

A-52-98	Clayton Charles Ruby (<i>Appellant</i>) (<i>Applicant</i>)	A-52-98	Clayton Charles Ruby (<i>appellant</i>) (<i>demandeur</i>)
	v.		c.
	The Solicitor General (<i>Respondent</i>) (<i>Respondent</i>)		Le solliciteur général (<i>intimé</i>) (<i>défendeur</i>)
A-872-97	Clayton Charles Ruby (<i>Appellant</i>) (<i>Applicant</i>)	A-872-97	Clayton Charles Ruby (<i>appellant</i>) (<i>demandeur</i>)
	v.		c.
	The Royal Canadian Mounted Police and The Department of External Affairs (<i>Respondents</i>) (<i>Respondents</i>)		La Gendarmerie royale du Canada et le ministère des Affaires extérieures (<i>intimés</i>) (<i>défendeurs</i>)
A-873-97	Clayton Charles Ruby (<i>Appellant</i>) (<i>Applicant</i>)	A-873-97	Clayton Charles Ruby (<i>appelant</i>) (<i>demandeur</i>)
	v.		c.
	The Solicitor General (<i>Respondent</i>) (<i>Respondent</i>)		Le solliciteur général (<i>intimé</i>) (<i>défendeur</i>)
	INDEXED AS: RUBY v. CANADA (SOLICITOR GENERAL) (C.A.)		RÉPERTORIÉ: RUBY c. CANADA (SOLLICITEUR GÉNÉRAL) (C.A.)

Court of Appeal, Létourneau, Robertson and Sexton J.J.A.—Ottawa, March 7, 8 and June 8, 2000.

Privacy — Appeals from dismissal of judicial review of Privacy Commissioner's denial of complaints concerning refusal to disclose personal information by CSIS, RCMP, Department of External Affairs (DEA) — (1) Burden of proof — Privacy Act, s. 47 imposing burden on institution head to establish refusal to disclose authorized — Encompassing proof conditions of exemption met, discretion properly exercised — As application for judicial review pursuant to s. 41 by definition questioning validity of exercise of discretion, nothing more required of applicant — (2) Interpretation of exemptions claimed — (i) S. 22(1)(a) only permitting refusal to disclose personal information where information coming into existence less than 20 years prior to request — Sole document at issue in RCMP bank over 20 years old — (ii) DEA neither confirming nor denying existence of information requested under general policy never to disclose whether information in bank — S. 16(2) providing institution head not required to indicate under s. 16(1) whether personal information exists — Not contemplating exercise of discretion, but clarifying s. 16(1) option to refuse to confirm existence of information — Even if s. 16(2) conferring discretion, not required to be exercised

Cour d'appel, juges Létourneau, Robertson et Sexton, J.C.A.—Ottawa, 7 et 8 mars et 8 juin 2000.

Protection de la vie privée — Appels du rejet de recours en révision concernant le rejet par le Commissaire à la protection de la vie privée de plaintes découlant du refus du SCRS, de la GRC et du ministère des Affaires extérieures (le MAE) de communiquer des renseignements personnels — (1) Charge de la preuve — L'art. 47 de la Loi sur la protection des renseignements personnels impose au responsable de l'institution la charge d'établir le bien-fondé du refus de communication — Cela comprend la charge de prouver que les conditions applicables à l'exception sont remplies et que le pouvoir discrétionnaire a été exercé d'une façon régulière — Étant donné qu'un recours en révision exercé conformément à l'art. 41 remet par définition en question le bien-fondé de l'exercice du pouvoir discrétionnaire, le demandeur n'a pas à en faire plus — (2) Interprétation des exceptions invoquées — (i) L'art. 22(1)a autorise uniquement le refus de communication des renseignements personnels qui remontent à moins de 20 ans lors de la demande — Le seul document se trouvant dans le fichier de la GRC qui est en litige remonte à plus de 20 ans — (ii) Le MAE ne confirme ou ne nie jamais l'existence des renseignements demandés, en vertu d'une politique générale selon

on case-by-case basis — Given particular nature, purpose of Act, factual circumstances, adoption of such general policy judicious exercise of discretion — DEA claiming exemption under s. 22(1)(a), (b) if information existed — Motions Judge's reasons not specifically mentioning s. 22(1)(a) — As some doubt as to whether reviewed exercise of discretion by DEA, new review with respect to s. 22(1)(a) exemption ordered — S. 22(1)(b) authorizing refusal of access to information where disclosure could be injurious to law enforcement — Not authorizing refusal to disclose where disclosure could have chilling effect on investigative process in general — (iii) CSIS refusing to confirm, deny existence of information, but claiming ss. 19, 21, 22, 26 exemptions — Information in CSIS banks should be reviewed to identify which information not covered by s. 22(1)(b) — S. 19 requiring refusal to disclose personal information obtained in confidence from another government or international organization of states without consent — Authority claiming benefit must ensure third party not consenting to disclosure — Claim under s. 19 should be reviewed to ensure CSIS made reasonable efforts to seek consent of third party — S. 26 permitting refusal to disclose personal information about third party, requiring refusal to disclose where prohibited under s. 8 — Must read ss. 8, 26 together — S. 8(2)(m)(i) permitting disclosure of personal information where public interest in disclosure outweighing invasion of privacy — Manner of balancing interests within institution head's discretion — Unclear whether CSIS considered s. 8(2)(m)(i), properly applied s. 26 exemption — New review of personal information to determine whether s. 26 exemption properly applied.

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental freedoms — Privacy Act, s. 51(2) providing application under s. 41 relating to personal information institution head refused to disclose under ss. 19(1)(a),(b), 21 shall be heard in camera — S. 51(3) permitting institution head to make

laquelle on ne confirme jamais s'il existe des renseignements dans le fichier — L'art. 16(2) prévoit que le responsable de l'institution n'est pas tenu de faire état, en vertu de l'art. 16(1), de l'existence des renseignements personnels — Il ne prévoit pas l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire, mais précise le choix prévu à l'art. 16(1) de refuser de confirmer l'existence des renseignements — Même si l'art. 16(2) confère un pouvoir discrétionnaire, ce pouvoir n'a pas à être exercé sur une base individuelle — Étant donné la nature particulière et le but de la Loi et le contexte factuel, l'adoption de pareille politique générale constitue un exercice judiciaire du pouvoir discrétionnaire — Le MAE a revendiqué l'exception prévue à l'art. 22(1)(a) et b) si les renseignements existaient — Les motifs du juge des requêtes ne font pas expressément mention de l'art. 22(1)(a) — Étant donné le doute qui existe au sujet de la question de savoir si le juge a examiné l'exercice du pouvoir discrétionnaire par le MAE, un nouvel examen a été ordonné à l'égard de l'exception prévue à l'art. 22(1)(a) — L'art. 22(1)(b) autorise le refus de communication de renseignements dont la divulgation risquerait de nuire aux activités destinées à faire respecter les lois — Il n'autorise pas un refus de communication dans les cas où la communication pourrait avoir un effet dissuasif sur les méthodes d'enquête en général — (iii) Le SCRS a refusé de confirmer ou de nier l'existence des renseignements, mais il a revendiqué les exceptions prévues aux art. 19, 21, 22 et 26 — Les renseignements versés dans les fichiers du SCRS devraient être examinés de façon à permettre de découvrir quels renseignements ne sont pas visés par l'art. 22(1)(b) — L'art. 19 exige que l'on refuse la communication des renseignements personnels obtenus à titre confidentiel d'un gouvernement étranger ou d'une organisation internationale d'États en l'absence de consentement — L'autorité qui revendique l'exception doit s'assurer que le tiers ne consent pas à la communication — La revendication fondée sur l'art. 19 devrait être examinée de façon à s'assurer que le SCRS a fait des efforts raisonnables pour solliciter le consentement du tiers — L'art. 26 permet de refuser la communication de renseignements personnels portant sur un tiers et exige que l'on refuse cette communication dans les cas où elle est interdite en vertu de l'art. 8 — Il faut interpréter les art. 8 et 26 ensemble — L'art. 8(2)(m)(i) permet la communication de renseignements personnels dans les cas où des raisons d'intérêt public justifieraient une violation de la vie privée — L'appréciation des différents intérêts relève du pouvoir discrétionnaire du responsable de l'institution — On ne sait pas trop si le SCRS a tenu compte de l'art. 8(2)(m)(i) et s'il a appliqué de la façon appropriée l'exception prévue à l'art. 26 — Nouvel examen des renseignements personnels en vue de déterminer si l'exception prévue à l'art. 26 a été appliquée de la façon appropriée.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Libertés fondamentales — L'art. 51(2) de la Loi sur la protection des renseignements personnels prévoit que les recours visés à l'art. 41 portant sur les cas où le refus de donner communication de renseignements personnels est lié aux art. 19(1)(a)

representations ex parte — Appellant submitting mandatory in camera, ex parte proceeding denying individual meaningful information about why access to personal information refused, making it impossible to formulate intelligent submissions as to why government acted improperly in denying access to information sought — Submitting law should provide affected persons with description of withheld information — Proposed solution (i) impractical where institution head entitled to refuse to confirm, deny existence of information; (ii) if undisclosed information involved national security, foreign confidences, judge would certainly exercise discretion in favour of Crown; (iii) remedy not related to alleged breach — S. 51(2)(a), (3) infringing Charter, s. 2(b), but justified under s. 1.

Constitutional law — Charter of Rights — Life, liberty and security — Privacy Act, s. 51(2) providing application under s. 41 relating to personal information institution head refused to disclose under ss. 19(1)(a),(b), 21 shall be heard in camera — S. 51(3) permitting institution head to make representations ex parte — S. 51 merely procedural provision aimed at preventing accidental disclosure of national security information, foreign confidences — Tied to process requiring disclosure of personal information to judge to assess whether exemption justified — Such procedural safeguard not depriving applicant of liberty interest.

Judges and Courts — Fettering discretion — Privacy Act, s. 46 authorizing reviewing judge to receive ex parte representations, hold in camera hearings when claims for exemptions based on other than ss. 19(1)(a),(b), 21 — Both ex parte representations, in camera hearings mandatory when ss. 19(1)(a),(b), 21 claims made — Only written ex parte representations filed in relation to refusals to disclose by RCMP, DEA, CSIS — Reviewing Judge of view sound practice for Court to receive ex parte submissions in proceedings contesting such refusal — Such evidence assisting judge, ensuring secret information not disclosed where exemption from disclosure justified — Judge of opinion ex parte submissions effective compromise making sense generally — Judge not fettering his discretion.

ou b) ou à l'art. 21 font l'objet d'une audition à huis clos — L'art. 51(3) permet au responsable de l'institution de présenter des arguments en l'absence d'une autre partie — L'appelant a maintenu que l'audience obligatoire à huis clos et en l'absence d'une partie empêche un individu d'obtenir des renseignements utiles au sujet de la raison pour laquelle la communication a été refusée, ce qui l'empêche de présenter des arguments intelligents au sujet de la raison pour laquelle le gouvernement a agi d'une façon irrégulière en refusant la communication des renseignements demandés — Il a soutenu que le droit doit fournir aux personnes concernées une description des renseignements retenus — La solution proposée (i) n'est pas pratique dans les cas où le responsable de l'institution est autorisé à refuser de confirmer ou de nier l'existence de renseignements; (ii) si les renseignements non divulgués mettaient en cause la sécurité nationale ou des renseignements de source étrangère obtenus à titre confidentiel, le juge exercerait certainement son pouvoir discrétionnaire en faveur de la Couronne; (iii) la mesure proposée n'a aucun rapport avec la violation alléguée — L'art. 51(2)a) et (3) viole l'art. 2b) de la Charte, mais il se justifie au regard de l'art. premier.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Vie, liberté et sécurité — L'art. 51(2) de la Loi sur la protection des renseignements personnels prévoit que les recours visés à l'art. 41 portant sur les cas où le refus de donner communication de renseignements personnels est lié aux art. 19(1)a) ou b) ou à l'art. 21 font l'objet d'une audition à huis clos — L'art. 51(3) permet au responsable de l'institution de présenter des arguments en l'absence d'une autre partie — L'art. 51 est simplement une disposition procédurale visant à empêcher la communication accidentelle de renseignements touchant la sécurité nationale ou de renseignements de source étrangère obtenus à titre confidentiel — Il est lié à une procédure qui exige que tous les renseignements personnels soient divulgués au juge pour qu'il puisse déterminer si les exceptions revendiquées sont justifiées — Pareille protection procédurale ne prive pas le demandeur de sa liberté.

Juges et tribunaux — Limitation du pouvoir discrétionnaire — L'art. 46 de la Loi sur la protection des renseignements personnels autorise le juge qui effectue l'examen à entendre les arguments en l'absence d'une partie et à tenir des audiences à huis clos lorsque la revendication d'exceptions est fondée sur des dispositions autres que les art. 19(1)a), b) ou 21 — L'audition d'arguments en l'absence d'une partie et la tenue d'audiences à huis clos sont obligatoires lorsque les art. 19(1)a) ou b) ou l'art. 21 sont en cause — Seuls des arguments écrits ont été présentés en l'absence d'une partie par suite du refus de communication de la part de la GRC, du MAE et du SCRS — Le juge qui a effectué l'examen était d'avis qu'il était sensé pour la Cour d'entendre des arguments en l'absence d'une partie dans une instance visant à la contestation de pareil refus — Pareille preuve aide le juge et lui permet de s'assurer que les renseignements secrets ne seront pas communiqués

Evidence — Reviewing Judge in Privacy Act matter refusing to admit expert evidence of appellant's former law partner on grounds marginally relevant, evidence contained not necessary, witness not independent — Affidavit should have been admitted upon judicial review — Satisfied logical, legal relevancy tests as value outweighed impact on process — Satisfying necessity test as asserting facts outside experience, knowledge of Judge — Should not have been excluded for possible bias of affiant, as going to credibility, not admissibility.

These were appeals from the dismissal of judicial review applications pursuant to *Privacy Act*, section 41 against the Privacy Commissioner's decisions with respect to complaints concerning the failure to disclose personal information, and from a decision that *Privacy Act*, section 51 was not unconstitutional. In 1988 the Royal Canadian Mounted Police (RCMP) refused to disclose to the appellant all information about him in personal information bank 005 on the ground that the records were exempt from disclosure under *Privacy Act*, subparagraph 22(1)(a)(ii), which grants discretion to refuse to disclose personal information where it has been obtained by an investigative body in the course of a lawful investigation, and section 27, which confers such discretion where the information is subject to solicitor-client privilege. The Privacy Commissioner upheld the RCMP's refusal. The only RCMP document still in dispute is a letter from the Department of Justice to the Officer in Charge regarding advice re: possible investigations.

With respect to the appellant's request to have access to bank 040, maintained by the Department of External Affairs (DEA), the DEA would neither confirm nor deny the existence of the information requested, but stated that if it did exist, the information would reasonably be considered exempt from disclosure under paragraphs 22(1)(a) and (b). Paragraph 22(1)(b) permits an institution head to refuse to disclose information which could reasonably be expected to be injurious to the enforcement of any law or the conduct of any lawful investigation. It was the DEA's policy never to

lorsque l'exception est justifiée — Le juge était d'avis que l'audition d'arguments en l'absence d'une partie constituée un compromis efficace généralement sensé — Le juge n'a pas limité son pouvoir discrétionnaire.

Preuve — Le juge qui a effectué l'examen dans une affaire mettant en cause la Loi sur la protection des renseignements personnels a refusé d'admettre la preuve d'expert fournie par un ancien associé du cabinet d'avocats de l'appelant pour le motif qu'elle était fort peu pertinente, que les éléments qu'elle renfermait n'étaient pas nécessaires et que le témoin n'était pas indépendant — L'affidavit aurait dû être admis aux fins du contrôle judiciaire — Il satisfaisait au critère de la pertinence logique et au critère de la pertinence juridique en ce sens que sa valeur l'emportait sur les répercussions qu'il avait sur la procédure — Il satisfaisait au critère de la nécessité étant donné qu'il énonçait des faits dépassant l'expérience et la connaissance d'un juge — Il n'aurait pas dû être exclu à cause de la partialité possible du déclarant étant donné qu'il se rapportait à la crédibilité de la preuve plutôt qu'à son admissibilité.

Il s'agissait d'appels interjetés contre le rejet de recours en révision, conformément à l'article 41 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, se rapportant aux décisions prises par le Commissaire à la protection de la vie privée au sujet de plaintes concernant le refus de communication de renseignements personnels, ainsi que contre une décision portant que l'article 51 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* n'était pas inconstitutionnel. En 1988, la Gendarmerie royale du Canada (la GRC) avait refusé de communiquer à l'appelant tous les renseignements à son sujet conservés dans le fichier de renseignements personnels 005 pour le motif que les documents étaient inconsultables en vertu du sous-alinéa 22(1)a)(ii) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, qui confère le pouvoir discrétionnaire de refuser la communication de renseignements personnels lorsqu'ils ont été obtenus par un organisme d'enquête au cours d'une enquête licite, ainsi que de l'article 27, qui confère pareil pouvoir discrétionnaire lorsque les renseignements sont protégés par le secret professionnel qui lie un avocat à son client. Le Commissaire à la protection de la vie privée a confirmé le refus de la GRC. Le seul document de la GRC qui est encore en litige est une lettre du ministère de la Justice au chef de la Police criminelle concernant l'opportunité de mener certaines enquêtes.

En ce qui concerne la demande que l'appelant a présentée en vue d'avoir accès au fichier 040 tenu par le ministère des Affaires extérieures (le MAE), le MAE ne confirmait ni ne niait l'existence des renseignements demandés, mais il a déclaré que si ces renseignements existaient, ils pouvaient avec raison être considérés comme inconsultables en vertu des alinéas 22(1)a) et b). L'alinéa 22(1)b) permet au responsable d'une institution de refuser la communication de renseignements dont la divulgation risquerait vraisemblablement de nuire aux activités destinées à faire respecter les

disclose information in bank 040 in order to forestall attempts by applicants systematically making requests and trying to discern from the pattern of answers the kind of information the DEA possessed. The Commissioner concluded that the DEA position was reasonable. The RCMP and the DEA filed supplementary secret affidavits subject to a confidentiality order. The RCMP provided the requested documents containing personal information about the appellant while the DEA advised whether or not personal information concerning the appellant existed in the information bank and, if so, why that information was exempt from disclosure under paragraphs 22(1)(a) and (b).

Finally, the Canadian Security Intelligence Service (CSIS) refused to confirm or deny the existence of the information requested, adding that if it did exist, it would be exempt from disclosure pursuant to sections 19, 21, 22 and 26. Section 19 provides that an institution head shall refuse to disclose personal information obtained in confidence from a foreign government or international organization of states unless that government or institution consents to disclosure or makes the information public. Section 26 permits an institution head to refuse to disclose personal information about a third party and requires the refusal to disclose where it is prohibited under section 8. Subparagraph 8(2)(m)(i) permits the disclosure of personal information under the control of a government institution where the public interest in disclosure clearly outweighs any invasion of privacy that could result from the disclosure. The Commissioner held that the refusal of CSIS to confirm or deny existence of personal information was within the requirement of subsection 16(2), which provides that an institution head is not required to indicate under subsection 16(1) whether personal information exists.

Section 46 authorizes a reviewing judge to receive *ex parte* representations and hold *in camera* hearings when the claims for exemptions are based on provisions other than paragraph 19(1)(a) or (b) or section 21. However, both *ex parte* representations and *in camera* hearings are mandatory when paragraph 19(1)(a) or (b) or section 21 claims are made. Only written *ex parte* representations in the form of supplementary secret affidavits were filed pursuant to section 46 in relation to the refusals to disclose by the RCMP, the DEA and CSIS. The appellant submitted that the reviewing Judge fettered his discretion in ruling that such representations are necessary in every review.

lois ou au déroulement d'enquêtes licites. Le MAE avait comme politique de ne jamais communiquer les renseignements qui étaient dans le fichier 040 afin d'empêcher les tentatives de la part de personnes qui faisaient systématiquement des demandes et qui essayaient, à l'aide des réponses fournies, de découvrir le genre de renseignements que le MAE possédait. Le Commissaire a conclu que la position du MAE était raisonnable. La GRC et le MAE ont déposé des affidavits supplémentaires secrets assujettis à une ordonnance de confidentialité. La GRC a fourni les documents demandés qui renfermaient des renseignements personnels sur l'appelant alors que le MAE a indiqué à l'appelant s'il existait des renseignements personnels à son sujet dans le fichier en question et, dans l'affirmative, pourquoi les renseignements en question étaient inconsultables en vertu des alinéas 22(1)a) et b).

Enfin, le Service canadien du renseignement de sécurité (le SCRS) a refusé de confirmer ou de nier l'existence des renseignements demandés en ajoutant que, si ces renseignements existaient, ils ne pourraient être divulgués aux termes des articles 19, 21, 22 et 26. L'article 19 prévoit que le responsable d'une institution est tenu de refuser la communication des renseignements personnels qui ont été obtenus à titre confidentiel d'un gouvernement étranger ou d'une organisation internationale d'États sauf si ce gouvernement ou cette organisation consent à la communication ou rend les renseignements publics. L'article 26 prévoit que le responsable d'une institution peut refuser la communication de renseignements personnels qui portent sur un tiers et qu'il est tenu de refuser cette communication dans les cas où elle est interdite en vertu de l'article 8. Le sous-alinéa 8(2)m)(i) permet la communication des renseignements personnels qui relèvent d'une institution fédérale dans les cas où des raisons d'intérêt public justifieraient nettement une éventuelle violation de la vie privée. Le Commissaire a conclu que le refus du SCRS de confirmer ou de nier l'existence de renseignements personnels respectait les exigences du paragraphe 16(2), qui prévoit que le responsable de l'institution n'est pas obligé de faire état, en vertu du paragraphe 16(1), de l'existence de renseignements personnels.

L'article 46 autorise le juge qui effectue l'examen à entendre les arguments en l'absence d'une partie et à tenir des audiences à huis clos lorsque la revendication d'exceptions est fondée sur des dispositions autres que les alinéas 19(1)a) ou b) ou l'article 21. Toutefois, l'audition d'arguments en l'absence d'une partie et la tenue d'audiences à huis clos sont obligatoires lorsque les alinéas 19(1)a) ou b) ou l'article 21 sont en cause. Seuls des arguments écrits sous la forme d'affidavits secrets supplémentaires ont été présentés en l'absence d'une partie conformément à l'article 46 par suite du refus de communication de la part de la GRC, du MAE et du SCRS. L'appelant affirme que le juge qui a effectué l'examen a porté atteinte à son pouvoir discrétionnaire en décidant que pareils arguments doivent être entendus dans chaque cas.

The reviewing Judge refused to admit the expert evidence of Mr. Copeland, a former law firm partner of the appellant, on the grounds that it was marginally relevant, the evidence it contained was not necessary and Mr. Copeland was not an independent expert in view of his former association with the appellant and in view of the fact that he was pursuing his own access proceedings.

Subsection 51(2) provides that an application under section 41 relating to personal information that the institution head refused to disclose under paragraph 19(1)(a) or (b) or section 21 shall be heard *in camera*. Subsection 51(3) permits an institution head to make representations *ex parte*. The constitutional challenges to section 51 only arise in the context of CSIS's refusal to provide access to personal information CSIS submitted that the investigations referred to in bank 010 would be jeopardized if individuals or organizations involved in those investigations were able to confirm CSIS's interest in them. The information in bank 015 is more dated and less sensitive. The Motions Judge found that paragraph 51(2)(a) and subsection (3) restrict the rights enshrined in Charter, paragraph 2(b) (freedom of expression), but that the impugned provisions were saved under section 1.

The issues were: (1) on whom did the burden of proof that the exemptions were properly claimed and applied lie; (2) what was the proper interpretation of the scope of the exemptions claimed; (3) whether the Trial Judge fettered his discretion to receive *ex parte* representations pursuant to section 46; (4) whether the Judge erred in refusing to admit the expert evidence of Mr. Copeland; (5) whether the procedure in *Privacy Act*, section 51 violates Charter, paragraph 2(b) (guaranteeing freedom of expression), section 7 (right not to be deprived of life, liberty and security of the person except in accordance with the principles of fundamental justice).

Held, the appeal in A-872-97 should be allowed in part; the appeal in file A-873-97 should be allowed; and the appeal in A-52-98 should be dismissed.

(1) In these peculiar circumstances — where accessibility to personal information is the rule and confidentiality the exception, where an applicant has no knowledge of the personal information withheld, no access to the record before the court and no adequate means of verifying how the discretion to refuse disclosure was exercised by the authorities, and where section 47 of the Act clearly puts on the head of a government institution the burden of establish-

Le juge qui a effectué l'examen a refusé l'affidavit d'expert de M. Copeland, autrefois associé au cabinet d'avocats de l'appelant, pour le motif qu'il était fort peu pertinent, que la preuve qu'il renfermait n'était pas nécessaire et que M. Copeland n'était pas un expert indépendant compte tenu de son ancienne association à l'appelant et du fait qu'il avait lui-même engagé des procédures en vue d'obtenir la communication de renseignements.

Le paragraphe 51(2) prévoit que les recours visés à l'article 41 portant sur les cas où le refus de donner communication de renseignements personnels est lié aux alinéas 19(1)a) ou b) ou à l'article 21 font l'objet d'une audition à huis clos. Le paragraphe 51(3) permet au responsable de l'institution de présenter des arguments en l'absence d'une autre partie. La contestation constitutionnelle de l'article 51 est uniquement faite dans le contexte du refus du SCRS de communiquer des renseignements personnels. Le SCRS a soutenu que le déroulement des enquêtes visées par le fichier 010 serait compromis si les individus ou les organisations en cause dans ces enquêtes étaient en mesure de confirmer l'intérêt que le SCRS leur manifeste. Les renseignements versés dans le fichier 015 sont plus anciens et de nature moins délicate. Le juge des requêtes a conclu que l'alinéa 51(2)a) et le paragraphe (3) restreignent les droits garantis à l'alinéa 2b) de la Charte (la liberté d'expression), mais que les dispositions contestées se justifiaient au regard de l'article premier de la Charte.

Les questions litigieuses étaient de savoir: 1) à qui incombait la charge de prouver que les exceptions étaient légitimement revendiquées et qu'elles s'appliquaient; 2) quelle interprétation il convenait de donner à la portée des exceptions revendiquées; 3) si le juge de première instance avait limité son pouvoir discrétionnaire en recevant des arguments en l'absence d'une partie conformément à l'article 46; 4) si le juge avait commis une erreur en refusant d'admettre la preuve d'expert de M. Copeland; 5) si la procédure prévue à l'article 51 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* porte atteinte à l'alinéa 2b) (qui garantit la liberté d'expression) ou à l'article 7 de la Charte (qui reconnaît le droit de ne pas être privé de sa vie, de sa liberté ou de la sécurité de sa personne sauf en conformité avec les principes de justice fondamentale).

Arrêt: l'appel interjeté dans le dossier A-872-97 est accueilli en partie; l'appel interjeté dans le dossier A-873-97 est accueilli; l'appel interjeté dans le dossier A-52-98 est rejeté.

1) Eu égard aux circonstances de l'espèce—où l'accessibilité à des renseignements personnels est la règle et la confidentialité l'exception, où le demandeur ne sait pas quels renseignements personnels ne sont pas communiqués, où le demandeur n'a pas accès au dossier dont dispose la Cour et où il n'a pas de moyens adéquats lui permettant de vérifier la façon dont le pouvoir discrétionnaire de refuser la communication a été exercé par les autorités, et où l'arti-

ing that it was authorized to refuse to disclose the personal information requested and, therefore, that it properly exercised its discretion in respect of a specific exemption it invoked — an applicant cannot be made to assume an evidential burden of proof. In applying for judicial review of an institution's refusal to disclose the personal information requested pursuant to section 41, an applicant by definition questions the validity of the exercise of discretion by the institution head, and nothing more is required from him or her.

(2) The issue of the one remaining document that the RCMP refused to disclose was moot. Paragraph 22(1)(a) only permits refusal to disclose any personal information requested under subsection 12(1) where the information came into existence less than 20 years prior to the request. In this case, 20 years or more have elapsed.

The reviewing Judge did not err in finding that the information contained in the document was properly classified within section 27.

