

Cour d'appel
fédérale



CANADA

Federal Court
of Appeal

Date : 20090526

**Dossiers : A-492-06
A-499-06**

Référence : 2009 CAF 166

**CORAM : LA JUGE DESJARDINS
LE JUGE NOËL
LE JUGE PELLETIER**

ENTRE :

LE MINISTRE DE LA SANTÉ

**appellant/intimé
incident**

et

MERCK FROSST CANADA LTÉE

**intimée/appelante
incidente**

Audience tenue à Ottawa (Ontario), le 17 février 2009.

Jugement rendu à Ottawa (Ontario), le 26 mai 2009.

MOTIFS DU JUGEMENT :

LA JUGE DESJARDINS

Y ONT SOUSCRIT :

**LE JUGE NOËL
LE JUGE PELLETIER**

Cour d'appel
fédérale



CANADA

Federal Court
of Appeal

Date : 20090526

Dossiers : A-492-06
A-499-06

Référence : 2009 CAF 166

CORAM : LA JUGE DESJARDINS
LE JUGE NOËL
LE JUGE PELLETIER

ENTRE :

LE MINISTRE DE LA SANTÉ

**appellant/intimé
incident**

et

MERCK FROSST CANADA LTÉE

**intimée/appelante
incidente**

MOTIFS DU JUGEMENT

LA JUGE DESJARDINS

[1] Nous sommes saisis de deux appels ainsi que de deux appels incidents. Les appels sont ceux du ministre de la Santé. Les appels incidents sont ceux de Merck Frosst Canada Ltée (Merck Frosst).

[2] L'appel et l'appel incident dans le dossier d'appel principal, A-492-06 (T-90-01), portent sur une décision d'un juge de la Cour fédérale (le premier juge) dans l'affaire *Merck Frosst Canada Ltée c. Canada (Ministre de la Santé)*, 2006 CF 1201.

[3] L'appel et l'appel incident dans le dossier d'appel connexe A-499-06 (T-36-02) portent sur une décision du même juge dans l'affaire *Merck Frosst Canada Ltée c. Canada (Ministère de la Santé)*, 2006 CF 1200.

[4] Le premier juge, dans l'un et l'autre cas, était saisi de deux demandes de contrôle judiciaire en vertu de l'article 44 de la *Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. 1985, c. A-1 (la Loi). Ces recours étaient à l'encontre de deux décisions de l'appelant (le ministre ou Santé Canada) prises en vertu de l'article 28 de la Loi, soit celle du 2 janvier 2001 (dossier d'appel A-492-06) et celle du 19 décembre 2001 (dossier d'appel A-499-06). Ces décisions faisaient suite à deux demandes d'accès à l'information reçues par le ministre de la part d'un tiers demandeur, en l'espèce un compétiteur de Merck Frosst, en vertu de l'article 4 de la Loi.

[5] Dans le premier cas (dossier d'appel A-492-06), la décision du ministre portait sur la divulgation de documents afférents à la Présentation de Drogue Nouvelle (la PDN) de Singulair® (Singulair), une drogue élaborée par Merck Frosst pour le traitement de l'asthme. Dans le deuxième cas (dossier d'appel A-499-06), la décision du ministre portait sur la divulgation de documents afférents au Supplément à une Présentation de Drogue Nouvelle (le SPDN) de Singulair® (Singulair), une drogue élaborée par Merck Frosst pour le traitement de l'asthme chez les enfants âgés de 2 à 5 ans.

[6] La demande du demandeur d'accès dans le dossier d'appel A-492-06 portait sur les documents suivants:

Notice of Compliance, Comprehensive Summary, Reviewer's Notes and any correspondence between Health Canada and Merck Frosst regarding the review of the New Drug Submission for SINGULAIR® Tablets and Chewable Tablets.

[7] La demande du demandeur d'accès dans le dossier d'appel A-499-06 portait sur les documents suivants :

All reasonable information on 4 mg SINGULAIR® which was filed as a Supplemental New Drug Submission, including correspondence and the reviewer's notes.

[8] Les motifs du présent jugement disposent conjointement des deux appels, A-492-06 et A-499-06. Ces motifs de jugement seront versés dans les deux dossiers d'appel. Des jugements séparés seront versés dans chaque dossier.

LES FAITS

[9] Les faits ne sont pas contestés. Ils se retrouvent aux paragraphes 3 à 21 des motifs du premier juge dans le dossier d'appel A-492-06 et aux paragraphes 3 à 28 des motifs du premier juge dans le dossier d'appel A-499-06. Ces décisions figurent dans les recueils judiciaires tel qu'indiqué plus haut.

[10] Dans le dossier d'appel A-492-06, le 16 août 2000, le ministre, après examen de l'article 20 de la Loi, communiquait une vingtaine de pages de documents à la partie demandant l'accès, sans donner à Merck Frosst l'avis prévu à l'article 27 de la Loi, le ministre étant satisfait qu'aucune exception ne s'appliquait à ces pages.

[11] Également à cette date, le ministre décidait de refuser la communication d'une autre partie des documents. Il envoyait cependant à Merck Frosst un avis selon l'article 27 de son intention de communiquer éventuellement les pages 1-330, 333-337, 341-375, 379-447, 449-496, 500-524, 526, 527, 529-547 des documents demandés par le demandeur d'accès. Il invitait Merck Frosst à lui fournir dans les 20 jours de la transmission de cet avis des observations quant aux mesures qui justifieraient, en vertu du paragraphe 20(1) de la Loi, un refus de communication totale ou partielle.

[12] Merck Frosst obtint une prorogation de délai jusqu'au 25 septembre 2000.

[13] Dans une lettre en date du 25 septembre 2000, Merck Frosst répondait à l'avis du ministre du 16 août 2000 par une lettre d'une dizaine de pages présentant ses objections à la communication d'informations contenues dans les pages énoncées dans l'avis. Merck Frosst s'objectait notamment à la communication de catégories générales d'informations telles les techniques de fabrication, la chimie, les dates, les contrôles et les numéros de fichiers. Merck Frosst s'objectait également à la communication de la vingtaine de pages qui avaient déjà été transmises au tiers et ce, sans avis.

[14] Le 2 janvier 2001, le ministre donnait à Merck Frosst avis selon le paragraphe 28(3) de la Loi de sa décision de communiquer certains documents. Attachée à cet avis se trouvait l'annexe « J » de l'affidavit de Margery Snider de Santé Canada . (Ledit annexe comprenait les pages 1-23, 26-35, 45-50, 52-59, 61-71, 74-84, 87-104, 111-125, 135-208, 210, 212, 213, 216-220, 222-330, 333-337, 341-387, 389-447, 449-463, 467-496, 500-527, 529-534, 536-544, 547 des documents demandés). La documentation accompagnant cet avis comportait donc 335 pages où des

informations étaient marquées comme devant être retranchées selon les représentations de Merck Frosst reçues à cette date (D.A., vol. XXI, p. 5159, par. 31 et p. 5263.)

[15] Le 19 janvier 2001, Merck Frosst entreprenait un recours en révision judiciaire auprès de la Cour fédérale.

[16] Le 26 septembre 2001, Margery Snider déposait un second affidavit comprenant l'annexe « Q » qui contenait une version encore plus élaguée des documents qui avaient fait l'objet de l'annexe « J » de Margery Snider en date du 2 janvier 2001 (D.A., vol. XXI, p. 5193, par. 91 à 95 et vol. XXIII, p. 6368). Cette version est donc postérieure à la date d'introduction du recours en révision intenté par Merck Frosst.

[17] Dans le dossier d'appel A-499-06, le 11 juin 2001, le ministre, après examen de l'article 20 de la Loi, communiquait huit pages de documents à la partie demandant l'accès sans donner à Merck Frosst l'avis prévu à l'article 27 de la Loi, le ministre étant satisfait qu'aucune exception ne s'appliquait à ces pages.

[18] Le 19 décembre 2001, le ministre donnait à Merck Frosst avis, selon l'article 28 de la Loi, de sa décision de communiquer les documents qu'il avait élagués suite aux représentations de Merck Frosst.

[19] Le 8 janvier 2002, Merck Frosst entreprenait un recours en révision judiciaire auprès de la Cour fédérale.

[20] Le 17 juillet 2002, Margery Snider déposait un affidavit contenant les documents élagués. Seules les pages suivantes des documents reproduits à la pièce « U » de cet affidavit demeurent en litige, soit les pages 7-16, 24-33, 35, 39-42, 43-46, 48-54, 57, 105-115, 119-121, 137-167, 187-188, 194-198, 200, 202, 204-246 et 296.

