déclaré qu'il demanderait des directives pour solliciter la tenue d'une enquête par la Commission des revendications des Indiens (la Commission).

[32] Je crois comprendre que la revendication de la bande est présentement examinée par la Commission.

[33] Dans un affidavit souscrit à l'appui de la présente procédure, Annabel Crop Eared Wolf, coordonnatrice des affaires gouvernementales de la tribu au sein de la bande des Blood, indique notamment ceci:

[TRADUCTION]

- (c) plusieurs des documents ont été préparés en vue du litige en cours ou dans son contexte, et ils sont directement liés aux questions soulevées dans les revendications;
- (d) plusieurs documents ont été préparés pour aider la bande des Blood à obtenir des conseils juridiques au sujet d'un litige actuel ou éventuel et la bande des Blood soutient que ces documents sont visés par le secret professionnel des avocats;

(e) disclosure of some or all of the documents may interfere with lawsuits and/or negotiations between the parties and are exempted under Section 20(1)(c) and (d) of the *Access to Information Act*. These documents also contain financial and commercial information that is confidential and exempted pursuant to Section 20(1)(b) of the same Act. The disclosure of these documents would severely prejudice The Blood Band's position both for purposes of the on-going litigation and for settlement negotiations.

e) la divulgation de ces documents, en tout ou en partie, peut entraver le cours de poursuites et/ou de négociations entre les parties et ils sont donc exemptés en vertu des alinéas 20(1)c) et d) de la *Loi sur l'accès à l'information*. Ces documents contiennent aussi des renseignements financiers et commerciaux qui sont confidentiels et exemptés en vertu de l'alinéa 20(1)b) de la même Loi. La divulgation de ces documents pourrait causer un préjudice grave à la bande des Blood, tant dans le cadre du litige en cause que dans les négociations en vue d'un règlement.

[34] The respondent filed the affidavit of Lynne Desjardins, Acting Access Coordinator at DIAND. She stated "I agree with the reasons for the . . . Act exemptions invoked on the documents which are the subject of this action".

[34] La défenderesse a déposé l'affidavit de Lynne Desjardins, coordonnatrice de l'accès par intérim au MAINC. Elle déclare ceci: [TRADUCTION] «je suis d'accord avec les motifs invoqués pour que les documents qui sont l'objet de cette action reçoivent le statut des exemptions prévues par la Loi».

[35] She further stated she believed the exemptions invoked on these records constituted a reasonable balance between the rights of the requestor pursuant to sections 2 and 25 of the Act and the rights of the individuals and the applicants pursuant to subsection 20(1).

[35] Elle a aussi déclaré que les exemptions invoquées pour ces documents constituaient un équilibre raisonnable entre les droits du requérant en vertu des articles 2 et 25 de la Loi et les droits individuels de la demanderesse en vertu du paragraphe 20(1).

[36] She confirmed, without saying more, her view that the release of historical data would not prejudice the Band's position.

[36] Elle a confirmé, sans détailler son point de vue, que la divulgation des données historiques ne causerait aucun préjudice à la bande.

ANALYSIS

(1) Preliminary observations

[37] In its written memorandum, counsel for the Band invoked the following sections of the Act as a shield to the release of the subject documents:

(1) subsection 19(1) because the documents contained personal information;

(2) the documents were provided by an Aboriginal government covered by section 13 [as am. by S.C. 2000, c. 7, s. 21];

(3) the documents fell within the National Archives' exemption and the Privy Council exemption under sections 68 [as am. by S.C. 1990, c. 3, s. 32, Sch., item 1; 1992, c. 1, s. 143, Sch. VI, item 1] and 69 of the Act.

ANALYSE

(1) Observations préliminaires

[37] Dans son mémoire écrit, l'avocat de la bande invoque les articles suivants de la Loi pour empêcher la divulgation des documents en cause:

(1) le paragraphe 19(1), du fait que les documents contiennent des renseignements personnels;

(2) les documents ont été transmis par une administration autochtone, au sens de l'article 13 [mod. par L.C. 2000, ch. 7, art. 21];

(3) les documents ont droit à l'exemption prévue pour les Archives nationales et pour le Conseil privé, en vertu des articles 68 [mod. par L.C. 1992, ch. 1, art. 32, ann. n° 1] et 69 [mod. par L.C. 1992, ch. 1, art. 144, ann. VII, n° 3] de la Loi.

[38] Counsel for the Band, at the hearing, withdrew reliance on these provisions or did not argue them.

[39] The heart of his oral submissions focussed on a number of privileges. He concentrated on the settlement privilege (without prejudice privilege) and argued the three documents were understood to be provided to, and exchanged, between the Band and DIAND for the purpose of negotiation of the outstanding claims. He also focussed on the litigation privilege arguing the documents proposed for release were all generated in the context of litigation.

[40] According to counsel for the Band, documents provided to the government in the context of settlement negotiations are privileged and are not covered by the Act—they are not within the control of a government institution and this is why he argues his section 18 [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4] *Federal Court Act* proceeding is well-founded.

[41] In the alternative, counsel for the Band argued if the Act applied, paragraphs 20(1)(b), (c) and (d) provided appropriate exemptions. He argued there was a cross-over between these sections and section 23 of the Act which specifically deals with solicitor-client privilege.

(2) Some principles

[42] In *H.J. Heinz Co. of Canada Ltd. v. Canada (Attorney General)*, [2003] 4 F.C. 3 (T.D.), Justice Layden-Stevenson of this Court encapsulated some basic principles from the case law which I adopt [at paragraph 9]:

I begin with a review of basic principles. Subsection 2(1) of the Act contains its purpose, which is to provide the public with a right of access to information in records under the control of the government. Exceptions to that right of access should be limited and specific: *Canada Packers Inc. v. Canada (Minister of Agriculture)*, [1989] 1 F.C. 47 (C.A.) (*Canada Packers*); *Dagg v. Canada (Minister of Finance)*, [1997] 2 S.C.R. 403 (*Dagg*). Public access ought not be frustrated by the courts except in the clearest of circumstances. It is a heavy

[38] À l'audience, l'avocat de la bande a renoncé à s'appuyer sur ces dispositions ou il n'en a pas fait état.