(i) The appellant submitted that the DEA's policy of systematically refusing to confirm or deny the existence of personal information constitutes a fettering of its discretion. Subsection 16(2) does not contemplate either an exercise of discretion, or a duty to exercise discretion on a case-by-case basis. When access to the requested material is denied, subsection 16(1) gives the institution head a choice of stating that the information does not exist or that it exists, but is exempt, or that if it existed, it would be exempt under one or more specific provisions in the Act. The last option gives the institution head the power to speak hypothetically. Subsection 16(2) does not add anything that was not already inherent in subsection 16(1). It merely clarifies what is already expressed in subsection 16(1) and the use of "may" in subsection 16(2) merely signals that the institution head is empowered to refuse access by exercising the option in paragraph 16(1)(b) of refusing to confirm the existence of information. It need not imply the conferral of discretion. That interpretation is supported by the use of "may but is not required" in a context where access to personal information is the rule, and denial of access is an exception which needs to be stated. These words show Parliament's intent to confer upon an institution head the power to refuse an applicant access to the very fact of the existence of personal information which otherwise it would be compelled to disclose if the enabling power were absent. And, the word "may" has been dropped in the French version of subsection 16(2), which simply states that the head of a government institution is not required to indicate whether personal information exists.

cle 47 de la Loi impose clairement au responsable de l'institution fédérale la charge d'établir le bien-fondé du refus de communication de renseignements personnels et, par conséquent, d'établir qu'elle a exercé d'une façon régulière son pouvoir discrétionnaire à l'égard d'une exception précise invoqué — on ne saurait imposer la charge de la preuve au demandeur. Le demandeur qui, conformément à l'article 41, exerce un recours en révision du refus de communication des renseignements personnels, remet par définition en question le bien-fondé de l'exercice du pouvoir discrétionnaire par le responsable de l'institution; il n'a pas à en faire plus.

2) La question relative au seul document encore en cause dont la GRC a refusé la communication n'a plus qu'un intérêt théorique. L'alinéa 22(1)a) autorise uniquement le refus de communication des renseignements personnels demandés en vertu du paragraphe 12(1) qui remontent à moins de 20 ans lors de la demande. Or, en l'espèce, les renseignements remontent à au moins 20 ans.

Le juge qui a effectué l'examen n'a pas commis d'erreur en concluant que les renseignements figurant dans le document avaient légitimement été classés comme étant visés par l'article 27.

(i) L'appelant a soutenu que la politique du MAE de refuser systématiquement de confirmer ou de nier l'existence de renseignements personnels constitue un refus d'exercer son pouvoir discrétionnaire. Le paragraphe 16(2) ne prévoit pas l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire ou une obligation d'exercer un pouvoir discrétionnaire sur une base individuelle. En cas de refus de communication des renseignements demandés, le paragraphe 16(1) permet au responsable de l'institution de choisir de mentionner que le dossier n'existe pas; de dire que le dossier existe, mais qu'il est visé par une exception, ou de dire que si les renseignements existaient, ils seraient visés par une exception, la disposition précise de la Loi devant être mentionnée. La dernière solution confère au responsable de l'institution le pouvoir de répondre d'une façon hypothétique. Le paragraphe 16(2) n'ajoute rien qui n'ait pas déjà fait intrinsèquement partie du paragraphe 16(1). Il précise simplement ce qui est déjà expressément prévu au paragraphe 16(1) et le mot «*may*» dans la version anglaise du paragraphe 16(2) confirme simplement que le responsable de l'institution est autorisé à refuser la communication en se prévalant du choix qui lui est donné à l'alinéa 16(1)b) de refuser de confirmer l'existence de renseignements. Cela n'entraîne pas implicitement l'octroi d'un pouvoir discrétionnaire. Cette interprétation est étayée par l'emploi des mots «*may but is not required*» figurant dans la version anglaise dans un contexte où la communication de renseignements personnels est la règle, le refus de communication étant une exception qui doit être expressément mentionnée. Ces mots indiquent l'intention du législateur de conférer au responsable de l'institution le pouvoir de refuser à un demandeur la possibilité de savoir s'il existe

But even if subsection 16(2) confers a discretion, in these factual circumstances, where the nature of the bank in question renders the mere fact of revealing the existence of information an act of disclosure i.e. that the requesting party is or is not the subject of an investigation, and given the nature and purpose of the Act and subsection 16(2), it was a reasonable exercise of discretion to adopt a general policy of never confirming the existence of information in the bank in question. This is one of the rare instances where the adoption of a general policy is itself a judicious exercise of discretion. Nor is the general policy in this case a fettering of discretion. The Act grants a citizen the right to complain to the Privacy Commissioner, and to request the Federal Court to review the authorities' actions, thus imposed on the institution head an obligation when carrying out the general policy of not confirming or denying the existence of personal information, to ensure that the information is examined and meets the hypothetically claimed exemptions.

The Motions Judge's reasons and conclusions did not specifically mention paragraph 22(1)(a), thus leaving some doubt as to whether he had reviewed the exercise of discretion by the DEA with respect to the paragraph 22(1)(a) exemption. As one of the objectives of the Act is to provide access to a citizen to personal information held by the Government, a new review should be conducted with respect to the paragraph 22(1)(a) exemption.

Paragraph 22(1)(b) does not authorize a refusal to disclose where disclosure could have a chilling effect on the investigative process in general. Such an extension of paragraph 22(1)(b) would make paragraph 22(1)(a) redundant, since everything in the course of a lawful investigation, as well as the information gathered as a result thereof, would be incorporated by paragraph 22(1)(b). In addition the 20-year limit applicable to the paragraph 22(1)(a) exemption would become meaningless as the information could now be kept forever pursuant to paragraph 22(1)(b). Moreover, the third party information exception contained in section 19 would become unnecessary when the confidential information had been obtained from that third party in the course of an investigation. Finally, none of the examples in subparagraphs 22(1)(b)(i), (ii), and (iii) refer to the investigative process at large. The reviewing Judge should not

des renseignements personnels qu'il serait par ailleurs obligé de communiquer en l'absence du pouvoir habilitant. De plus, l'équivalent du mot «*may*» ne figure pas dans la version française du paragraphe 16(2) qui prévoit simplement que le responsable de l'institution fédérale n'est pas tenu de faire état de l'existence de renseignements personnels.

Même si le paragraphe 16(2) confère un pouvoir discrétionnaire, dans le contexte factuel qui existe en l'espèce où, étant donné la nature du fichier en question, la simple divulgation de l'existence des renseignements est en soi une communication: à savoir si le demandeur fait l'objet d'une enquête, et compte tenu de la nature et du but de la Loi et du paragraphe 16(2), l'adoption d'une politique générale selon laquelle on ne confirme jamais l'existence de renseignements dans le fichier en question constituait un exercice raisonnable d'un pouvoir discrétionnaire. Il s'agit ici de l'un des rares cas dans lesquels l'adoption d'une politique générale constitue en soi un exercice judiciaire du pouvoir discrétionnaire. De plus, dans ce cas-ci, cette politique générale ne porte pas atteinte au pouvoir discrétionnaire en cause. La Loi confère au citoyen le droit de se plaindre auprès du Commissaire à la protection de la vie privée et de demander à la Cour fédérale d'examiner les actions des autorités, de sorte que cela impose une obligation au responsable de l'institution qui met en œuvre la politique générale de ne pas confirmer ou nier l'existence de renseignements personnels, à savoir l'obligation de veiller à ce que les renseignements soient examinés et soient de fait visés par les exceptions revendiquées d'une façon hypothétique.

Les motifs et conclusions du juge des requêtes ne faisaient pas expressément mention de l'alinéa 22(1)a), de sorte qu'ils laissent planer un doute au sujet de la question de savoir si le juge a examiné l'exercice du pouvoir discrétionnaire du MAE à l'égard de l'exception prévue à l'alinéa 22(1)a). Étant donné que l'un des objectifs de la Loi est d'assurer à un citoyen la communication des renseignements personnels détenus par le gouvernement, un nouvel examen devrait être effectué à l'égard de l'exception prévue à l'alinéa 22(1)a).

L'alinéa 22(1)b) n'autorise pas un refus de communication dans les cas où la communication pourrait avoir un effet dissuasif sur les méthodes d'enquête en général. Pareil élargissement de l'alinéa 22(1)b) aurait pour effet de rendre l'alinéa 22(1)a) redondant puisque tout ce qui est fait au cours d'une enquête licite ainsi que les renseignements recueillis par suite de cette enquête seraient visés par l'alinéa 22(1)b). De plus, la période de 20 ans qui s'applique à l'exception prévue à l'alinéa 22(1)a) n'aurait plus aucun sens si les renseignements pouvaient désormais être conservés pour toujours conformément à l'alinéa 22(1)b). En outre, l'exception relative aux renseignements donnés par un tiers figurant à l'article 19 deviendrait inutile si les renseignements confidentiels avaient été obtenus de ce tiers au cours d'une enquête. Enfin, aucun des exemples énumérés aux sous-alinéas 22(1)b)(i), (ii) et (iii) ne se rapporte aux

have extended the notion of injury in paragraph 22(1)(b) beyond injury to a specified investigation.

(ii) In view of the conclusion that paragraph 22(1)(b) was not correctly applied, the information in CSIS's banks 010 and 015 should be reviewed anew to identify which information, if any, was not covered by that exemption.

The section 19 exemption is not an absolute prohibition against disclosure. Subsection 19(2) authorizes an institution head to disclose the information where the third party consents. The authority who claims the benefit of the exemption must ensure that the third party is not consenting to disclosure because the applicant does not even know if personal information exists, who the third party is who provided the information, and even if told who the third party is, he would not necessarily know where to address his request for consent. The applicant does not know the contents of the information and what it relates to, and therefore cannot provide to the third party all the relevant details that are necessary to both meaningfully identify the issues and seek the consent of that third party. Finally, it is unfair in these conditions to place upon an applicant an almost impossible burden to meet. For all practical purposes, the possibility of obtaining a consensual release of the information becomes so remote as to be non-existent. Political and practical considerations may make it impractical to seek consent on a case-by-case basis and lead to the establishment of protocols which respect the spirit and letter of the Act and the exemption. The respondent's claim under section 19 to a valid exemption from disclosure of the personal information should be reviewed to ensure that CSIS made reasonable efforts to seek the consent of the third party who provided the requested information.

The balancing of public interest against invasion of privacy required by subparagraph 8(2)(m)(i) does not have to be done in reference to every piece of information concerning every party to whom the information relates. The manner in which to conduct the weighing of interests is within the discretion of the head of the institution. The purpose of the grant of discretion under subparagraph 8(2)(m)(i) involves protection of the interest of Canadian citizens in privacy. The right to privacy may be understood specifically, as in the privacy of individuals or as a broadly conceived policy goal, without reference to particular individuals. The extent to which the privacy interest ought to be considered in a more or less specific form will depend largely on the facts surrounding each request. It was unclear whether CSIS considered subparagraph 8(2)(m)(i) when it refused to disclose information relating to third parties and

méthodes d'enquête en général. Le juge qui a effectué l'examen n'aurait pas dû étendre la notion de préjudice figurant à l'alinéa 22(1)(b) au-delà du préjudice subi au cours d'une enquête déterminée.

(ii) Étant donné qu'il a été conclu que l'exception prévue à l'alinéa 22(1)(b) n'a pas été correctement appliquée, les renseignements versés dans les fichiers 010 et 015 du SCRS devraient être examinés à nouveau de façon à permettre de découvrir quels renseignements, le cas échéant, ne sont pas visés par cette exception.

L'exception prévue à l'article 19 n'est pas une interdiction absolue. Le paragraphe 19(2) autorise le responsable d'une institution à communiquer les renseignements si le tiers a donné son consentement. L'autorité qui revendique l'exception doit s'assurer que le tiers ne consent pas à la communication parce que le demandeur ne sait même pas s'il existe des renseignements personnels et qui est le tiers qui a fourni les renseignements; même si on lui disait qui est le tiers en question, il ne saurait pas nécessairement à qui adresser sa demande de consentement. Le demandeur ne connaît pas le contenu des renseignements et ce à quoi ils se rapportent; il n'est donc pas en mesure de fournir au tiers tous les détails pertinents nécessaires tant pour permettre de déterminer avec exactitude les questions qui se posent que pour obtenir le consentement de ce tiers. Enfin, il est injuste dans ces conditions d'imposer au demandeur une obligation à laquelle il est presque impossible de satisfaire. À toutes fins utiles, la possibilité d'obtenir une communication consensuelle des renseignements devient si éloignée qu'elle est presque inexistante. Des considérations politiques et pratiques peuvent empêcher l'obtention d'un consentement sur une base individuelle et mener à l'établissement de protocoles qui respectent l'esprit et la lettre de la Loi et de l'exception. La revendication par le défendeur, en vertu de l'article 19, d'une exception valide à l'égard de la communication des renseignements personnels devrait être examinée de façon à s'assurer que le SCRS a fait des efforts raisonnables pour solliciter le consentement du tiers qui avait fourni les renseignements en question.

L'équilibre entre les raisons d'intérêt public et la violation de la vie privée exigé par le sous-alinéa 8(2)(m)(i), n'a pas à être établi par rapport à chaque élément d'information concernant chaque personne visée par cette information. L'appréciation des différents intérêts relève du pouvoir discrétionnaire du responsable de l'institution. Le pouvoir discrétionnaire est accordé en vertu du sous-alinéa 8(2)(m)(i) en vue de protéger l'intérêt des citoyens canadiens en matière de vie privée. Le droit à la vie privée peut être interprété d'une façon stricte comme se rapportant à la protection de la vie privée des individus ou comme un principe général, sans tenir compte d'individus particuliers. La mesure dans laquelle il devrait être tenu compte d'une façon plus ou moins précise de l'intérêt en matière de vie privée dépend en bonne partie des faits de chaque affaire. On ne savait pas trop si le SCRS avait tenu compte du sous-

whether, therefore, it properly applied the exemption it claimed pursuant to section 26. Nor was it clear whether the reviewing Judge was satisfied that the exemption had been considered by CSIS, or that he considered it himself. There should be a new review of the personal information requested in banks 010 and 015 to determine whether the exemption in section 26 was properly applied.

(3) The reviewing Judge was of the view that it is sound practice for the Court to receive *ex parte* submissions in proceedings which contest refusal to disclose. Such evidence assists the Judge in his review and helps to ensure that confidential or secret information is not disclosed to the public or the applicant when an exemption from disclosure is justified. The reviewing Judge was of the opinion that *ex parte* submissions are an effective compromise generally. The fact that this solution makes sense generally does not mean that he fettered or improperly exercised his discretion to accept such evidence in this particular instance. This ground of appeal should be dismissed.

(4) Mr. Copeland's affidavit should have been admitted for the purpose of judicial review. It satisfied both the logical and legal relevancy tests in that its value outweighed its impact on the process, i.e. its prejudicial effect. In order to satisfy the necessity test, the expert opinion must be necessary "in the sense that it provide information 'which is likely to be outside the experience and knowledge of a judge or jury'". The affiant asserts some facts relating to information that is likely to be outside the knowledge of a reviewing judge. Finally the Copeland affidavit should not have been excluded on account of a possible bias of the affiant. Such factor goes to the credibility of the evidence, not its admissibility.

(5) The appellant maintained that mandatory *in camera* and *ex parte* proceedings deny an individual any meaningful information about why access to personal information has been refused, making it impossible to formulate intelligent submissions as to why the government acted improperly in denying access to the information sought. The appellant argued that the law should address this informational void by providing affected persons with a description of the withheld information sufficient to enable him to challenge the government's refusal to disclose it. There were three reasons why this argument could not succeed: (1) The solution proposed is impracticable in those cases where the respondent is entitled under subsection 16(2) to refuse to confirm or deny the existence of information and also in cases involving large numbers of documents or a small number of complicated documents; (2) Even if section 51 granted the judge a discretion, it is virtually certain that if

alinéa 8(2)m(i) en refusant la communication de renseignements concernant des tiers et si, par conséquent, il avait appliqué de la façon appropriée l'exception revendiquée conformément à l'article 26. Il n'était pas non plus clair que le juge qui avait effectué l'examen était convaincu que le SCRS avait tenu compte de l'exception ou s'il en avait lui-même tenu compte. Il faudrait effectuer un nouvel examen des renseignements personnels versés dans les fichiers 010 et 015 qui ont été demandés en vue de déterminer si le SCRS a appliqué de la façon appropriée l'exception prévue à l'article 26 de la Loi.

3) Le juge qui a effectué l'examen était d'avis qu'il est sensé pour la Cour d'entendre des arguments en l'absence d'une partie dans une instance visant à la contestation de pareil refus. Pareille preuve aide le juge dans son examen et lui permet de s'assurer que les renseignements confidentiels ou secrets ne seront pas communiqués au public ou au demandeur lorsque l'exception revendiquée est justifiée. Le juge qui a effectué l'examen était d'avis que l'audition d'arguments en l'absence d'une partie constitue un compromis efficace généralement sensé. Cela ne veut pas pour autant dire que le juge a limité ou irrégulièrement exercé son pouvoir discrétionnaire en vue d'accepter pareille preuve dans ce cas-ci. Ce moyen d'appel doit être rejeté.

4) L'affidavit de M. Copeland aurait dû être admis aux fins du contrôle judiciaire. Il satisfaisait tant au critère de la pertinence logique qu'au critère de la pertinence juridique en ce sens que sa valeur l'emportait sur les répercussions qu'il avait sur la procédure, c'est-à-dire sur son effet préjudiciable. Afin de satisfaire au critère de la nécessité, l'opinion d'expert doit être nécessaire «au sens qu'elle fournit des renseignements qui, selon toute vraisemblance, dépassent l'expérience et la connaissance d'un juge ou d'un jury». Le déclarant énonce certains faits se rapportant aux renseignements qu'un juge qui effectue un examen est susceptible de ne pas connaître d'office. Enfin, l'affidavit Copeland n'aurait pas dû être exclu à cause de la partialité possible du déclarant. Ce facteur se rapporte à la crédibilité de la preuve plutôt qu'à son admissibilité.

5) L'appelant a maintenu que l'audience obligatoire à huis clos et en l'absence d'une partie empêche un individu d'obtenir des renseignements utiles au sujet de la raison pour laquelle la communication a été refusée, ce qui empêche la personne concernée de présenter des arguments intelligents au sujet de la raison pour laquelle le gouvernement a agi d'une façon irrégulière en refusant la communication des renseignements demandés. L'appelant a soutenu que, pour remédier à cette absence d'information, le droit doit fournir aux personnes concernées une description des renseignements retenus qui soit suffisante pour leur permettre de contester le refus de communication du gouvernement. Cet argument ne pouvait pas être retenu, et ce, pour trois raisons: 1) La solution proposée n'est pas pratique dans les cas où le défendeur est autorisé, en vertu du paragraphe 16(2), à refuser de confirmer ou de nier l'existence de renseignements ainsi que dans les cas comportant un grand

the respondent presented appropriate evidence that the undisclosed information involved national security or foreign confidences the judge would exercise his or her discretion in favour of the Crown and hear the matter *in camera*, if asked, and *ex parte*. Moreover, the fact that the legislation limits the mandatory nature of section 51 to reviewing the non-disclosure of information described in sections 19 and 21 demonstrates that Parliament was acutely aware of the need to ensure as much openness as possible in the disclosure process. The exceptions fall into a narrow subset and are self-justifying; (3) The remedy which the appellant seeks bears no relationship to the alleged Charter breach. Assuming that section 51 breached the right to freedom of expression in Charter, paragraph 2(b) and was not saved under section 1, the logical constitutional remedy would be to replace the mandatory wording of section 51 with a discretionary provision. Effectively section 51 would be superseded by the general procedural provisions in section 46, which does not oblige the reviewing judge to provide summaries of information contained within confidential affidavits where a discretion is exercised to accept such documents on an *in camera* and *ex parte* basis. In effect, the appellant is asking the Court to rewrite both sections 46 and 51 on the mistaken assumption that section 51 is unconstitutional. Paragraph 51(2)(a) and subsection 51(3) infringe Charter, paragraph 2(b), but they are saved under Charter, section 1.

The mandatory provisions of section 51 dealing with *in camera* and *ex parte* proceedings do not engage the liberty interests envisaged by Charter, section 7. Section 51 is merely a procedural provision aimed at preventing the accidental disclosure of national security information or foreign confidences and is tied to a process which, at the end of the day, simply requires disclosure of all personal information to a judge for the purpose of assessing whether the exemptions being claimed by the head of a government institution are justified. Such a procedural safeguard, which provides, in limited situations, that an *ex parte* and *in camera* hearing will be held with respect to a refusal to disclose, does not “deprive” an applicant of his liberty interest. The collection, use and dissemination of personal information triggers the right to privacy and Charter, section 7, not the right of access provided under section 12.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Access to Information Act, R.S.C., 1985, c. A-1, ss. 15, 16(1), 48.

nombre de documents ou un petit nombre de documents compliqués; 2) Même si l'article 51 conférerait un pouvoir discrétionnaire au juge, il est presque certain que si le défendeur présentait des éléments de preuve appropriés tendant à montrer que les renseignements non divulgués mettent en cause la sécurité nationale ou des renseignements de source étrangère obtenus à titre confidentiel, le juge exercerait son pouvoir discrétionnaire en faveur de la Couronne et entendrait l'affaire à huis clos et, sur demande, en l'absence d'une partie. En outre, le fait que la législation limite la nature obligatoire de l'article 51 à l'examen de la non-communication des renseignements décrits aux articles 19 et 21 démontre que le législateur était parfaitement au courant de la nécessité de veiller à ce que la procédure de communication soit la plus ouverte possible. Les exceptions font partie d'un sous-ensemble restreint et elles se justifient; 3) La mesure proposée par l'appellant n'a aucun rapport avec la violation alléguée de la Charte. Si l'on suppose que l'article 51 porte atteinte à la liberté d'expression garantie à l'alinéa 2b) de la Charte et qu'il ne se justifie pas au regard de l'article premier, le redressement constitutionnel logique consiste à remplacer le libellé obligatoire de l'article 51 par une disposition discrétionnaire. En fait, l'article 51 serait remplacé par les dispositions procédurales générales de l'article 46, qui n'oblige pas le juge qui effectue l'examen à préparer un sommaire judiciaire de la preuve contenue dans un affidavit confidentiel lorsqu'un pouvoir discrétionnaire est exercé en vue d'accepter pareils documents à huis clos et en l'absence d'une partie. En fait, l'appellant demande à la cour de rédiger de nouveau tant les articles 46 et 51 en présumant erronément que l'article 51 est inconstitutionnel. L'alinéa 51(2)a) et le paragraphe 51(3) violent l'alinéa 2b) de la Charte, mais ils se justifient au regard de l'article premier de la Charte.

Les dispositions obligatoires de l'article 51 portant sur les audiences à huis clos et en l'absence d'une partie ne mettent pas en cause les libertés reconnues à l'article 7 de la Charte. L'article 51 est simplement une disposition procédurale visant à empêcher la communication accidentelle de renseignements touchant la sécurité nationale ou de renseignements de source étrangère obtenus à titre confidentiel et il est lié à une procédure qui, en fin de compte, exige simplement que tous les renseignements personnels soient divulgués au juge pour qu'il puisse déterminer si les exceptions revendiquées par le responsable de l'institution sont justifiées. Pareille protection procédurale qui, dans certains cas, prévoit la tenue d'une audience à huis clos en l'absence d'une partie à l'égard d'un refus de communication, ne «prive» pas le demandeur de sa liberté. La collecte, l'utilisation et la diffusion de renseignements personnels mettent en cause le droit à la vie privée et l'article 7 de la Charte plutôt que le droit d'accès prévu à l'article 12.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Archives Act 1983, No. 79, 1983 (Aust.).

Archives Act 1983, No. 79, 1983 (Aust.).
Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 1, 2(b), 7, 8.
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 185 (as am. by S.C. 1993, c. 40, s. 5; 1997, c. 18, s. 8; c. 23, s. 4), 186(1)(e) (as am. by S.C. 1993, c. 40, s. 6), 187 (as am. by *idem*, s. 7), 196 (as am. *idem*, s. 14; 1997, c. 23, s. 7).
Freedom of Information Act, 5 U.S.C. § 552 (1994).
Interpretation Act, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 11.
Official Secrets Act, R.S.C., 1985, c. O-5.
Privacy Act, R.S.C., 1985, c. P-21, ss. 4, 5, 6, 8, 10, 11, 12, 16, 18, 19, 21, 22, 26, 27, 29 (as am. by S.C. 1992, c. 21, s. 37), 30, 31, 32, 33, 34 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 27, s. 187), 35, 36, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51.
Young Offenders Act, S.C. 1980-81-82-83, c. 110, s. 4(1).

Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 1, 2b), 7, 8.
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 185 (mod. par L.C. 1993, ch. 40, art. 5; 1997, ch. 18, art. 8; ch. 23, art. 4), 186(1)e) (mod. par L.C. 1993, ch. 40, art. 6), 187 (mod., *idem*, art. 7), 196 (mod., *idem*, art. 14; 1997, ch. 23, art. 7).
Freedom of Information Act, 5 U.S.C. § 552 (1994).
Loi d'interprétation, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 11.
Loi sur l'accès à l'information, L.R.C. (1985), ch. A-1, art. 15, 16(1), 48.
Loi sur la protection des renseignements personnels, L.R.C. (1985), ch. P-21, art. 4, 5, 6, 8, 10, 11, 12, 16, 18, 19, 21, 22, 26, 27, 29 (mod. par L.C. 1992, ch. 21, art. 37), 30, 31, 32, 33, 34 (mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 27, art. 187), 35, 36, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51.
Loi sur les jeunes contrevenants, S.C. 1980-81-82-83, ch. 110, art. 4(1).
Loi sur les secrets officiels, L.R.C. (1985), ch. O-5.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Rubin v. Canada (Canada Mortgage and Housing Corp.), [1989] 1 F.C. 265; (1988), 52 D.L.R. (4th) 671; 19 F.T.R. 160; 86 N.R. 186 (C.A.); *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817; (1999), 174 D.L.R. (4th) 193; 1 Imm. L.R. (3d) 1; 243 N.R. 22; *R. v. S. (S.)*, [1990] 2 S.C.R. 254; (1990), 57 C.C.C. (3d) 115; 77 C.R. (3d) 273; 49 C.R.R. 79; 110 N.R. 321; 41 O.A.C. 81; *Julius v. Bishop of Oxford* (1880), 5 App. Cas. 214 (H.L.); *Rubin v. Canada (Minister of Transport)*, [1998] 2 F.C. 430; (1997), 154 D.L.R. (4th) 414; 221 N.R. 145 (C.A.); *Kelly v. Canada (Solicitor General)* (1992), 6 Admin. L.R. (2d) 54; 53 F.T.R. 147 (F.C.T.D.); affd by (1993), 13 Admin. L.R. (2d) 304; 154 N.R. 319 (F.C.A.); *Bland v. Canada (National Capital Commission)*, [1991] 3 F.C. 325 (abridged); (1991), 36 C.P.R. (3d) 289; 41 F.T.R. 202 (T.D.); *R. v. Mohan*, [1994] 2 S.C.R. 9; (1994), 114 D.L.R. (4th) 419; 889 C.C.C. (3d) 402; 29 C.R. (4th) 243; 166 N.R. 245; 71 O.A.C. 241; *The Queen v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; (1986), 26 D.L.R. (4th) 200; 24 C.C.C. (3d) 321; 50 C.R. (3d) 1; 19 C.R.R. 308; 65 N.R. 87; 14 O.A.C. 335; *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877; (1998), 38 O.R. (3d) 735; 159 D.L.R. (4th) 385; 226 N.R. 1; 109 O.A.C. 201; *Hunter et al. v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; (1984), 55 A.R. 291; 11 D.L.R. (4th) 641; [1984] 6 W.W.R. 577; 33 Alta. L.R. (2d) 193; 27 B.L.R. 297; 14 C.C.C. (3d) 97; 2 C.P.R. (3d) 1; 41 C.R. (3d) 97; 9 C.R.R. 355; 84

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Rubin c. Canada (Société canadienne d'hypothèques et de logement), [1989] 1 C.F. 265; (1988), 52 D.L.R. (4th) 671; 19 F.T.R. 160; 86 N.R. 186 (C.A.); *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; (1999), 174 D.L.R. (4th) 193; 1 Imm. L.R. (3d) 1; 243 N.R. 22; *R. c. S. (S.)*, [1990] 2 R.C.S. 254; (1990), 57 C.C.C. (3d) 115; 77 C.R. (3d) 273; 49 C.R.R. 79; 110 N.R. 321; 41 O.A.C. 81; *Julius v. Bishop of Oxford* (1880), 5 App. Cas. 214 (H.L.); *Rubin c. Canada (Ministre des Transports)*, [1998] 2 C.F. 430; (1997), 154 D.L.R. (4th) 414; 221 N.R. 145 (C.A.); *Kelly c. Canada (Solliciteur général)* (1992), 6 Admin. L.R. (2d) 54; 53 F.T.R. 147 (C.F. 1^{er} inst.); conf. par (1993), 13 Admin. L.R. (2d) 304; 154 N.R. 319 (C.A.F.); *Bland c. Canada (Commission de la capitale nationale)*, [1991] 3 C.F. 325 (abrégé); (1991), 36 C.P.R. (3d) 289; 41 F.T.R. 202 (1^{er} inst.); *R. c. Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9; (1994), 114 D.L.R. (4th) 419; 889 C.C.C. (3d) 402; 29 C.R. (4th) 243; 166 N.R. 245; 71 O.A.C. 241; *La Reine c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; (1986), 26 D.L.R. (4th) 200; 24 C.C.C. (3d) 321; 50 C.R. (3d) 1; 19 C.R.R. 308; 65 N.R. 87; 14 O.A.C. 335; *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877; (1998), 38 O.R. (3d) 735; 159 D.L.R. (4th) 385; 226 N.R. 1; 109 O.A.C. 201; *Hunter et autres c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; (1984), 55 A.R. 291; 11 D.L.R. (4th) 641; [1984] 6 W.W.R. 577; 33 Alta. L.R. (2d) 193; 27 B.L.R. 297; 14 C.C.C. (3d) 97; 2 C.P.R. (3d) 1; 41 C.R.