QUESTIONS EN LITIGE

[21] Deux types de questions sont en litige : celles qui portent sur les appels du ministre et celles qui portent sur les appels incidents de Merck Frosst. De façon globale, ces questions portent sur l'interprétation et l'application des articles 20, 25, 27, 28, 44 et 51 de la Loi.

[22] Les questions en litige soulevées dans les appels du ministre sont les suivantes :

- (a) Le premier juge a-t-il erré en droit en concluant qu'une institution fédérale ne peut communiquer de l'information à un demandeur d'accès que si le tiers intéressé (Merck Frosst en l'espèce) a été préalablement avisé par cette dernière (l'institution fédérale)?
- (b) Le premier juge a-t-il erré en droit et en fait en appliquant aux faits en l'espèce les exceptions contenues aux alinéas 20(1)a), b) et c) de la Loi?
- (c) Le premier juge a-t-il erré en droit et en fait en appliquant l'article 25 de la Loi?

[23] Les questions en litige soulevées dans les appels incidents de Merck Frosst sont les suivantes :

- (a) Merck Frosst est-elle en droit d'obtenir une déclaration à l'encontre de la légalité de la communication par l'institution fédérale de ses documents à un demandeur d'accès sans qu'elle ne soit préalablement avisée?
- (b) Le premier juge a-t-il erré en concluant à la validité du processus suivi par l'institution fédérale selon lequel le fardeau de démontrer que le ministre doit refuser la communication d'un document repose sur la partie qui s'oppose à cette communication?
- (c) Le premier juge a-t-il erré en droit et en fait en appliquant aux faits en l'espèce les exceptions contenues aux alinéas 20(1)a), b) et c) de la Loi?

[24] Chaque question sera traitée selon son rang. Toutefois, la question (a) de l'appel incident de Merck Frosst sera traitée immédiatement après la question (a) de l'appel du ministre, vu leur caractère connexe. Également, la question (b) de l'appel du ministre et la question (c) de l'appel incident de Merck Frosst seront traitées ensemble, vu leur caractère connexe.

NORMES DE CONTRÔLE APPLICABLES

[25] Les règles habituelles applicables au contrôle en appel d'une décision judiciaire énoncées dans *Dr. Q. c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 R.C.S. 226, par. 43, et dans *Housen c. Nicholaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235, par. 27-28, s'appliquent en l'espèce. Les questions de droit sont décidées selon la norme de la décision correcte. Par ailleurs, cette Cour n'intervient sur des questions de fait ou sur des questions mixtes de droit et de fait que si l'erreur est manifeste et dominante. Si une pure erreur de droit se dégage de la question mixte de droit et de fait, la question de droit ainsi isolée est décidée selon la norme de la décision correcte (*Housen c. Nicholaisen*, *loc cit.* par. 31).

DISPOSITIONS LÉGISLATIVES PERTINENTES

[26] Les dispositions législatives pertinentes de la *Loi sur l'accès à l'information* sont reproduites dans leur version en vigueur au moment des faits ayant donné naissance au présent litige :

2. (1) La présente loi a pour objet d'élargir l'accès aux documents de l'administration fédérale en consacrant le principe du droit du public à leur communication, les exceptions indispensables à ce droit étant précises et limitées et les décisions quant à la communication étant susceptibles de recours indépendants du pouvoir exécutif.

[...]

4. (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente loi mais nonobstant toute autre loi fédérale, ont droit à l'accès aux documents relevant d'une institution fédérale et peuvent se les faire communiquer sur demande :

a) les citoyens canadiens;

b) les résidents permanents au sens du paragraphe 2(1) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés.

[...]

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

a) des secrets industriels de tiers;

2. (1) The purpose of this Act is to extend the present laws of Canada to provide a right of access to information in records under the control of a government institution in accordance with the principles that government information should be available to the public, that necessary exceptions to the right of access should be limited and specific and that decisions on the disclosure of government information should be reviewed independently of government.

...

4. (1) Subject to this Act, but notwithstanding any other Act of Parliament, every person who is

(a) a Canadian citizen, or

(b) a permanent resident within the meaning of subsection 2(1) of the Immigration and Refugee Protection Act,

has a right to and shall, on request, be given access to any record under the control of a government institution.

...

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

(a) trade secrets of a third party;

b) 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;

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

(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) des renseignements dont la divulgation risquerait vraisemblablement d'entraver des négociations menées par un tiers en vue de contrats ou à d'autres fins.

(d) information the disclosure of which could reasonably be expected to interfere with contractual or other negotiations of a third party.

[...]

...

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.

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

[...]

...

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

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

a) soit des secrets industriels d'un tiers;

a) trade secrets of a third party,

b) soit des renseignements visés à l'alinéa 20(1)b qui ont été fournis par le tiers;

(b) information described in paragraph 20(1)(b) that was supplied by a third party, or

c) soit des renseignements dont la communication risquerait, selon lui, d'entraîner pour le tiers les conséquences visées aux alinéas 20(1) c) ou d).

(c) information the disclosure of which the head of the institution could reasonably foresee might effect a result described in paragraph 20(1)(c) or (d) in respect of a third party,

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

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

(2) Le tiers peut renoncer à l'avis prévu au paragraphe (1) et tout consentement à la communication du document vaut renonciation à l'avis.

(2) Any third party to whom a notice is required to be given under subsection (1) in respect of an intended disclosure may waive the requirement, and where the third party has consented to the disclosure the third party shall be deemed to have waived the requirement.

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

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

a) la mention de l'intention du responsable de l'institution fédérale de donner communication totale ou partielle du document susceptible de contenir les secrets ou les renseignements visés au paragraphe (1);

(a) a statement that the head of the government institution giving the notice intends to release a record or a part thereof that might contain material or information described in subsection (1);

b) la désignation du contenu total ou partiel du document qui, selon le cas, appartient au tiers, a été fourni par lui ou le concerne;

(b) a description of the contents of the record or part thereof that, as the case may be, belong to, were supplied by or relate to the third party to whom the notice is given; and

c) la mention du droit du tiers de présenter au responsable de l'institution fédérale de qui relève le document ses observations quant aux raisons qui justifieraient un refus de communication totale ou partielle, dans les vingt jours suivant la transmission de l'avis.

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

a) de donner au tiers la possibilité de lui présenter, dans les vingt jours suivant la transmission de l'avis, des observations sur les raisons qui justifieraient un refus de communication totale ou partielle du document;

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

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

(c) a statement that the third party may, within twenty days after the notice is given, make representations to the head of the government institution that has control of the record as to why the record or part thereof should not be disclosed.

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

(a) the third party shall, within twenty days after the notice is given, be given the opportunity to make representations to the head of the institution as to why the record or the part thereof should not be disclosed; and

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

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

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

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

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

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

44. (1) Le tiers que le responsable d'une institution fédérale est tenu, en vertu de l'alinéa 28(1)b ou du paragraphe 29(1), d'aviser de la communication totale ou partielle d'un document peut,

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

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

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

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

44. (1) Any third party to whom the head of a government institution is required under paragraph 28(1)(b) or subsection 29(1) to give a notice of a decision to disclose a record or a part thereof under

dans les vingt jours suivant la transmission de l'avis, exercer un recours en révision devant la Cour.

this Act may, within twenty days after the notice is given, apply to the Court for a review of the matter.

[...]

...

51. La Cour, dans les cas où elle conclut, lors d'un recours exercé en vertu de l'article 44, que le responsable d'une institution fédérale est tenu de refuser la communication totale ou partielle d'un document, lui ordonne de refuser cette communication; elle rend une autre ordonnance si elle l'estime indiqué.

51. Where the Court determines, after considering an application under section 44, that the head of a government institution is required to refuse to disclose a record or part of a record, the Court shall order the head of the institution not to disclose the record or part thereof or shall make such other order as the Court deems appropriate.

ANALYSE

[27] Une remarque préliminaire s'impose.

[28] Merck Frosst invoque d'emblée, au paragraphe 56 de son mémoire, non seulement les dispositions de la Loi mais également les engagements internationaux du Canada, soit l'*Accord de libre-échange nord-américain*, (l'ALÉNA) ainsi que l'*Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce* (ADPIC), la directive du Conseil du Trésor adoptée en vertu de l'alinéa 70(1)c) de la Loi, les directives internes de Santé Canada, et les principes sous-jacents au devoir d'agir équitablement.

[29] Pourtant rien de cela, sauf la Loi et l'équité procédurale, n'a été plaidé devant le premier juge (voir la demande de contrôle judiciaire de Merck Frosst, D.A. public, vol. I, p. 47). Celui-ci d'ailleurs s'en est tenu à la Loi en cause. Exceptionnellement fait-il mention de la directive du Conseil du Trésor au paragraphe 69 de ses motifs dans le dossier d'appel A-492-06 alors qu'il résume l'argumentation de l'intimée. Mais il ne dispose pas de cet argument.