[39] Au cœur de sa plaidoirie, on trouve l'évocation d'un certain nombre de privilèges. Il a insisté sur le privilège lié aux négociations en vue d'un règlement (privilège sans préjudice) et soutenu que les trois documents en cause avaient circulé entre la bande et le MAINC aux fins de la négociation des revendications en suspens. Il a aussi insisté sur le privilège lié à la procédure judiciaire, soutenant que les documents qu'on voulait divulguer ont tous été préparés dans le cadre d'une procédure judiciaire.

[40] Selon l'avocat de la bande, les documents qui sont fournis au gouvernement dans le cadre de négociations en vue d'un règlement font l'objet d'un privilège et ils ne sont pas soumis à la Loi—ce ne sont pas des documents de l'administration fédérale. C'est pourquoi il soutient que c'est à bon droit que la procédure a été introduite en vertu de l'article 18 [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4] de la *Loi sur la Cour fédérale*.

[41] Subsidièrement, l'avocat de la bande soutient que si on peut appliquer la Loi, les exemptions appropriées sont prévues par les alinéas 20(1)(b), (c) et (d). Il soutient qu'il y a un lien entre ces articles et l'article 23 de la Loi, qui traite spécifiquement du secret professionnel des avocats.

(2) Quelques principes

[42] Dans *Cie H.J. Heinz du Canada Ltée c. Canada (Procureur général)*, [2003] 4 C.F. 3 (1^{re} inst.), la juge Layden-Stevenson de notre Cour a résumé quelques principes de base tirés de la jurisprudence, principes auxquels je me rallie [au paragraphe 9]:

Je commencerai par examiner les principes de base. Le paragraphe 2(1) énonce l'objet de la Loi, qui est d'élargir l'accès par le public aux documents de l'administration fédérale. Les exceptions à ce droit d'accès doivent être précises et limitées (*Canada Packers Inc. c. Canada (Ministre de l'Agriculture)*, [1989] 1 C.F. 47 (C.A.) (*Canada Packers*); *Dagg c. Canada (Ministre des Finances)*, [1997] 2 R.C.S. 403 (*Dagg*)). Les tribunaux ne doivent pas restreindre l'accès par le public, sauf dans les cas où c'est le plus manifestement

burden of persuasion that rests upon the party resisting disclosure: *Maislin Industries Limited v. Minister of Industry, Trade and Commerce*, [1984] 1 F.C. 939 (T.D.) (*Maislin*); *Rubin v. Canada (Mortgage and Housing Corp.)*, [1989] 1 F.C. 265 (C.A.) (*Rubin*); *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Prime Minister)*, [1993] 1 F.C. 427 (T.D.). The standard of proof to be applied in reviewing exemptions under subsection 20(1) of the Act is that of a balance of probabilities: *Northern Cruiser Co. v. Canada* (1995), 99 F.T.R. 320n (F.C.A.).

[43] I note Justice Gonthier's remarks in *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Commissioner of the Royal Canadian Mounted Police)*, [2003] 1 S.C.R. 66, concerning the exceptions to access. He said this on behalf of the Court [at paragraph 21]:

The statement in s. 2 of the *Access Act* that exceptions to access should be "limited and specific" does not create a presumption in favour of access. Section 2 provides simply that the exceptions to access are limited and that it is incumbent on the federal institution to establish that the information falls within one of the exceptions (see also s. 48 of the *Access Act*).

[44] To the principles listed in *Heinz, supra*, Justice Gibson in *SNC Lavalin Inc. v. Canada (Minister for International Co-operation)* (2003), 25 C.P.R. (4th) 460 (F.C.T.D.) added another [at paragraph 13]:

. . . a review by this Court on an application such as this of a decision to release records to a requester is a review *de novo* [citing Justice MacKay's decision in *Air Atonabee Ltd. v. Canada (Minister of Transport)* (1989), 27 F.T.R. 194 at 206].

[45] In *Air Atonabee v. Canada (Minister of Transport)* (1989), 27 C.P.R. (3d) 180 (F.C.T.D.), Justice MacKay ruled that a review under section 44 of the Act [then S.C. 1980-81-82-83, c. 111, Sch. I] obligated the Court to undertake a new and independent review of the whole matter, comparable to a trial *de novo*. He said this at pages 196-197 of his reasons:

In light of the jurisprudence evolving in relation to the Act there can no longer be doubt that upon application for review, the court's function is to consider the matter *de novo*

requis. Le fardeau de persuasion est lourd à cet égard, et incombe à la partie qui demande la communication (*Maislin Industries Limited c. Ministre de l'Industrie et du Commerce*, [1984] 1 C.F. 939 (1^{re} inst.) (*Maislin*); *Rubin c. Canada (Société canadienne d'hypothèques et de logement)*, [1989] 1 C.F. 265 (C.A.) (*Rubin*); *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Premier ministre)*, [1993] 1 C.F. 427 (1^{re} inst.)). La norme de preuve qui s'applique à l'examen des exemptions en vertu du paragraphe 20(1) de la Loi est celle de la prépondérance des probabilités (*Northern Cruiser Co. c. Canada* (1995), 99 F.T.R. 320n (C.A.F.)).