DTC 6467; 55 N.R. 241; *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668; (1999), 244 A.R. 201; 180 D.L.R. (4th) 1; [2000] 2 W.W.R. 180; 75 Alta. L.R. (3d) 1; 139 C.C.C. (3d) 321; 28 C.R. (5th) 207; 248 N.R. 101.

DISTINGUISHED:

Michaud v. Quebec (Attorney General), [1996] 3 S.C.R. 3; (1996), 138 D.L.R. (4th) 423; 109 C.C.C. (3d) 289; 1 C.R. (5th) 1; 201 N.R. 241.

CONSIDERED:

R. v. Finlay and Grellette (1985), 52 O.R. (2d) 632; 23 D.L.R. (4th) 532; 23 C.C.C. (3d) 48; 48 C.R. (3d) 341; 18 C.R.R. 132; 11 O.A.C. 279 (C.A.); *Falconbridge Nickel Mines Ltd. and Minister of Revenue for Ontario, Re* (1981), 121 D.L.R. (3d) 403; [1981] C.T.C. 120 (Ont. C.A.); *Dagg v. Canada (Minister of Finance)*, [1997] 2 S.C.R. 403; (1997), 148 D.L.R. (4th) 385; 46 Admin. L.R. (2d) 155; 213 N.R. 161; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; (1994), 120 D.L.R. (4th) 12; 94 C.C.C. (3d) 289; 34 C.R. (4th) 269; 25 C.R.R. (2d) 1; 175 N.R. 1; 76 O.A.C. 81.

REFERRED TO:

R. v. Garofoli, [1990] 2 S.C.R. 1421; (1990), 80 C.R. (3d) 317; *Davidson v. Canada (Solicitor General)*, [1989] 2 F.C. 341; (1989), 36 Admin. L.R. 251; 47 C.C.C. (3d) 104; 24 C.P.R. (3d) 129; 98 N.R. 126 (C.A.); *Henrie v. Canada (Security Intelligence Review Committee)*, [1989] 2 F.C. 229; (1988), 53 D.L.R. (4th) 568 (T.D.); affd by (1992), 88 D.L.R. (4th) 575; 5 Admin. L.R. (2d) 269; 140 N.R. 315 (F.C.A.); *D. R. Fraser and Co., Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1949] A.C. 24 (P.C.); *Dergousoff v. Dergousoff*, [1999] 10 W.W.R. 633; (1999), 177 Sask. R. 64; 48 R.F.L. (4th) 1 (Sask. C.A.); *Standard Trustco Ltd. (Trustee of) v. Standard Trust Co.* (1995), 26 O.R. (3d) 1; 129 D.L.R. (4th) 18; 30 C.B.R. (3d) 1; 86 O.A.C. 1 (C.A.); *Heare v. Insurance Corp. of British Columbia* (1986), 32 D.L.R. (4th) 427; 7 B.C.L.R. (2d) 244; 23 C.C.L.I. 50; 45 M.V.R. 61 (B.C.S.C.); *Padfield v. Minister of Agriculture, Fisheries and Food*, [1968] A.C. 997 (C.A.); *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Immigration & Refugee Board)* (1997), 4 Admin. L.R. (3d) 96; 82 C.P.R. (3d) 290; 140 F.T.R. 140 (F.C.T.D.); *R. v. Marquard*, [1993] 4 S.C.R. 223; (1993), 108 D.L.R. (4th) 47; 85 C.C.C. (3d) 193; 25 C.R. (4th) 1; 159 N.R. 81; 66 O.A.C. 161; *R. v. Terceira* (1998), 38 O.R. (3d) 175; 123 C.C.C. (3d) 1; 15 C.R. (5th) 359; 107 O.A.C. 15 (C.A.); *R. v. Buric* (1996), 28 O.R. (3d) 737; 106 C.C.C. (3d) 97; 48 C.R. (4th) 149; 90 O.A.C. 321 (C.A.); affd [1997] 1 S.C.R. 535; (1997), 32 O.R.

(3d) 97; 9 C.R.R. 355; 84 DTC 6467; 55 N.R. 241; *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668; (1999), 244 A.R. 201; 180 D.L.R. (4th) 1; [2000] 2 W.W.R. 180; 75 Alta. L.R. (3d) 1; 139 C.C.C. (3d) 321; 28 C.R. (5th) 207; 248 N.R. 101.

DISTINCTION FAITE D'AVEC:

Michaud c. Québec (Procureur général), [1996] 3 R.C.S. 3; (1996), 138 D.L.R. (4th) 423; 109 C.C.C. (3d) 289; 1 C.R. (5th) 1; 201 N.R. 241.

DÉCISIONS EXAMINÉES:

R. v. Finlay and Grellette (1985), 52 O.R. (2d) 632; 23 D.L.R. (4th) 532; 23 C.C.C. (3d) 48; 48 C.R. (3d) 341; 18 C.R.R. 132; 11 O.A.C. 279 (C.A.); *Falconbridge Nickel Mines Ltd. and Minister of Revenue for Ontario, Re* (1981), 121 D.L.R. (3d) 403; [1981] C.T.C. 120 (C.A. Ont.); *Dagg c. Canada (Ministre des Finances)*, [1997] 2 R.C.S. 403; (1997), 148 D.L.R. (4th) 385; 46 Admin. L.R. (2d) 155; 213 N.R. 161; *Dagenais c. Société Radio-Canada.*, [1994] 3 R.C.S. 835; (1994), 120 D.L.R. (4th) 12; 94 C.C.C. (3d) 289; 34 C.R. (4th) 269; 25 C.R.R. (2d) 1; 175 N.R. 1; 76 O.A.C. 81.

DÉCISIONS CITÉES:

R. c. Garofoli, [1990] 2 R.C.S. 1421; (1990), 80 C.R. (3d) 317; *Davidson c. Canada (Solliciteur général)*, [1989] 2 C.F. 341; (1989), 36 Admin. L.R. 251; 47 C.C.C. (3d) 104; 24 C.P.R. (3d) 129; 98 N.R. 126 (C.A.); *Henrie c. Canada (Comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité)*, [1989] 2 C.F. 229; (1988), 53 D.L.R. (4th) 568 (1^{re} inst.); conf. par (1992), 88 D.L.R. (4th) 575; 5 Admin. L.R. (2d) 269; 140 N.R. 315 (C.A.F.); *D. R. Fraser and Co., Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1949] A.C. 24 (P.C.); *Dergousoff v. Dergousoff*, [1999] 10 W.W.R. 633; (1999), 177 Sask. R. 64; 48 R.F.L. (4th) 1 (C.A. Sask.); *Standard Trustco Ltd. (Trustee of) v. Standard Trust Co.* (1995), 26 O.R. (3d) 1; 129 D.L.R. (4th) 18; 30 C.B.R. (3d) 1; 86 O.A.C. 1 (C.A.); *Heare v. Insurance Corp. of British Columbia* (1986), 32 D.L.R. (4th) 427; 7 B.C.L.R. (2d) 244; 23 C.C.L.I. 50; 45 M.V.R. 61 (C.S.C.-B.); *Padfield v. Minister of Agriculture, Fisheries and Food*, [1968] A.C. 997 (C.A.); *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Commission de l'immigration et du statut de réfugié)* (1997), 4 Admin. L.R. (3d) 96; 82 C.P.R. (3d) 290; 140 F.T.R. 140 (C.F. 1^{re} inst.); *R. c. Marquard*, [1993] 4 R.C.S. 223; (1993), 108 D.L.R. (4th) 47; 85 C.C.C. (3d) 193; 25 C.R. (4th) 1; 159 N.R. 81; 66 O.A.C. 161; *R. v. Terceira* (1998), 38 O.R. (3d) 175; 123 C.C.C. (3d) 1; 15 C.R. (5th) 359; 107 O.A.C. 15 (C.A.); *R. v. Buric* (1996), 28 O.R. (3d) 737; 106 C.C.C. (3d) 97; 48 C.R. (4th) 149; 90 O.A.C.

(3d) 320; 114 C.C.C. (3d) 95; 209 N.R. 241; *R. v. Dymont*, [1988] 2 S.C.R. 417; (1988), 73 Nfld. & P.E.I.R. 13; 55 D.L.R. (4th) 503; 229 A.P.R. 13; 45 C.C.C. (3d) 244; 66 C.R. (3d) 348; 10 M.V.R. (2d) 1; 89 N.R. 249; *R. v. Beare*; *R. v. Higgins*, [1988] 2 S.C.R. 387; (1988), 55 D.L.R. (4th) 481; [1989] 1 W.W.R. 97; 71 Sask. R. 1; 45 C.C.C. (3d) 57; 66 C.R. (3d) 97; 36 C.R.R. 90; 88 N.R. 205; *B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 S.C.R. 315; (1994), 122 D.L.R. (4th) 1; 26 C.R.R. (2d) 202; 176 N.R. 161; 78 O.A.C. 1; 9 R.F.L. (4th) 157; *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411; (1995), 130 D.L.R. (4th) 235; [1996] 2 W.W.R. 153; 68 B.C.A.C. 1; [1996] B.C.W.L.D. 337; 103 C.C.C. (3d) 1; 44 C.R. (4th) 1; 33 C.R.R. (2d) 1; 191 N.R. 1; 112 W.A.C. 1.

321(C.A.); conf. par [1997] 1 R.C.S. 535; (1997), 32 O.R. (3d) 320; 114 C.C.C. (3d) 95; 209 N.R. 241; *R. c. Dymont*, [1988] 2 R.C.S. 417; (1988), 73 Nfld. & P.E.I.R. 13; 55 D.L.R. (4th) 503; 229 A.P.R. 13; 45 C.C.C. (3d) 244; 66 C.R. (3d) 348; 10 M.V.R. (2d) 1; 89 N.R. 249; *R. c. Beare*; *R. c. Higgins*, [1988] 2 R.C.S. 387; (1988), 55 D.L.R. (4th) 481; [1989] 1 W.W.R. 97; 71 Sask. R. 1; 45 C.C.C. (3d) 57; 66 C.R. (3d) 97; 36 C.R.R. 90; 88 N.R. 205; *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315; (1994), 122 D.L.R. (4th) 1; 26 C.R.R. (2d) 202; 176 N.R. 161; 78 O.A.C. 1; 9 R.F.L. (4th) 157; *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411; (1995), 130 D.L.R. (4th) 235; [1996] 2 W.W.R. 153; 68 B.C.A.C. 1; [1996] B.C.W.L.D. 337; 103 C.C.C. (3d) 1; 44 C.R. (4th) 1; 33 C.R.R. (2d) 1; 191 N.R. 1; 112 W.A.C. 1.

AUTHORS CITED

Brown, Donald J. M. and John M. Evans. *Judicial Review of Administrative Action in Canada*, loose-leaf ed. Toronto: Canvasback, 1998.

Canadian Law Dictionary. Toronto: Law and Business Publications (Canada) Inc., 1980, "may".

Craig, J. D. "Invasion of Privacy and Charter Values: The Common-Law Tort Awakens" (1997), 42 *McGill L.J.* 355.

Driedger, E. A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.

McWilliams, Peter K. *Canadian Criminal Evidence*, 3rd ed. loose-leaf. Aurora, Ont.: Canada Law Book.

Personal Information Index, 1988. Ottawa: Supply and Services Canada, 1988.

APPEALS from the dismissal of applications for judicial review of the Privacy Commissioner's decisions with respect to complaints concerning the failure by the RCMP and the Department of External Affairs (A-872-97) and CSIS (A-873-87) to disclose personal information about the appellant (*Ruby v. Canada (Royal Canadian Mounted Police)*, [1998] 2 F.C. 351; (1997), 11 Admin. L.R. (3d) 132; 140 F.T.R. 42 (T.D.)) and from a decision that *Privacy Act*, section 51 was not unconstitutional (*Ruby v. Canada (Solicitor General)*, [1996] 3 F.C. 134; (1996), 136 D.L.R. (4th) 74; 113 F.T.R. 13 (T.D.)). The appeal in A-872-97 should be allowed in part; the appeal in file A-873-97 should be allowed; and the appeal in A-52-98 should be dismissed.

DOCTRINE

Brown, Donald J. M. and John M. Evans. *Judicial Review of Administrative Action in Canada*, loose-leaf ed. Toronto: Canvasback, 1998.

Canadian Law Dictionary. Toronto: Law and Business Publications (Canada) Inc., 1980, «may».

Craig, J. D. «Invasion of Privacy and Charter Values: The Common-Law Tort Awakens» (1997), 42 *R.D. McGill* 355.

Driedger, E. A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.

McWilliams, Peter K. *Canadian Criminal Evidence*, 3rd ed. loose-leaf. Aurora, Ont.: Canada Law Book.

Répertoire de renseignements personnels, 1988. Ottawa: Approvisionnement et Services, 1988.

APPELS du rejet de recours en révision concernant les décisions rendues par le Commissaire à la protection de la vie privée à l'égard de plaintes découlant du refus de la GRC et du ministère des Affaires extérieures (A-872-97) ainsi que du SCRS (A-873-87) de communiquer des renseignements personnels au sujet de l'appelant (*Ruby c. Canada (Gendarmerie royale du Canada)*, [1998] 2 C.F. 351; (1997), 11 Admin. L.R. (3d) 132; 140 F.T.R. 42 (1^{re} inst.)) et concernant la décision selon laquelle l'article 51 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* n'est pas inconstitutionnel (*Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, [1996] 3 C.F. 134; (1996), 136 D.L.R. (4th) 74; 113 F.T.R. 13 (1^{re} inst.)). L'appel dans le dossier A-872-97 devrait être accueilli en partie; l'appel dans le dossier A-873-97 devrait être accueilli; l'appel dans le dossier A-52-98 devrait être rejeté.

APPEARANCES:

Clayton Ruby and Jill Copeland for appellant (applicant).

Barbara A. McIsaac, Q.C. and Gregory Tzemenakis for respondents (respondents).

SOLICITORS OF RECORD:

Ruby & Edwardh, Toronto, for appellant (applicant).

McCarthy Tétrault, Ottawa, for respondents (respondents).

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] LÉTOURNEAU AND ROBERTSON J.J.A.: The proceedings in file A-52-98, A-872-97 and A-873-97 involve three appeals from decisions of two different judges of the Trial Division [[1996] 3 F.C. 134; [1998] 2 F.C. 351]. They relate to the appellant's attempt to obtain access under the *Privacy Act*, R.S.C., 1985, c. P-21 (Act) to personal information held by the Royal Canadian Mounted Police (RCMP), the Department of External Affairs (DEA) and the Canadian Security Intelligence Service (CSIS).

[2] The three appeals were heard together. Basically, they call for a review of the exercise of discretion by the judge of the Trial Division, an interpretation of the scope of the exemptions, including the burden of proof in respect thereof, relied upon by these three federal authorities to deny access to the appellant as well as a determination with respect to the constitutional validity of certain provisions of section 51 of the Act. In this respect, the appellant contends that the procedure in that provision violates paragraph 2(b) (freedom of the press), section 7 (right to security of the person) and section 8 (right to protection against unreasonable searches and seizures) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*¹ (Charter).

ONT COMPARU:

Clayton Ruby et Jill Copeland pour l'appellant (demandeur).

Barbara A. McIsaac, c.r. et Gregory Tzemenakis pour les intimés (défendeurs).

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Ruby & Edwardh, Toronto, pour l'appellant (demandeur).

McCarthy Tétrault, Ottawa, pour les intimés (défendeurs).

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

[1] LES JUGES LÉTOURNEAU ET ROBERTSON, J.C.A.: Les dossiers A-52-98, A-872-97 et A-873-97 se rapportent à trois appels interjetés contre des décisions rendues par deux juges différents de la Section de première instance [[1996] 3 C.F. 134; [1998] 2 C.F. 351]. Ils se rapportent aux tentatives que l'appellant a faites pour obtenir, en vertu de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. (1985), ch. P-21 (la Loi) la communication de renseignements personnels détenus par la Gendarmerie Royale du Canada (la GRC), le ministère des Affaires extérieures (le MAE) et le Service canadien du renseignement de sécurité (le SCRS).

[2] Les trois appels ont été entendus ensemble. Ils visent fondamentalement à l'examen de l'exercice du pouvoir discrétionnaire que possédait le juge de la Section de première instance ainsi qu'à l'examen de l'interprétation de la portée des exceptions, y compris la charge de la preuve y afférente, sur lesquelles se fondaient les trois organismes fédéraux ici en cause pour refuser la communication de renseignements à l'appellant; ils visent également à l'obtention d'une décision relative à la constitutionnalité de certaines dispositions de l'article 51 de la Loi. À cet égard, l'appellant soutient que la procédure prévue par cette disposition viole l'alinéa 2b) (la liberté de la presse), l'article 7 (le droit à la sécurité de sa personne) et l'article 8 (le droit à la protection contre les fouilles, perquisitions ou saisies abusives) de la *Charte canadienne des droits et libertés*¹ (la Charte).

[3] We will deal first with the merits of each appeal in files A-872-97 and A-873-97 [[1998] 2 F.C. 351 (T.D.)] and then with the constitutional issue in file A-52-98 [[1996] 3 F.C. 134 (T.D.)].

Facts

[4] The appellant was refused access to personal information banks maintained by CSIS, DEA and the RCMP. He first requested access to bank CMP/P-PU-005 (bank 005) concerning operational case records maintained by the RCMP.

[5] In a second request, he sought access to bank DEA/P-PU-040 (bank 040) maintained by the DEA as the Department of Foreign Affairs and International Trade was then known.

[6] Finally, a third request, which was refused by the Solicitor General for Canada, was for access to personal information bank SIS/P-PU-010 (bank 010) maintained by CSIS.

[7] The three banks to which the appellant sought access were established pursuant to section 10 of the Act and were listed and described, in accord with section 11, in the *Personal Information Index, 1988* published by the government.

The request refused by the RCMP in file A-872-97

[8] All of the documents identified in response to the appellant's original request are said to have been maintained in an investigative file opened as a result of a request to the RCMP from the Department of Employment and Immigration that there be an investigation of a possible breach of the *Official Secrets Act*, R.S.C., 1985, c. O-5. The investigation into leaks of the Immigration Manual to the *Globe and Mail* newspaper was undertaken; no charges were ever laid.

[9] On 22 March 1988, the appellant applied to the RCMP for access to "all information about [himself] in Toronto and Ottawa" in personal information bank

[3] Nous examinerons d'abord le bien-fondé de chaque appel dans les dossiers A-872-97 et A-873-97 [[1998] 2 C.F. 351 (1^{re} inst.)], puis la question constitutionnelle qui se pose dans le dossier A-52-98 [[1996] 3 C.F. 134 (1^{re} inst.)].

Les faits

[4] L'appellant s'est vu refuser l'accès à des fichiers de renseignements personnels tenus par le SCRS, le MAE et la GRC. Il a d'abord demandé l'accès au fichier CMP/P-PU-005 (le fichier 005), concernant les dossiers opérationnels tenus par la GRC.

[5] Dans une deuxième demande, l'appellant a sollicité l'accès au fichier DEA/P-PU-040 (le fichier 040) tenu par le MAE, comme le ministère des Affaires étrangères et du Commerce international s'appelait alors.

[6] Enfin, une troisième demande, qui a été rejetée par le solliciteur général du Canada, visait à l'obtention de l'accès au fichier de renseignements personnels SIS/P-PU-010 (le fichier 010) tenu par le SCRS.

[7] Les trois fichiers auxquels l'appellant a sollicité l'accès ont été établis conformément à l'article 10 de la Loi et ont été désignés et décrits, conformément à l'article 11, dans le *Répertoire de renseignements personnels, 1988* publié par le gouvernement.

La demande rejetée par la GRC dans le dossier A-872-97

[8] Tous les documents identifiés en réponse à la demande initiale de l'appellant auraient été conservés dans un dossier d'enquête ouvert par suite d'une demande adressée à la GRC par le ministère de l'Emploi et de l'Immigration, qui demandait qu'une enquête soit menée au sujet d'une violation possible de la *Loi sur les secrets officiels*, L.R.C. (1985), ch. O-5. L'enquête résultait de la divulgation du Guide de l'immigration au *Globe and Mail*, mais aucune accusation n'a été portée.

[9] Le 22 mars 1988, l'appellant a demandé à la GRC la communication de [TRADUCTION] «tous les renseignements à [s]on sujet conservés à Toronto et à

005 and was refused access a few months later. He was informed that no records were located in Ottawa and that the records located in Toronto were exempt from disclosure under subparagraph 22(1)(a)(ii) and section 27 of the Act. Both of those provisions grant discretion to refuse to disclose personal information where it either has been obtained by an investigative body in the course of a lawful investigation (subparagraph 22(1)(a)(ii)), or is subject to solicitor-client privilege (section 27).

[10] By letter of 18 October 1988 the appellant made a formal complaint to the Privacy Commissioner about the refusal by the RCMP. The Commissioner upheld the RCMP's refusal on 31 January 1990. The appellant sought review of the refusal in accordance with section 41 of the Act.

[11] After the application before the Trial Division was filed, the RCMP acknowledged in 1992 that, as a result of a change in policy since the appellant's original request, certain information might be released to him. The RCMP undertook a review of the information earlier identified and, out of a total of 42 documents in its possession, it released six documents to the appellant, with some information severed or excised from the pages released.

[12] An index of all documents earlier identified in response to the appellant's request was produced. It mentions one document, composed of four pages, said to contain personal information about the appellant which the RCMP refused to release, maintaining its claim to an exemption for that document under subparagraph 22(1)(a)(ii) and section 27. This document was described in the index as follows (Appeal Book, page 123):²

Letter, dated Mar. 29, 1978 from Department of Justice to Officer in Charge, Criminal Operations, "O" Division regarding advice re. possible investigations.

This is the only RCMP document still in issue before the Trial Division and before us.

Ottawa» dans le fichier 005; l'accès lui a été refusé quelques mois plus tard. On a informé l'appelant qu'il n'y avait aucun document à Ottawa et que les documents qui étaient à Toronto étaient inconsultables en vertu du sous-alinéa 22(1)a)(ii) et de l'article 27 de la Loi. Ces deux dispositions confèrent le pouvoir discrétionnaire de refuser la communication de renseignements personnels, et ce, qu'ils aient été obtenus par un organisme d'enquête au cours d'une enquête licite (sous-alinéa 22(1)a)(ii) ou qu'ils soient protégés par le secret professionnel qui lie un avocat à son client (article 27).

[10] Par une lettre datée du 18 octobre 1988, l'appelant a officiellement déposé une plainte devant le Commissaire à la protection de la vie privée au sujet du refus de la GRC. Le 31 janvier 1990, le Commissaire a confirmé le refus. L'appelant a exercé un recours en révision de la décision de refus conformément à l'article 41 de la Loi.

[11] Après qu'une demande eut été présentée à la Section de première instance, la GRC a reconnu, en 1992, que par suite d'un changement de politique postérieur à la demande initiale de l'appelant, certains renseignements pouvaient désormais être communiqués à celui-ci. La GRC a entrepris un examen des renseignements qui avaient été identifiés et, sur 42 documents en sa possession, elle a communiqué six documents à l'appelant, en retranchant certains renseignements des pages communiquées.

[12] Un répertoire de tous les documents qui avaient été identifiés en réponse à la demande de l'appelant a été produit. Il y est fait mention d'un document, composé de quatre pages, qui renfermerait des renseignements personnels concernant l'appelant, que la GRC a refusé de communiquer en se fondant sur les exceptions prévues au sous-alinéa 22(1)a)(ii) et à l'article 27. Ce document était décrit comme suit dans le répertoire (dossier d'appel, page 123)²:

[TRADUCTION] Lettre en date du 29 mars 1978 du ministère de la Justice au chef de la Police criminelle, division O, concernant l'opportunité de mener certaines enquêtes.

C'est le seul document de la GRC qui était encore en litige devant la Section de première instance et qui l'est également devant nous.

The request refused by DEA in file A-872-97

[13] With respect to the appellant's request to have access to bank 040, maintained by the DEA, a letter dated 8 July 1988 stated that, pursuant to section 16 of the Act, the DEA would neither confirm nor deny the existence of the information requested, but, if it did exist, the information would reasonably be considered exempt from disclosure under paragraphs 22(1)(a) and (b) of the Act. Indeed, it was the policy of the DEA never to disclose information in bank 040.

[14] The departmental affiant for the DEA explained the rationale for never disclosing to applicants whether or not the Department had personal information in bank 040 on them. The DEA sought to forestall attempts by applicants systematically making requests and trying to discern from the pattern of answers the kind of information the DEA possessed. (See Appeal Book, pages 34-35.)

[15] The appellant's subsequent complaint to the Privacy Commissioner led to an investigation by the Commissioner. The Commissioner concluded that the DEA position was a reasonable application of the Act, in that either to confirm or deny the existence of information may be injurious to the conduct of lawful investigations.

[16] The RCMP and the DEA filed supplementary secret affidavits subject to a confidentiality order of the Court. The RCMP provided the requested documents containing personal information about the appellant while the DEA advised whether or not personal information concerning the appellant exists in the information bank in question and, if so, why that information is exempt from disclosure under paragraphs 22(1)(a) and (b) of the Act. Upon order of the Court, the affidavit evidence would be available for examination by the Trial Division judge assigned to the case on an *ex parte* basis and *in camera*.

La demande rejetée par le MAE dans le dossier A-872-97

[13] En ce qui concerne la demande que l'appellant a présentée en vue d'avoir accès au fichier 040 tenu par le MAE, une lettre datée du 8 juillet 1998 informait ce dernier que, conformément à l'article 16 de la Loi, le MAE ne confirmerait pas ou ne nierait pas l'existence des renseignements demandés, mais que si ces renseignements existaient, ils pouvaient avec raison être considérés comme inconsultables en vertu des alinéas 22(1)a) et b) de la Loi. De fait, le MAE avait comme politique de ne jamais communiquer les renseignements qui étaient dans le fichier 040.

[14] L'auteur de l'affidavit du MAE a expliqué la raison pour laquelle on n'indiquait jamais aux demandeurs s'il y avait des renseignements personnels à leur sujet dans le fichier 040. Le MAE cherchait à empêcher les tentatives de la part de personnes qui faisaient systématiquement des demandes et qui essayaient, à l'aide des réponses fournies, de découvrir le genre de renseignements que le MAE possédait. (Voir le dossier d'appel, pages 34 et 35.)

[15] La plainte subséquente que l'appellant a déposée devant le Commissaire à la protection de la vie privée a donné lieu à une enquête de la part du Commissaire, qui a conclu que la position du MAE constituait une application raisonnable de la Loi, en ce sens que confirmer ou nier l'existence de renseignements peut nuire au déroulement d'enquêtes licites.

[16] La GRC et le MAE ont déposé des affidavits supplémentaires secrets assujettis à une ordonnance de confidentialité rendue par la Cour. La GRC a fourni les documents demandés qui renfermaient des renseignements personnels sur l'appellant alors que le MAE a indiqué s'il existait des renseignements personnels sur l'appellant dans le fichier en question et, dans l'affirmative, pourquoi les renseignements en question étaient inconsultables en vertu des alinéas 22(1)a) et b) de la Loi. Sur ordonnance de la Cour, la preuve par affidavit serait mise à la disposition du juge de la Section de première instance chargé de l'affaire pour examen en l'absence d'une partie et à huis clos.

The request refused by CSIS in file A-873-97

[17] By letter of March 22, 1988 the appellant requested access to the information maintained by CSIS in bank 010. The information contained in that bank was described as pertaining to sensitive and current operations involving individuals whose activities may, on reasonable grounds, be suspected of being detrimental to the interests of Canada (e.g., espionage or sabotage).

[18] In response to the request by the appellant, CSIS refused to confirm or to deny the existence of the information requested. It added that, if the information did exist, it would be exempt from disclosure pursuant to sections 19, 21, 22 and 26 of the Act.