[30] Ce n'est que sur la base de la Loi en cause que peut s'appliquer la norme de contrôle et que peuvent se décider les appels. On ne saurait, d'une part, reprocher au premier juge des erreurs sur des questions qui n'ont pas été portées à sa connaissance. L'intimée, d'autre part, ne peut refaire sa cause en appel.

Question (a) de l'appel du ministre : Le premier juge a-t-il erré en droit en concluant qu'une institution fédérale ne peut communiquer de l'information à un demandeur d'accès que si le tiers intéressé (Merck Frosst en l'espèce) a été préalablement avisé par cette dernière (l'institution fédérale) ?

[31] Merck Frosst s'oppose à la décision du 16 août 2000 (dans le dossier d'appel A-492-06) et à celle du 11 juin 2001 (dans le dossier d'appel A-499-06) suivant lesquelles le ministre a communiqué des documents au demandeur d'accès sans consultation préalable avec le « tiers intéressé », soit Merck Frosst en l'espèce.

[32] Le ministre prétend au contraire que le paragraphe 27(1) de la Loi n'oblige le responsable de l'institution fédérale à communiquer avec le « tiers intéressé » que si le document contient ou s'il

est, selon le responsable d'une institution fédérale, susceptible de contenir des renseignements protégés par le paragraphe 20(1) de la Loi.

[33] Le premier juge a conclu sur ce point, aux paragraphes 63 et 64 de ses motifs (dans le dossier d'appel A-492-06) et aux paragraphes 71 et 72 (dans le dossier d'appel A-499-06) :

À mon avis, il est peu pertinent que les documents communiqués sans consultation préalable ne soient pas sujets à l'application du paragraphe 20(1) de la Loi. L'interprétation préconisée par le défendeur lui donnerait un pouvoir de détermination de l'inapplicabilité du paragraphe 20(1) qui serait à l'abri de toute surveillance judiciaire, et qui pourrait causer un préjudice irréparable au tiers concerné par la demande d'accès à l'information.

J'en conclus que la communication sans consultation de documents par le défendeur était donc contraire à l'esprit du paragraphe 20(1) de la Loi. Étant donné qu'un tel processus pourrait causer un préjudice irréparable à un tiers concerné tel que la demanderesse si le défendeur concluait à tort que le paragraphe 20(1) ne s'appliquait pas à ces documents, la communication sans consultation préalable n'aurait pas dû avoir lieu.

[Je souligne.]

[34] Le paragraphe 27(1) de la Loi n'oblige, selon son libellé, le responsable d'une institution fédérale à communiquer avec le « tiers intéressé » que si le document contient ou s'il est, selon le responsable d'une institution fédérale, susceptible de contenir les secrets ou les renseignements visés par le paragraphe 27(1) de la Loi. Le paragraphe 27(1) de la Loi se réfère ensuite aux secrets industriels d'un tiers, aux renseignements visés à l'alinéa 20(1)(b) qui ont été fournis par le tiers, ainsi qu'aux renseignements dont la communication risquerait, selon le responsable d'une institution fédérale, d'entraîner pour le tiers les conséquences visées aux alinéas 20(1)c) ou d).

[35] Dans *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, le juge Iacobucci rappelait les propos de Elmer Driedger, *Construction of Statutes* (2 ed. 1983), selon lequel aujourd'hui il n'y a qu'un principe ou solution :

[traduction] Il faut lire les termes d'une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur.

[36] L'objet de la Loi, tel que prévu à l'article 2, est « d'élargir l'accès aux documents de l'administration fédérale en consacrant le principe du droit du public à leur communication ».

[37] Dans l'affaire *Rubin c. Canada (Ministre des Transports)*, [1998] 2 C.F. 430, le juge McDonald, au nom de la Cour, a expliqué, au paragraphe 23 de ses motifs, l'effet de l'article 2 de la Loi :

23 Selon moi, donc, toutes les exceptions doivent être interprétées à la lumière de cette disposition. C'est-à-dire que toutes les exceptions au droit d'accès doivent être précises et limitées. Cela signifie que lorsque deux interprétations sont possibles, la Cour doit, vu l'intention déclarée du législateur, choisir celle qui porte le moins atteinte au droit d'accès du public. C'est seulement de cette façon que la réalisation de l'objet de la Loi est possible. Il s'ensuit qu'une interprétation (d'une exception) qui permet au gouvernement de cacher des renseignements au public affaiblit l'objet déclaré de la Loi.

[38] Dans l'arrêt de principe *Air Atonabee Ltd. (f.a.s. City Express) c. Canada (Ministre des transports)*, [1989] A.C.F. no. 453, le juge MacKay, de la Cour fédérale, a conclu ce qui suit quant à l'obligation du responsable de l'institution fédérale aux termes de l'article 28 de la Loi d'alors, maintenant devenu l'article 27 :

11 La Loi empêche la communication de divers types de renseignements expressément définis et permet également de refuser de communiquer des renseignements dans certains autres cas définis. En ce qui concerne les renseignements de tiers, c'est-à-dire les

renseignements qui concernent une personne autre que l'auteur de la demande ou qu'un organisme fédéral et qui ne sont pas autrement exemptés, la Loi sur l'accès à l'information soustrait à l'obligation de communication seulement certains types de renseignements définis à l'article 20, dont voici les passages pertinents en l'espèce :

...

La Loi permet au tiers d'intervenir et de présenter des observations non pas dans tous les cas, mais dans certains cas, ainsi qu'il est ci-après précisé. ...

12 Il vaut peut-être la peine de souligner en passant que la Loi n'oblige pas à aviser le tiers avant de communiquer des renseignements qui le concernent, sauf dans les cas prévus au paragraphe 28(1). Lorsqu'après avoir examiné tous les éléments de preuve pertinents qui ont été portés à sa connaissance, le responsable de l'institution conclut que les renseignements demandés ne sont pas de la nature de ceux dont il est question dans cet article, il n'est pas obligé d'aviser le tiers, la Cour ne lui ordonnera pas de le faire et le recours en révision prévu à l'article 44(1) ne peut être exercé. (Voir *Bande indienne de Sawridge c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, (1987), 10 F.T.R. 48, confirmé sub nom. *Twin c. Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien*, (1987) 80 N.R. 263 (C.A.F.)).

[Je souligne.]

[39] Le premier juge a ignoré cette jurisprudence et a par conséquent erré en droit au paragraphe 64 des motifs du jugement rendu au dossier d'appel A-492-06 et au paragraphe 72 des motifs du jugement rendu au dossier d'appel A-499-06.

Question (a) de l'appel incident de Merck Frosst : Merck Frosst est-elle en droit d'obtenir une déclaration à l'encontre de la légalité de la communication par l'institution fédérale de ses documents à un demandeur d'accès sans qu'elle ne soit préalablement avisée?

[40] Aux paragraphes 44 et 64 de ses motifs dans le dossier d'appel A-492-06 et aux paragraphes 52 et 62 de ses motifs dans le dossier d'appel A-499-06, le premier juge a conclu que Merck Frosst est en droit d'obtenir une ordonnance déclaratoire à l'encontre de la légalité de la communication de

documents sans consultation le 16 août 2000 et le 11 juin 2001. Le dispositif du jugement rendu par la Cour fédérale ne contient pourtant pas de déclaration.

[41] Vu mes conclusions sur la question précédente, il s'ensuit que Merck Frosst ne peut obtenir de déclaration à l'encontre de la légalité de la communication par l'institution fédérale des documents communiqués sans avis préalable.

Question (b) de l'appel du ministre et (c) de l'appel incident de Merck Frosst : Le premier juge a-t-il erré en droit et en fait en appliquant aux faits en l'espèce les exceptions contenues aux alinéas 20(1)a), b) et c) de la Loi?

Alinéa 20(1)a)

[42] Le premier juge a conclu au paragraphe 105 de ses motifs dans le dossier d'appel A-492-06 que :

105 La communication des pages 462 à 493, 495, et 518 à 521 devrait être refusée en vertu de l'alinéa 20(1)a) de la Loi car elles contiennent des renseignements qui constituent des secrets industriels.

[Je souligne.]

[43] Le dossier d'appel A-499-06 ne contient, par ailleurs, aucune conclusion spécifique quant à l'alinéa 20(1)a) de la Loi.

[44] Le ministre soumet que le premier juge a erré en omettant de préciser quel test juridique il a employé pour en arriver à conclure que l'alinéa 20(1)a) s'applique aux 33 pages de documents énoncés.