[43] Je prends note des remarques du juge Gonthier dans l'arrêt *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Commissaire de la Gendarmerie royale du Canada)*, [2003] 1 R.C.S. 66, qui porte sur les exceptions à l'accès. Il déclare ceci au nom de la Cour [au paragraphe 21]:

L'article 2 de la *Loi sur l'accès à l'information* prévoit que les exceptions au droit d'accès doivent être «précises et limitées», mais il n'établit pas pour autant de présomption en faveur de la communication. L'article 2 précise simplement que les exceptions au droit d'accès sont limitées et qu'il incombe à l'institution fédérale d'établir que les renseignements demandés sont protégés par l'une des exceptions prévues (voir aussi l'art. 48 de la *Loi sur l'accès à l'information*).

[44] Aux principes que l'on trouve dans *Heinz*, précité, le juge Gibson en a ajouté un autre dans *SNC Lavalin Inc. c. Canada (Ministre de la Coopération internationale)* (2003), 25 C.P.R. (4th) 460 (C.F. 1^{re} inst.) [au paragraphe 13]:

[. . .] le contrôle par la Cour d'une demande relative à une décision de communiquer des documents à un requérant constitue un contrôle *de novo* [il cite à ce sujet la décision du juge MacKay: *Air Atonabee Ltd. c. Canada (Ministre des Transports)* (1989), 27 F.T.R. 194, à la p. 206].

[45] Dans *Air Atonabee c. Canada (Ministre des Transports)* (1989), 27 C.P.R. (3d) 180 (C.F. 1^{re} inst.), le juge MacKay a conclu que la Cour, dans le cadre d'un examen en vertu de l'article 44 de la Loi [auparavant S.C. 1980-81-82-83, ch. 111, ann. I], devait procéder à une révision nouvelle et indépendante de toute la question, semblable à un procès *de novo*. Il déclare ceci, aux pages 196 et 197 de ses motifs:

Compte tenu de la jurisprudence qui a été élaborée relativement à la Loi, il ne peut plus faire de doute que lorsque la Cour est saisie d'un recours en révision, son rôle consiste à

including, if necessary, a detailed review of the records in issue document by document.

[46] When conducting a review *de novo*, the task of the Court is not to satisfy itself that the tribunal, here the respondent, through its Access Coordinator, committed an error but rather to arrive at its own conclusions based on the evidence adduced (see, *Canadian National Railways Co. and Canadian Pacific Ltd. v. Canada* (1993), 62 F.T.R. 150 (F.C.T.D.), in connection with an appeal *de novo* pursuant to sections 81.24 [as enacted by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 7, s. 38; (4th Supp.), c. 47, s. 52] and 81.28 [as enacted by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 7, s. 38; (4th Supp.), c. 47, s. 52] of the *Excise Tax Act* [R.S.C., 1985, c. E-15]). If it is appropriate to talk about the standard of review in these circumstances, that standard would be the standard of correctness. (See *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Commissioner of the RCMP)*, *supra*, at paragraph 19 and *Dussault v. Canada (Customs and Revenue Agency)*, 2003 FC 973; [2003] F.C.J. No. 1253 (F.C.) (QL), at paragraph 14.)

[47] I observe both the Supreme Court of Canada and the Federal Court of Appeal have endorsed Justice MacKay's interpretation that a section 44 review is *de novo*. (See *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Commissioner of the RCMP)*, *supra*, with Justice Gonthier's discussion in his analysis of the standard of review applicable to a decision of the Commissioner not to release information requested under the *Access to Information Act*. He stressed the Court's broad power of review (paragraph 15). See also the Federal Court of Appeal's decision in *Aliments Prince Foods Inc. v. Canada (Department of Agriculture and AgriFood)* (2001), 272 N.R. 184 (F.C.A.), at paragraph 7.)

[48] Parliament framed the third party exemptions in paragraphs 20(1)(c) and (d) in terms of "could reasonably be expected to" result in material financial loss or to prejudice the competitive position or to interfere with contractual or other negotiations of a third party. The case law relied upon by the respondent,

examiner l'affaire de nouveau et à procéder au besoin à une révision détaillée de chacun des documents en litige.

[46] En précédant à une révision *de novo*, le rôle de la Cour n'est pas de déterminer si le tribunal, la défenderesse en l'espèce par l'entremise du coordonnateur de l'accès, a commis une erreur, mais plutôt de tirer ses propres conclusions au vu de la preuve soumise (voir *Cie des chemins de fer nationaux du Canada et Canadien Pacifique Ltée c. Canada* (1993), 62 F.T.R. 150 (C.F. 1^{re} inst.), relativement à un procès *de novo* en vertu des articles 81.24 [édicte par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 7, art. 38; (4^e suppl.), ch. 47, art. 52] et 81.28 [édicte par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 7, art. 38; (4^e suppl.), ch. 47, art. 52] de la *Loi sur la taxe d'accise* [L.R.C. (1985), ch. E-15]). S'il y a lieu d'aborder la question de la norme de contrôle dans de telles circonstances, il faut la fixer à celle de la décision correcte. (Voir *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Commissaire de la GRC)*, précité, au paragraphe 19 et *Dussault c. Canada (Agence des douanes et du revenu)*, 2003 C.F. 973; [2003] A.C.F. n^o 1253 (C.F.) (QL), au paragraphe 14.)

[47] Je veux faire remarquer que la Cour suprême du Canada et la Cour d'appel fédérale ont confirmé l'interprétation du juge MacKay voulant qu'un examen en vertu de l'article 44 est *de novo*. (Voir *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Commissaire de la GRC)*, précité, notamment la discussion que fait le juge Gonthier dans son analyse de la norme de contrôle applicable à la décision du commissaire de ne pas divulguer les renseignements demandés en vertu de la *Loi sur l'accès à l'information*. Il a insisté sur le vaste pouvoir de contrôle de la Cour (paragraphe 15). Voir aussi l'arrêt de la Cour d'appel fédérale *Aliments Prince Foods Inc. c. Canada (Ministère de l'Agriculture et Agroalimentaire)* (2001), 272 N.R. 184 (C.A.F.), au paragraphe 7.)