[19] CSIS did ultimately provide some information, but not all that the Commissioner considered should be released, from a second information bank, SIS/P-PU-015 (bank 015), containing older information generally of a similar nature to that in bank 010. Bank 015 was not originally specified by the appellant.

[20] The appellant filed a complaint with the Privacy Commissioner in regard to the response of CSIS. The Commissioner concluded that the appellant's complaint was not well-founded with respect to bank 010. The refusal of CSIS to confirm or deny existence of personal information within bank 010 was within the requirements of subsection 16(2) of the Act.

[21] As a result of further investigation by the Commissioner, as well as changes in disclosure policy by CSIS, additional personal information in bank 015 was released to the appellant. The balance of documents in bank 015 relating to the appellant were said by CSIS to be withheld from disclosure as exempt by virtue of the same sections of the Act as those invoked with respect to bank 010. The Commissioner upheld CSIS's refusal to disclose, except in relation to

La demande rejetée par le SCRS dans le dossier A-873-97

[17] Par une lettre en date du 22 mars 1988, l'appellant a demandé la communication des renseignements versés dans le fichier 010 du SCRS. Ce fichier renferme des renseignements délicats et courants d'ordre opérationnel relatifs à des individus que l'on peut soupçonner, pour des motifs raisonnables, de se livrer à des activités préjudiciables aux intérêts du Canada (à savoir, des activités d'espionnage ou de sabotage).

[18] En réponse à la demande de l'appellant, le SCRS a refusé de confirmer ou de nier l'existence des renseignements demandés. Il a ajouté que, si ces renseignements existaient, ils ne pourraient être divulgués aux termes des articles 19, 21, 22 et 26 de la Loi.

[19] Le SCRS a finalement fourni certains renseignements, mais pas tous les renseignements qui, de l'avis du Commissaire, devaient être communiqués, les documents fournis se trouvant dans un deuxième fichier, le fichier SIS/P-PU-015 (le fichier 015), renfermant des renseignements plus anciens qui étaient en général du même genre que ceux qui se trouvaient dans le fichier 010. Initialement, l'appellant n'avait pas mentionné le fichier 015.

[20] L'appellant a déposé une plainte devant le Commissaire à la protection de la vie privée au sujet de la réponse donnée par le SCRS. Le Commissaire a conclu qu'en ce qui concerne le fichier 010, la plainte n'était pas fondée. Le refus du SCRS de confirmer ou de nier l'existence de renseignements personnels dans le fichier 010 respectait les exigences du paragraphe 16(2) de la Loi.

[21] À la suite d'une autre enquête menée par le Commissaire ainsi que d'un changement de politique du SCRS en matière de communication, des renseignements personnels additionnels versés dans le fichier 015 ont été communiqués à l'appellant. Le SCRS a affirmé que les autres documents concernant l'appellant qui se trouvaient dans le fichier 015 n'avaient pas été communiqués parce qu'ils étaient inconsultables en vertu des mêmes dispositions de la Loi que celles qui

two documents that were eventually released.

[22] The appellant unsuccessfully challenged before the Federal Court, by way of review pursuant to section 41 of the Act, the authorities' decisions denying him access to banks 010 and 015 held by CSIS, to bank 005 in the hands of the RCMP and to bank 040 maintained by the DEA.

The legislative framework

[23] For a better understanding of the arguments made by the parties to the proceedings and of the decision of the Judge of the Trial Division [[1998] 2 F.C. 351] (Judge), it is necessary to reproduce the relevant provisions of the Act which are the source of the present litigation:

8. (1) Personal information under the control of a government institution shall not, without the consent of the individual to whom it relates, be disclosed by the institution except in accordance with this section.

(2) Subject to any other Act of Parliament, personal information under the control of a government institution may be disclosed

...

(m) for any purpose where, in the opinion of the head of the institution,

(i) the public interest in disclosure clearly outweighs any invasion of privacy that could result from the disclosure, or

(ii) disclosure would clearly benefit the individual to whom the information relates.

...

ACCESS TO PERSONAL INFORMATION

Right of Access

12. (1) Subject to this Act, every individual who is a Canadian citizen or a permanent resident within the meaning of the *Immigration Act* has a right to and shall, on request, be given access to

(a) any personal information about the individual contained in a personal information bank; and

étaient invoquées à l'égard du fichier 010. Le Commissaire a confirmé le refus du SCRS de communiquer les renseignements en question, à l'exception de deux documents qui ont en fin de compte été communiqués.

[22] L'appelant a contesté en vain devant la Cour fédérale, au moyen d'une demande de révision fondée sur l'article 41 de la Loi, les décisions que les organismes avaient prises de lui refuser l'accès aux fichiers 010 et 015 du SCRS, au fichier 005 de la GRC et au fichier 040 du MAE.

Le contexte législatif

[23] Pour mieux comprendre les arguments des parties à l'instance ainsi que la décision du juge de la Section de première instance [[1998] 2 C.F. 351] (le juge), il faut reproduire les dispositions pertinentes de la Loi qui sont à l'origine du présent litige:

8. (1) Les renseignements personnels qui relèvent d'une institution fédérale ne peuvent être communiqués, à défaut du consentement de l'individu qu'ils concernent, que conformément au présent article.

(2) Sous réserve d'autres lois fédérales, la communication des renseignements personnels qui relèvent d'une institution fédérale est autorisée dans les cas suivants:

[. . .]

m) communication à toute autre fin dans les cas où, de l'avis du responsable de l'institution:

(i) des raisons d'intérêt public justifieraient nettement une éventuelle violation de la vie privée,

(ii) l'individu concerné en tirerait un avantage certain.

[. . .]

ACCÈS AUX RENSEIGNEMENTS PERSONNELS

Droits d'accès

12. (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, tout citoyen canadien et tout résident permanent, au sens de la *Loi sur l'immigration*, a le droit de se faire communiquer sur demande:

a) les renseignements personnels le concernant et versés dans un fichier de renseignements personnels;

(b) any other personal information about the individual under the control of a government institution with respect to which the individual is able to provide sufficiently specific information on the location of the information as to render it reasonably retrievable by the government institution.

...

16. (1) Where the head of a government institution refuses to give access to any personal information requested under subsection 12(1), the head of the institution shall state in the notice given under paragraph 14(a)

(a) that the personal information does not exist, or

(b) the specific provision of this Act on which the refusal was based or the provision on which a refusal could reasonably be expected to be based if the information existed,

and shall state in the notice that the individual who made the request has a right to make a complaint to the Privacy Commissioner about the refusal.

(2) The head of a government institution may but is not required to indicate under subsection (1) whether personal information exists.

...

EXEMPTIONS

Exempt Banks

18. (1) The Governor in Council may, by order, designate as exempt banks certain personal information banks that contain files all of which consist predominantly of personal information described in section 21 or 22.

(2) The head of a government institution may refuse to disclose any personal information requested under subsection 12(1) that is contained in a personal information bank designated as an exempt bank under subsection (1).

(3) An order made under subsection (1) shall specify

(a) the section on the basis of which the order is made; and

(b) where a personal information bank is designated that contains files that consist predominantly of personal information described in subparagraph 22(1)(a)(ii), the law concerned.

...

19. (1) Subject to subsection (2), the head of a government institution shall refuse to disclose any personal information requested under subsection 12(1) that was obtained in confidence from

b) les autres renseignements personnels le concernant et relevant d'une institution fédérale, dans la mesure où il peut fournir sur leur localisation des indications suffisamment précises pour que l'institution fédérale puisse les retrouver sans problèmes sérieux.

[. . .]

16. (1) En cas de refus de communication de renseignements personnels demandés en vertu du paragraphe 12(1), l'avis prévu à l'alinéa 14a) doit mentionner, d'une part, le droit de la personne qui a fait la demande de déposer une plainte auprès du Commissaire à la protection de la vie privée et, d'autre part:

a) soit le fait que le dossier n'existe pas;

b) soit la disposition précise de la présente loi sur laquelle se fonde le refus ou sur laquelle il pourrait vraisemblablement se fonder si les renseignements existaient.

(2) Le paragraphe (1) n'oblige pas le responsable de l'institution fédérale à faire état de l'existence des renseignements personnels demandés.

[. . .]

EXCEPTIONS

Fichiers inconsultables

18. (1) Le gouverneur en conseil peut, par décret, classer parmi les fichiers de renseignements personnels inconsultables, dénommés fichiers inconsultables dans la présente loi, ceux qui sont formés de dossiers dans chacun desquels dominant les renseignements visés aux articles 21 ou 22.

(2) Le responsable d'une institution fédérale peut refuser la communication des renseignements personnels demandés en vertu du paragraphe 12(1) qui sont versés dans des fichiers inconsultables.

(3) Tout décret pris en vertu du paragraphe (1) doit porter:

a) une mention de l'article sur lequel il se fonde;

b) de plus, dans le cas d'un fichier de renseignements personnels formé de dossiers dans chacun desquels dominant des renseignements visés au sous-alinéa 22(1)a)(ii), la mention de la loi dont il s'agit.

[. . .]

19. (1) Sous réserve du paragraphe (2), le responsable d'une institution fédérale est tenu de refuser la communication des renseignements personnels demandés en vertu du paragraphe 12(1) qui ont été obtenus à titre confidentiel:

(a) the government of a foreign state or an institution thereof;

(b) an international organization of states or an institution thereof;

(c) the government of a province or an institution thereof; or

(d) a municipal or regional government established by or pursuant to an Act of the legislature of a province or an institution of such a government.

(2) The head of a government institution may disclose any personal information requested under subsection 12(1) that was obtained from any government, organization or institution described in subsection (1) if the government, organization or institution from which the information was obtained

(a) consents to the disclosure; or

(b) makes the information public.

. . .

22. (1) The head of a government institution may refuse to disclose any personal information requested under subsection 12(1)

(a) that was obtained or prepared by any government institution, or part of any government institution, that is an investigative body specified in the regulations in the course of lawful investigations pertaining to

(i) the detection, prevention or suppression of crime,

(ii) the enforcement of any law of Canada or a province, or

(iii) activities suspected of constituting threats to the security of Canada within the meaning of the *Canadian Security Intelligence Service Act*,

if the information came into existence less than twenty years prior to the request;

(b) the disclosure of which could reasonably be expected to be injurious to the enforcement of any law of Canada or a province or the conduct of lawful investigations, including, without restricting the generality of the foregoing, any such information

(i) relating to the existence or nature of a particular investigation,

(ii) that would reveal the identity of a confidential source of information, or

(iii) that was obtained or prepared in the course of an investigation; or

a) des gouvernements des États étrangers ou de leurs organismes;

b) des organisations internationales d'États ou de leurs organismes;

c) des gouvernements provinciaux ou de leurs organismes;

d) des administrations municipales ou régionales constituées en vertu de lois provinciales ou de leurs organismes.

(2) Le responsable d'une institution fédérale peut donner communication des renseignements personnels visés au paragraphe (1) si le gouvernement, l'organisation, l'administration ou l'organisme qui les a fournis:

a) consent à la communication;

b) rend les renseignements publics.

[. . .]

22. (1) Le responsable d'une institution fédérale peut refuser la communication des renseignements personnels demandés en vertu du paragraphe 12(1):

a) soit qui remontent à moins de vingt ans lors de la demande et qui ont été obtenus ou préparés par une institution fédérale, ou par une subdivision d'une institution, qui constitue un organisme d'enquête déterminé par règlement, au cours d'enquêtes licites ayant trait:

(i) à la détection, la prévention et la répression du crime,

(ii) aux activités destinées à faire respecter les lois fédérales ou provinciales,

(iii) aux activités soupçonnées de constituer des menaces envers la sécurité du Canada au sens de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*;

b) soit dont la divulgation risquerait vraisemblablement de nuire aux activités destinées à faire respecter les lois fédérales ou provinciales ou au déroulement d'enquêtes licites, notamment:

(i) des renseignements relatifs à l'existence ou à la nature d'une enquête déterminée,

(ii) des renseignements qui permettraient de remonter à une source de renseignements confidentielle,

(iii) des renseignements obtenus ou préparés au cours d'une enquête;

. . .

(3) For the purposes of paragraph (1)(b), “investigation” means an investigation that

- (a) pertains to the administration or enforcement of an Act of Parliament;
- (b) is authorized by or pursuant to an Act of Parliament; or
- (c) is within a class of investigations specified in the regulations.

. . .

26. The head of a government institution may refuse to disclose any personal information requested under subsection 12(1) about an individual other than the individual who made the request, and shall refuse to disclose such information where the disclosure is prohibited under section 8.

27. The head of a government institution may refuse to disclose any personal information requested under subsection 12(1) that is subject to solicitor-client privilege.

. . .

REVIEW BY THE FEDERAL COURT

41. Any individual who has been refused access to personal information requested under subsection 12(1) may, if a complaint has been made to the Privacy Commissioner in respect of the refusal, apply to the Court for a review of the matter within forty-five days after the time the results of an investigation of the complaint by the Privacy Commissioner are reported to the complainant under subsection 35(2) or within such further time as the Court may, either before or after the expiration of those forty-five days, fix or allow.

. . .

46. (1) In any proceedings before the Court arising from an application under section 41, 42 or 43, the Court shall take every reasonable precaution, including, when appropriate, receiving representations *ex parte* and conducting hearings *in camera*, to avoid the disclosure by the Court or any person of

- (a) any information or other material that the head of a government institution would be authorized to refuse to disclose if it were requested under subsection 12(1) or contained in a record requested under the *Access to Information Act*; or
- (b) any information as to whether personal information exists where the head of a government institution, in refusing to disclose the personal information under this Act, does not indicate whether it exists.

[. . .]

(3) Pour l’application de l’alinéa (1)b), «enquête» s’entend de celle qui:

- a) se rapporte à l’application d’une loi fédérale;
- b) est autorisée sous le régime d’une loi fédérale;
- c) fait partie d’une catégorie d’enquêtes précisée dans les règlements.

[. . .]

26. Le responsable d’une institution fédérale peut refuser la communication des renseignements personnels demandés en vertu du paragraphe 12(1) qui portent sur un autre individu que celui qui fait la demande et il est tenu de refuser cette communication dans les cas où elle est interdite en vertu de l’article 8.

27. Le responsable d’une institution fédérale peut refuser la communication des renseignements personnels demandés en vertu du paragraphe 12(1) qui sont protégés par le secret professionnel qui lie un avocat à son client.

[. . .]

RÉVISION PAR LA COUR FÉDÉRALE

41. L’individu qui s’est vu refuser communication de renseignements personnels demandés en vertu du paragraphe 12(1) et qui a déposé ou fait déposer une plainte à ce sujet devant le Commissaire à la protection de la vie privée peut, dans un délai de quarante-cinq jours suivant le compte rendu du Commissaire prévu au paragraphe 35(2), exercer un recours en révision de la décision de refus devant la Cour. La Cour peut, avant ou après l’expiration du délai, le proroger ou en autoriser la prorogation.

[. . .]

46. (1) À l’occasion des procédures relatives aux recours prévus aux articles 41, 42 ou 43, la Cour prend toutes les précautions possibles, notamment, si c’est indiqué, par la tenue d’audiences à huis clos et l’audition d’arguments en l’absence d’une partie, pour éviter que ne soient divulgués de par son propre fait ou celui de quiconque:

- a) des renseignements qui justifient un refus de communication de renseignements personnels demandés en vertu du paragraphe 12(1) ou de renseignements contenus dans un document demandé sous le régime de la *Loi sur l’accès à l’information*;
- b) des renseignements faisant état de l’existence de renseignements personnels que le responsable d’une institution fédérale a refusé de communiquer sans indiquer s’ils existaient ou non.

(2) The Court may disclose to the appropriate authority information relating to the commission of an offence against any law of Canada or a province on the part of any officer or employee of a government institution, if in the opinion of the Court there is evidence thereof.

47. In any proceedings before the Court arising from an application under section 41, 42 or 43, the burden of establishing that the head of a government institution is authorized to refuse to disclose personal information requested under subsection 12(1) or that a file should be included in a personal information bank designated as an exempt bank under section 18 shall be on the government institution concerned.

48. Where the head of a government institution refuses to disclose personal information requested under subsection 12(1) on the basis of a provision of this Act not referred to in section 49, the Court shall, if it determines that the head of the institution is not authorized under this Act to refuse to disclose the personal information, order the head of the institution to disclose the personal information, subject to such conditions as the Court deems appropriate, to the individual who requested access thereto, or shall make such other order as the Court deems appropriate.

49. Where the head of a government institution refuses to disclose personal information requested under subsection 12(1) on the basis of section 20 or 21 or paragraph 22(1)(b) or (c) or 24(a), the Court shall, if it determines that the head of the institution did not have reasonable grounds on which to refuse to disclose the personal information, order the head of the institution to disclose the personal information, subject to such conditions as the Court deems appropriate, to the individual who requested access thereto, or shall make such other order as the Court deems appropriate.

[24] Before addressing the specific exemptions invoked by the authorities, we propose to dispose of a preliminary issue raised by the appellant in relation to each and every exemption, namely the burden of proof in such matters.

The burden of proving that the exemptions were properly claimed and applied

[25] Under section 47 of the Act, the burden is on the head of a government institution to establish that it is authorized to refuse to disclose the personal information requested. The appellant complains in the context of discretionary exemptions, that the Judge put the onus on him to show that the discretion was improperly exercised and, therefore that the exemp-

(2) Dans les cas où, à son avis, il existe des éléments de preuve touchant la perpétration d'infractions aux lois fédérales ou provinciales par un cadre ou employé d'une institution fédérale, la Cour peut faire part à l'autorité compétente des renseignements qu'elle détient à cet égard.

47. Dans les procédures découlant des recours prévus aux articles 41, 42 ou 43, la charge d'établir le bien-fondé du refus de communication de renseignements personnels ou le bien-fondé du versement de certains dossiers dans un fichier inconsultable classé comme tel en vertu de l'article 18 incombe à l'institution fédérale concernée.

48. La Cour, dans les cas où elle conclut au bon droit de l'individu qui a exercé un recours en révision d'une décision de refus de communication de renseignements personnels fondée sur des dispositions de la présente loi autres que celles mentionnées à l'article 49, ordonne, aux conditions qu'elle juge indiquées, au responsable de l'institution fédérale dont relèvent les renseignements d'en donner communication à l'individu; la Cour rend une autre ordonnance si elle l'estime indiqué.

49. Dans les cas où le refus de communication des renseignements personnels s'appuyait sur les articles 20 ou 21 ou sur les alinéas 22(1)(b) ou c) ou 24a), la Cour, si elle conclut que le refus n'était pas fondé sur des motifs raisonnables, ordonne, aux conditions qu'elle juge indiquées, au responsable de l'institution fédérale dont relèvent les renseignements d'en donner communication à l'individu qui avait fait la demande; la Cour rend une autre ordonnance si elle l'estime indiqué.

[24] Avant d'examiner les exceptions précises invoquées par les autorités, nous nous proposons de régler une question préliminaire soulevée par l'appellant au sujet de chaque exception, soit la question de savoir qui a la charge de la preuve dans un cas comme celui-ci.

La charge de la preuve relative aux exceptions qui ont été alléguées et appliquées

[25] En vertu de l'article 47 de la Loi, la charge d'établir le bien-fondé du refus de communication de renseignements personnels incombe au responsable de l'institution fédérale. L'appellant se plaint, dans le contexte des exceptions discrétionnaires, que le juge a renversé la charge en lui imposant l'obligation de démontrer que le pouvoir discrétionnaire a été exercé

tions were not properly applied. He relied upon the following passage at pages 370-371 of the Judge's decision to support his views:

... unless a ground for questioning the exercise of discretion is raised by the applicant, this Court, in examination of documents to review decisions to withhold information, relies upon the public officer, the head of the institution or his delegate, in meeting the public duty to exercise discretion properly. Of course, if the exercise of discretion appears on its face to be perverse the Court may find reason itself to question to exercise of discretion. Absent that or a ground raised by the applicant, the Court assumes the exercise of discretion is proper. To do otherwise, by placing on the respondents an initial burden to demonstrate that proper exercise in every case would result in an unmanageable process and would be inappropriate in this, as in any other, form of judicial review.

[26] There is no doubt that the appellant finds himself in an invidious, if not impossible, position if an evidentiary burden is put on him to question whether the head of the institution properly exercised its discretion in refusing to grant access to the personal information bank as requested. This is so for he has no knowledge whatsoever of the information contained in the bank which may relate to him, its nature, the circumstances and manner in which it was obtained, the time, place, or the sources from which it may have been gathered. The plight of the appellant is compounded when the institution flatly refuses to ever confirm or deny the existence of information concerning an applicant.

[27] Indeed, the appellant claims, and we agree, that he found himself in a situation analogous to a person seeking access to a sealed packet pursuant to a wiretap authorization prior to the decision of the Supreme Court of Canada in *R. v. Garofoli*.³ In order to obtain access, the accused had to establish fraud or non-disclosure of relevant information by the person who applied for the wiretap authorization. As Martin J.A. of the Ontario Court of Appeal stated in *R. v. Finlay and Grellette*.⁴

d'une façon irrégulière et que, par conséquent, les exceptions ont été appliquées d'une façon irrégulière. Il s'est fondé à l'appui sur le passage suivant figurant aux pages 370 et 371 de la décision du juge:

[...] à moins que le requérant ne soulève un motif suffisant pour remettre en question l'exercice du pouvoir discrétionnaire, la Cour, dans son examen des documents dont on a refusé la communication, tient pour acquis que le responsable de l'institution fédérale ou son délégué ont respecté l'obligation publique qui leur incombe, c'est-à-dire qu'ils ont exercé régulièrement leur pouvoir discrétionnaire. Bien entendu, si à première vue ce pouvoir discrétionnaire semble avoir été exercé abusivement, la Cour peut elle-même le remettre en question. Dans le cas contraire ou si le requérant ne fait valoir aucun motif à cet égard, la Cour présume que le pouvoir discrétionnaire a été exercé à bon droit. Agir autrement, en imposant aux intimés la charge initiale de démontrer dans chaque cas qu'ils ont exercé régulièrement leur pouvoir discrétionnaire, entraînerait des procédures impossibles à gérer et constituerait, en l'espèce comme en d'autres affaires, une forme de contrôle judiciaire abusive.

[26] Il est certain que l'appelant se trouve dans une situation peu enviable, sinon impossible, s'il lui incombe de contester que le responsable de l'institution a exercé d'une façon régulière son pouvoir discrétionnaire en refusant la communication des renseignements personnels demandés, et ce, parce qu'il ne sait absolument pas quels renseignements le fichier contient à son sujet, parce qu'il ne connaît pas la nature de pareils renseignements, parce qu'il ne sait pas dans quelles circonstances et de quelle façon les renseignements ont été obtenus, ou à quel moment et à quel endroit ils peuvent avoir été recueillis et parce qu'il ne connaît pas la source de ces renseignements. Sa tâche est d'autant plus ardue si l'institution refuse carrément de confirmer ou de nier l'existence de renseignements le concernant.

[27] De fait, l'appelant allègue qu'il s'est trouvé dans une situation analogue à celle de la personne qui demandait l'accès à un paquet scellé en vertu d'une autorisation d'écoute électronique avant la décision rendue par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *R. c. Garofoli*³; nous souscrivons à son avis. Pour avoir accès au paquet, l'accusé devait prouver la fraude ou la non-divulgence de renseignements pertinents de la part de la personne qui avait demandé l'autorisation d'écoute électronique. Comme le juge

Counsel for the appellants stated that in consequence of the restriction placed on an accused's access to the sealed packet, the accused finds himself in an impossible situation. To ascertain whether there has been fraud or non-disclosure he requires access to the sealed packet, but he cannot gain access to the sealed packet unless he proves fraud or non-disclosure.

[28] Here, in the present instance, to ascertain whether there has been an improper exercise of discretion by the head of the government institution, the appellant requires access to the personal information and the court record, but he cannot gain access to that information and record unless he advances grounds for questioning the authorities' exercise of discretion.

[29] We are mindful of the fact that the Supreme Court drew a distinction in the case of *Michaud v. Quebec (Attorney General)*⁵ between an accused and an interested non-accused party seeking access to a sealed packet in wiretap proceedings. In that case, Lamer C.J., writing for the majority, held that a non-accused person, unlike an accused whose constitutional right to a full answer and defence is in issue, has the burden of showing a good cause in order to gain access, that is to say that the person "must demonstrate more than a mere suspicion of police wrongdoing; he or she will normally be compelled to produce some evidence which suggests that the authorization was procured through fraud or wilful non-disclosure by the police".

[30] One would be tempted to find comfort in this decision, especially in view of the parallel drawn by the appellant, and conclude that, in the present instance, the learned Judge was right in presumptively assuming a valid exercise of discretion by the authorities and in putting on the appellant an evidentiary burden of advancing valid grounds for questioning such exercise. However, the situation is different in matters of access to confidential information since section 47 of the Act puts on the head of a government institution the burden of proving an exemption.

Martin, de la Cour d'appel de l'Ontario, l'a dit dans l'arrêt *R. v. Finlay and Grellette*⁴:

[TRADUCTION] L'avocat des appelants a affirmé que, par suite de la restriction imposée au droit d'accès de l'accusé au contenu du paquet scellé, l'accusé se trouve dans une situation impossible. Pour établir s'il y a eu fraude ou non-divulgaration, il doit avoir accès au contenu du paquet scellé, mais il ne peut y avoir accès à moins de prouver la fraude ou la non-divulgaration.

[28] En l'espèce pour déterminer si le responsable de l'institution fédérale a exercé son pouvoir discrétionnaire d'une façon irrégulière, l'appelant doit avoir accès aux renseignements personnels et au dossier de la Cour, mais il ne peut pas obtenir l'accès à ces renseignements et à ce dossier à moins d'avancer les motifs pour lesquels il conteste l'exercice dudit pouvoir discrétionnaire.

[29] Nous sommes conscients du fait que, dans l'arrêt *Michaud c. Québec (Procureur général)*⁵, la Cour suprême a fait une distinction entre le cas d'un accusé et celui d'une partie intéressée non accusée qui cherche à avoir accès à un paquet scellé dans une affaire d'écoute électronique. Dans cette affaire-là, le juge en chef Lamer, au nom de la majorité, a statué que, contrairement à l'accusé dont le droit constitutionnel à une défense pleine et entière est en cause, une personne non accusée doit démontrer l'existence d'un motif valable afin d'obtenir l'accès, c'est-à-dire qu'elle «doit démontrer qu'il existe plus qu'un simple soupçon que les policiers ont mal agi; elle sera habituellement tenue de produire certains éléments de preuve semblant indiquer que l'autorisation a été obtenue par fraude ou en raison d'une non-divulgaration volontaire par la police».

[30] L'on serait tenté de trouver cette décision rassurante, compte tenu en particulier du parallèle établi par l'appelant, et de conclure que dans ce cas-ci, le juge a eu raison de présumer que les autorités ont légitimement exercé leur pouvoir discrétionnaire et d'imposer à l'appelant la charge d'avancer des motifs valables pour remettre en question pareil exercice. Toutefois, la situation est différente dans des affaires de communication de renseignements confidentiels étant donné que l'article 47 de la Loi impose au responsable de l'institution fédérale la charge de

We shall come back to the scope of this burden later on. Suffice it to say for the time being that, in our view, it encompasses both the burden of proving that the conditions of the exemptions are met and that the discretion conferred on the head of a government institution was properly exercised. Moreover, there are, in our view, so many necessary and fundamental differences between the appellant's situation and that of an interested non-accused party in wiretap proceedings that it would be an error to rely, in the present instance, upon the approach taken by the Supreme Court in that case.

[31] First, in wiretap proceedings, confidentiality is the rule, accessibility the exception. The rule is the opposite under the Act: accessibility is the rule, confidentiality the exception. While section 187 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46 [as am. by S.C. 1993, c. 40, s. 7], states that all documents relating to an application shall be placed in a packet and shall not be opened except for some enumerated purposes, section 12 of the Act avers that every individual who is a Canadian citizen or a permanent resident has a right to and shall, on request, be given access to personal information except where a personal information bank is an exempt bank and where specific exemptions from disclosure are applicable.