[45] Le ministre soumet également que le juge n'a présenté aucune analyse pour appuyer sa décision d'exclure ces pages et que l'intimé n'a fourni aucune preuve objective et précise permettant au premier juge de conclure comme il l'a fait.

[46] Merck Frosst se limite à plaider que le premier juge avait toute la preuve devant lui et qu'il a décidé à bon droit que les pages comportaient des secrets industriels et devaient être exclues en vertu de l'alinéa 20(1)a) de la Loi.

[47] Dans son mémoire, Merck Frosst présente des tableaux synthèse de sa preuve au soutien de sa prétention selon laquelle les pages exclues contiennent des secrets industriels. Ces tableaux réfèrent à des affidavits soumis le 1^{er} juin 2001 par des experts retenus par Merck Frosst, notamment M. Robert Sarrazin et Madame Annie Tougas.

[48] Quant aux pages 462 à 493, 495, et 518 à 521, M. Sarrazin écrit ce qui suit dans son affidavit du 1^{er} juin 2001 (D.A., vol. XXXII, p. 8510) :

170. Les pages 461 à 547 concernent la révision du sommaire de recherche chimique et galénique. Ces informations traitent – et reprennent – celles fournies par Merck Frosst aux fins de la PDN. Ces pages contiennent des renseignements qui constituent des secrets industriels dans leurs éléments fondamentaux, notamment la fabrication, l'analyse, le contrôle et les spécifications de la substance active et du produit fini. Ces éléments sont particulièrement recherchés par les concurrents génériques pour développer leur propre produit.

[49] M. Sarrazin poursuit en décrivant sommairement le contenu des pages pertinentes pour ensuite réitérer qu'il s'agit d'un secret industriel. Il se réfère alors à plusieurs reprises à l'énoncé du paragraphe 170 de son affidavit (D.A., vol. XXXII, p. 8510):

175. À la page 470, un tableau indique le nombre d'impuretés connues dans la matière première de Merck Frosst et les limites acceptables.

176. Cela constitue un secret industriel. Je réitère mes commentaires du paragraphe 170 à ce sujet.

177. Ces informations traitent – et reprennent – celles fournies par Merck Frosst aux fins de la PDN. Ce sont des informations de nature scientifiques ou techniques (qui proviennent de Merck Frosst) et qui risquent vraisemblablement d'avoir des impacts de nature commerciale ou financière appréciables. Les compagnies innovatrices traitent généralement les informations de ce type comme confidentielles, y compris Merck Frosst.

[Je souligne.]

[50] Dans son affidavit du 1^{er} juin 2001, Madame Annie Tougas énonce ce qui suit (D.A., vol. III, p. 179):

96. The specifications list the major product criteria (such as pages 470-71, 475-477, 482-483, 520-521 of the Records) and the limits to be met for ensuring product quality and consistency. Batches are released on the Canadian market according to the specifications. They are usually based on critical parameters (such as pages 475-476, 481-483, 520-521 of the Records) and if released, it would provide information on the specific parameters (such as pages 475, 481, 485-487 of the Records) subject or release and/or stability control. ... Besides the confidentiality and prejudicial impacts of any unwarranted disclosure of the information, the said information lies at the core of what constitutes a trade secret.

[Je souligne.]

[51] Ainsi, les affiants de Merck Frosst fournissent des énoncés généraux et réfèrent abondamment à des renseignements déjà élagués dans l'annexe « Q » datée du 26 septembre 2001 des documents que le ministre entend transmettre au demandeur d'accès.

[52] Or, dans l'arrêt *Société Gamma Inc. c. Canada (Secrétariat d'État)*, [1994] A.C.F. no 589, cité par notre Cour dans *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Bureau canadien d'enquête sur les accidents de transport et de la sécurité des transports)*, [2006] A.C.F. no 704, le juge Strayer, alors de la Cour fédérale, a conclu au paragraphe 7 de ses motifs :

Malheureusement, il n'existe aucune jurisprudence qui fasse autorité sur ce que peut être un "secret industriel" aux fins de la Loi sur l'accès à l'information. On peut cependant conclure, je crois, que, dans le contexte du paragraphe 20(1), la notion de secrets industriels doit s'interpréter plutôt restrictivement, puisqu'il faut supposer que cette catégorie ne chevauche pas les autres. En particulier, les secrets industriels sont à distinguer d'avec les renseignements [...] commerciaux [...] fournis à une institution fédérale [...] qui sont de nature confidentielle et qui sont traités comme tels de façon constante", que protège l'alinéa b). Ni l'alinéa a) ni l'alinéa b) ne nécessite qu'on fasse la preuve d'un préjudice résultant de la divulgation des renseignements pour que ceux-ci soient protégés. Or, il doit y avoir une différence quelconque entre un secret industriel et des renseignements qui sont simplement "confidentiels" et qui sont fournis à une institution fédérale. Pour ma part, j'estime qu'un secret industriel doit être un renseignement, probablement de caractère technique que l'on garde très jalousement et qui est pour celui qui le possède tellement précieux que sa seule divulgation ferait naître en faveur de ce possesseur une présomption de préjudice.

[Je souligne.]

[53] Dans *AstraZeneca Inc. c. Canada (Santé)*, [2005] A.C.F. no 859, le juge Phelan de la Cour fédérale reprend les propos du juge Strayer:

62 Dans la décision *Société Gamma Inc. c. Canada (Secrétariat d'État)* (1994), 79 FTR 42, le juge Strayer (tel était alors son titre) a décrété que l'expression "secret industriel" doit être interprétée plutôt restrictivement. Un secret industriel doit être quelque chose de nature technique que l'on garde de très près et qui présente une telle valeur particulière pour le propriétaire du secret industriel que l'on présumerait que sa simple divulgation lui causerait un préjudice.

63 Il ne s'agit pas tant d'une question d'interprétation restrictive ou large que de la question de déterminer si les renseignements correspondent au sens donné en common law à un secret industriel. Le législateur envisageait de protéger les secrets industriels véritables.

64 Une publication de Santé Canada intitulée *Loi sur l'accès à l'information - Renseignements de tiers - Lignes directrices opérationnelles* énonce les critères auxquels il est nécessaire de satisfaire, selon le Ministère :

- l'information doit être secrète dans un sens absolu ou relatif (c'est-à-dire qu'elle est connue seulement d'une ou de quelques personnes);
- le détenteur de l'information doit démontrer qu'il a agi avec l'intention de traiter l'information comme si elle était secrète;
- l'information doit avoir une application pratique dans le secteur industriel ou commercial;
- le détenteur doit avoir un intérêt (par exemple, un intérêt économique) digne d'être protégé par la loi.

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

[Je souligne.]

[54] Il appert de ces deux décisions que la notion de secret industriel s'interprète de façon restrictive et que le seuil du test jurisprudentiel permettant de conclure que le contenu de documents tombe sous l'alinéa 20(1)a) est élevé. Du coup, celui qui l'invoque doit fournir une preuve spécifique, objective et précise qu'un renseignement constitue un secret industriel.

[55] La décision du premier juge ne renferme aucun énoncé quant à la notion de secret industriel, quant au test juridique applicable à la qualification d'un renseignement à titre de secret industriel, ou quant au fardeau de preuve.

[56] De plus, les affidavits sur lesquels se fonde Merck Frosst contiennent des énoncés de portée très générale. Ils comprennent des phrases telles « [Les divulgations de renseignements]... risquent vraisemblablement d'avoir des impacts de nature commerciale ou financière appréciables ... » (par. 177, affidavit de M. Sarazzin, cité plus haut) et « ... They are usually based on critical parameters ... » (par. 96 de l'affidavit de Madame Tougas, cité plus haut). [Le soulignement est le mien.]

[57] Également, les fondements invoqués au soutien d'une exclusion sous l'alinéa 20(1)a) sont entremêlés voire même parfois confondus avec les fondements requis sous l'alinéa 20(1)b) tel qu'en fait foi la phrase suivante de M. Sarrazin au paragraphe 177 de son affidavit cité plus haut: « ... Les

compagnies innovatrices traitent généralement les informations de ce type comme confidentielles ... ». Le juge Strayer, dans *Société Gamma Inc.*, a pourtant pris soin de noter au paragraphe 7 de ses motifs cités plus haut « ... il doit y avoir une différence quelconque entre un secret industriel et des renseignements qui sont simplement "confidentiels" ».

[58] Enfin, Merck Frosst ne s'est pas acquittée de son fardeau de fournir une preuve objective et spécifique permettant de conclure que les informations qui subsistent toujours dans les pages en litige constituent des secrets industriels.

[59] En l'absence d'explications au soutien de la décision du premier juge énoncée au paragraphe 105 de ses motifs dans le dossier d'appel A-492-06 et en l'absence de preuve adéquate, j'estime que le premier juge a erré en droit en concluant à l'exclusion des 33 pages de documents énumérés à ce paragraphe 105.