[48] Le législateur a prévu les exemptions des tiers aux alinéas 20(1)c) et d) dans les termes suivants: «risquerait vraisemblablement de» causer des pertes ou profits financiers appréciables à un tiers ou de nuire à sa compétitivité ou d'entraver des négociations menées par un tiers en vue de contrats ou à d'autres fins. La

indicates an applicant must establish a reasonable expectation of probable harm (see *Canada Packers Inc. v. Canada (Minister of Agriculture)*, [1989] 1 F.C. 47 (C.A.)).

[49] In *Canadian Broadcasting Corp. v. National Capital Commission* (1998), 147 F.T.R. 264 (F.C.T.D.), Justice Teitelbaum reviewed the type of evidence necessary to establish reasonable expectation of probable harm at paragraphs 25-29:

In *SNC-Lavalin Inc. v. Canada (Minister of Public Works)* (1994), 79 F.T.R. 113 at page 127 (F.C.T.D.), the court held the applicant cannot merely affirm by affidavit that disclosure would cause the harm discussed in paragraph 20(1)(c) of the Act. The court stated that these affirmations are the very findings that the court must make and so further evidence establishing probable harm is needed.

The evidence as to the harm that would be caused to the CBC is, at best, very meagre. In her affidavit of October 9, 1997, Ms. Marshall states, in paragraphs 6, 7, 8 and 9:

6. The Agreement reflects the manner in which CBC contracts for events such as Canada Day.

7. The Agreement contains many elements of a sensitive competitive nature. The Agreement includes not only the amount requested by CBC for participating in and broadcasting events such as the shows, but also the manner in which its services are delivered, and the type of incentives provided such as a sponsorship package.

8. I believe that the disclosure of the Agreement would be harmful to the CBC's competitive position as it would disclose all those elements referred to in Paragraph 7 of this my affidavit and permit competitors of CBC to incorporate those items in any competing proposal to N.C.C. The release of the following Articles of the contract, in particular, could reasonably be expected to prejudice the CBC: Article 2.03(d), Article 3.01(a), Article 4 and particularly 4.05, Schedule B.

9. I believe that the disclosure of the Agreement could also interfere with CBC's contractual or other negotiations. The release of sponsorship information

jurisprudence sur laquelle la défenderesse s'appuie indique qu'un demandeur doit démontrer un risque vraisemblable de préjudice probable (voir *Canada Packers Inc. c. Canada (Ministre de l'Agriculture)*, [1989] 1 C.F. 47 (C.A.)).

[49] Dans *Société Radio-Canada c. Commission de la capitale nationale* (1998), 147 F.T.R. 264 (C.F. 1^{re} inst.), le juge Teitelbaum a examiné les genres de preuves nécessaires pour établir un risque vraisemblable de préjudice probable, aux paragraphes 25 à 29:

Dans l'affaire *SNC-Lavalin Inc. c. Canada (Ministre des Travaux publics)* (1994), 79 F.T.R. 113, à la page 127 (C.F. 1^{re} inst.), la Cour a statué que la requérante ne peut pas simplement affirmer par affidavit que la divulgation causerait le préjudice mentionné à l'alinéa 20(1)c) de la Loi. La Cour a déclaré que ces affirmations sont les conclusions mêmes que la Cour doit tirer, de sorte que d'autres éléments de preuve sont nécessaires pour prouver un préjudice probable.

La preuve du préjudice qui serait causé à la SRC est, au mieux, très mince. Dans son affidavit en date du 9 octobre 1997, M^{me} Marshall déclare, aux paragraphes 6, 7, 8 et 9:

[TRADUCTION]

6. L'Entente reflète la façon dont la SRC passe des contrats en vue de manifestations comme la Fête du Canada.

7. L'Entente contient de nombreux éléments de nature concurrentielle et confidentielle. Non seulement l'Entente précise le montant demandé par la SRC pour participer à des manifestations comme les spectacles et en assurer la diffusion, mais elle décrit aussi le mode de prestation de ses services et le type de mesures incitatives fournies comme un programme de commandite.

8. Selon moi, la communication de l'Entente nuirait à la compétitivité de la SRC puisqu'elle entraînerait la divulgation de tous les éléments mentionnés au paragraphe 7 de mon affidavit et permettrait à des concurrents de la SRC d'incorporer ces éléments dans une proposition concurrente soumise à la CCN. La communication des clauses suivantes du contrat, en particulier, pourrait vraisemblablement être préjudiciable à la SRC: les clauses 2.03d), 3.01a), 4 et particulièrement 4.05, et l'annexe B.

9. Selon moi, la communication de l'Entente pourrait aussi entraver les négociations menées par la SRC en vue de contrats ou à d'autres fins. La communication des

could reasonably be expected to interfere with other sponsorship negotiations. The release of the contract price per year, and the method by which CBC delivers its services could also be expected to interfere with contractual negotiations involving similar projects. The release of the following Articles of the contract, in particular, could reasonably be expected to interfere with CBC's contractual or other negotiations: Article 2.03(d), Article 3.01(a), Article 4 and particularly 4.05, Schedule B.

After a careful reading of these paragraphs, I cannot come to any other conclusion than that what Ms. Marshall is doing is making certain confirmations without giving any evidence that there is a reasonable expectation of probable harm to the applicant if the information requested is divulged.

It is also not enough to merely speculate that the applicant may suffer some probable harm if the requested information is made public.