[32] Second, the request to access the sealed packet in wiretap proceedings occurs only after an initial judicial screening. As a matter of fact, a judge has already concluded on the basis of the application and supporting affidavits that there are reasonable grounds to believe that a crime has been committed and that it is a proper case for the interception of a citizen's private communications. Moreover, the *Criminal Code* provides for additional safeguards. An authorization to invade a citizen's privacy can be sought only by the Attorney General, the Solicitor General or specially designated agents from specially designated judges.⁶ None of these safeguards exists under the Act and there is no prior screening of a government institution's decision to collect, retain and use personal information.

prouver l'existence d'une exception. Nous reviendrons ci-dessous sur la portée de cette obligation. Il suffit pour le moment de dire que, à notre avis, cela comprend tant la charge de prouver que les conditions applicables à l'exception sont remplies que la charge de prouver que le pouvoir discrétionnaire conféré au responsable de l'institution a été exercé d'une façon régulière. En outre, à notre avis, il y a un si grand nombre de différences fondamentales nécessaires entre la situation de l'appelant et celle d'une partie intéressée non accusée dans une affaire d'écoute électronique qu'il serait erroné de se fonder ici sur l'approche adoptée par la Cour suprême dans cette affaire-là.

[31] Premièrement, dans un cas d'écoute électronique, c'est la règle de la confidentialité qui s'applique, l'accessibilité étant l'exception. C'est l'opposé de la règle qui est énoncée dans la Loi, où l'accessibilité est la règle, et la confidentialité l'exception. L'article 187 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46 [mod. par L.C. 1993, ch. 40, art. 7], prévoit que tous les documents relatifs à une demande sont placés dans un paquet et qu'ils ne sont ouverts qu'à certaines fins énumérées, alors que l'article 12 de la Loi prévoit que tout citoyen canadien et tout résident permanent ont le droit de se faire communiquer sur demande des renseignements personnels sauf lorsqu'un fichier est inconsultable et lorsque des exceptions précises s'appliquent.

[32] Deuxièmement, la demande d'accès au paquet scellé, dans une affaire d'écoute électronique, est uniquement faite après un examen judiciaire initial. En fait, le juge a déjà conclu, en se fondant sur la demande et sur les affidavits présentés à l'appui, qu'il existe des motifs raisonnables de croire qu'un crime a été commis et qu'il convient d'intercepter les communications privées d'un citoyen. En outre, le *Code criminel* fournit une protection additionnelle. L'autorisation de porter atteinte à la vie privée d'un citoyen peut uniquement être demandée à des juges spécialement désignés à cette fin elle ne peut être demandée que par le procureur général, par le solliciteur général ou par des mandataires spécialement désignés⁶. Aucune de ces protections n'existe en vertu de la Loi et il n'y a pas d'examen préliminaire de la décision d'une institution fédérale de rassembler, de conserver et d'utiliser des renseignements personnels.

[33] Third, both the application for an authorization and the authorization itself are subject to stringent conditions relating to form and substance which, under judicial scrutiny, provide for protection against undue and unnecessary invasions of privacy.⁷ No such *a priori* control exists under the Act and it is the government institution which exercises its discretion with respect to the collection, use and disclosure of personal information. Hence the need, in our view, on a subsequent judicial review, to carefully scrutinize the institution's exercise of discretion.

[34] Fourth, a citizen who has been the target of a lawful interception of his private communications is notified of that fact by written notice within 90 days after the period for which the authorization was given or renewed unless that period of time was validly varied.⁸ Then, the citizen so informed can at least submit that he has reasonable grounds to believe that some of the stringent conditions applicable to the application for an authorization and to the authorization itself have not been met.

[35] This is what Mr. Michaud did in his case where he contended that he had reasonable grounds for believing that the application failed to disclose his status as a lawyer in violation of paragraph 185(1)(e) of the *Criminal Code*. He could also argue that the application was the result of internal improper administrative pressure or that he had reasonable grounds to believe that the authorization was not justified in the best interests of the administration of justice as required by paragraph 186(1)(e) [as am. by S.C. 1993, c. 40, s. 6] of the *Criminal Code*. In other words, he knew that his privacy had been invaded by means of an interception of his private communications. He knew what the information thus gathered was about and he could invoke the safeguards provided by the *Criminal Code* with a view to alleging a violation of those safeguards.

[36] This position is to be contrasted with that of the appellant in the present instance where he is not even being told, at least by CSIS and DEA, whether the

[33] Troisièmement, la demande d'autorisation et l'autorisation elle-même sont assujetties à des conditions rigoureuses quant à la forme et au fond, lesquelles, compte tenu de l'examen judiciaire, fournissent une protection contre une violation indue et inutile de la vie privée⁷. Aucun contrôle *a priori* de ce genre n'existe en vertu de la Loi; c'est l'institution fédérale qui exerce son pouvoir discrétionnaire à l'égard de la collecte, de l'utilisation et de la communication des renseignements personnels. D'où la nécessité, à notre avis, d'effectuer un contrôle judiciaire subséquent, d'examiner minutieusement l'exercice du pouvoir discrétionnaire en cause.

[34] Quatrièmement, le citoyen qui a fait l'objet d'une interception licite de ses communications privées est avisé par écrit de la chose dans les 90 jours qui suivent la période pour laquelle l'autorisation a été donnée ou renouvelée, à moins que cette période n'ait légitimement été modifiée⁸. Puis, le citoyen ainsi avisé peut du moins soutenir qu'il a des motifs raisonnables de croire que certaines des conditions rigoureuses qui s'appliquent à la demande d'autorisation et à l'autorisation elle-même ne sont pas remplies.

[35] C'est ce que M. Michaud avait fait; en effet, il avait soutenu qu'il avait des motifs raisonnables de croire que la demande ne révélait pas son statut d'avocat, en violation de l'alinéa 185(1)e) du *Code criminel*. M. Michaud pouvait également soutenir que la demande résultait de pressions administratives internes indues ou qu'il avait des motifs raisonnables de croire que les intérêts de la justice ne justifiaient pas l'octroi de l'autorisation comme l'exigeait l'alinéa 186(1)e) [mod. par L.C. 1993, ch. 40, art. 6] du *Code criminel*. En d'autres termes, M. Michaud savait qu'il y avait eu violation de sa vie privée au moyen d'une interception de ses communications privées. Il savait sur quoi portaient les renseignements ainsi rassemblés et il pouvait invoquer les garanties fournies par le *Code criminel* en vue d'alléguer que ces garanties n'avaient pas été respectées.

[36] Par contre, dans ce cas-ci, on n'a même pas dit à l'appelant, ou du moins le SCRS et le MAE n'ont pas dit à l'appelant, si les fichiers auxquels l'accès

banks to which access is sought contain personal information about him or not. Even if a person is informed that a bank does contain personal information about him or her, how can that person, who does not know what the information is, meet an evidential burden of questioning the exercise of discretion by the government authority who refuses access to it?

[37] The situation of the appellant or of a person in his position is further aggravated by the fact that the *a posteriori* judicial review before the Federal Court pursuant to section 41 of the Act, whose purpose is to review the discretion exercised by the authorities, may take the form of an *in camera* and *ex parte* hearing at which secret affidavit evidence can be filed by the head of the government institution. An applicant like the appellant does not and cannot know if that new evidence offered in support of a claim that the institution's discretion was properly exercised contains irrelevant considerations or fails to disclose relevant considerations which could have affected the exercise of discretion by the authorities.

[38] In our view, in these peculiar circumstances—where accessibility to personal information is the rule and confidentiality the exception, where an applicant has no knowledge of the personal information withheld, no access to the record before the court and no adequate means of verifying how the discretion to refuse disclosure was exercised by the authorities, and where section 47 of the Act clearly puts on the head of a government institution the burden of establishing that it was authorized to refuse to disclose the personal information requested and, therefore, that it properly exercised its discretion in respect of a specific exemption it invoked—an applicant cannot be made to assume an evidential burden of proof. As this Court said in *Rubin v. Canada (Canada Mortgage and Housing Corp.)*⁹ in relation to closely related legislation, the *Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1, which contains a provision similar, if not identi-

était demandé contenaient des renseignements personnels le concernant. Même si une personne est mise au courant du fait qu'un fichier contient de fait des renseignements personnels la concernant, comment peut-elle, puisqu'elle ne sait pas quels renseignements sont en cause, satisfaire à la charge de la preuve si elle veut contester l'exercice du pouvoir discrétionnaire de l'autorité fédérale qui refuse de communiquer les renseignements?

[37] La situation de l'appelant ou d'une personne qui se trouve dans la même situation que l'appelant est d'autant plus grave que le contrôle judiciaire *a posteriori* exercé par la Cour fédérale conformément à l'article 41 de la Loi, qui vise à permettre d'examiner le pouvoir discrétionnaire exercé par les autorités, peut prendre la forme d'une audience *ex parte* à huis clos au cours de laquelle une preuve par affidavit secrète peut être présentée par le responsable de l'institution fédérale. Un demandeur comme l'appelant ne sait pas et ne peut pas savoir si les nouveaux éléments de preuve qui sont fournis à l'appui de l'allégation selon laquelle l'institution en cause a exercé son pouvoir discrétionnaire d'une façon régulière se rapportent à des considérations non pertinentes ou si l'institution omet de divulguer des considérations pertinentes qui auraient pu influencer sur l'exercice du pouvoir discrétionnaire en question.

[38] À notre avis, eu égard aux circonstances de l'espèce—où l'accessibilité à des renseignements personnels est la règle et la confidentialité l'exception, où le demandeur ne sait pas quels renseignements personnels ne sont pas communiqués, où le demandeur n'a pas accès au dossier dont dispose la Cour et où il n'a pas de moyens adéquats lui permettant de vérifier la façon dont le pouvoir discrétionnaire de refuser la communication a été exercé par les autorités, et où l'article 47 de la Loi impose clairement au responsable de l'institution fédérale la charge d'établir le bien-fondé du refus de communication de renseignements personnels et, par conséquent, d'établir qu'elle a exercé d'une façon régulière son pouvoir discrétionnaire à l'égard d'une exception précise invoquée—on ne saurait imposer la charge de la preuve au demandeur. Comme cette Cour l'a dit dans l'arrêt *Rubin c. Canada (Société canadienne d'hypothèque et de*

cal,¹⁰ to section 47 of the Act:

This section places the onus of proving an exemption squarely upon the government institution which claims that exemption.

The general rule is disclosure, the exception is exemption and the onus of proving the entitlement to the benefit of the exception rests upon those who claim it.

[39] It is the Court's function on an application for review under section 41 of the Act to ensure that the discretion given to the administrative authorities "has been exercised within proper limits and on proper principles."¹¹ This is why the reviewing Court is given access to the material in issue by section 45 of the Act. In our view, an applicant who, pursuant to section 41 of the Act, applies for judicial review of an institution's refusal to disclose the personal information requested, by definition, questions the validity of the exercise of discretion by that institution and nothing more is required from him or her. In such circumstances, this is the best an applicant can do. This is the most an applicant should be held to.

[40] We now propose to examine the appellant's requests to have access to the various banks and the specific exemptions invoked by the authorities.

The specific exemptions claimed by the RCMP with respect to bank 005

[41] As previously mentioned, only one document remains in issue in bank 005. The RCMP alleged that the information was exempt from disclosure under subparagraph 22(1)(a)(ii) and section 27 of the Act. Subparagraph 22(1)(a)(ii) is what is generally referred to as a law enforcement exemption whereby information obtained by an investigative body in the course of lawful investigations pertaining to the enforcement of any law of Canada or a province may be exempt from disclosure. Whatever may have been the merit of the respondent's claim in this respect, the issue has now become moot. Paragraph 22(1)(a)(ii) only permits the head of government institution to refuse to disclose

logement)⁹, au sujet d'une loi connexe, la *Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), ch. A-1, qui renferme une disposition similaire sinon identique¹⁰ à l'article 47 de la Loi:

En vertu de cet article, le fardeau de la preuve d'une exemption incombe à l'institution fédérale qui y prétend.

La communication est la règle générale et l'exemption, l'exception, et c'est à ceux qui réclament l'exemption de prouver leur droit à cet égard.

[39] Il incombe à la Cour, dans un recours en révision fondé sur l'article 41 de la Loi, de s'assurer que le pouvoir discrétionnaire conféré aux autorités administratives «a été exercé dans les limites appropriées et selon les principes appropriés»¹¹. C'est pourquoi la Cour qui exerce le contrôle a accès aux documents en question en vertu de l'article 45 de la Loi. À notre avis, le demandeur qui, conformément à l'article 41 de la Loi, exerce un recours en révision du refus de communication des renseignements personnels, remet par définition en question le bien-fondé de l'exercice du pouvoir discrétionnaire en question; il n'a pas à en faire plus. Dans ces conditions, le demandeur ne peut pas faire mieux et on ne peut lui demander d'en faire plus.

[40] Nous nous proposons maintenant d'examiner les demandes que l'appelant a faites en vue d'avoir accès aux divers fichiers et les exceptions précises invoquées par les autorités.

Les exceptions précises revendiquées par la GRC à l'égard du fichier 005

[41] Comme il en a déjà été fait mention, un seul document est encore en cause en ce qui concerne le fichier 005. La GRC a allégué que les renseignements étaient visés par les exceptions prévues au sous-alinéa 22(1)(a)(ii) et à l'article 27 de la Loi. Le sous-alinéa 22(1)(a)(ii) est ce qu'on appelle généralement une exception relative à l'application de la loi, en vertu de laquelle les renseignements obtenus par un organisme d'enquête au cours d'enquêtes licites ayant trait aux activités destinées à faire respecter les lois fédérales ou provinciales peuvent faire l'objet d'une exception. Quel qu'ait pu être le bien-fondé de l'allé- gation du défendeur à ce sujet, la question n'a plus

any personal information requested under subsection 12(1) where information came into existence less than 20 years prior to the request. In the case at bar, 20 years or more have thus elapsed. Subparagraph 22(1)(a)(ii) is, therefore, no longer a valid ground for refusal to disclose.

[42] However, the respondent claims that the information is also protected by solicitor-client privilege and, accordingly, remains exempt from disclosure pursuant to section 27 of the Act.

[43] The appellant submits that the Judge erred in failing to put the onus of proof on the RCMP to show that it exercised, under section 27 of the Act, its discretion to decide whether to disclose the information. As the argument goes, it is not sufficient that the government classifies the information within the class of solicitor-client privileged documents, the RCMP must still exercise its discretion whether to disclose the document containing it because section 27 is merely discretionary.

[44] The learned Judge was satisfied that the refusal to disclose the document was based on section 27 of the Act and that the RCMP had exercised its discretion not to disclose. He also found that the information contained in the document was properly classified within section 27. We have reviewed the document in question and the context in which the refusal to disclose took place. We are satisfied that the learned Judge made no error in concluding as he did.

The specific exemptions claimed by the DEA with respect to bank 040

1. Exemption pursuant to subsection 16(2) of the Act

[45] The appellant challenged the DEA's policy of never disclosing whether personal information exists

qu'un intérêt théorique. L'alinéa 22(1)a) autorise uniquement le responsable d'une institution fédérale à refuser la communication des renseignements personnels demandés en vertu du paragraphe 12(1) qui remontent à moins de 20 ans lors de la demande. Or, en l'espèce, les renseignements remontent à au moins 20 ans. Le sous-alinéa 22(1)a)(ii) ne constitue donc plus un motif valable de refus de communication.

[42] Toutefois, le défendeur allègue que les renseignements sont également protégés par le secret professionnel qui lie un avocat à son client et qu'ils n'ont donc pas à être communiqués conformément à l'article 27 de la Loi.

[43] L'appelant soutient que le juge a commis une erreur en omettant d'imposer à la GRC la charge de démontrer qu'en vertu de l'article 27 de la Loi, elle a exercé son pouvoir discrétionnaire en vue de déterminer si les renseignements devaient être communiqués. Selon l'argument invoqué, il ne suffit pas que le gouvernement classe les renseignements dans la catégorie des documents protégés par le secret professionnel; la GRC doit en outre exercer son pouvoir discrétionnaire en vue de déterminer si le document contenant les renseignements en question sera communiqué puisque l'article 27 est simplement de nature discrétionnaire.

[44] Le juge était convaincu que le refus de communiquer le document était fondé sur l'article 27 de la Loi et que la GRC avait exercé son pouvoir discrétionnaire de ne pas le communiquer. Il a également conclu que les renseignements figurant dans le document avaient légitimement été classés comme étant visés par l'article 27. Nous avons examiné le document en question et le contexte dans lequel le refus de communication a eu lieu. Nous sommes convaincus que le juge n'a pas commis d'erreur en arrivant à la conclusion qu'il a tirée.

Les exceptions précises revendiquées par le MAE à l'égard du fichier 040

1. L'exception prévue au paragraphe 16(2) de la Loi

[45] L'appelant a contesté la politique du MAE de ne jamais faire état de l'existence de renseignements

concerning an applicant in bank 040. He submits that this general policy is a refusal to exercise discretion on a case-by-case basis and hence is a clear violation of subsection 16(2) of the Act. To put it differently, this policy of systematically refusing to confirm or deny the existence of personal information constitutes a fettering by the DEA of its discretion.

[46] Furthermore, the appellant contends that this policy of blanket refusal has the effect of *de facto* transforming bank 040 into an exempt bank without following the strict procedure established by section 18 for the creation of an exempt bank.

[47] The reviewing Judge was of the view that the discretion vested under subsection 16(2) could be exercised either on a case-by-case basis or systematically as a matter of policy.

[48] Before addressing the appellant's submissions, we believe it is worth recalling that bank 040 maintained by the DEA contains copies of requests received from authorized federal investigative bodies for personal information pursuant to paragraph 8(2)(e) of the Act.¹² These requests emanating from bodies like CSIS, the RCMP, the Department of National Revenue, the Canadian Forces Military Police, relate to investigations that are currently being conducted by the requesting agencies. The information in bank 040 is kept for a limited period of two years after completion of any request received by the DEA. At the end of the said period, the information is destroyed. In the present instance, the information was safeguarded because of the pending judicial proceedings.

[49] We agree with the respondent that the mere fact of revealing to an applicant that the bank contains information on him would reveal to that applicant that he is the subject of an investigation and, therefore, could jeopardize the conduct of sensitive on-going investigations. In addition, if the power conferred by subsection 16(2) to indicate whether personal information exists were to be exercised on a case-by-case basis, at times resulting in confirmation and at others

personnels concernant le demandeur dans le fichier 040. Il soutient que cette politique générale constitue un refus d'exercer le pouvoir discrétionnaire en cause sur une base individuelle et que cela viole donc clairement le paragraphe 16(2) de la Loi. Autrement dit, cette politique de refuser systématiquement de confirmer ou de nier l'existence de renseignements personnels constitue une atteinte, de la part du MAE, à son pouvoir discrétionnaire.

[46] En outre, l'appelant soutient que cette politique de refus général a pour effet de transformer en fait le fichier 040 en un fichier inconsultable sans que la politique stricte établie à l'article 18 en vue de la création d'un fichier inconsultable soit suivie.

[47] Le juge qui a procédé à l'examen était d'avis que le pouvoir discrétionnaire conféré par le paragraphe 16(2) pouvait être exercé sur une base individuelle ou d'une façon systématique en tant que politique.

[48] Avant d'examiner les arguments de l'appelant, nous croyons qu'il importe de se rappeler que le fichier 040 tenu par le MAE renferme des copies de demandes de communication de renseignements personnels reçues d'organismes d'enquête fédéraux autorisés conformément à l'alinéa 8(2)e) de la Loi¹². Ces demandes émanant d'organismes comme le SCRS, la GRC, le ministère du Revenu national, la Police militaire des Forces canadiennes, se rapportent à des enquêtes que les organismes demandeurs sont en train d'effectuer. Les renseignements qui se trouvent dans le fichier 040 sont conservés pour une période de deux ans après le traitement de toute demande reçue par le MAE, après quoi, ils sont détruits. En l'espèce, les renseignements sont protégés à cause des procédures judiciaires en cours.

[49] Nous sommes d'accord avec le défendeur pour dire que révéler au demandeur que le fichier contient des renseignements le concernant, ce serait lui révéler qu'il fait l'objet d'une enquête, ce qui pourrait compromettre le déroulement d'enquêtes en cours de nature délicate. De plus, si le pouvoir de faire état de l'existence de renseignements personnels conféré au paragraphe 16(2) était exercé sur une base individuelle, de sorte que l'on confirmerait parfois et que l'on

in denial of the existence of information, it is not difficult to imagine that an individual or a group of individuals, in view of the nature of the bank itself, would be in a position to successfully extrapolate about the field, scope, length and intensity of active or related investigations.¹³

[50] Section 16, and particularly subsection 16(2), is cast in unusual and unnecessarily confusing terms. Although we have already reproduced it at the outset of these reasons, it would not hurt to reiterate its contents:

16. (1) Where the head of a government institution refuses to give access to any personal information requested under subsection 12(1), the head of the institution shall state in the notice given under paragraph 14(a)

(a) that the personal information does not exist, or

(b) the specific provision of this Act on which the refusal was based or the provision on which a refusal could reasonably be expected to be based if the information existed,

and shall state in the notice that the individual who made the request has a right to make a complaint to the Privacy Commissioner about the refusal.

(2) The head of a government institution may but is not required to indicate under subsection (1) whether personal information exists.

[51] The argument of the appellant that the use of the word “may” in subsection 16(2) calls for the exercise of discretion is not surprising. Indeed, it is a habitual and almost automatic reaction to infer a discretion from the inclusion of the word “may”. However, for a number of reasons, we do not believe that subsection 16(2) is the kind of provision that contemplates either an exercise of discretion or a duty to exercise discretion on a case-by-case basis.

[52] Section 16 deals with the notice to be given to an applicant when access to the requested material is denied. The head of a government institution is then imposed with one of three duties by subsection 16(1),

nierait parfois l’existence de renseignements, il ne serait pas difficile d’imaginer que, compte tenu de la nature du fichier lui-même, un individu ou un groupe d’individus parviendraient à déterminer le champ, la portée, la longueur et l’envergure d’enquêtes en cours ou d’enquêtes connexes¹³.

[50] L’article 16, en particulier le paragraphe 16(2), est libellé en des termes inhabituels qui prêtent inutilement à confusion. Nous avons déjà cité cette disposition au début des présents motifs, mais il est bon de la reproduire de nouveau:

16. (1) En cas de refus de communication de renseignements personnels demandés en vertu du paragraphe 12(1), l’avis prévu à l’alinéa 14a) doit mentionner, d’une part, le droit de la personne qui a fait la demande de déposer une plainte auprès du Commissaire à la protection de la vie privée et, d’autre part:

a) soit le fait que le dossier n’existe pas;

b) soit la disposition précise de la présente loi sur laquelle se fonde le refus ou sur laquelle il pourrait vraisemblablement se fonder si les renseignements existaient.

(2) Le paragraphe (1) n’oblige pas le responsable de l’institution fédérale à faire état de l’existence des renseignements personnels demandés.

[51] Il n’y a rien de surprenant à l’argument de l’appelant selon lequel l’emploi du mot «*may*», dans la version anglaise du paragraphe 16(2), entraîne l’exercice d’un pouvoir discrétionnaire. De fait, inférer l’existence d’un pouvoir discrétionnaire en se fondant sur l’inclusion du mot «*may*» est une réaction habituelle presque automatique. Toutefois, pour un certain nombre de raisons, nous ne croyons pas que le paragraphe 16(2) soit le genre de disposition qui prévoit soit l’exercice d’un pouvoir discrétionnaire, soit une obligation d’exercer un pouvoir discrétionnaire sur une base individuelle.

[52] L’article 16 se rapporte à l’avis à donner au demandeur en cas de refus de la communication des renseignements demandés. Le paragraphe 16(1) impose donc au responsable de l’institution fédérale

but is given a choice among these three duties. Indeed, the institution head “shall” either:

- (i) state that the information does not exist;
- (ii) state that the information exists but is exempt by virtue of one or more specific provisions in the Act; or
- (iii) state that if the information existed, it would be exempt under one or more specific provisions in the Act.

The first of these options, (i), is found in paragraph 16(1)(a), while the final two options, (ii) and (iii), are provided for in paragraph 16(1)(b), where they are joined together by an “or”. The final option thus stands alone as one viable alternative open to the institution head.

[53] Examined more closely, the alternative granted in option (iii) already logically entails the authority to refuse to indicate whether or not requested information exists. The institution head must under both option (i) and option (ii) indicate whether or not information exists. Option (iii), in contrast, confers upon the institution head a power that is *sui generis* under the Act: neither an outright refusal of existing information nor disclosure. What the institution head is given is the power to speak hypothetically (“if we had information on you, it would be exempt under”). Option (iii) in paragraph 16(1)(b) itself gives the power to refuse to confirm existence of requested records. Subsection 16(2) is, in fact, no more than a confirmation of what was already logically implicit in paragraph 16(1)(b). To put it another way, subsection 16(2) does not add anything that was not already inherent in subsection 16(1): the government may indicate that information exists—by using options (i) or (ii)—or it may refuse to confirm whether information exists—by using option (iii). In our view, subsection 16(2) merely clarifies what is already expressed in subsection 16(1) and the use of the word “may” in subsection 16(2) merely reiterates that the option exists in subsection 16(1).

l’une de trois obligations, celui-ci pouvant choisir celle dont il s’acquittera. De fait, le responsable de l’institution «est tenu»:

- (i) de mentionner que le dossier n’existe pas;
- (ii) de dire que le dossier existe, mais qu’il est visé par une exception prévue par la Loi, cette exception devant être mentionnée;
- (iii) de dire que si les renseignements existaient, ils seraient visés par une exception, la disposition précise de la Loi devant être mentionnée.

La première solution (i) est énoncée à l’alinéa 16(1)a), alors que les deux autres, (ii) et (iii), sont énoncées à l’alinéa 16(1)b), où elles sont jointes par le mot «ou». La dernière solution est donc une solution de rechange indépendante dont le responsable de l’institution peut se prévaloir.

[53] Un examen plus approfondi montre que la solution prévue en (iii) comporte déjà logiquement le refus de l’autorité de faire état de l’existence des renseignements demandés. Le responsable de l’institution doit, selon les solutions (i) et (ii), faire état de l’existence des renseignements. Par contre, la solution (iii) confère au responsable de l’institution un pouvoir *sui generis* en vertu de la Loi: il ne s’agit ni d’un refus catégorique de communiquer des renseignements existants ni de la communication de pareils renseignements. Le responsable de l’institution a le pouvoir de répondre à la demande d’une façon hypothétique («si nous avons des renseignements vous concernant, ils seraient visés par l’exception prévue à»). La solution (iii) figurant à l’alinéa 16(1)b) confère le pouvoir de refuser de confirmer l’existence des renseignements demandés. Le paragraphe 16(2) est en fait une simple confirmation de ce que laissait déjà logiquement entendre l’alinéa 16(1)b). Autrement dit, le paragraphe 16(2) n’ajoute rien qui n’ait pas déjà fait intrinsèquement partie du paragraphe 16(1): le gouvernement peut faire état de l’existence des renseignements—en ayant recours aux solutions (i) ou (ii)—ou il peut refuser de confirmer que les renseignements existent—en ayant recours à la solution (iii). À notre avis, le paragraphe 16(2) précise simplement ce qui est déjà expressément prévu au paragraphe 16(1) et l’emploi

[54] It is true that the word “may” is often a signal that a margin of discretion is given to an administrative or judicial decision maker. The normal interpretation of this word occurring in a statutory provision is that there is an element of discretion.¹⁴ In many circumstances, the use of the “may” certainly has this effect. However, the word should not be treated like a ritualistic talisman. As Driedger has pointed out, statutory “[w]ords, when read *by themselves* in the abstract can hardly be said to have meanings”.¹⁵

[55] When read in context, “may” can sometimes have functions other than to confer discretion. It is well known that in some cases, “may” can be read as “must”, thereby rebutting the presumptive rule that “may” is permissive stated in section 11 of the *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21. That, however, is not all. Thorson J.A.¹⁶ drew attention to the fact that the word “may” can sometimes be no more than a signal from the legislator that an official or tribunal is being empowered to do something:

In some contexts, of course, the word “may” is neither necessarily permissive nor necessarily imperative, but rather merely empowering. Its function is to empower some person or authority to do something which, otherwise, that person or authority would be without any power to do.

This construction of the word “may” has been reaffirmed in recent cases by the Saskatchewan and Ontario Courts of Appeal.¹⁷

[56] Two reasons indicate that we are, in the present instance, faced with one of those contexts where the word “may” is merely being used to denote an ability or power and not a discretion.

[57] First, the words “may but is not required” are used in a context where access to personal information

du mot «*may*» dans la version anglaise du paragraphe 16(2) réitère simplement la solution prévue au paragraphe 16(1).

[54] Il est vrai que le mot «*may*» indique souvent qu’une certaine latitude est laissée à un décideur administratif ou judiciaire. Selon l’interprétation normale donnée à ce mot dans une disposition législative, il existe une certaine latitude¹⁴. Dans bien des cas, l’emploi du mot «*may*» a certes cet effet. Toutefois, ce mot ne devrait pas être considéré comme un talisman ritualiste. Comme Driedger l’a signalé, [TRADUCTION] «[i] est difficile de dire que les mots [d’une loi], lorsqu’ils sont interprétés *isolément* dans l’abstrait, ont un sens»¹⁵.