Alinéa 20(1)b)

[60] Le ministre conteste les conclusions du premier juge au paragraphe 106 de ses motifs dans le dossier d'appel A-492-06 et au paragraphe 113 de ses motifs dans le dossier d'appel A-496-06.

[61] Ces paragraphes sont les suivants :

Dans le dossier d'appel A-492-06, paragraphe 106 -

La communication des pages 14 (la mention relative au pourcentage), 33 et 34, 117, 147 (les trois dernières lignes), et 207 devrait être refusée en vertu de l'alinéa 20(1)(b) de la Loi, car

elles contiennent des renseignements confidentiels qui ont été traités comme tels par la demanderesse, et qui ne se trouvent pas dans le domaine public.

[Je souligne.]

Dans le dossier d'appel A-499-06, paragraphe 113 –

La communication des pages 105 à 115, 119 à 121, 137 à 167, 212, 236, 242 et 244 devrait être refusée en vertu de l'alinéa 20(1)(b) de la Loi, car elles contiennent des renseignements confidentiels qui ont été traités comme tels par la demanderesse, et qui ne se trouvent pas dans le domaine public.

[Je souligne.]

[62] Le fardeau de preuve appartient à la partie qui s'oppose à la divulgation des documents (*Wyeth-Ayerst Canada Inc. c. Canada*, [2003] A.C.F. no 916). Ce fardeau est lourd (*AstraZeneca Inc. c. Canada (Santé)*, [2005] A.C.F. no 859, par 52, confirmé [2006] A.C.F. no 1076).

[63] L'exception prévue à l'alinéa 20(1)*b*) renferme trois conditions, soit la nature financière, commerciale, scientifique ou technique d'un renseignement, sa nature confidentielle et son traitement confidentiel de façon constante.

[64] En l'espèce, le caractère financier, commercial, scientifique ou technique des renseignements contenus dans les documents en litige n'est pas contesté.

[65] Dans l'arrêt *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Bureau canadien d'enquête sur les accidents de transport et de la sécurité des transports)*, [2006] A.C.F. no 704, où j'ai écrit les notes du jugement, j'ai résumé l'état du droit quant aux exigences particulières relatives à l'alinéa 20(1)*b*) :

71 La deuxième condition de l'exception établie dans l'alinéa 20(1)*b*) est que les renseignements en cause doivent être de nature confidentielle.

72 Selon la jurisprudence, la question de la confidentialité doit être tranchée objectivement : les renseignements mêmes doivent être "intrinsèquement confidentiels" (*Société Gamma Inc. c. Canada (Secrétariat d'État)* (1994), 79 F.T.R. 42, au paragraphe 8 (la décision *Société Gamma*); *Air Atonabee Ltd c. Canada (Ministre des Transports)* (1989), 27 F.T.R. 194 (1re inst.) (la décision *Air Atonabee*); *Cyanamid Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé et du Bien-être social)* (1992), 52 F.T.R. 22, confirmée : (1992), 148 N.R. 147 (C.A.F.); *Merck Frosst Canada & Co. c. Canada (Ministre de la Santé)*, [2006] 1 R.C.F. 379 (C.A.F.)). Dans la décision *Air Atonabee*, précitée, le juge Mackay proposait la démarche suivante pour savoir si un document donné contenait des "renseignements confidentiels" (à la page 210) :

- [...] la question de savoir si un renseignement est de nature confidentielle dépend de son contenu, de son objet et des circonstances entourant sa préparation et sa communication, c'est-à-dire :
 - a)
 - le contenu du document est tel que les renseignements qu'il contient ne peuvent être obtenus de sources auxquelles le public a autrement accès, ou ne peuvent être obtenus par observation ou par étude indépendante par un simple citoyen agissant de son propre chef;
 - b)
 - les renseignements doivent avoir été transmis confidentiellement avec l'assurance raisonnable qu'ils ne seront pas divulgués;
 - c)
 - les renseignements doivent être communiqués, que ce soit parce que la loi l'exige ou parce qu'ils sont fournis gratuitement, dans le cadre d'une relation de confiance entre l'administration et la personne qui les fournit ou dans le cadre d'une relation qui n'est pas contraire à l'intérêt public, et la communication des renseignements confidentiels doit favoriser cette relation dans l'intérêt du public.

La Cour a récemment entériné cette manière de voir dans l'arrêt *Canada (Ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux) c. Hi-Rise Group Inc.* (2004), 318 N.R. 242 (C.A.F.) (l'arrêt *Hi-Rise*).

73 C'est manifestement aux parties intimées qu'il appartient de persuader la Cour du caractère confidentiel des renseignements (*Canada (Commissaire à l'information) c. Agence de promotion économique du Canada atlantique*, (1999), 250 N.R. 314, au paragraphe 3 (C.A.F.) (l'arrêt *APECA*); *Wyeth-Ayerst Canada Inc. c. Canada (Procureur*

général) (2003), 241 F.T.R. 160, au paragraphe 19). Pour s'acquitter de cette obligation de persuasion, les parties intimées doivent apporter une "preuve directe" de la nature confidentielle des renseignements en cause (arrêt *APECA*, précité, au paragraphe 3), une preuve qui contient "une explication raisonnable [leur] permettant de refuser la communication de documents" (arrêt *Wyeth-Ayerst*, précité, au paragraphe 20); "[l]a preuve par affidavit, qui dans l'ordre des choses est vague ou spéculative, ne peut servir d'appui pour justifier une exception en vertu du paragraphe 20(1) de la Loi" (arrêt *Wyeth-Ayerst*, au paragraphe 20).

[66] Or, le test énoncé par le premier juge, soit que les documents « contiennent des renseignements confidentiels qui ont été traités comme tels par la demanderesse, et qui ne se trouvent pas dans le domaine public » ne fait que répéter l'alinéa 20(1)*b*).

[67] Tant dans le dossier d'appel A-492-06 que dans le dossier d'appel A-499-06, Merck Frosst n'a soumis aucune preuve directe et objective quant à la nature confidentielle des renseignements ou quant à leur traitement confidentiel.

[68] Quant au dossier A-492-06, tel que le ministre l'a plaidé, le dépôt de l'affidavit de Margery Snyder de Santé Canada le 26 septembre 2001 constitue une étape charnière dans le dossier. Avant septembre 2001, la pièce de référence était l'annexe « J ».

[69] Or, en septembre 2001, après avoir fait une recherche plus détaillée dans le cadre de ce recours, Santé Canada joignait une nouvelle version des documents encore plus élaguée que la première. Il s'agit de l'annexe « Q » afférente à l'affidavit de Margery Snider du 26 septembre 2001 (D.A., vol. XXIII, p. 6368).

[70] Dans leurs affidavits respectifs du 7 décembre 2001, tant Annie Tougas que Robert Sarrazin, les affiants de Merck, admettent avoir révisé l'affidavit confidentiel de Margery Snider de Santé Canada en date du 26 septembre 2001 et contenant tant l'annexe « J » que l'annexe « Q ».

[71] Dans son affidavit du 7 décembre 2001 (D.A., vol. XIII, p. 3095), Madame Annie Tougas mentionne, sous la rubrique « DECISION BY HEALTH CANADA » :

86. Contrary to what is alleged at paragraph 90 of Ms. Snider's Affidavit (that the letter of January 2, 2001 "implied that additional limited and specific representations might impact on Health Canada's position"), the said letter clearly states the following:

In the absence of detailed representations on your part, identifying specific, limited details in the remaining information which may be confidential, we were unable to reach the conclusion that any additional information qualifies as confidential third party information under subsection 20(1).

Therefore, this will serve to advise you of our decision to disclose the records as per the attached copy.

Should you still object, you have the right to request a review of this decision before the Federal Court ...

87. This corresponds with paragraphs 28(3) and (4) of the ATI Act, to be the final decision by Health Canada "to disclose the records as per the attached copy", subject to this Court's review. This is how we, at Merck Frosst, understood the letter of January 2, 2001. This is why we filed our Notice of Application before this Court.

[Je souligne.]

[72] Merck Frosst, bien qu'elle disposait de l'annexe « Q », une version du document plus élaguée et plus contemporaine que l'annexe « J », a opté de maintenir le fondement de son

argumentation sur la version « J » du 2 janvier 2001 plutôt que de se baser sur la version figurant à l'annexe « Q » de l'affidavit de Margery Snider du 26 septembre 2001.

[73] Le processus est évolutif. Le ministre, en soumettant le document selon l'annexe « Q », a étoffé sa position et a concédé certaines des revendications de Merck Frosst en élaguant d'avantage le document. Il appartenait à Merck Frosst de répondre à cette nouvelle version du document, soit celle contenue à l'annexe « Q ».