In **Canada (Information Commissioner) v. Canada (Minister of External Affairs)**, [1990] 3 F.C. 665 at pages 682-3 (F.C.T.D.), the court held that paragraph 20(1)(d) of the Act requires proof of a reasonable expectation that actual contractual negotiations other than the daily business operations of the applicant will be obstructed by disclosure. Evidence of the possible effect of disclosure on other contracts generally and hypothetical problems were held to be insufficient to qualify under the exemption. Similar reasons were provided in **Société Gamma Inc. v. Canada (Secretary of State)** (1994), 79 F.T.R. 42 (F.C.T.D.) where the court stated that paragraph 20(1)(d) must refer to an obstruction to negotiations rather than merely the heightening of competition which might flow from disclosure. Finally, in **Saint John Shipbuilding Ltd. v. Canada (Minister of Supply and Services)** (1990), 107 N.R. 89 (F.C.A.), the court stated at page 91 that mere speculation or possibility is insufficient to ground an exemption under paragraph 20(1)(d). Given the lack of evidence about the effect on actual contractual negotiations, I have no difficulty finding that the applicant has failed to satisfy paragraph 20(1)(d) of the Act. [Emphasis mine.]

(3) Application to this case

[50] During oral argument, counsel for the applicant tailored his case to fit within the subsection 20(1)

renseignements sur les commandites pourrait vraisemblablement entraver d'autres négociations relatives à des commandites. La divulgation du prix prévu au contrat chaque année et du mode de prestation des services offerts par la SRC risquerait aussi d'entraver les négociations en vue de contrats concernant des projets similaires. La communication des clauses suivantes du contrat, en particulier, risquerait vraisemblablement d'entraver les négociations menées par la SRC en vue de contrats ou à d'autres fins: la clause 2.03d), la clause 3.01a), la clause 4 et particulièrement la clause 4.05, et l'annexe B.

J'ai lu attentivement ces paragraphes et je suis incapable de parvenir à une autre conclusion que celle-ci: M^{me} Marshall confirme certains faits sans fournir aucune preuve du fait que la communication des renseignements demandés risquerait vraisemblablement d'être préjudiciable à la requérante.

De plus, il n'est pas suffisant de simplement supposer que la requérante peut subir un préjudice probable si les renseignements demandés sont rendus publics.

Dans l'affaire **Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Ministre des Affaires extérieures)**, [1990] 3 C.F. 665, aux pages 682 et 683 (C.F. 1^{re} inst.), la Cour a statué que l'alinéa 20(1)d) de la Loi exige la preuve que la communication des renseignements demandés risquerait vraisemblablement d'entraver les négociations menées par la requérante en vue de contrats, mises à part ses activités commerciales journalières. Les éléments de preuve soumis sur les conséquences possibles de la divulgation sur d'autres contrats en général et sur des problèmes hypothétiques ont été jugés insuffisants pour entraîner l'application de l'exception. Des motifs similaires ont été fournis dans l'affaire **Société Gamma Inc. c. Canada (Secrétaire d'État)** (1994), 79 F.T.R. 42 (C.F. 1^{re} inst.), dans laquelle la Cour a déclaré que l'alinéa 20(1)d) doit faire référence à une entrave à des négociations plutôt qu'au simple accroissement de la concurrence qui pourrait découler de la divulgation. Enfin, dans l'arrêt **Saint John Shipbuilding Ltd. c. Canada (Ministre des Approvisionnements et Services)** (1990), 107 N.R. 89 (C.A.F.), la Cour a déclaré à la page 91 qu'une simple supposition ou possibilité est insuffisante pour faire intervenir l'exception visée à l'alinéa 20(1)d). Vu l'absence d'éléments de preuve sur les conséquences de la divulgation sur des négociations effectives menées en vue de contrats, je conclus sans difficulté que la requérante ne s'est pas conformée à l'alinéa 20(1)d) de la Loi. [Non souligné dans l'original.]

(3) Application en l'espèce

[50] Lors de sa plaidoirie, l'avocat de la demanderesse a placé toute l'affaire dans le cadre des exemptions

exemptions which the Access Coordinator found largely applicable. He abandoned recourse to exemptions found outside section 20 except to the spill-over into section 23 of the Act when claiming settlement is a form of solicitor-client privilege. For reasons expressed later in these reasons, I do not think there is any crossover and that settlement negotiations sit readily within paragraph 20(1)(d) of the Act.

[51] I mention at this point the Access Coordinator did not give specific reasons why she found the three documents partially qualified for a particular specific exemption (either paragraphs 20(1)(b), (c), or (d)), nor why the release of historical data would not prejudice the Band.

[52] Counsel for the applicant, during oral argument, stressed the settlement negotiations relating to the documents.

[53] It was appropriate for him to do so because, in my view, the issue of settlement negotiations is the crux of the matter before me and it is a privilege recognized at law worthy of protection.

[54] Settlement privilege attaches to documents created or exchanged during negotiations carried on for the purpose of settling an action or avoiding litigation. Justice Gibson in *Hutton v. Canada (Minister of National Resources)* (1997), 137 F.T.R. 110 (F.C.T.D.), found the language of paragraph 20(1)(d) of the Act could embrace settlement negotiations. He said this at paragraph 24 of his reasons:

I am satisfied, however, that the requested record does fall within the terms of paragraphs 20(1)(c) and (d). In both of those paragraphs, the test is whether the requested record "could reasonably be expected" *Canada Packers Inc. v. Canada (Minister of Agriculture)*, [1989] 1 F.C. 47, at 57-60 (C.A.) to result in material financial loss or gain, prejudice to the competitive position of, or to interfere with contractual or other negotiations of a third party, in this case Terra. The evidence is sufficient to demonstrate the magnitude of the amounts at stake in the litigation that is before the courts in the

prévues au paragraphe 20(1), que le coordonnateur de l'accès avait considéré s'appliquer en grande partie. Il a abandonné ses arguments liés aux exemptions que l'on trouve en dehors de l'article 20, sauf le lien avec l'article 23 de la Loi lorsqu'il prétend qu'un règlement est visé par le secret professionnel des avocats. Pour les motifs que j'exprimerai plus tard, je ne crois pas à l'existence de ce lien et je considère que les négociations en vue d'un règlement se situent directement dans le cadre de l'alinéa 20(1)d) de la Loi.