[55] Lorsqu’il est interprété dans son contexte, le mot «*may*» peut parfois avoir des fonctions autres que celle de conférer un pouvoir discrétionnaire. Il est reconnu que dans certains cas, le mot «*may*» (peut) peut être interprété comme signifiant «*must*» (doit), à l’encontre de la présomption selon laquelle le mot «*may*» comporte la notion d’octroi de pouvoirs, de droits, d’autorisations ou de facultés énoncée à l’article 11 de la *Loi d’interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21. Toutefois, ce n’est pas tout. Le juge d’appel Thorson¹⁶ a signalé le fait que le mot «*may*» peut parfois n’être qu’une indication de la part du législateur qu’un fonctionnaire ou un tribunal est autorisé à faire quelque chose:

[TRADUCTION] Dans certains contextes, bien sûr, le mot «*may*» n’exprime pas nécessairement une faculté ou une obligation, mais il confère plutôt un pouvoir. Sa fonction est de conférer à une personne ou à une autorité le pouvoir de faire quelque chose que celle-ci n’aurait autrement pas le pouvoir de faire.

Cette interprétation du mot «*may*» a été confirmée dans des décisions récentes des cours d’appel de la Saskatchewan et de l’Ontario¹⁷.

[56] Deux raisons montrent qu’en l’espèce, nous avons affaire à l’un des contextes dans lesquels le mot «*may*» est simplement employé en vue d’indiquer la capacité ou le pouvoir de faire quelque chose plutôt que l’existence d’un pouvoir discrétionnaire.

[57] Premièrement, les mots «*may but is not required*» figurant dans la version anglaise sont

is the rule, denial of access is an exception which needs to be stated. These words show Parliament's intent to confer upon a government institution the power to refuse an applicant access to the very fact of the existence of personal information which otherwise it would be compelled to disclose if the enabling power were absent.

[58] Second, the French version of subsection 16(2) makes Parliament's intent even clearer as the word "may" has been dropped. It simply states that the head of a government institution is not required to indicate whether personal information exists. It makes it clear that the institution, notwithstanding the general obligation to disclose, is empowered not to indicate the existence of personal information. As the institution is under no obligation or duty to reveal the fact of the existence of personal information, it has the right or power not to reveal that fact.

[59] Rather than inviting the institution head to conduct a discretionary assessment in each case, the word "may" in subsection 16(2) confirms that the institution head is empowered to refuse access by exercising the option in paragraph 16(1)(b) of refusing to confirm existence of information. The confirmation that there is an authority to refuse to confirm existence of records need not imply the conferral of discretion.

[60] Moreover, even if we were to assume that the appellant is right in his contention that subsection 16(2) confers a discretion upon the head of a government institution, nothing in the wording or legislative purpose of that subsection requires that the discretion so given always or necessarily be exercised on a case-by-case basis.

[61] The universe of duties imposed on officials is not merely divided into two simple categories: discretionary and compulsory. L'Heureux-Dubé J. observed that it is inaccurate to speak of a rigid dichotomy of

employés dans un contexte où la communication de renseignements personnels est la règle, le refus de communication étant une exception qui doit être expressément mentionnée. Ces mots indiquent l'intention du législateur de conférer à une institution fédérale le pouvoir de refuser à un demandeur la possibilité de savoir s'il existe des renseignements personnels qu'elle serait par ailleurs obligée de communiquer en l'absence du pouvoir habilitant.

[58] Deuxièmement, la version française du paragraphe 16(2) indique encore plus clairement l'intention du législateur puisque l'équivalent du mot «*may*» n'y figure pas. La version française prévoit simplement que le responsable de l'institution fédérale n'est pas tenu de faire état de l'existence de renseignements personnels. Elle montre clairement que malgré son obligation générale de communication, l'institution est autorisée à ne pas faire état de l'existence de renseignements personnels. Étant donné que l'institution n'est pas tenue de faire état de l'existence de renseignements personnels, elle a le droit ou le pouvoir de ne pas divulguer ce fait.

[59] Au lieu d'inviter le responsable de l'institution à effectuer une appréciation discrétionnaire dans chaque cas, le mot «*may*» figurant au paragraphe 16(2) confirme que le responsable de l'institution est autorisé à refuser la communication en se prévalant du choix qui lui est donné à l'alinéa 16(1)*b*) de refuser de confirmer l'existence de renseignements. La confirmation qu'il existe un pouvoir de refuser de confirmer l'existence de renseignements n'entraîne pas implicitement l'octroi d'un pouvoir discrétionnaire.

[60] En outre, même si nous devons supposer que l'appelant a raison de soutenir que le paragraphe 16(2) confère un pouvoir discrétionnaire au responsable de l'institution fédérale, rien dans le libellé ou dans l'objectif législatif de cette disposition n'exige que le pouvoir discrétionnaire ainsi conféré soit toujours ou nécessairement exercé sur une base individuelle.

[61] L'univers des obligations imposées aux fonctionnaires ne se divise pas simplement en deux catégories: ce qui est discrétionnaire et ce qui est obligatoire. M^{me} le juge L'Heureux-Dubé a fait remarquer qu'il est

“discretionary” or “non-discretionary” decisions.¹⁸ It is more accurate to recognize that not all grants of discretion are created equal. L’Heureux-Dubé J. went on to cite the following passage, from D. J. M. Brown & J. M. Evans, in *Judicial Review of Administrative Action in Canada*:¹⁹

The degree of discretion in a grant of power can range from one where the decision-maker is constrained only by the purposes and objects of the legislation, to one where it is so specific that there is almost no discretion involved. In between, of course, there may be any number of limitations placed on the decision-maker’s freedom of choice, sometimes referred to as “structured” discretion.

[62] In some cases, at the far less “structured” end of the spectrum, discretion will be relatively unfettered by directives from the legislator as to the occasion and manner for exercising the conferred discretion. This may be so, for instance, when the word “may” appears unaccompanied by language like “in appropriate circumstances”, or “upon showing just cause”. It will then be mainly the objects of the enabling legislation that will guide the exercise of discretion.

[63] The question of whether an institution head, to whom the power to confirm existence of requested records is granted, is bound to use it upon each and every occasion must be solved “elsewhere” than from the mere presence of the word “may”. What one must look to is the “purpose and text of the statute and the facts of the particular case”. In *R. v. S.(S.)*,²⁰ Dickson C.J., writing for a unanimous Court and interpreting the word “may” in subsection 4(1) of the *Young Offenders Act* [S.C. 1980-81-82-83, c. 110], quoted with approval this dictum of Lord Selborne in *Julius v. Bishop of Oxford*:²¹

I agree . . . that the meaning of such words is the same, whether there is or is not a duty or obligation to use the power which they confer. They are potential, and never (in themselves) significant of any obligation. The question whether a Judge or a public officer, to whom a power is given by such words, is bound to use it upon any particular

inexact de parler d’une dichotomie stricte entre les décisions «discrétionnaires» et les décisions «non discrétionnaires»¹⁸. Il est plus exact de reconnaître que les pouvoirs discrétionnaires ne sont pas toujours conférés d’une façon égale. Le juge L’Heureux-Dubé a ensuite cité le passage suivant, de D. J. M. Brown & J. M. Evans, dans *Judicial Review of Administrative Action in Canada* ¹⁹:

[TRADUCTION] Le degré de discrétion dans l’attribution d’un pouvoir peut aller d’un pouvoir dans lequel le décideur est contraint seulement par les objectifs de la loi, à un pouvoir si défini que n’intervient pratiquement pas de discrétion. Entre les deux, évidemment, il existe plusieurs limites à la liberté de choix du décideur, parfois appelé une discrétion «structurée».

[62] Dans certains cas, à l’extrémité du spectre où est situé le pouvoir moins «structuré», les directives du législateur relatives aux circonstances dans lesquelles le pouvoir discrétionnaire conféré doit être exercé ou à la façon dont il doit l’être influenceront relativement peu sur ce pouvoir. Il peut en être ainsi lorsque le mot «*may*» figure isolément, sans être accompagné d’expressions telles que «dans des circonstances appropriées», ou «si des motifs légitimes sont établis». En pareil cas, l’exercice du pouvoir discrétionnaire sera principalement fondé sur l’objet de la législation habilitante.

[63] On ne saurait, en se fondant sur la seule présence du mot «*may*» déterminer si le responsable d’une institution, à qui le pouvoir de confirmer l’existence des renseignements demandés est conféré, est tenu d’exercer ce pouvoir dans tous les cas. Il faut examiner [TRADUCTION] «le but et le texte de la loi ainsi que les faits de l’affaire». Dans l’arrêt *R. c. S.(S.)*²⁰, le juge en chef Dickson, au nom de la Cour, a interprété le mot «*may*» figurant au paragraphe 4(1) de la *Loi sur les jeunes contrevenants* [S.C. 1980-81-82-83, ch. 110] et a cité en l’approuvant la remarque incidente que lord Selborne avait faite dans la décision *Julius v. Bishop of Oxford*²¹:

[TRADUCTION] [. . .] j’estime que le sens de tels mots est identique, qu’il existe ou non un devoir ou une obligation d’exercer le pouvoir qu’ils confèrent. Ils traduisent une virtualité et n’emportent jamais (par eux-mêmes) une obligation. Quant à savoir si un juge ou un fonctionnaire public investi d’un pouvoir par de tels mots est tenu

occasion, or in any particular manner, must be solved aliunde [from elsewhere, otherwise], and, in general, it is to be solved from the context, from the particular provisions, or from the general scope and objects, of the enactment conferring the power. [Emphasis added.]

[64] Although the House of Lords was interpreting the phrase “it shall be lawful” which it found to be permissive, Dickson C.J. found the dictum of assistance in interpreting the word “may”.

[65] The factual context we are dealing with in the present instance is that of requests for personal information concerning lawful investigations. Given the nature of the bank in question, the mere revealing of the existence or non-existence of information is in itself an act of disclosure: a disclosure that the requesting party is or is not the subject of an investigation.

[66] In these factual circumstances, the particular nature and purpose of the Act and subsection 16(2) indicate that it was a reasonable exercise of discretion to adopt a general policy of never confirming the existence of information in the bank in question. Elsewhere in the Act, the government has been given a wide scope for protecting secrecy of law enforcement related banks where secrecy is deemed appropriate. By providing the option under subsection 16(2) of refusing to confirm or deny the existence of personal information, Parliament offered one more such mechanism, allowing government institutions the possibility of maintaining not just the content but also the existence of records confidential. In the cat-and-mouse games that spies and criminals play with law enforcement agencies, for the agency to feel bound to reveal information in certain circumstances could create opportunities for educated guesses as to the contents of information banks based on a pattern of responses. To adopt a generalized policy of always refusing to confirm the existence of personal information eliminates this threat.

d’exercer ce pouvoir dans une situation ou d’une manière déterminées, c’est une question à trancher autrement et, en général, par référence notamment au contexte, aux dispositions particulières ou à la portée générale et aux objets de la loi attributive de ce pouvoir. [Je souligne.]

[64] La Chambre des lords interprétait les mots [TRADUCTION] «il est licite» qui, à son avis, exprimaient une faculté, mais le juge en chef Dickson a jugé cette remarque incidente pertinente.

[65] Le contexte factuel qui existe en l’espèce est le suivant: une demande de renseignements personnels concernant des enquêtes licites a été faite. Étant donné la nature du fichier en question, la simple divulgation de l’existence ou de l’inexistence des renseignements est en soi une communication: à savoir si le demandeur fait l’objet d’une enquête.

[66] Dans ces circonstances, la nature et le but particuliers de la Loi et du paragraphe 16(2) montrent que l’adoption d’une politique générale selon laquelle on ne confirme jamais l’existence de renseignements dans le fichier en question constitue un exercice raisonnable d’un pouvoir discrétionnaire. Ailleurs dans la Loi, le gouvernement s’est vu conférer des pouvoirs étendus visant à protéger le caractère secret des fichiers ayant trait aux activités destinées à faire respecter les lois lorsque la chose est jugée opportune. En offrant le choix énoncé au paragraphe 16(2), à savoir refuser de confirmer ou de nier l’existence de renseignements personnels, le législateur a prévu un mécanisme additionnel, en donnant aux institutions fédérales la possibilité d’assurer la confidentialité des documents non seulement quant à leur contenu, mais aussi quant à leur existence. Étant donné que les espions et les criminels jouent au chat et à la souris avec les organismes d’application de la loi, si l’organisme en cause estimait être tenu de divulguer des renseignements dans certaines circonstances, cela permettrait de faire des conjectures raisonnées au sujet du contenu des fichiers de renseignements en se fondant sur le genre de réponses données. Cette menace est éliminée par l’adoption de la politique générale voulant que l’on refuse toujours de confirmer l’existence de renseignements personnels.

[67] Given the particular context and legislative intent we are dealing with here, it seems appropriate that discretion not be exercised on a case-by-case basis in relation to the bank in question. While generally administrative decision makers should not fetter their discretion by adopting a general rule of always responding the same way to certain requests, this is one of those rare instances where the adoption of a general policy is itself a judicious exercise of discretion.

[68] Nor do we agree with the appellant's contention that the general policy in this case is a fettering of discretion. This is not a case where an authority fails to exercise discretion by categorically refusing to consider a certain kind of request and chooses instead always to "throw it into the waste paper basket without looking at it".²² The guarantee that the institution head must do something more comes from the important supervisory role assigned to the Privacy Commissioner and the Federal Court. If information exists, the institution head of the DEA who wishes to follow the general policy of non-confirmation of existence of personal information will still have to find which exemptions would be applicable or risk being overturned by the Court.

[69] In this regard, we believe that the Act strikes the right balance between the government institution's duty to disclose and its power to refuse disclosure, including disclosure of the very existence of personal information. On the one hand, through the power conferred upon the authority by subsection 16(2), it ensures the integrity, efficiency and workability of the exemptions. On the other hand, it grants a citizen administrative and judicial review mechanisms whereby the validity and the legality of an institution's claim to exemptions is assessed.

[70] As a matter of fact, sections 29-36 [ss. 29 (as am. by S.C. 1992, c. 21, s. 37), 34 (as am. by R.S.C.,

[67] Étant donné le contexte particulier et l'intention du législateur tels qu'ils existent dans ce cas-ci, il semble approprié qu'un pouvoir discrétionnaire ne soit pas exercé sur une base individuelle à l'égard du fichier en question. S'il est vrai qu'en règle générale les décideurs administratifs ne devraient pas limiter leur pouvoir discrétionnaire en adoptant une politique générale selon laquelle ils répondront toujours de la même façon à certaines demandes, il s'agit ici de l'un des rares cas où l'adoption d'une telle politique générale constitue en soi un exercice judicieux du pouvoir discrétionnaire.

[68] Nous ne souscrivons pas non plus à la prétention de l'appelant selon laquelle, dans ce cas-ci, la politique générale porte atteinte au pouvoir discrétionnaire en cause. Il ne s'agit pas d'un cas dans lequel une autorité omet d'exercer son pouvoir discrétionnaire en refusant catégoriquement de tenir compte d'un certain genre de demandes et décide plutôt de toujours [TRADUCTION] «les jeter dans la corbeille à papier sans les examiner»²². La garantie selon laquelle le responsable de l'institution doit faire quelque chose de plus découle du rôle de surveillance important qui est assigné au Commissaire à la protection de la vie privée et à la Cour fédérale. Si les renseignements existent, le responsable de l'institution, soit le responsable du MAE, qui veut suivre la politique générale de non-confirmation de l'existence des renseignements personnels devra néanmoins trouver les exceptions qui s'appliqueraient, sous peine de voir sa décision annulée par la Cour.

[69] À cet égard, nous croyons que la Loi établit l'équilibre approprié entre l'obligation de communication qui incombe à l'institution fédérale et le pouvoir de refuser la communication, y compris la communication de l'existence même des renseignements personnels. D'une part, au moyen du pouvoir conféré à l'autorité par le paragraphe 16(2), la Loi assure l'intégrité, l'efficacité et l'applicabilité des exceptions. D'autre part, la Loi confère au citoyen des mécanismes de contrôle administratif et judiciaire permettant d'apprécier la validité et la légalité de la revendication d'exceptions.

[70] En fait, les articles 29 à 36 [art. 29 (mod. par L.C. 1992, ch. 21, art. 37), 34 (mod. par L.R.C.

1985 (1st Supp.), c. 27, s. 187]) of the Act give a citizen the right to complain to the Privacy Commissioner about the refusal by a government institution to give him or her access to the personal information requested. The Commissioner possesses wide powers of investigation supplemented with additional powers to effectively carry out any investigation, such as the powers to summon and enforce the appearance of witnesses, to enter premises and to examine and obtain copies of records. What is significant is that the Commissioner can have access to any bank and review the information therein, including an exempt bank so designated by the Governor in Council pursuant to section 18.

[71] In addition, pursuant to sections 41-51 of the Act, the Federal Court, at the request of a complainant or the Commissioner with the consent of the complainant, may review the personal information requested and whether the exemptions were properly applied by the authorities. In the case of an exempt bank, section 43 gives the Commissioner the right to apply to the Court for a review of any file contained in such a bank.

[72] All this imposes an obligation on the institution head, when carrying out the general policy of not confirming or denying existence of personal information, to ensure that the information reviewed is examined and indeed meets the hypothetically claimed exemptions. The policy cannot be used to refuse disclosure of documents that satisfy no exemptions, for such a use of the policy would be quashed by the Court. Thus even under the policy, the institution head must still consider each request for access. There is no fettering of discretion but only a reasoned choice as to how to exercise the discretionary power of not having to confirm or deny the existence of records.

[73] The conclusion of all this is that subsection 16(2) cannot be read as creating a duty to consider

(1985) (1^{er} suppl.), ch. 27, art. 187]) de la Loi confère au citoyen le droit de se plaindre auprès du Commissaire à la protection de la vie privée du refus de l'institution fédérale de lui communiquer les renseignements personnels demandés. Le Commissaire possède de vastes pouvoirs d'enquête en plus de pouvoirs lui permettant de mener d'une façon efficace une enquête, comme le pouvoir d'assigner des témoins et de les contraindre à comparaître, le pouvoir de pénétrer dans des locaux et le pouvoir d'examiner ou de se faire remettre des copies de documents. Ce qui importe, c'est que le Commissaire peut avoir accès à tout fichier et examiner les renseignements qui s'y trouvent, y compris un fichier inconsultable classé comme tel par le gouverneur en conseil en vertu de l'article 18.

[71] De plus, conformément aux articles 41 à 51 de la Loi, la Cour fédérale, à la demande d'un plaignant ou du Commissaire avec le consentement du plaignant, peut examiner les renseignements personnels demandés et déterminer si les autorités ont légitimement appliqué les exceptions. Dans le cas d'un fichier inconsultable, l'article 43 confère au Commissaire le droit de demander à la Cour d'examiner les dossiers versés dans pareil fichier.

[72] Tout cela impose une obligation au responsable de l'institution qui met en œuvre la politique générale de ne pas confirmer ou nier l'existence de renseignements personnels, à savoir l'obligation de veiller à ce que les renseignements soient examinés et soient de fait visés par les exceptions revendiquées d'une façon hypothétique. On ne peut pas invoquer la politique pour refuser la communication de documents qui ne sont pas visés par une exception, car pareille utilisation de la politique serait annulée par la Cour. Par conséquent, malgré l'existence de la politique, le responsable de l'institution doit néanmoins examiner chaque demande de communication. Il ne porte pas atteinte à son pouvoir discrétionnaire, mais fait uniquement un choix raisonné au sujet des modalités d'exercice du pouvoir discrétionnaire lui permettant de ne pas confirmer ou nier l'existence des renseignements.

[73] Somme toute, le paragraphe 16(2) ne peut pas être interprété de façon à créer l'obligation, à l'occa-

whether each and every request should call forth a decision on whether to confirm or deny existence of requested information: the “may” in the provision, which has been omitted in the French version of the text, merely attests to the fact that the institution head is empowered to choose among the options in subsection 16(1). Alternatively, if the “may” is to be read as creating a duty to exercise discretion, that duty was, in our view, appropriately discharged in the circumstances.

[74] The second argument of the appellant that the approach taken by the DEA with respect to subsection 16(2) *de facto* creates an exempt bank is attractive on its face, but does not withstand closer scrutiny. Indeed, even with the systematic refusal to confirm or deny the existence of personal information in bank 040, the DEA must, pursuant to paragraph 16(1)(b), indicate the specific provision of the Act on which the refusal to disclose information could reasonably be based if the information existed and, we would add, if the existence of that information had been confirmed. There is no such requirement with an exempt bank which contains files which consist predominantly of personal information described in section 21 or 22 of the Act.

[75] Moreover, as the reviewing Judge pointed out at page 377 of his decision, the banks to which subsection 16(2) applies are not as limited as regards content as exempt banks are. They may contain personal information of any sort, not just those described in section 21 or 22.

[76] Finally, while judicial review of exempt banks can only be initiated by the Commissioner pursuant to section 43 of the Act, a complainant retains his right under section 41 to apply for judicial review with respect to any other bank than an exempt bank.

[77] In short, with or without a blanket application of subsection 16(2) to the banks collected pursuant to sections 4-6, such banks do not have the attributes of

sion de chaque demande de renseignements, de déterminer s’il faut confirmer ou nier l’existence des renseignements demandés: le mot «*may*» figurant dans la version anglaise de la disposition, lequel a été omis dans la version française, confirme simplement que le responsable de l’institution est autorisé à choisir l’une des solutions énoncées au paragraphe 16(1). Par ailleurs, si le mot «*may*» doit être interprété comme créant l’obligation d’exercer un pouvoir discrétionnaire, cette obligation a été, à notre avis, satisfaite d’une façon appropriée eu égard aux circonstances.

[74] Le deuxième argument de l’appelant selon lequel l’approche adoptée par le MAE à l’égard du paragraphe 16(2) crée de fait un fichier inconsultable est à première vue attrayant, mais il ne résiste pas à un examen plus approfondi. De fait, même en cas de refus systématique de confirmer ou de nier l’existence de renseignements personnels dans le fichier 040, le MAE doit, conformément à l’alinéa 16(1)b), mentionner la disposition précise de la Loi sur laquelle le refus pourrait vraisemblablement se fonder si les renseignements existaient et, nous ajouterons, si l’existence de ces renseignements était confirmée. Aucune exigence de ce genre ne s’applique à un fichier inconsultable formé de dossiers dans lesquels dominent les renseignements visés aux articles 21 ou 22 de la Loi.

[75] En outre, comme le juge qui a effectué l’examen l’a souligné à la page 377 de sa décision, les fichiers auxquels le paragraphe 16(2) s’applique ne sont pas aussi limités quant au contenu que les fichiers inconsultables. Ils peuvent contenir n’importe quel genre de renseignements personnels, et non seulement les renseignements visés aux articles 21 ou 22.

[76] Enfin, alors que le contrôle judiciaire des fichiers inconsultables ne peut être demandé que par le Commissaire conformément à l’article 43 de la Loi, un plaignant conserve, en vertu de l’article 41, le droit de demander le contrôle judiciaire à l’égard de tout fichier autre qu’un fichier inconsultable.

[77] Bref, que l’on applique d’une façon générale ou non le paragraphe 16(2) aux fichiers créés conformément aux articles 4 à 6, pareils fichiers n’ont pas les

an exempt bank described in section 18 of the Act.

[78] To conclude, we find the arguments of the appellant with respect to subsection 16(2) to be without foundation.

2. Exemptions pursuant to paragraphs 22(1)(a) and (b)

[79] The appellant submits that the reviewing Judge misunderstood his role with respect to the law enforcement exemption invoked by the DEA pursuant to paragraph 22(1)(a). He contends that the Judge limited his review to assessing whether the documents fell within the class enumerated in that paragraph and failed to review the exercise of the DEA's discretion not to grant the requested access. He referred us to page 381 of the reviewing Judge's decision which reads:

In my opinion, since I have found that in each case the refusal to indicate whether the personal information existed was authorized under the Act, the alternative grounds have little significance for the result of this review. Having examined the supplementary secret affidavits and information filed *ex parte* at the hearing, and having considered submissions of the applicant and the respondents, I am not persuaded that such information, if it existed, in the banks in question, as those banks are described in published indexes, would be inappropriately classed within the classes of exemption suggested as alternative explanations for refusal to disclose information.

[80] We believe that the Judge understood that the exercise by the DEA of its power under subsection 16(2) did not relieve him of his duty to review whether the exemptions pursuant to paragraphs 22(1)(a) and (b) were properly applied, although he appears to have seen in it little significance for the result of the review. As we have already mentioned, a refusal to indicate under subsection 16(2) the fact of the existence of personal information in a bank is not an absolute bar to releasing that information if, at the outset, it has not been properly exempted or the

attributs d'un fichier inconsultable au sens de l'article 18 de la Loi.

[78] Somme toute, nous concluons que les arguments invoqués par l'appelant au sujet du paragraphe 16(2) ne sont pas fondés.

2. Exceptions prévues aux alinéas 22(1)a) et b)

[79] L'appelant soutient que le juge qui a effectué l'examen a interprété son rôle d'une façon erronée en ce qui concerne l'exception ayant trait aux activités destinées à faire respecter les lois invoquée par le MAE conformément à l'alinéa 22(1)a). Il soutient que le juge a limité son examen à l'appréciation de la question de savoir si les documents appartenaient à la catégorie mentionnée dans cette disposition et qu'il a omis d'examiner l'exercice du pouvoir discrétionnaire que possède le MAE de ne pas accorder l'accès demandé. L'appelant nous a reportés à la page 381 de la décision du juge qui a effectué l'examen, lequel est ainsi libellé:

À mon avis, étant donné que j'ai conclu que dans chaque cas le refus de révéler l'existence de ces renseignements personnels avait été autorisé par la Loi, les motifs subsidiaires n'ont guère d'importance pour l'issue du présent contrôle. Après avoir examiné les affidavits supplémentaires secrets et les renseignements déposés *ex parte* à l'audience, et après avoir entendu les observations du requérant et des intimés, je ne suis pas convaincu que ces renseignements, s'ils existent dans les fichiers en question, selon la description qui est donnée de ces fichiers dans les répertoires publiés, seraient à tort classés dans les catégories de renseignements inconsultables, comme l'affirment les explications subsidiaires invoquées pour justifier le refus de communication.

[80] Nous croyons que le juge a compris que l'exercice du pouvoir conféré en vertu du paragraphe 16(2) ne libérait pas le MAE de son obligation de déterminer si les exceptions, conformément aux alinéas 22(1)a) et b), étaient appliquées d'une façon légitime, même s'il semble avoir considéré la chose comme peu importante pour l'issue du contrôle. Comme nous l'avons déjà dit, un refus de faire état, en vertu du paragraphe 16(2), de l'existence de renseignements personnels dans un fichier ne fait pas obstacle d'une façon absolue à la communication de ces renseigne-

institution's discretion not to release has been improperly exercised.

[81] The final conclusion of the reviewing Judge on this issue of the specific exemptions as alternate grounds to subsection 16(2) is found at page 381 of his decision:

Thus, there is no basis on which this Court could find, pursuant to section 48, in relation to certain alternate grounds specified, that the refusal was not authorized, or pursuant to section 49, in relation to section 21 or paragraph 22(1)(b) as specified alternate grounds, that there were not reasonable grounds for the refusal. The alternate grounds specified, in the circumstances here, provide no basis for this Court to intervene in relation to the decisions of DEA and CSIS in regard to requests of the applicant for access to information in banks 040 and 010 respectively.

[82] It is implicit in the decision of the Judge that, in his review, he considered all the other specific exemptions invoked by the DEA with respect to bank 040, including paragraph 22(1)(a), although his reasons and conclusions on the issue at pages 380-381 of his decision make no specific mention of paragraph 22(1)(a). There would seem to be no doubt that he was satisfied that the material requested had been obtained or prepared in the course of a lawful investigation pertaining to law enforcement.

[83] In fairness to the reviewing Judge, there were many exemptions claimed by three federal authorities. He managed remarkably well to regroup them and avoid repetitions. His failure to mention paragraph 22(1)(a) is most likely an oversight. However, his conclusions as stated leave us with a lingering doubt as to whether he has in fact gone to the second step of reviewing the exercise of discretion by the DEA with respect to the paragraph 22(1)(a) exemption. In these circumstances and in view of the objectives of the Act, a paramount one being to provide access to a citizen to personal information held by the government, we believe a new review should be conducted with respect to the paragraph 22(1)(a) exemption.

ments si, au départ, ils n'étaient pas visés de la façon appropriée par une exception ou si le pouvoir discrétionnaire de l'institution de ne pas les communiquer a été exercé d'une façon irrégulière.