[74] Merck Frosst doit assumer les conséquences de son choix d'être demeurée, à toutes fins pratiques, silencieuse relativement à la version du document contenu à l'annexe « Q ».

[75] Les affidavits soumis par Merck Frosst avant le 26 septembre 2001 ont une utilité limitée puisqu'il est impossible de distinguer si un argument s'applique toujours eu égard à l'annexe « Q ».

[76] Par ailleurs, les affidavits de Merck Frosst soumis après le 26 septembre 2001, soit ceux d'Annie Tougas et de Robert Sarrazin en date du 7 décembre 2001, n'apportent aucune preuve directe et objective nécessaire pour qu'une exception à la divulgation soit accordée en vertu de l'alinéa 20(1)*b*).

[77] En l'absence d'une preuve objective et directe, le premier juge a erré, au paragraphe 106 de ses motifs, en refusant la divulgation basée sur la confidentialité et le traitement confidentiel

des renseignements contenus aux pages 14 (la mention relative au pourcentage), 33, 34, 117, 147 (les trois dernières lignes), et 207 de l'annexe « Q » au dossier d'appel A-492-06.

[78] Quant au dossier d'appel A-499-06, la pièce de référence est l'annexe « U » de l'affidavit de Margery Snider daté du 8 juillet, 2002 (D.A., vol. 10, p. 3187).

[79] En l'absence d'une preuve objective et directe, le premier juge a également erré en refusant la divulgation basée sur la confidentialité et le traitement confidentiel des renseignements contenus aux pages 105 à 115, 119 à 121, 137 à 167, 212, 236, 242 et 244 de l'annexe « U » au dossier d'appel A-499-06.

[80] Le paragraphe 106 de la décision du premier juge relative au dossier d'appel A-492-06 et le paragraphe 113 du dossier d'appel A-499-06 ne peuvent être maintenus.

Alinéa 20(1)c)

Erreur sur le droit et sur les faits

[81] Selon une jurisprudence constante, pour que l'alinéa 20(1)c) reçoive application, il faut que le renseignement pour lequel une exception à la divulgation est invoquée n'appartienne pas au domaine public et, qu'il y ait une « attente raisonnable d'un préjudice probable » en cas de divulgation (voir *AstraZeneca Canada Inc. c. Canada (Santé)*, [2005] A.C.F. no 859, par. 109, confirmé par cette Cour, [2006] A.C.F. no 1076 ; voir également *Cynamid Canada inc. c.*

Canada, 1992 A.C.F. no 144, par. 50, confirmé par notre Cour dans *Cynamid Canada inc. c. Canada*, 1992 F.C.J. no 950).

[82] Dans *AstraZeneca Inc. c. Canada (Santé)*, [2005] A.C.F. no 859, confirmé par cette Cour [2006] A.C.F. no. 1076, le juge Phelan s'est prononcé ainsi sur la question du fardeau à rencontrer selon l'alinéa 20(1)c) de la Loi :

109 On ne peut pas dire que des renseignements faisant partie du domaine public (sous réserve de circonstances restreintes quand une preuve convaincante établit le contraire) tombent sous le coup du paragraphe 20(1), et plus particulièrement de l'alinéa c). Il incombe toujours à la personne qui s'oppose à la divulgation d'établir le préjudice qu'elle subira, et cette tâche est plus ardue lorsque le même type de renseignements est du domaine public, et cela inclut ceux qu'il est possible d'obtenir auprès de sources réglementaires analogues. Voir l'arrêt *Canada Packers Inc. c. Canada (Ministre de l'Agriculture)* 26 CPR (3d) 407 (C.A.F.).

[83] Dans *Banque Canadienne Impériale de Commerce c. Canada (Commissaire en chef, Commission canadienne des droits de la personne)*, 2007 CAF 272, le juge Pelletier, au nom de la Cour, souligne l'importance de vérifier si le renseignement précis se retrouve dans le domaine public :

[61] ... Ainsi donc, le critère n'est pas de savoir si des renseignements du même genre sont à la disposition du grand public, mais bien de savoir si des renseignements précis le sont. ...

[84] Également, selon la jurisprudence, il appartient à la partie qui s'oppose à la communication de démontrer une probabilité de préjudice et non une simple possibilité de préjudice. Dans *SNC-Lavalin v. Canada (Minister of Public Works)*, 79 F.T.R. 113, [1994] A.C.F. no 1059, le juge Mackay de la Cour fédérale affirmait :

43 Après avoir examiné le rapport et la proposition, il ne m'apparaît pas clairement que le requérant, malgré ses préoccupations, a prouvé l'existence de motifs établissant qu'il avait une attente

raisonnable d'un préjudice probable. Or il s'agit là de la norme énoncée et appliquée par monsieur le juge MacGuigan dans l'affaire Canada Packers¹⁰. La requérante ne prouve pas qu'il peut s'attendre raisonnablement à subir un préjudice probable par suite de la divulgation du rapport et de la proposition en affirmant simplement par affidavit qu'elle entraînerait sans aucun doute des pertes et dommages financiers appréciables au requérant ou qu'elle entraverait sans aucun doute des négociations menées par SNC-Lavalin en vue de contrats ou à d'autres fins dans le cadre de projets futurs. Ces énoncés représentent les constatations mêmes auxquelles la Cour doit parvenir si elle décide que les alinéas 20(1)c) et d) s'appliquent. Sans aucune autre explication fondée sur des éléments de preuve établissant que ces issues sont vraisemblables, il ne reste à la Cour qu'à spéculer puisqu'elle n'a aucune base lui permettant de conclure à l'existence du préjudice nécessaire en vue de justifier l'application de ces dispositions.

[Je souligne.]

[85] Dans *Viandes du Breton Inc. c. Canada (ministère de l'Agriculture et de l'Agroalimentaire)*,

[2000] A.C.F. no 2088, le juge Nadon (alors de la Cour fédérale) affirmait :

9 De plus, la demanderesse ne doit pas seulement affirmer, dans un affidavit, que la divulgation des documents lui causerait probablement un préjudice, mais elle doit présenter des éléments de preuve démontrant la probabilité de ce préjudice.

[86] Dans *Wyeth-Ayerst Canada Inc. c. Canada (Procureur Général)*, [2003] A.C.F. no 916,

cette Cour a confirmé et repris ce principe sous la plume du juge en chef Richard :

20 La preuve par affidavit, qui dans l'ordre des choses est vague ou spéculative, ne peut servir d'appui pour justifier une exception en vertu du paragraphe 20(1) de la Loi.

[87] Dans le dossier d'appel A-492-06, le premier juge traite, aux paragraphes 103, 104 et 107 de sa décision, de l'exception selon le paragraphe 20(1)c) de la Loi. Dans le dossier d'appel A-499-06, le premier juge traite de cette exception aux paragraphes 101, 111 et 112 de sa décision.

[88] J'analyse d'abord le dossier d'appel A-492-06.

[89] Dans ce dossier, le premier juge présente comme suit le résultat de son application de l'alinéa 20(1)c):

103 Les pages à propos desquelles M. Sarrazin, l'affiant de la demanderesse, déclare que la communication devrait être refusée car elles contiennent de l'information qui n'était pas disponible "comme telle" dans le domaine public, ne sont pas exclues en vertu du paragraphe 20(1)(c). Selon les tableaux soumis par les parties, il s'agit des pages 105 à 110, 135 à 142, 222 à 235, 342 à 355, 523, 530 et 531 et 537.

104 Cependant, la communication devrait être refusée en vertu de l'alinéa 20(1)(c) à l'égard de documents contenant des informations plus précises ou plus détaillées que ce qui se retrouve dans le domaine public. D'après les tableaux soumis par les parties, ils s'agit des pages 33 et 34, 117, 146 à 148, 170 à 173, 179 à 196, 204 à 208, 210, 212 et 213, 217 à 220, 236 à 327 et 399.

...

107 La communication des pages 33 et 34, 117, 146 à 148, 170 à 173, 179 à 196, 204 à 208, 210, 212 et 213, 217 à 220, 236 à 327, 399 et 527 devrait être refusée en vertu de l'alinéa 20(1)(c) de la Loi, car elles contiennent des renseignements dont la divulgation risquerait vraisemblablement de causer des pertes ou profits financiers appréciables à la demanderesse ou de nuire à sa compétitivité.

[Je souligne.]