[51] Je veux mentionner ici que le coordonnateur de l'accès n'a pas donné de motifs spécifiques pour justifier le fait qu'elle considérait que des extraits des trois documents étaient couverts par une exemption spécifique (soit les alinéas 20(1)b), c) ou d)), non plus que pourquoi la divulgation des données historiques ne causerait pas de préjudice à la bande.

[52] Durant sa plaidoirie, l'avocat de la demanderesse a insisté sur le fait que les documents faisaient partie de négociations en vue d'un règlement.

[53] Sa façon de procéder était fort appropriée, étant donné que selon moi la question de négociations en vue d'un règlement est au cœur de l'affaire dont je suis saisi et qu'il s'agit là d'un privilège reconnu en droit qui est digne de protection.

[54] Le privilège attaché aux règlements porte sur les documents qui sont créés ou transmis au cours de négociations visant le règlement d'une action pour éviter des procédures judiciaires. Dans *Hutton c. Canada (Ministre des Ressources naturelles)* (1997), 137 F.T.R. 110 (C.F. 1^{re} inst.), le juge Gibson a conclu que le libellé de l'alinéa 20(1)d) de la Loi comprenait les négociations en vue d'un règlement. Il déclare ceci au paragraphe 24 de ses motifs:

Je suis toutefois convaincu que les alinéas 20(1)c) et d) s'appliquent aux documents demandés. Le critère à appliquer en vertu de ces deux alinéas consiste à se demander si la divulgation des documents «risquerait vraisemblablement» *Canada Packers Inc. c. Canada (Ministre de l'Agriculture)*, [1989] 1 C.F. 47, aux p. 57-60 (C.A.) de causer des pertes ou profits financiers appréciables à un tiers, en l'occurrence Terra, de nuire à sa compétitivité ou d'entraver des négociations menées par elle en vue de contrats ou d'autres fins. La preuve suffit à démontrer l'ampleur des montants en jeu dans les

United States that could reasonably be expected to be the subject of settlement negotiations. [Emphasis mine.]

[55] I agree with Justice Gibson. Settlement negotiations are within the purview of paragraph 20(1)(d) of the Act and are not covered by the solicitor-client exemption stated in subsection 20(3) of the Act. For this proposition, I refer to the authors of *Solicitor-Client Privilege in Canadian Law*, Markham, Ont.: Butterworths, 1993. Manes and Silver say this at pages 115-116 about settlement negotiation privilege:

The settlement negotiation privilege is not a true solicitor-client privilege, in that it does not relate to communications between a solicitor and client, but rather to communications with the other side or adverse party to a dispute. Accordingly, we have called this category of non disclosure “settlement negotiation privilege”. The case law favouring the protection of such communications from disclosure is replete with references to the policy underlying such protection and was aptly summarized by Sopinka and Lederman in the text on evidence. [Footnotes omitted.]

[56] In the context of the *Access to Information Act*, unlike the situation which prevails in civil litigation, it is insufficient simply to assert the privilege of settlement negotiations to fit within paragraph 20(1)(d) of the Act. An applicant must bring evidence that disclosure of the requested records could reasonably be expected to interfere with settlement negotiations.

[57] The result of the analysis at this point is if the applicant establishes the documents were created or exchanged during settlement negotiations and establishes a reasonable expectation of probable harm on release, there is no need to go outside the confines of the section 20 third party exemptions. This conclusion has two results.

[58] First, I do not have to decide whether a third party, in a section 44 review, can claim an exemption

procédures judiciaires qui sont en cours devant les tribunaux des États-Unis et qui risqueraient vraisemblablement de faire l’objet de négociations en vue d’un règlement. [Non souligné dans l’original.]

[55] Je partage l’avis du juge Gibson. Les négociations en vue d’un règlement tombent sous l’alinéa 20(1)d) de la Loi et non sous l’exemption pour le secret professionnel des avocats prévue au paragraphe 20(3) de la Loi. À l’appui de cette position, je renvoie aux auteurs de l’ouvrage *Solicitor-Client Privilege in Canadian Law*, Markham (Ont.): Butterworths, 1993. Voici ce que Manes et Silver déclarent, aux pages 115 et 116, au sujet du privilège portant sur les négociations en vue d’un règlement:

[TRADUCTION] Le privilège portant sur les négociations en vue d’un règlement n’est pas vraiment le privilège du secret professionnel des avocats, en ce qu’il n’est pas lié aux communications entre un avocat et son client, mais plutôt aux communications avec la partie adverse dans un litige. En conséquence, nous appelons cette catégorie de non-divulgence «le privilège portant sur les négociations en vue d’un règlement». La jurisprudence qui appuie l’exemption de tels renseignements de la divulgation renvoie constamment à la politique qui sous-tend cette protection et elle a été bien résumée par Sopinka et Lederman dans leur ouvrage sur la preuve. [Notes de bas de page omises.]

[56] Contrairement à la situation qui prévaut dans un litige civil, il est souvent insuffisant dans le contexte de la *Loi sur l’accès à l’information* de simplement faire état du privilège portant sur les négociations en vue d’un règlement pour situer l’affaire dans le contexte de l’alinéa 20(1)d) de la Loi. Un demandeur doit apporter la preuve que la divulgation des documents en cause pourrait vraisemblablement entraver des négociations en vue d’un règlement.