[81] La conclusion finale du juge quant à la question des exceptions précises comme motifs subsidiaires à celui prévu au paragraphe 16(2) de la Loi se trouve à la page 381 de sa décision:

Donc, il n'y a pas de fondement à partir duquel la Cour puisse conclure, aux termes de l'article 48, pour ce qui a trait à certains motifs subsidiaires, que le refus n'était pas autorisé, ou aux termes de l'article 49, pour ce qui a trait à l'article 21 ou à l'alinéa 22(1)b) expressément invoqués comme motifs subsidiaires, qu'il n'y avait pas de motifs raisonnables pour justifier le refus. Les motifs subsidiaires qui ont été précisés dans les circonstances de l'espèce ne permettent pas à la Cour de modifier les décisions du MAE et du SCRS au regard des demandes du requérant concernant l'accès aux renseignements contenus dans les fichiers 040 et 010 respectivement.

[82] Dans sa décision, le juge laisse implicitement entendre que, lors de l'examen, il a tenu compte de toutes les autres exceptions précises invoquées par le MAE à l'égard du fichier 040, y compris l'alinéa 22(1)a), bien que dans les motifs et conclusions qu'il a énoncés sur ce point aux pages 380 et 381 de sa décision, il ne fasse pas expressément mention de l'alinéa 22(1)a). Il ne semblerait y avoir aucun doute que le juge était convaincu que les renseignements demandés avaient été obtenus ou préparés au cours d'une enquête licite ayant trait aux activités destinées à faire respecter les lois.

[83] À la décharge du juge, il faut dire que les trois autorités fédérales revendiquaient de nombreuses exceptions. Il a réussi remarquablement bien à les regrouper et à éviter les répétitions. S'il a omis de mentionner l'alinéa 22(1)a), c'est fort probablement par suite d'un oubli. Toutefois, ses conclusions, telles qu'elles sont énoncées, laissent planer un doute au sujet de la question de savoir s'il a de fait entrepris la deuxième étape, soit celle d'examiner l'exercice du pouvoir discrétionnaire du MAE à l'égard de l'exception prévue à l'alinéa 22(1)a). Dans ces conditions et compte tenu des objectifs de la Loi, dont un objectif primordial est d'assurer à un citoyen la communication des renseignements personnels détenus par le

[84] Turning to paragraph 22(1)(b), this provision authorizes an institution head to refuse access to the information requested where disclosure of such information could reasonably be expected to be injurious to the enforcement of any law of Canada or a province or the lawful conduct of investigations. Basically, the appellant submits that the injury which justifies the application of the exemption is confined to injury to specific identified investigations. In his view, the learned Judge erred when he held that the exemption could be applied to instances where disclosure of the information could have a chilling effect on the investigative process generally.

[85] In his public affidavit strengthened by a secret affidavit filed *ex parte*, Mr. MacEwan who produced evidence for CSIS with respect to paragraph 22(1)(b) expressed fears of what he termed the “mosaic effect” whereby seemingly unrelated pieces of information could be compared with each other to develop a more comprehensive picture resulting in disclosure of active or inactive sources or methods of investigation. Counsel for the respondent strenuously endorse the broad interpretation given by the DEA to paragraph 22(1)(b) and accepted by the reviewing Judge, including the need in appropriate circumstances to refuse to disclose in order merely to protect the investigative process.

[86] Shortly after the reviewing Judge issued his reasons, this Court in *Rubin v. Canada (Minister of Transport)*²³ rendered a decision interpreting a parallel if not identical provision found in paragraph 16(1)(c) of the *Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1. Paragraph 16(1)(c) reads:

16. (1) The head of a government institution may refuse to disclose any record requested under this Act that contains

gouvernement, nous croyons qu'un nouvel examen devrait être effectué à l'égard de l'exception prévue à l'alinéa 22(1)a).

[84] En ce qui concerne l'alinéa 22(1)b), cette disposition autorise une institution à refuser la communication des renseignements demandés dont la divulgation risquerait vraisemblablement de nuire aux activités destinées à faire respecter les lois fédérales ou provinciales ou au déroulement d'enquêtes licites. Fondamentalement, l'appellant soutient que le préjudice qui justifie l'application de l'exception est limité au préjudice causé à des enquêtes déterminées précises. De l'avis de l'appellant, le juge a commis une erreur en statuant que l'exception pourrait s'appliquer dans les cas où la communication des renseignements pourrait avoir un effet dissuasif sur les méthodes d'enquête en général.

[85] Dans son affidavit public auquel était joint un affidavit secret déposé en l'absence d'une partie, M. MacEwan, qui a présenté la preuve au nom du SCRS à l'égard de l'alinéa 22(1)b), a exprimé des craintes au sujet de ce qu'il a appelé l'«effet mosaïque» par lequel des renseignements n'ayant en apparence aucun lien entre eux pourraient être comparés les uns avec les autres pour obtenir une perspective plus globale entraînant la divulgation de sources d'information actives ou inactives ou de méthodes d'enquête. L'avocate du défendeur appuie énergiquement l'interprétation large donnée à l'alinéa 22(1)b) par le MAE, laquelle a été retenue par le juge qui a effectué l'examen, y compris la nécessité, lorsque les circonstances s'y prêtent, de refuser la communication simplement en vue de protéger les méthodes d'enquête.

[86] Peu de temps après que le juge qui a effectué l'examen eut fait connaître ses motifs, cette Cour, dans l'arrêt *Rubin c. Canada (Ministre des Transports)*²³, a rendu une décision dans laquelle elle interprétait une disposition parallèle sinon identique figurant à l'alinéa 16(1)c) de la *Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), ch. A-1, lequel est ainsi libellé:

16. (1) Le responsable d'une institution fédérale peut refuser la communication de documents:

(a) information obtained or prepared by any government institution, or part of any government institution, that is an investigative body specified in the regulations in the course of lawful investigations pertaining to

- (i) the detection, prevention or suppression of crime,
- (ii) the enforcement of any law of Canada or a province, or
- (iii) activities suspected of constituting threats to the security of Canada within the meaning of the *Canadian Security Intelligence Service Act*,

if the record came into existence less than twenty years prior to the request;

...

(c) information the disclosure of which could reasonably be expected to be injurious to the enforcement of any law of Canada or a province or the conduct of lawful investigations, including, without restricting the generality of the foregoing, any such information

- (i) relating to the existence or nature of a particular investigation,
- (ii) that would reveal the identity of a confidential source of information, or
- (iii) that was obtained or prepared in the course of an investigation; or

We have also reproduced paragraph 16(1)(a) as it is identical to paragraph 22(1)(a) of our Act.

[87] The Court was well aware in *Rubin* of the impact that the scope of the interpretation given to paragraph 16(1)(c) would have on the construction of other exemptions contained in the *Access to Information Act*. It was also conscious of the fact that the interpretation of paragraph 16(1)(c) raised an issue which went to the meaning and entire interpretation of the said legislation.

[88] McDonald J.A., writing for a unanimous court, concluded that:²⁴

(a) all exemptions to access must be limited and specific where two interpretations are open to the Court, the interpretation that infringes on the public's right to access the least must be chosen;

a) datés de moins de vingt ans lors de la demande et contenant des renseignements obtenus ou préparés par une institution fédérale, ou par une subdivision d'une institution, qui constitue un organisme d'enquête déterminé par règlement, au cours d'enquêtes licites ayant trait:

- (i) à la détection, la prévention et la répression du crime,
- (ii) aux activités destinées à faire respecter les lois fédérales ou provinciales,
- (iii) aux activités soupçonnées de constituer des menaces envers la sécurité du Canada au sens de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*;

[. . .]

c) contenant des renseignements dont la divulgation risquerait vraisemblablement de nuire aux activités destinées à faire respecter les lois fédérales ou provinciales ou au déroulement d'enquêtes licites, notamment:

- (i) des renseignements relatifs à l'existence ou à la nature d'une enquête déterminée,
- (ii) des renseignements qui permettraient de remonter à une source de renseignements confidentielle,
- (iii) des renseignements obtenus ou préparés au cours d'une enquête;

Nous avons également reproduit l'alinéa 16(1)(a) étant donné qu'il est identique à l'alinéa 22(1)(a) de la Loi.

[87] Dans l'affaire *Rubin*, la Cour était parfaitement au courant des répercussions que l'interprétation donnée à l'alinéa 16(1)(c) aurait sur l'interprétation d'autres exceptions prévues dans la *Loi sur l'accès à l'information*. Elle se rendait également bien compte que l'interprétation de l'alinéa 16(1)(c) soulevait une question qui touchait à la signification et à toute l'interprétation de la législation.

[88] Au nom de la Cour, le juge McDonald a conclu ce qui suit²⁴:

a) toutes les exceptions au droit d'accès doivent être précises et limitées et, lorsque deux interprétations sont possibles, la Cour doit choisir celle qui porte le moins atteinte au droit du public;

- (b) the word *conduct* in paragraph 16(1)(c) refers to something specific about the development or progress of a particular investigation. It does not refer to the general investigative process;
- (c) one cannot refuse to disclose information under paragraph 16(1)(c) on the basis that to disclose would have a chilling effect on future investigations;
- (d) it is possible to protect past information if there is a specified investigation in progress or about to be undertaken;
- (e) the examples given in subparagraphs (i), (ii) and (iii) of 16(1)(c) do not limit the general nature of the words in 16(1)(c), but they are illustrative of the type of information or situations that may be protected under that paragraph.
- b) le mot anglais «*conduct*» figurant à l'alinéa 16(1)c fait référence à quelque chose de précis concernant l'évolution ou la progression d'une enquête déterminée. Il ne fait pas référence au processus général d'enquête;
- c) on ne peut refuser de divulguer des renseignements par application de l'alinéa 16(1)c au motif que cette divulgation aurait un effet dissuasif sur des enquêtes à venir;
- d) il est possible de protéger des renseignements relatifs au passé si une enquête déterminée est en cours ou sur le point de commencer;
- e) les exemples donnés aux sous-alinéas (i), (ii) et (iii) de l'alinéa 16(1)c ne limitent pas la nature générale des termes employés à l'alinéa 16(1)c, mais ils sont représentatifs des genres de renseignements ou de situations qui peuvent être protégés par cet alinéa.

[89] In our respectful view, the Court gave convincing reasons for its conclusions that are relevant to this appeal. We need only refer to three of these reasons to illustrate the impact that an acceptance of the "mosaic effect" or of the chilling effect as part of paragraph 22(1)(b) would have on other exemptions contained in the Act.

[89] À notre avis, la Cour a donné à l'appui de ses conclusions des motifs convaincants qui sont ici pertinents. Nous n'avons qu'à nous reporter à trois de ces motifs pour montrer les répercussions que l'acceptation de l'«effet mosaïque» ou de l'effet dissuasif, dans le cadre de l'alinéa 22(1)b), aurait sur d'autres exceptions prévues par la Loi.

[90] First, an extension of paragraph 22(1)(b) as proposed would make paragraph 22(1)(a) redundant since everything done in the course of a lawful investigation, as well as the information gathered as a result thereof, would now be incorporated by paragraph 22(1)(b). In addition, the 20-year limit applicable to the paragraph 22(1)(a) exemption would become meaningless as the information could now be kept forever pursuant to paragraph 22(1)(b) because of the chilling effect its disclosure could have on the investigative process or, as the Court put it in the *Rubin* case, on some future investigation. It is difficult to imagine that Parliament intended that very sensitive information relating to activities threatening the security of Canada be released after a 20-year period in accordance with paragraph 22(1)(a), but that, in the same breath, much less sensitive information be, under paragraph 22(1)(b), subject to no such limitation for

[90] Premièrement, l'élargissement proposé de l'alinéa 22(1)b) aurait pour effet de rendre l'alinéa 22(1)a) redondant puisque tout ce qui est fait au cours d'une enquête licite ainsi que les renseignements recueillis par suite de cette enquête seraient maintenant visés par l'alinéa 22(1)b). De plus, la période de 20 ans qui s'applique à l'exception prévue à l'alinéa 22(1)a) n'aurait plus aucun sens si les renseignements pouvaient désormais être conservés pour toujours conformément à l'alinéa 22(1)b) à cause de l'effet dissuasif que leur communication pourrait avoir sur les méthodes d'enquête ou, comme la Cour l'a dit dans l'arrêt *Rubin*, sur une enquête future. Il est difficile de croire que le législateur ait voulu que des renseignements de nature fort délicate se rapportant à des activités menaçant la sécurité du Canada soient communiqués après une période de 20 ans conformément à l'alinéa 22(1)a), mais qu'en même temps, des

fear of a chilling effect on the investigative process.

[91] Second, the third party information exception contained in section 19 of the Act would become unnecessary when the confidential information had been obtained from that third party in the course of an investigation. The non-disclosure of that information would now be governed by the broad principles applicable to paragraph 22(1)(b), thereby eliminating the possibility of release on consent of the third party.

[92] Third, none of the examples enumerated in subparagraphs (i), (ii) and (iii) of paragraph 22(1)(b) refer to the investigative process at large. Indeed, subparagraph (i) expressly refers to a particular investigation while subparagraph (iii) speaks of information obtained or prepared in the course of an investigation.

[93] As this Court pointed out in the *Rubin* case, Parliament or the government are not without effective remedy if they find that the interpretation of paragraph 22(1)(b) is unduly restrictive or falls short of what was intended. Either one can seek an amendment to the Act or the government can seek from the Governor in Council an order designating bank 040 of the DEA an exempt bank pursuant to section 18 of the Act.

[94] In view of the decision of this Court in the *Rubin* case previously cited, we think the reviewing Judge should not have extended the notion of injury in paragraph 22(1)(b) beyond injury to a specified investigation, either actual or to be undertaken. The provision does not authorize a refusal to disclose in cases where disclosure could have a chilling effect on the investigative process in general.

[95] At this point, we think it would be useful to summarize our findings with respect to the exemptions claimed by the DEA in relation to bank 040.

renseignements de nature beaucoup moins délicate ne soient pas, en vertu de l'alinéa 22(1)b), assujettis à pareille limitation de crainte que la chose ait un effet dissuasif sur les méthodes d'enquête.

[91] Deuxièmement, l'exception relative aux renseignements donnés par un tiers figurant à l'article 19 de la Loi deviendrait inutile si les renseignements confidentiels avaient été obtenus de ce tiers au cours d'une enquête. La non-communication de ces renseignements serait maintenant régie par les principes généraux qui s'appliquent à l'alinéa 22(1)b), éliminant ainsi la possibilité d'une communication sur consentement du tiers.

[92] Troisièmement, aucun des exemples énumérés aux sous-alinéas (i), (ii) et (iii) de l'alinéa 22(1)b) ne se rapporte aux méthodes d'enquête en général. De fait, le sous-alinéa (i) traite expressément d'une enquête déterminée alors que le sous-alinéa (iii) traite des renseignements obtenus ou préparés au cours d'une enquête.

[93] Comme cette Cour l'a signalé dans l'arrêt *Rubin*, le législateur ou le gouvernement disposent d'un recours efficace s'ils concluent que l'interprétation de l'alinéa 22(1)b) est indûment restrictive ou ne correspond pas à ce qu'ils avaient prévu. Ils peuvent demander une modification de la Loi ou le gouvernement peut demander au gouverneur en conseil de prendre un décret classant le fichier 040 du MAE parmi les fichiers inconsultables conformément à l'article 18 de la Loi.

[94] Compte tenu de la décision rendue par cette Cour dans l'arrêt *Rubin* précité, nous croyons que le juge qui a effectué l'examen n'aurait pas dû étendre la notion de préjudice figurant à l'alinéa 22(1)b) au-delà du préjudice subi au cours d'une enquête déterminée, en cours ou future. Cette disposition n'autorise pas un refus de communication dans les cas où la communication pourrait avoir un effet dissuasif sur les méthodes d'enquête en général.

[95] Nous croyons qu'il serait ici utile de résumer nos conclusions au sujet des exceptions revendiquées par le MAE à l'égard du fichier 040.

[96] Subsection 16(2) of the Act empowers the head of a government institution to refuse access to requested documents by exercising the option in paragraph 16(1)(b) of refusing to confirm existence of information. If the use of the word “may” in subsection 16(2) goes beyond empowering and is intended to confer a discretion upon the head of a government institution, such discretion does not have to be always or necessarily exercised on a case-by-case basis. Adopting a general policy of never confirming or denying the existence of information is, with respect to bank 040, the particular nature and purpose of the Act and the factual circumstances of this case, a judicious exercise of discretion. Moreover, it does not have the effect of *de facto* creating an exempt bank. However, the head of a government institution who invokes subsection 16(2) must still proceed to justify a refusal to grant access to the information requested by making reference to specific exemptions.

[97] A new review of the material denied should be conducted with respect to the law enforcement exemption (paragraph 22(1)(a)) to determine whether the DEA properly exercised its discretion in refusing access to the appellant.

[98] Paragraph 22(1)(b) of the Act does not authorize a refusal to disclose simply because disclosure could have a chilling effect on the investigative process in general. The notion of injury in paragraph 22(1)(b) does not extend beyond injury to a specified investigation, either actual or to be undertaken. A new review of the material denied should be conducted accordingly.

The specific exemptions claimed by CSIS with respect to banks 010 and 015

1. Exemption pursuant to paragraph 22(1)(b)

[99] As did DEA, CSIS argued the theory of a “chilling effect” on the investigative process in general

[96] Le paragraphe 16(2) de la Loi autorise le responsable d’une institution fédérale à refuser la communication de renseignements en adoptant la solution énoncée à l’alinéa 16(1)b), soit en refusant de confirmer l’existence des renseignements. Si l’emploi du mot «*may*» au paragraphe 16(2) va plus loin que le fait de conférer un pouvoir habilitant et vise à conférer un pouvoir discrétionnaire au responsable d’une institution fédérale, pareil pouvoir discrétionnaire n’a pas à être toujours ou nécessairement exercé sur une base individuelle. Adopter une politique générale voulant que l’existence de renseignements ne soit jamais confirmée ou niée en ce qui concerne le fichier 040, compte tenu de la nature et de l’objet particuliers de la Loi et des circonstances factuelles de cette affaire, constitue un exercice judicieux du pouvoir discrétionnaire. En outre, cela n’a pas l’effet de créer de fait un fichier inconsultable. Toutefois, le responsable d’une institution fédérale qui invoque le paragraphe 16(2) doit néanmoins justifier le refus de communication des renseignements en mentionnant des exceptions précises.

[97] Il faudrait effectuer un nouvel examen des renseignements dont la communication a été refusée suite à l’exception relative à l’application de la loi (alinéa 22(1)a)) en vue de déterminer si le MAE a régulièrement exercé son pouvoir discrétionnaire en refusant de communiquer les renseignements à l’appelant.

[98] L’alinéa 22(1)b) de la Loi ne permet pas de refuser la communication simplement parce qu’elle pourrait avoir un effet dissuasif sur les méthodes d’enquête en général. La notion de préjudice figurant à l’alinéa 22(1)b) ne s’étend pas à un préjudice autre que celui causé à une enquête déterminée, en cours ou future. Un nouvel examen des renseignements dont la communication a été refusée devrait être effectué en conséquence.

Les exceptions précises revendiquées par le SCRS à l’égard des fichiers 010 et 015

1. Exception prévue à l’alinéa 22(1)b)

[99] Comme le MAE, le SCRS a invoqué la théorie de l’«effet dissuasif» sur les méthodes d’enquête en

with respect to the scope of the injury under paragraph 22(1)(b). In view of our conclusion that the paragraph 22(1)(b) exemption was not correctly applied, the information in banks 010 and 015 should be reviewed anew with a view to identifying which information, if any, is not covered by that exemption. Unless otherwise protected by another exemption, that information should then be released pursuant to section 49 of the Act, subject to such conditions or order as the Court deems appropriate.

[100] Furthermore, the reviewing Judge concluded at page 386 of his decision that “the Court cannot substitute its views for that of CSIS, or the Solicitor General, about the assessment of the reasonable expectation of probable injury”. We would add, however, that it is very much part of the Court’s role under section 49 to determine the reasonableness of the grounds on which disclosure was refused by CSIS. That being the case, the reviewing Judge, in our view, should have scrutinized more closely whether the release of information that is over 20 years old could reasonably be expected to be injurious to specific efforts at law enforcement and detection of hostile activities, and, therefore, whether CSIS had a reasonable ground to refuse to disclose.

2. Exemption pursuant to section 19

[101] Section 19 is a qualified mandatory exemption: the head of a government institution must refuse to disclose personal information obtained in confidence from another government or an international organization of states unless that government or institution consents to disclosure or makes the information public. This is generally referred to as the third party exemption.

[102] The appellant contended in vain before the reviewing Judge that a proper application of section 19 requires that the authority who invokes the exemption

général quant à l’étendue du préjudice visé par l’alinéa 22(1)(b). Étant donné que nous avons conclu que l’exception prévue à l’alinéa 22(1)(b) n’a pas été correctement appliquée, les renseignements versés dans les fichiers 010 et 015 devraient être examinés à nouveau de façon à permettre de découvrir quels renseignements, le cas échéant, ne sont pas visés par cette exception. À moins d’être protégés par une autre exception, ces renseignements devraient alors être communiqués conformément à l’article 49 de la Loi, aux conditions ou sous réserve de toute ordonnance que la Cour juge indiquées.

[100] En outre, le juge qui a effectué l’examen a conclu, à la page 386 de sa décision, que «[l]a Cour ne peut substituer son opinion à celle du SCRS ou à celle du solliciteur général au sujet de l’évaluation du risque vraisemblable de préjudice probable». Toutefois, nous aimerions ajouter qu’en vertu de l’article 49, il incombe notamment à la Cour de déterminer le caractère raisonnable des motifs pour lesquels le SCRS a refusé la communication. Cela étant, le juge qui a effectué l’examen aurait dû, à notre avis, examiner de plus près la question de savoir si la divulgation de renseignements et en particulier de renseignements remontant à plus de 20 ans risquait vraisemblablement de nuire aux efforts précis destinés à faire respecter les lois et à permettre la détection d’activités hostiles et, par conséquent, s’il existait un motif raisonnable justifiant le refus de communication de la part du SCRS.

2. Exception prévue à l’article 19

[101] L’article 19 prévoit une exception obligatoire conditionnelle: le responsable d’une institution fédérale est tenu de refuser la communication de renseignements personnels obtenus à titre confidentiel d’un autre gouvernement ou d’une organisation internationale d’États à moins que ce gouvernement ou cette institution ne consente à la communication ou ne rende les renseignements publics. C’est ce que l’on appelle généralement l’exception relative aux tiers.

[102] L’appelant a soutenu en vain devant le juge qui a effectué l’examen qu’une bonne application de l’article 19 exige que l’autorité qui invoque l’except-

must seek the consent of the third party to disclosure before denying access to an applicant. The learned Judge, at page 382 of his decision, rejected this submission on the basis that it “reverses the primary thrust of section 19, that is, that information in that classification not be disclosed”.

[103] It is true that the primary thrust of the section 19 exemption is non-disclosure of the information but, as we already mentioned, it is not an absolute prohibition against disclosure. This exemption, like the others, has to be read in the overall context of the Act which favours access to the information held. Subsection 19(2) authorizes the head of a government institution to disclose the information where the third party consents.

[104] We agree with the appellant that the authority who claims the benefit of the exemption is the person who has to ensure that the third party is not consenting to disclosure. Fundamental and practical reasons dictate this conclusion.

[105] First, the applicant in this case does not even know if personal information exists as CSIS has refused to indicate that fact pursuant to subsection 16(2).

[106] Second, he, like any other applicant against whom section 19 is invoked, does not know who the third party is who provided the information.

[107] Third, even if he were told who this third party is, he would not necessarily know where to address his request for consent.

[108] Fourth and foremost, he does not know the contents of the information and what it relates to. Therefore, he is not in a position to provide to the third party all the relevant details that are necessary to both meaningfully identify the issues at stake and seek the consent of that third party.

tion obtienne le consentement du tiers à l'égard de la communication avant de refuser la communication à une personne qui en fait la demande. À la page 382 de sa décision, le juge a rejeté cet argument pour le motif qu'il «va à l'encontre du but premier de l'article 19, qui est de ne pas communiquer des renseignements faisant partie de cette catégorie».

[103] Il est vrai que le but premier de l'exception prévue à l'article 19 est la non-communication de renseignements mais, comme nous l'avons déjà mentionné, il ne s'agit pas d'une interdiction absolue. Cette exception, comme les autres, doit être interprétée dans le contexte général de la Loi, qui favorise la communication des renseignements qui sont conservés. Le paragraphe 19(2) autorise le responsable d'une institution fédérale à communiquer les renseignements si le tiers a donné son consentement.

[104] Nous sommes d'accord avec l'appelant pour dire que l'autorité qui revendique l'exception est la personne qui doit s'assurer que le tiers ne consent pas à la communication. Des raisons pratiques fondamentales dictent cette conclusion.

[105] Premièrement, le demandeur dans ce cas-ci ne sait même pas s'il existe des renseignements personnels puisque le SCRS a refusé de faire état de ce fait conformément au paragraphe 16(2).

[106] Deuxièmement, le demandeur, comme tout autre demandeur à l'encontre duquel l'article 19 est invoqué, ne sait pas qui est le tiers qui a fourni les renseignements.

[107] Troisièmement, même si on lui disait qui est le tiers en question, le demandeur ne saurait pas nécessairement à qui adresser sa demande de consentement.

[108] Quatrièmement, fait encore plus important, le demandeur ne connaît pas le contenu des renseignements et ce à quoi il se rapportent. Il n'est donc pas en mesure de fournir au tiers tous les détails pertinents nécessaires tant pour permettre de déterminer avec exactitude les questions qui se posent que pour obtenir le consentement de ce tiers.

[109] Fifth, it is unfair in these conditions to place upon an applicant an almost impossible burden to meet. For all practical purposes, the possibility of obtaining a consensual release of the information becomes so remote as to be non-existent. Consequently, section 19 would constitute an absolute and unchallengeable exemption.

[110] In our view, a request by an applicant to the head of a government institution to have access to personal information about him includes a request to the head of that government institution to make reasonable efforts to seek the consent of the third party who provided the information. In so concluding, we want to make it clear that we are only addressing the question of onus and that we are in no way determining the methods or means by which consent of the third party can be sought. Political and practical considerations pertaining, among others, to the nature and volume of the information may make it impractical to seek consent on a case-by-case basis and lead to the establishment of protocols which respect the spirit and the letter of the Act and the exemption.

[111] In short, we believe that the respondent's claim under section 19 of the Act to a valid exemption from disclosure of the personal information requested by the appellant in banks 010 and 015 should be reviewed in accordance with our interpretation of subsection 19(2). This means that the reviewing Judge ought to ensure that CSIS has made reasonable efforts to seek the consent of the third party who provided the requested information. If need be, a reasonable period of time should be given by the reviewing Judge to CSIS to comply with the consent requirement of paragraph 19(2)(a).

3. Exemption pursuant to section 26

[112] While the section 19 exemption refers to personal information received from third parties, the

[109] Cinquièmement, il est injuste dans ces conditions d'imposer au demandeur une obligation à laquelle il est presque impossible de satisfaire. À toutes fins utiles, la possibilité d'obtenir une communication consensuelle des renseignements devient si éloignée qu'elle est presque inexistante. Par conséquent, l'article 19 constituerait une exception absolue irréfragable.

[110] À notre avis, en demandant au responsable d'une institution fédérale la communication des renseignements personnels le concernant, le demandeur demande également au responsable de cette institution de faire des efforts raisonnables pour obtenir le consentement du tiers qui a fourni les renseignements en question. En tirant cette conclusion, nous voulons qu'il soit clair que nous examinons uniquement la question de la charge de la preuve et que nous ne déterminons aucunement les méthodes ou moyens par lesquels le consentement du tiers peut être demandé. Des considérations politiques et pratiques se rapportant, entre autres, à la nature des renseignements et à la quantité de renseignements peuvent empêcher l'obtention d'un consentement sur une base individuelle et mener à l'établissement de protocoles qui respectent l'esprit et la lettre de la Loi et de l'exception.

[111] Bref, nous croyons que la revendication par le défendeur, en vertu de l'article 19 de la Loi, d'une exception valide à l'égard de la communication des renseignements personnels versés dans les fichiers 010 et 015 qui sont demandés par l'appelant devrait être examinée conformément à notre interprétation du paragraphe 19(2). Cela veut dire que le juge qui effectue l'examen devrait s'assurer que le SCRS a fait des efforts raisonnables pour solliciter le consentement du tiers qui avait fourni les renseignements en question. Au besoin, le juge qui effectue l'examen devrait accorder une période raisonnable au SCRS pour lui permettre de se conformer à l'exigence relative au consentement prévue à l'alinéa 19(2)a).