[90] Le premier juge énonce les deux branches du test de l'alinéa 20(1)(c). Au paragraphe 104 il affirme : « la communication devrait être refusée en vertu de l'alinéa 20(1)(c) à l'égard de documents contenant des informations plus précises ou plus détaillées que ce qui se retrouve dans le domaine public ». Au paragraphe 107, il affirme par ailleurs « La communication des pages ... devrait être refusée ... car elles contiennent des renseignements dont la divulgation risquerait vraisemblablement de causer des pertes ou profits financiers appréciables à la demanderesse ou de nuire à sa compétitivité ».

[91] Le premier juge avait-il les éléments de preuve qui lui permettaient de conclure au refus de la communication?

[92] Dans son affidavit en date du 1^{er} juin 2001 (D.A., vol. XXXII, p. 8507), Robert Sarrazin, affiant pour Merck Frosst, affirme ce qui suit :

147. Les pages 198 à 222 concernent les tableaux récapitulatifs des essais cliniques. Elles donnent, étude par étude, des détails méthodologiques précis, y compris les critères d'inclusion et d'exclusion utilisés dans les essais de pharmacologie clinique, les paramètres diagnostiques, et les paramètres d'évaluation. Cette information représente la somme des connaissances des experts de Merck Frosst dans l'évaluation de la pharmacologie clinique. ...

148. Ce sont des informations de nature scientifique ou technique (qui proviennent de Merck Frosst) et qui risquent vraisemblablement d'avoir des impacts de nature commerciale ou financière appréciables. ...

149. Pour un concurrent innovateur, c'est un outil de comparaison pour préparer ou améliorer le plan de développement d'un produit dans la même classe. Dresser un plan similaire à partir de la documentation scientifique disponible publiquement exigerait un effort considérable et passablement de temps. Cette information n'est habituellement pas échangée avec la concurrence.

...

152. Les pages 236 à 327 portent sur la discussion sur les essais cliniques. Elles contiennent une analyse critique et une interprétation des résultats cliniques faites par du personnel expert de la compagnie Merck Frosst. ... Cette "Discussion et Évaluation des résultats cliniques" représente une véritable méta-analyse de l'information clinique qui n'a pas d'équivalent dans la littérature. ...

153. Ce sont des informations de nature scientifique ou technique (qui proviennent de Merck Frosst) et qui risquent vraisemblablement d'avoir des impacts de nature commerciale ou financière appréciables. ...

[Je souligne.]

[93] Ces énoncés, qui balayent un grand nombre de pages (allant jusqu'à 91 à la fois), demeurent vagues, spéculatifs et silencieux sur précisément comment et pourquoi la divulgation des renseignements demandés entraîneraient de façon probable le préjudice allégué par Merck Frosst.

[94] Quant au dossier d'appel A-499-06, le premier juge présente comme suit le résultat de son application de l'alinéa 20(1)c):

111 Les pages à propos desquelles la demanderesse déclare que la communication devrait être refusée car elles contiennent de l'information qui n'était pas disponible "comme telle" dans le domaine public, ne sont pas exclues en vertu du paragraphe 20(1)c). Selon les tableaux soumis par les parties, il s'agit des pages 7 à 16, 43 à 46, 48 à 54, 204 à 211, 213 à 225, 227 à 231, 233 à 235, 237, 239 à 241, 243, 245, 246 et 296.

112 Cependant, la communication devrait être refusée en vertu de l'alinéa 20(1)(c) à l'égard de documents contenant des informations plus précises ou plus détaillés que ce qui se retrouve dans le domaine public et dont la divulgation risquerait vraisemblablement de causer des pertes ou profits financiers appréciables à la demanderesse ou de nuire à sa compétitivité. D'après les tableaux soumis par les parties, il s'agit des pages 57, 187, 188, 200 et 202.

[Je souligne.]

[95] Dans ce dossier, l'état de la preuve de Merck Frosst est similaire à celui du dossier d'appel A-492-06.

[96] Dans son affidavit daté du 2 mai 2002 (D.A. A-499-06, vol. 6, p.1641), Robert Sarrazin affirme ce que suit :

99. En conclusion, un SPDN, tout comme un PDN, contient de nombreux renseignements scientifiques et techniques, voire des aspects commerciaux ou financiers (y incluant des secrets industriels), qui demeurent non communiqués à des tiers et qui, s'ils l'étaient, le seraient contrairement à cette confidentialité reconnue et appliquée dans l'industrie, tout en étant de nature à causer des pertes importantes à la compagnie concernée et à procurer des avantages commerciaux importants à un compétiteur (incluant les compagnies génériques).

100. Compte tenu des sommes en jeu, une seule information qui peut sembler anodine peut donner la clé d'une solution jusque là recherchée âprement et à grands coûts par un compétiteur.

[97] Il ne mentionne aucune page figurant au paragraphe 112 de la décision du premier juge.

[98] Dans son affidavit daté du 2 mai 2002 (D.A. A-499-06, vol. 6, p.1853), Laura King, affiant pour Merck Frosst, affirme pour sa part que :

34. Consequently releasing this part of the SNDS will help a competitor to understand Merck Frosst's know-how and will assist a competitor in the preparation of a NDS or SNDS. Knowledge of the contents of the submission would facilitate a competitor in its drug development process and expedite their product launch, resulting in material financial loss to Merck Frosst. This includes another innovator company, working on a different chemical entity that would be able to apply Merck Frosst's strategy (know-how) (see pages 4,5,7, 18-20, 22-24, 34-104, 116, 122-129, 132, 179,

286-291 of the Record). Consequently, according to my experience and expertise, this information meets the requirements of paragraph 20(1)(c) of the ATI Act.

[Je souligne.]

[99] Tout comme le dossier d'appel A-492-06, ces énoncés demeurent vagues, spéculatifs et silencieux sur précisément comment et pourquoi la divulgation des renseignements demandés entraînerait de façon probable le préjudice allégué par Merck Frosst.

[100] Le premier juge a erré en droit et en fait aux paragraphes 104 et 107 de ses motifs dans le dossier d'appel A-492-06 et au paragraphe 112 de ses motifs dans le dossier d'appel A-499-06.

Question (d) de l'appel du ministre : Le premier juge a-t-il erré en droit et en fait en appliquant l'article 25 de la Loi ?

[101] Le premier juge a écrit au paragraphe 108 de ses motifs dans le dossier d'appel A-492-06 :

108 Sauf dans les cas où un passage précis d'une page a été mentionné (voir les exemples au paragraphe 107 des présents motifs), l'intégralité de cette page devrait être élaguée en vertu de l'article 25 de la Loi, car il me paraît sérieusement problématique d'en séparer les renseignements dont la communication devrait être refusée.

[Je souligne.]

[102] Il a écrit au paragraphe 114 de ses motifs dans le dossier A-499-06 :

114 Lors de l'audience, la procureure du défendeur a concédé que certains passages des pages 226, 232, 238 et 244 devraient être exclus en vertu du paragraphe 20(1) de la Loi. La Cour est plutôt d'avis que ces pages devraient être élaguées dans leur intégralité en vertu de l'article 25 de la Loi, car il me paraît sérieusement problématique d'en séparer les renseignements dont la communication devrait être refusée. Il en va de même pour les pages mentionnées aux paragraphes 112 et 113.

[Je souligne.]

[103] Dans l'affaire *Rubin c. Canada (Société canadienne d'hypothèque et de logement)*, [1989] 1

C.F. 265, notre Cour, sous la plume du juge Heald, affirmait ce que suit :

13 J'estime qu'il importe de faire remarquer que l'article 25 est un article prépondérant puisque l'expression "nonobstant les autres dispositions de la présente loi" est employée. À mon avis, cela signifie qu'une fois que le responsable d'une institution fédérale a décidé, comme en l'espèce, que certains des documents sont exemptés de communication, lui, ou son délégué, est tenu d'examiner si une partie des documents demandés peut raisonnablement faire l'objet d'un prélèvement. L'article 25 fait usage du mot "shall" (est tenu) qui exprime l'obligation de communiquer cette partie tronquée, obligeant de la sorte le responsable de l'institution à procéder au prélèvement prescrit.

[...]

18 Lorsqu'on interprète en contexte les articles 2 et 25 de la Loi, il appert que la déléguée de l'intimé a commis une erreur en ne respectant pas les dispositions de l'article 25. L'omission de procéder à l'examen relatif au prélèvement prescrit par l'article 25 constitue, à mon avis, une erreur de droit qui porte un coup fatal à la décision frappée d'appel. ...

[104] Le premier juge devait voir au respect de l'article 25 de la Loi qui, lorsqu'applicable, prévoit le prélèvement à condition que ce prélèvement ne pose pas de problème sérieux. Il ne lui appartenait pas d'ordonner l'élagage de toute la page à moins d'expliquer les difficultés du prélèvement, ce qu'il n'a pas fait. Le premier juge a substitué sa discrétion à celle exercée par le responsable de l'institution fédérale en l'absence d'une preuve de Merck Frosst qui aurait établi le caractère erroné de l'exercice premier par le responsable de l'institution fédérale. Il s'agit là d'une erreur de droit.