[57] Le résultat de l’analyse jusqu’ici indique donc que si le demandeur démontre que les documents ont été créés ou échangés dans le cadre de négociations en vue d’un règlement, et qu’il démontre un risque vraisemblable de préjudice probable en cas de divulgation, il n’est pas nécessaire de sortir des limites des exemptions prévues pour les tiers dans le cadre de l’article 20. Cette conclusion m’amène à deux résultats.

[58] Premièrement, je n’ai pas à décider si un tiers peut, dans le cadre d’un examen en vertu de l’article 44,

outside what is provided for in section 20. There is a debate about this in this Court (contrast *Heinz, supra*, and *SNC Lavalin, supra*). Second, it renders moot any question which may linger whether a section 18.1 judicial review proceeding can be taken notwithstanding the availability of a section 44 review in the light of section 18.5 [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5] of the *Federal Court Act*.

[59] I conclude the proceeding before me must be pursuant to section 44 which means section 18.1 of the *Federal Court Act* is unavailable.

[60] The respondent, while taking objection to the manner in which this Court was seized under section 18 of the *Federal Court Act* requested the within application for judicial review be as if it was a review under section 44 of the *Access to Information Act* and I so order.

(4) Conclusions

[61] Based on my review of the three documents, portions of which were severed for release, I have concluded the entire documents qualify for exemption under paragraph 20(1)(d) and that severance is inappropriate.

[62] It is clear the consultants' historical report and the solicitors' submissions were placed in the hands of DIAND for the purpose of achieving a settlement of the 1980 legal action in the Federal Court through the mechanism of having that claim recognized as eligible for negotiation as a specific claim pursuant to the federal government's native claim policy and then, if accepted, negotiated to a conclusion and if that should not come to pass, its action in the Federal Court would still be alive.

[63] The expert consultants' report represents appreciations of fact on numerous points necessary to garner DIAND's recognition as disclosing an

se réclamer d'une exemption autre que ce qui est prévu à l'article 20. Il y a un débat à ce sujet au sein de notre Cour (contraster *Heinz*, précité, et *SNC Lavalin*, précité). Deuxièmement, elle rend théorique toute question qui pourrait persister quant à savoir si on peut procéder à un contrôle judiciaire en vertu de l'article 18.1 nonobstant l'article 44, au vu de ce que prévoit l'article 18.5 [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5] de la *Loi sur la Cour fédérale*.

[59] J'arrive à la conclusion que l'instance qui m'est soumise doit être initiée en vertu de l'article 44, ce qui veut dire qu'on ne peut se prévaloir de l'article 18.1 de la *Loi sur la Cour fédérale*.

[60] Tout en s'objectant à la façon par laquelle la Cour a été saisie de la question en vertu de l'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale*, la défenderesse demande que l'on traite la présente demande de contrôle judiciaire comme s'il s'agissait d'une demande de révision en vertu de l'article 44 de la *Loi sur l'accès à l'information*. J'ordonne qu'il soit procédé de cette façon.

(4) Conclusions

[61] Au vu de mon examen des trois documents, dont certaines parties avaient été prélevées pour divulgation, j'arrive à la conclusion que les documents dans leur entier relèvent de l'exemption prévue à l'alinéa 20(1)d) et qu'il serait inapproprié d'en prélever des parties.

[62] Il est clair que le rapport historique des consultants et que les prétentions des avocats sont des documents transmis au MAINC dans le but d'obtenir un règlement de l'action introduite en Cour fédérale en 1980, en cherchant à obtenir la recevabilité de la revendication en tant que revendication particulière dans le cadre de la politique de revendications autochtones du gouvernement fédéral. Si cette demande était acceptée, la revendication pouvait être négociée jusqu'à règlement et, à défaut, l'action en Cour fédérale serait toujours pertinente.

[63] Le rapport de consultants experts contient une évaluation des faits au sujet de plusieurs questions nécessaires pour obtenir l'accord du MAINC qu'il y a

outstanding lawful obligation on the part of the federal government. The solicitors' submission musters all of the facts and applies those facts to legal arguments for the purpose of persuading DIAND that the claim should be settled through the specific claim process.

[64] The third document was also prepared in the context of the Band's efforts to gain recognition their claim should be settled as a specific claim. It represents the views of an expert retained by DIAND to analyse the facts and positions put forward by the Band to gain that recognition, outlines further research performed in addition to the research submitted by the Band and makes an assessment of the strength and weakness of the historical facts advanced by either side.

[65] Documents of this nature are privileged from a production in the discovery process in an action. I need only refer to Justice MacKay's decision in *Samson Indian Nation and Band v. Canada* (2000), 182 F.T.R. 71 (F.C.T.D.), at paragraph 9:

An initial question is whether the documents in question qualify as subject to without prejudice privilege. It is the Crown's view that many of those in question do not qualify for they are not concessions of weakness by Samson in its own case. It is urged that the policy underlying the privilege is a narrow one, simply to avoid disclosure at trial of such concessions made in efforts to settle matters. I am not persuaded that the privilege or its underlying policy is so narrow. Rather, where the documents are created with a view to reconciliation or settlement respecting a matter in dispute in litigation between the parties, the documents are without prejudice and privileged (see Sopinka, Lederman and Bryant, **The Law of Evidence in Canada**, 2nd ed. (1999) at pp. 807-809). If a document is made for the purpose of settlement or reconciliation of issues in litigation it matters not whether it is marked or described as "without prejudice"; it will be so classed either by its description or by implication.

une obligation juridique non satisfaite qui incombe au gouvernement fédéral. Les prétentions des avocats regroupent tous les faits et les accompagnent d'arguments juridiques dont l'objectif est de persuader le MAINC que la revendication devrait être réglée par l'entremise de la procédure de revendications particulières.