[105] Merck Frosst plaide (aux paragraphes 128 à 142 de son mémoire) qu'il appartient à Santé Canada de faire une étude sérieuse du dossier et que Santé Canada ne peut s'en tenir à une

vérification sommaire pour ensuite transférer le fardeau à Merck Frosst pour que Merck Frosst fasse le travail en ses lieux et place.

[106] C'est là méconnaître la jurisprudence en la matière telle qu'en fait foi la réponse que je donnerai à la question (b) de l'appel incident.

Question (b) de l'appel incident : Le premier juge a-t-il erré en concluant à la validité du processus suivi par l'institution fédérale selon lequel le fardeau de démontrer que le ministre doit refuser la communication d'un document repose sur la partie qui s'oppose à cette communication?

[107] Merck Frosst prétend que le ministre ne pouvait lui imposer le fardeau de démontrer pourquoi la communication des documents devrait être refusée en vertu du paragraphe 20(1). Il affirme que le ministre devait procéder lui-même à un examen véritable et sérieux de la documentation avant d'envoyer l'avis en vertu de l'article 27.

[108] Merck Frosst soumet qu'est erronée la conclusion du premier juge, selon laquelle le fardeau de démontrer l'application du paragraphe 20(1) de la Loi aux documents en cause repose sur les tiers intéressés, soit Meck Frosst en l'espèce. Partant, soumet Merck Frosst, le premier juge aurait erré en validant le processus décisionnel ayant mené à la décision du ministre en date du 2 janvier 2001 dans le dossier d'appel A-492-02 et celle du 19 décembre 2001 dans le dossier d'appel A-499-06.

[109] Dans ses motifs de jugement dans le dossier d'appel A-492-06, le premier juge a conclu que :

78 Malgré les arguments percutants présentés par la demanderesse sur cette question, il m'apparaît que le processus lui imposant le fardeau de démontrer que le défendeur devrait refuser de communiquer les documents en vertu du paragraphe 20(1) n'est pas illégal.

79 La divulgation étant la règle et le refus de communication l'exception, le défendeur n'avait pour obligation que de repérer les passages auxquels le paragraphe 20(1) était susceptible de s'appliquer, puis d'inviter la demanderesse à fournir des représentations quant à l'application du paragraphe 20(1) à l'ensemble de la documentation.

80 Il est évident que la demanderesse est mieux placée que le défendeur et qu'elle dispose d'une expertise supérieure à celle du demandeur pour repérer les passages de la documentation visée par une demande d'accès auxquels le paragraphe 20(1) de la Loi serait susceptible de s'appliquer, étant donné que c'est d'elle qu'émane la majeure partie de la documentation.

81 C'est d'ailleurs l'un des arguments présentés par la demanderesse pour faire prévaloir ses conclusions quant à l'application du paragraphe 20(1) en réponse à la question suivante, qui porte sur la justesse des conclusions du défendeur quant à l'application du paragraphe 20(1) à la documentation visée par la demande.

82 Il est incontestable qu'un tel processus crée pour un tiers concerné tel que la demanderesse un fardeau et un montant de travail considérable lorsqu'une demande d'accès est présentée, et que vient le temps de se prononcer sur l'application du paragraphe 20(1). Cependant, un tel fardeau n'est pas disproportionné si l'on considère l'expertise supérieure du tiers concerné et l'importance qu'il est susceptible d'accorder à la protection de l'information le concernant.

83 En somme, un tel processus a pour objet de donner au défendeur l'obligation de consulter la demanderesse après un examen plus ou moins sommaire de la documentation, de tenir compte des recommandations de la demanderesse et, s'il décide de ne pas suivre ces recommandations, d'expliquer pourquoi il décide de ne pas les suivre. Si la demanderesse n'est pas satisfaite de la décision du demandeur, elle peut s'adresser à cette Cour par le biais de l'article 44 de la Loi pour qu'elle analyse la décision du défendeur.

[110] Des paragraphes identiques, portant les numéros 86 à 91 inclusivement, se retrouvent dans les motifs de jugement du premier juge dans le dossier d'appel A-499-06.

[111] Les paragraphes 2(1) et 4(1) de la Loi consacrent le droit des citoyens canadiens et des résidents permanents à l'accès aux documents relevant d'une institution fédérale sous réserve d'exceptions précises et limitées indispensables à ce droit, tout en assurant que les décisions quant à la communication sont susceptibles de recours indépendants du pouvoir exécutif.

[112] Une jurisprudence constante de notre Cour établit que le fardeau appartient à la partie qui résiste à la communication de l'information (*Wyeth Ayerst Canada Inc. c. Canada*, [2003] A.C.F. No. 916, par. 19; *Merck Frosst Canada c. Canada (Ministre de la Santé)*, [2000] A.C.F. No. 1281, par. 6).

[113] Selon l'article 27 de la Loi telle qu'elle était en vigueur au moment du litige, si le document contient ou s'il est, selon le responsable d'une institution fédérale, susceptible de contenir le type d'informations devant être exemptées aux termes du paragraphe 20(1) de la Loi, le responsable d'une institution fédérale qui a l'intention de donner communication totale ou partielle de ce document, doit alors donner au « tiers intéressé », soit Merck Frosst en l'espèce, un avis écrit de la demande reçue et de son intention d'en donner communication.

[114] Le législateur, contrairement à ce que plaide Merck Frosst, n'impose rien de plus à l'institution fédérale.

[115] La seule obligation imposée au responsable de l'institution fédérale en vertu du paragraphe 27(1) de la Loi est celle d'indiquer dans l'avis les passages du document visés par la demande d'accès, contenant ou susceptibles de contenir :

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

[116] De plus, selon le paragraphe 27(3) de la Loi, l'avis doit contenir les éléments suivants : (a) la mention de l'intention du responsable de l'institution fédérale de donner communication totale ou partielle du document susceptible de contenir les secrets ou les renseignements visés au paragraphe 27(1); (b) la désignation du contenu total ou partiel du document qui, selon le cas, appartient au tiers, a été fourni par lui ou le concerne; (c) la mention du droit du tiers de présenter, au responsable de l'institution fédérale de qui relève le document, ses observations quant aux raisons qui justifieraient un refus de communication totale ou partielle, dans les vingt jours suivant la transmission de l'avis.

[117] Les mots définissant l'obligation reposant sur le responsable de l'institution fédérale n'ont pas substantiellement changés suite aux amendements de 2007 à l'article 27 de la Loi.

[118] La conclusion du premier juge dans les deux dossiers d'appel A-492-06 et A-499-06 est conforme à la Loi.

CONCLUSION

[119] Dans les dossiers d'appel A-492-06 et A-499-06, j'accueillerais les appels avec frais, j'annulerais les paragraphes 93 et 104 à 108 de la décision du premier juge dans le dossier d'appel A-492-06 et les paragraphes 101 et 112 à 114 de la décision du premier juge dans le dossier d'appel A-499-06 et, rendant les décisions qu'il aurait dû rendre, je rejetterais les demandes de contrôle judiciaire.

[120] Dans les dossiers d'appel A-492-06 et A-499-06, je rejetterais les appels incidents avec frais en faveur du ministre.

« Alice Desjardins »

j.c.a.

« Je suis d'accord.
Marc Noël j.c.a. »

« Je suis d'accord.
J.D. Denis Pelletier j.c.a. »

COUR D'APPEL FÉDÉRALE
AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

DOSSIERS : A-492-06
A-499-06

INTITULÉ : LE MINISTRE DE LA SANTÉ
ET MERCK FROSST CANADA
LTÉE

LIEU DE L'AUDIENCE : Montréal, Québec

DATE DE L'AUDIENCE : Le 17 février 2009

MOTIFS DU JUGEMENT : Desjardins j.c.a.

Y ONT SOUSCRIT : Noël j.c.a.
Pelletier j.c.a.

DATE DES MOTIFS : Le 26 mai 2009

COMPARUTIONS :

SÉBASTIEN GAGNÉ POUR L'APPELANT/INTIMÉ
INCIDENT

KARL DELWAIDE POUR L'INTIMÉE/APPELANTE
KARINE JOIZIL INCIDENTE

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

JOHN H. SIMS, QC POUR L'APPELANT/INTIMÉ
SOUS-PROCUREUR GÉNÉRAL DU CANADA INCIDENT

FASKEN MARTINEAU DUMOULIN S.E.N.C.R.I. POUR L'INTIMÉE/APPELANTE
MONTRÉAL (QUÉBEC) INCIDENTE