[64] Le troisième document a aussi été préparé dans le contexte des efforts consentis par la bande pour obtenir la reconnaissance du fait que leur revendication devait être réglée en tant que revendication particulière. On y trouve le point de vue d'un expert dont les services ont été retenus par le MAINC afin d'analyser les faits et les arguments présentés par la bande pour obtenir la reconnaissance en cause, un résumé des recherches additionnelles conduites en sus de la recherche présentée par la bande, ainsi qu'une évaluation des forces et des faiblesses des faits historiques présentés par les deux parties.

[65] Les documents de cette nature jouissent d'un privilège empêchant qu'on puisse les obtenir dans le cadre d'un interrogatoire préalable. Il suffit que je mentionne la décision du juge MacKay dans *Nation et Bande indienne de Samson c. Canada* (2000), 182 F.T.R. 71 (C.F. 1^{re} inst.), au paragraphe 9:

Il s'agit d'abord de savoir si les documents en cause jouissent du privilège visant les documents divulgués sans préjudice. La Couronne est d'avis que plusieurs de ces documents n'ont pas droit au privilège, puisqu'ils ne font aucune concession quant à la position de Samson. On soutient que la politique qui sous-tend l'existence du privilège est très restrictive, et qu'elle a simplement pour objectif d'éviter qu'on dévoile au procès les concessions qui ont été faites dans la recherche d'un règlement. Je ne suis pas convaincu que le privilège, ainsi que la politique qui le sous-tend, soient de nature aussi étroite. En fait, lorsque les documents sont préparés dans le but d'obtenir un règlement ou de concilier les points de vue dans une question en litige entre les parties, ces documents sont considérés avoir droit au privilège visant les documents divulgués sans préjudice (voir Sopinka, Lederman et Bryant, **The Law of Evidence in Canada**, 2nd ed. (1999), aux pp. 807 à 809). Si un document est préparé dans le but d'obtenir un règlement ou de concilier les questions en litige, il est de peu d'importance qu'il soit effectivement identifié par la mention «sans préjudice» et il sera considéré comme tel, soit parce qu'il est ainsi décrit ou par déduction nécessaire.

[66] Now, it may be argued the settlement negotiations are off and therefore there cannot be any interference with them within the meaning of paragraph 20(1)(d).

[67] There are two answers to this proposition. What DIAND has decided is that it would not recognize the Band's claim as being eligible for negotiation within the specific claims process. That issue is being reviewed by the Indian Land Claims Commission.

[68] Second, the Band's action in the Federal Court is still alive, and if it goes forward, after discovery takes place, settlement discussions will take place as mandated by rule 257 of the *Federal Court Rules, 1998*.

[69] I am of the view there is sufficient evidence before me to conclude the release of the three documents could reasonably be expected to interfere with settlement negotiations surrounding the Band's action.

[70] Disclosure of these documents, in this context, results in both the Band and DIAND losing control of the prevailing circumstances (the action and settlement efforts) by opening up the process to outside intervention, a process which heretofore has been carefully managed by the Band and DIAND. Such a consequence, in my view, cannot but interfere with the realities of settlement negotiations of an action.

[71] I touch on one last point. The Access Coordinator was of the view the disclosure of historical facts would not prejudice the Band's position. I do not share this view.

[72] While some of the events referred to in the documentation necessarily are in the public domain, such as the existence of Treaty 7, what the Access Coordinator coined as historical facts are in reality the very evidence which the Band asserts is needed to prove its Federal Court action and, for the reasons expressed, cannot but prejudice the Band *vis-à-vis* a third party.

[66] On pourrait maintenant prétendre que comme les négociations en vue d'un règlement sont suspendues, on ne peut les entraver au sens de l'alinéa 20(1)d).

[67] Cette proposition reçoit une réponse en deux parties. La décision du MAINC porte qu'il ne considère pas la réclamation de la bande comme recevable pour une négociation dans le cadre du processus de revendications particulières. Cette question est présentement examinée par la Commission sur les revendications particulières des Indiens.

[68] Deuxièmement, l'action de la bande en Cour fédérale est toujours pendante et, si elle procède après les interrogatoires préalables, des discussions en vue d'un règlement seront tenues comme le prévoit la règle 257 des *Règles de la Cour fédérale (1998)*.

[69] Selon moi, la preuve dont je suis saisi me permet d'arriver à la conclusion que la divulgation des trois documents pourrait vraisemblablement entraver des négociations en vue d'un règlement dans le cadre de l'action de la bande.

[70] La divulgation de ces documents dans un tel contexte ferait que la bande et le MAINC n'auraient plus le contrôle de la situation (l'action et les efforts de règlement) en ouvrant le processus à une intervention extérieure. Or, ce processus a jusqu'ici été géré avec précaution par la bande et le MAINC. Selon moi, une telle conséquence ne pourrait qu'entraver les négociations en vue du règlement de l'action.

[71] Je veux ajouter un dernier commentaire. Le coordonnateur de l'accès était d'avis que la divulgation de faits historiques ne causerait pas de préjudice à la bande. Je ne partage pas cet avis.

[72] Bien que certains des événements mentionnés dans la documentation soient clairement dans le domaine public, comme l'existence même du Traité n° 7, ce que le coordonnateur de l'accès a décrit comme étant des faits historiques constitue en réalité la preuve même que la bande déclare nécessaire pour obtenir gain de cause dans son action en Cour fédérale et donc, pour les raisons présentées, leur divulgation ne pourrait que causer un préjudice à la bande par rapport aux tiers.

[73] For all of these reasons, this section 44 review application is allowed, with costs. The subject documents are protected from disclosure in their entirety pursuant to paragraph 20(1)(d).

[73] Pour ces motifs, la demande d'examen en vertu de l'article 44 est accueillie, avec dépens. Les documents en cause sont protégés totalement de la divulgation en vertu de l'alinéa 20(1)d).