3. Exception prévue à l'article 26

[112] L'exception prévue à l'article 19 se rapporte à des renseignements personnels reçus de tiers, mais

section 26 exemption addresses the issue of personal information about third parties. It must be read in conjunction with section 8 of the Act. As a matter of fact, section 26 stipulates that a government institution may disclose personal information concerning a third party, but that it shall refuse to disclose it if the requirements set out in section 8 are satisfied. Section 8 states that, without the consent of the person to whom the information applies, disclosure is only permissible in the circumstances therein enumerated.

[113] We note in passing a practical difficulty of implementation of section 26 as a result of the consent requirement of the third party embodied in section 8. First, it is not clear as to who has the onus of seeking the consent of that third party for the release of the information. Not unlike the situation under the section 19 exemption, the applicant who requests access to information about himself is not likely to know or to be told, at least in some if not many cases, who is the third party mentioned in that information because the government institution would then reveal the very fact that it also possesses information on that third party. On the other hand, if the burden is on the government institution to seek the consent of the third party, the government would, in cases where it keeps information on that third party, reveal that fact to that third party while its policy would have been to refuse to confirm or deny the very fact of the existence of such information pursuant to subsection 16(2) if the third party had made a request for access.

[114] The appellant submits that when reviewing the section 26 exemption, the Judge ought to have determined, pursuant to paragraph 8(2)(m), whether the public interest in disclosure of a third party's personal information clearly outweighed any invasion of the privacy of that person that could result from the disclosure. The appellant contends that a balancing of the two interests in subparagraph 8(2)(m)(i) favours disclosure because the information at issue may be very old and its disclosure would permit public scrutiny of the behaviour of CSIS and the Security Service of the RCMP.

l'exception prévue à l'article 26 se rapporte aux renseignements personnels concernant des tiers. Cette disposition doit être interprétée en tenant compte de l'article 8 de la Loi. En fait, l'article 26 prévoit qu'une institution fédérale peut communiquer des renseignements personnels portant sur un tiers, mais qu'elle est tenue de refuser cette communication si les exigences énoncées à l'article 8 sont satisfaites. L'article 8 prévoit qu'à défaut du consentement de la personne que les renseignements concernent, la communication est uniquement possible dans les circonstances prévues par la loi.

[113] En passant, nous remarquons qu'il est difficile en pratique d'appliquer l'article 26 puisque, en vertu de l'article 8, il faut obtenir le consentement du tiers. Premièrement, on ne sait pas trop à qui incombe la charge de demander ce consentement. Comme dans le cas de l'exception prévue à l'article 19, la personne qui demande la communication de renseignements la concernant ne saura probablement pas, du moins dans certains cas sinon dans la plupart des cas, qui est le tiers mentionné dans ces renseignements, ou il est peu probable qu'on le lui dise, parce que l'institution fédérale révélerait alors le fait même qu'elle possède également des renseignements concernant ce tiers. D'autre part, s'il incombe à l'institution fédérale de solliciter le consentement du tiers, le gouvernement se trouverait, le cas échéant, à révéler au tiers en question qu'il possède des renseignements le concernant alors que selon sa politique, il aurait refusé de confirmer ou de nier l'existence même de pareils renseignements conformément au paragraphe 16(2) si c'était le tiers qui avait demandé la communication.

[114] L'appelant soutient qu'en examinant l'exception prévue à l'article 26, le juge aurait dû déterminer, conformément à l'alinéa 8(2)m), si des raisons d'intérêt public, en ce qui concerne la communication des renseignements personnels portant sur un tiers, justifieraient nettement une éventuelle violation de la vie privée de ce tiers en cas de communication. L'appelant affirme que pour assurer l'équilibre entre les différents intérêts mentionnés au sous-alinéa 8(2)m)(i), il convient de communiquer les renseignements en question, parce qu'ils peuvent être fort anciens et que leur communication permettrait l'examen public de la

[115] The finding of the reviewing Judge on this issue is found at pages 382-383 of his decision and reads as follows:

I agree with counsel for the respondents that section 26 also sets a mandatory exemption, unless the information concerning another individual may be released in the circumstances provided by subsection 8(2) of the Act. For the applicant, it is submitted that a proper exercise of discretion to release information about another individual requires the head of the institution concerned to consider paragraph (m) of subsection 8(2) and to form an opinion whether the public interest in disclosure clearly outweighs any invasion of privacy that could result from disclosure. Again, in my opinion, this submission ignores the emphasis of section 8 as a whole, that is, not to disclose information about other persons to one who makes a request under the Act, unless there be an exceptional ground as set out by subsection 8(2). I am not persuaded that every reference to another individual must be considered in relation to paragraph (m) of that provision before the head of the institution refuses to disclose it.

[116] We agree with the reviewing Judge that the emphasis of section 8 is against disclosure of the information relating to third parties. However, as the Judge recognized, there are exceptions to this non-disclosure principle.

[117] The Judge's conclusion on the scope of the section 26 exemption can be read in two ways. According to one, the Judge appears to have been of the view that the section 26 exemption could be relied upon simply by asserting that the primary thrust of section 8 is non-disclosure, so that none of the enumerated exceptions in subsection 8(2) have to be considered. This, in our view, would be an error because it would mean that section 8 in practice turns section 26 into a bar against disclosure in every circumstance. It would amount to giving license to the head of a government institution to ignore the express words of section 26, which dictate that such an official has no discretion to disclose if section 8 applies: the official "may" refuse to disclose third party informa-

conduite du SCRS et du Service de sécurité de la GRC.

[115] La conclusion tirée par le juge qui a effectué l'examen sur ce point se trouve aux pages 382 et 383 de sa décision; elle se lit comme suit:

Je conviens avec l'avocat des intimés que le refus de communication prévu à l'article 26 est également impératif, à moins que les renseignements concernant une autre personne puissent être communiqués dans les circonstances prévues au paragraphe 8(2) de la Loi. Au nom du requérant, on fait valoir que, pour exercer de façon appropriée son pouvoir discrétionnaire de communiquer des renseignements au sujet d'une autre personne, le chef de l'institution fédérale concernée doit tenir compte de l'alinéa m) du paragraphe 8(2), et se faire une opinion quant à savoir si l'intérêt public doit l'emporter sur toute atteinte à la vie privée qui découlerait de la communication. Encore une fois, à mon avis, cet argument ignore l'objectif poursuivi par l'ensemble de l'article 8, c'est-à-dire de ne pas communiquer de renseignements au sujet d'autres personnes à quelqu'un qui en fait la demande en vertu de la Loi, à moins de motifs exceptionnels prévus au paragraphe 8(2). Je ne suis pas convaincu que chaque demande ayant trait à une autre personne doive être considérée au regard de l'alinéa m) de cette disposition avant que le responsable de l'institution oppose son refus.

[116] Nous souscrivons à l'avis du juge qui a effectué l'examen, à savoir que l'article 8 met l'accent sur la non-communication des renseignements concernant des tiers. Toutefois, comme le juge l'a reconnu, ce principe de la non-communication comporte des exceptions.

[117] La conclusion tirée par le juge au sujet de la portée de l'exception prévue à l'article 26 peut être interprétée de deux façons. Selon une interprétation, le juge semble avoir cru qu'il serait possible de se fonder sur l'exception prévue à l'article 26 en affirmant simplement que le but premier de l'article 8 est la non-communication, de sorte qu'il n'est pas nécessaire de tenir compte des exceptions énumérées au paragraphe 8(2). À notre avis, on commettrait une erreur parce que cela signifierait qu'en pratique, l'article 8 fait de l'article 26 un obstacle à la communication dans tous les cas. Cela équivaldrait à permettre au responsable d'une institution fédérale de ne pas tenir compte du libellé exprès de l'article 26, selon lequel pareil fonctionnaire ne possède aucun pouvoir discrétion-

tion, but “shall” refuse disclosure if the information is protected by section 8. Clearly, Parliament intended that the head of a government institution consider and apply section 8 in some manner when using the section 26 exemption.

[118] What remains to be determined, however, is what must the head of a government institution do to sufficiently take section 8 into consideration? One possible suggestion can be found in the other way of interpreting what the Judge said, particularly the last sentence of the excerpt: the Judge recognized the need to determine whether any of the subsection 8(2) exceptions applied, but believed that a balancing of public interest against invasion of privacy could be effected generally and did not have to be done in respect of each one of the third parties mentioned in the information.

[119] We are inclined to agree with the reviewing Judge that the balancing in subparagraph 8(2)(m)(i) does not have to be done in reference to every piece of information concerning every party to whom the information relates. Some kind of weighing of public interest must take place, but the manner in which to conduct the weighing of interests is within the discretion of the head of the government institution. In the minority opinion in *Dagg v. Canada (Minister of Finance)*,²⁵ discussing an issue not addressed by the majority, La Forest J. spoke of the kind of discretion conferred by subparagraph 8(2)(m)(i):

That section . . . states that personal information may be disclosed where, in the opinion of the head of the institution, the public interest in disclosure clearly outweighs the invasion of privacy that could result. It is difficult to imagine statutory language setting out a broader discretion. [Emphasis in the original.]

[120] While La Forest J. specified that the discretion under paragraph 8(2)(m) is very broad, he did not

tionnaire à l'égard de la communication d'un renseignement si l'article 8 s'applique: le fonctionnaire «peut» refuser la communication de renseignements concernant un tiers, mais il «est tenu» de refuser la communication si les renseignements sont protégés par l'article 8. À coup sûr, le législateur voulait que le responsable d'une institution fédérale tienne compte de l'article 8 et l'applique d'une façon ou d'une autre lorsqu'il invoque l'exception prévue à l'article 26.

[118] Toutefois, il reste à savoir ce que le responsable d'une institution fédérale doit faire pour tenir suffisamment compte de l'article 8. Une solution possible est offerte par l'autre interprétation des remarques que le juge a faites, en particulier la dernière phrase du passage cité: le juge a reconnu la nécessité de déterminer si l'une quelconque des exceptions prévues au paragraphe 8(2) s'appliquait, mais il a cru qu'il serait en général possible d'établir un équilibre entre les raisons d'intérêt public et la violation de la vie privée et qu'il n'était pas nécessaire de le faire à l'égard de chacun des tiers mentionnés dans les renseignements.

[119] Nous sommes portés à être d'accord avec le juge qui a effectué l'examen pour dire que l'équilibre, en ce qui concerne le sous-alinéa 8(2)m(i), n'a pas à être établi par rapport à chaque élément d'information concernant chaque personne visée par cette information. Il faut dans une certaine mesure tenir compte de l'intérêt public, mais l'appréciation des différents intérêts relève du pouvoir discrétionnaire du responsable de l'institution fédérale. Dans l'avis minoritaire qu'il a exprimé dans l'arrêt *Dagg c. Canada (Ministre des Finances)*²⁵, le juge La Forest, en examinant une question que la majorité n'avait pas abordée, a parlé du genre de pouvoir discrétionnaire conféré au sous-alinéa 8(2)m(i):

Cette disposition [. . .] prévoit que la communication de renseignements personnels est autorisée dans le cas où, de l'avis du responsable de l'institution, des raisons d'intérêt public justifieraient nettement une éventuelle violation de la vie privée. Il est difficile d'imaginer un texte législatif qui énonce un pouvoir discrétionnaire plus général. [C'est le juge qui souligne.]

[120] Le juge La Forest a précisé que le pouvoir discrétionnaire prévu à l'alinéa 8(2)m) est fort général,

address the issue of whether or not the head of the institution must in each case perform a balancing test under sections 26 and 8. This was because in *Dagg* the applicant specifically requested the Minister to take public interest into consideration and the Minister was found to have done so.²⁶

[121] More guidance can be found in *Kelly v. Canada (Solicitor General)*,²⁷ where Strayer J. discussed the general approach to be taken with respect to discretionary exemptions under the Act. He stated, at page 58:

The second type of decision is purely discretionary. In my view, in reviewing such a decision, the court should not itself attempt to exercise the discretion de novo but should look at the document in question and the surrounding circumstances and simply consider whether the discretion appears to have been exercised in good faith and for some reason which is rationally connected to the purpose for which the discretion was granted.

This directs the reviewing court to look to the purpose for which discretion was granted under section 26 and subparagraph 8(2)(m)(i). Section 26 clearly was meant to protect third parties from having confidential information revealed about them. In that provision, discretion is conferred upon the head of a government institution in order that he or she use judgment in balancing third party privacy interests with the requesting party's access rights. Subparagraph 8(2)(m)(i) was enacted in order that a similar discretionary balance be maintained between the public interest in disclosure and the right to privacy.

[122] The purpose for which discretion was granted under subparagraph 8(2)(m)(i) illuminates how that discretion may be sensibly and responsibly exercised. The purpose of the grant of the discretion involves protection of the interest of the citizens of Canada in privacy. It should be noted, however, that the right to privacy may be understood in a specific or general way. If understood very specifically, it is the privacy of the individuals named in the requested records that the institution head would be required to consider in each and every case involving sections 26 and 8. A

mais il ne s'est pas demandé si le responsable de l'institution doit dans chaque cas établir l'équilibre entre les articles 26 et 8, et ce, parce que, dans l'affaire *Dagg*, le demandeur avait expressément demandé au ministre de tenir compte de l'intérêt public et qu'il a été conclu que le ministre en avait tenu compte²⁶.

[121] Il est également possible de se fonder sur l'arrêt *Kelly c. Canada (Solliciteur général)*²⁷, dans lequel le juge Strayer a examiné l'approche générale à adopter à l'égard des exceptions discrétionnaires prévues par la loi. Voici ce qu'il a dit, à la page 58:

Le second type de décision est purement discrétionnaire. À mon sens, en révisant une telle décision la Cour ne devrait pas tenter elle-même d'exercer de nouveau le pouvoir discrétionnaire, mais plutôt examiner le document en question et les circonstances qui l'entourent et se demander simplement si le pouvoir discrétionnaire semble avoir été exercé en bonne foi [*sic*] et pour un motif qui se rapporte de façon logique à la raison pour laquelle il a été accordé.

Cet énoncé demande à la Cour qui effectue l'examen de tenir compte de la raison pour laquelle le pouvoir discrétionnaire a été accordé en vertu de l'article 26 et du sous-alinéa 8(2)m(i). L'article 26 visait clairement à protéger les tiers contre la communication de renseignements confidentiels les concernant. Cette disposition confère au responsable de l'institution fédérale le pouvoir discrétionnaire de faire preuve de jugement en comparant les intérêts d'un tiers en matière de vie privée et les droits d'accès de la partie requérante. Le sous-alinéa 8(2)m(i) a été édicté pour qu'un équilibre discrétionnaire similaire soit maintenu entre les raisons d'intérêt public justifiant la communication et le droit à la vie privée.

[122] La raison pour laquelle le pouvoir discrétionnaire a été accordé en vertu du sous-alinéa 8(2)m(i) montre comment ce pouvoir peut être exercé d'une façon sensée et responsable. Le pouvoir discrétionnaire est accordé en vue de protéger l'intérêt des citoyens canadiens en matière de vie privée. Toutefois, il faut noter que le droit à la vie privée peut s'étendre d'une façon stricte ou d'une façon générale. Au sens strict, dans chaque cas où les articles 26 et 8 sont en cause, le responsable de l'institution devrait tenir compte de la protection de la vie privée des individus désignés

broader understanding of privacy, drawing inspiration from the very general wording of subparagraph 8(2)(m)(i) (“any invasion of privacy” / “une éventuelle violation de la vie privée”) would suggest that the institution head may on some occasions understand protection of privacy as a broadly conceived policy goal, without reference to particular individuals. As was stated by Muldoon J. in *Bland v. Canada (National Capital Commission)*:²⁸

. . . it is clear that one must, at least notionally, quantify what might be called “the privacy interest” in order that “the public interest in disclosure” and it [i.e. the privacy interest] may be weighed against each other. This is an intellectual exercise *par excellence*, which subparagraph 8(2)(m)(i) exacts . . . of the heads of government institutions . . .

This confirms that the privacy interest in subparagraph 8(2)(m)(i) is capable of varying degrees of abstraction. Sometimes the comparison of a general category like the public interest with the interest in privacy will require that the latter be conceived in general terms.

[123] The two ways of conceiving privacy create some flexibility in the manner of exercising discretion under subparagraph 8(2)(m)(i). Generally, the most obvious way for the institution head to exercise his or her discretion will be by inquiring into the impact of disclosure upon the privacy of those individual third parties specifically named in the requested information. At other times, it might be appropriate to deal with the privacy interest at a more abstract level so as to weigh it against the public’s interest in disclosure. The latter approach may at times be an equally valid exercise of the broad discretion conferred upon the head of a government institution. The extent to which the privacy interest ought to be considered in a more or less specific form will depend largely on the facts surrounding each request.

[124] Having said all this, however, we confess that we are unable to ascertain from the decision of the reviewing Judge whether in fact CSIS conducted any kind of discretionary balancing of public interest and

dans les renseignements demandés. Au sens large, le libellé fort général du sous-alinéa 8(2)m(i) («une éventuelle violation de la vie privée»/«any invasion of privacy») laisserait entendre que le responsable de l’institution peut dans certains cas interpréter la protection de la vie privée comme un principe général, sans tenir compte d’individus particuliers. Comme le juge Muldoon l’a dit dans la décision *Bland c. Canada (Commission de la capitale nationale)* ²⁸:

Il est [. . .] clair qu’on doit quantifier, du moins théoriquement, ce qu’on pourrait qualifier de «droit à la protection de la vie privée» afin d’être à même de le mettre dans la balance face à «l’intérêt public dans la divulgation». Il s’agit là d’un exercice intellectuel par excellence, que le sous-alinéa 8(2)m(i) exige [. . .] des responsables d’institutions fédérales [. . .]

Cela confirme que l’intérêt visé au sous-alinéa 8(2)m(i) en matière de vie privée peut s’interpréter d’une façon plus ou moins abstraite. La comparaison d’une catégorie générale comme l’intérêt public et de l’intérêt en matière de vie privée exige parfois que ce dernier intérêt soit conçu en des termes généraux.

[123] Les deux façons de concevoir la vie privée permettent une certaine souplesse dans l’exercice du pouvoir discrétionnaire prévu au sous-alinéa 8(2)m(i). En général, la façon la plus évidente pour le responsable de l’institution d’exercer son pouvoir discrétionnaire consistera à déterminer les répercussions de la communication sur la vie privée des tiers individuels expressément désignés dans les renseignements demandés. Dans d’autres cas, il pourrait être opportun d’examiner la question de l’intérêt en matière de vie privée d’une façon plus abstraite, de manière à l’apprécier par rapport aux raisons d’intérêt public justifiant la communication. Cette dernière approche peut parfois constituer un exercice également légitime du pouvoir discrétionnaire général conféré au responsable de l’institution fédérale. La mesure dans laquelle il devrait être tenu compte d’une façon plus ou moins précise de l’intérêt en matière de vie privée dépend en bonne partie des faits de chaque affaire.

[124] Toutefois, ceci dit, nous admettons que la décision rendue par le juge qui a effectué l’examen ne nous permet pas de savoir si en fait le SCRS a cherché à établir un certain genre d’équilibre discrétion-

privacy. In other words, it is unclear whether CSIS took any consideration of subparagraph 8(2)(m)(i) when it refused to disclose information relating to third parties and whether, therefore, it properly applied the exemption it claimed pursuant to section 26 of the Act. Nor are we able to determine whether the reviewing Judge was satisfied that the exception had been considered by CSIS, or that he considered it himself.

[125] In these circumstances, there should be a new review of the personal information requested in banks 010 and 015 for the purpose of determining whether the exemption in section 26 of the Act has been properly applied by CSIS.

Whether the reviewing Judge fettered his discretion to receive *ex parte* representations pursuant to section 46

[126] Section 46 of the Act authorizes a reviewing judge to receive *ex parte* representations and hold *in camera* hearings when the claims for exemptions are based on provisions other than paragraph 19(1)(a) or (b) or section 21. However, both *ex parte* representations and *in camera* hearings are mandatory when paragraph 19(1)(a) or (b) or section 21 claims are made.

[127] In the present instance, only written *ex parte* representations in the form of supplementary secret affidavits were filed pursuant to section 46 in relation to the refusals to disclose by the RCMP, the DEA and CSIS. The appellant avers that the reviewing Judge, in violation of section 46, ruled that such representations are necessary in every review. He contends that the Judge, in so doing, fettered his discretion.

[128] With respect, we do not think this is what the reviewing Judge concluded. Because of the Court's duty to look into whether the refusal to disclose is justified, he was of the view that it is sound practice

naire entre l'intérêt public et la vie privée. En d'autres termes, on ne sait pas trop si le SCRS a tenu compte du sous-alinéa 8(2)m(i) en refusant la communication de renseignements concernant des tiers et si, par conséquent, il a appliqué de la façon appropriée l'exception revendiquée conformément à l'article 26 de la Loi. Nous ne sommes pas non plus en mesure de déterminer si le juge qui a effectué l'examen était convaincu que le SCRS avait tenu compte de l'exception ou s'il en avait lui-même tenu compte.

[125] Dans ces conditions, il faudrait effectuer un nouvel examen des renseignements personnels versés dans les fichiers 010 et 015 qui ont été demandés en vue de déterminer si le SCRS a appliqué de la façon appropriée l'exception prévue à l'article 26 de la Loi.

Question de savoir si le juge qui a effectué l'examen a porté atteinte à son pouvoir discrétionnaire en entendant les arguments en l'absence d'une partie conformément à l'article 46

[126] L'article 46 de la Loi autorise le juge qui effectue l'examen à entendre les arguments en l'absence d'une partie et à tenir des audiences à huis clos lorsque la revendication d'exceptions est fondée sur des dispositions autres que les alinéas 19(1)a) ou b) ou l'article 21. Toutefois, l'audition d'arguments en l'absence d'une partie et la tenue d'audiences à huis clos sont obligatoires lorsque les alinéas 19(1)a) ou b) ou l'article 21 sont en cause.

[127] En l'espèce, seuls des arguments écrits sous la forme d'affidavits secrets supplémentaires ont été présentés en l'absence d'une partie conformément à l'article 46 par suite du refus de communication de la part de la GRC, du MAE et du SCRS. L'appelant affirme que le juge qui a effectué l'examen a décidé, en violation de l'article 46, qu'il est nécessaire que pareils arguments soient entendus dans chaque cas. Il soutient que, ce faisant, le juge a porté atteinte à son pouvoir discrétionnaire.

[128] Avec égards, nous ne croyons pas que c'est ce que le juge qui a effectué l'examen a conclu. Étant donné que la Cour est tenue de se demander si le refus de communication est justifié, le juge était d'avis

for the Court to receive *ex parte* submissions in proceedings which contest such refusal. Such evidence assists the Judge in his review and helps to ensure that confidential or secret information is not disclosed to the public or the applicant when an exemption from disclosure is justified. As it appears from his decision, the reviewing Judge was of the opinion that *ex parte* submissions are an effective compromise solution which makes sense generally. The fact that this solution makes sense generally, in our view, does not mean that he fettered or improperly exercised his discretion to accept such evidence in this particular instance. We would dismiss this ground of appeal.

Whether the Judge erred in refusing to admit the expert evidence of Mr. Copeland

[129] At the hearing on the constitutional validity of section 51 of the Act, the appellant sought to introduce as expert evidence the affidavit of Mr. Paul Copeland, a former law firm partner of the appellant and also an applicant under the Act with respect to personal information relating to himself.

[130] The learned Judge recognized that Mr. Copeland was an expert in privacy matters but refused his affidavit on three grounds: it was marginally relevant, the evidence it contained was not necessary and Mr. Copeland was not an independent expert in view of his former association with the applicant and in view of the fact that he was pursuing his own access proceedings.²⁹

[131] We have reviewed Mr. Copeland's public affidavit. We have come to the conclusion that it meets the criteria set down by the Supreme Court of Canada in *R. v. Mohan*³⁰ and that it should have been admitted for the purpose of the judicial review.

[132] There is no doubt that the affidavit satisfies both the logical and legal relevancy test in that its value outweighs its impact on the process, i.e. its prejudicial effect. In order to satisfy the necessity test,

qu'il est sensé pour la Cour d'entendre des arguments en l'absence d'une partie dans une instance visant à la contestation de pareil refus. Pareille preuve aide le juge dans son examen et lui permet de s'assurer que des renseignements confidentiels ou secrets ne seront pas communiqués au public ou au demandeur lorsque l'exception revendiquée est justifiée. Comme le montre sa décision, le juge qui a effectué l'examen était d'avis que l'audition d'arguments en l'absence d'une partie constitue une solution de compromis efficace et généralement sensé. Ce fait, à notre avis, ne veut pas pour autant dire que le juge a limité ou irrégulièrement exercé son pouvoir discrétionnaire d'accepter pareille preuve dans ce cas-ci. Nous rejetons ce moyen d'appel.

Question de savoir si le juge a commis une erreur en refusant d'admettre la preuve d'expert de M. Copeland

[129] À l'audience relative à la question de la constitutionnalité de l'article 51 de la Loi, l'appelant a cherché à présenter à titre de preuve d'expert l'affidavit de M. Paul Copeland, autrefois associé à son cabinet d'avocats, et qui a également demandé, en vertu de la Loi, des renseignements personnels le concernant.

[130] Le juge a reconnu que M. Copeland était un expert en matière de vie privée, mais il a refusé son affidavit pour trois motifs: il était fort peu pertinent, la preuve qu'il renfermait n'était pas nécessaire et M. Copeland n'était pas un expert indépendant compte tenu de son ancienne association au demandeur et du fait qu'il avait lui-même engagé des procédures en vue d'obtenir la communication de renseignements²⁹.

[131] Nous avons examiné l'affidavit public de M. Copeland. Nous sommes arrivés à la conclusion que cet affidavit satisfait aux critères énoncés par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *R. c. Mohan*³⁰ et qu'il aurait dû être admis aux fins du contrôle judiciaire.

[132] Il est certain que l'affidavit satisfait tant au critère de la pertinence logique qu'au critère de la pertinence juridique en ce sens que sa valeur l'emporte sur les répercussions qu'il a sur la procédure,

the expert opinion must be necessary “in the sense that it provide information ‘which is likely to be outside the experience and knowledge of a judge or jury’”.³¹ The affiant asserts on the basis of his expertise some facts relating to information that is likely to be outside the knowledge of a reviewing judge.

[133] First, the affiant swears that the affidavit of Mr. MacEwan is in nature and form quite similar to all the affidavits that he has seen tendered in national security matters. He qualifies the affidavit as a “boiler plate” affidavit.

[134] Second, based on his experience, special knowledge and expertise, he expresses serious doubts that one could conclude that there exists a reasonable expectation of injury in view of the fact that the material to which access is sought is more than 20 years old.

[135] Third, he also doubts that the protection of sources, if necessary, cannot be assured otherwise than by a refusal to disclose, since such protection has been achieved in search warrant matters by a mere editing process.

[136] Fourth, he draws the attention of the reviewing Judge to the fact that there is a tendency in public administrations to unduly and unnecessarily over classify information in order to prevent government embarrassment. This controversial fact is not one that a judge could take judicial notice of.

[137] Finally, the Copeland affidavit should not have been excluded on account of a possible bias of the affiant. Such factor goes to the credibility of the evidence, not its admissibility.³²

[138] We do not think that admitting the affidavit of Mr. Copeland bears any impact or significance on the

c’est-à-dire sur son effet préjudiciable. Afin de satisfaire au critère de la nécessité, l’opinion d’expert doit être nécessaire «au sens qu’elle fournit des renseignements “qui, selon toute vraisemblance, dépassent l’expérience et la connaissance d’un juge ou d’un jury”»³¹. Le déclarant énonce, en se fondant sur son expertise, certains faits se rapportant aux renseignements qu’un juge qui effectue un examen est susceptible de ne pas connaître d’office.

[133] Premièrement, l’auteur de l’affidavit déclare sous serment que l’affidavit de M. MacEwan est, quant à sa nature et à sa forme, passablement semblable à tous les affidavits dont il a eu connaissance dans les affaires de sécurité nationale. Il qualifie l’affidavit de «clause de style».

[134] Deuxièmement, en se fondant sur son expérience, sur ses connaissances spéciales et sur son expertise, le déclarant doute sérieusement qu’il soit possible de conclure qu’un préjudice risque vraisemblablement d’être causé compte tenu du fait que les renseignements dont la communication est demandée ont plus de 20 ans.

[135] Troisièmement, le déclarant doute également qu’il soit impossible d’assurer la protection des sources d’information, au besoin, autrement qu’en refusant la communication, étant donné que pareille protection a été assurée dans des affaires de mandat de perquisition au moyen du simple remaniement de l’information.

[136] Quatrièmement, le déclarant attire l’attention du juge qui effectue l’examen sur le fait que les administrations publiques ont tendance à surclassifier indûment et inutilement les renseignements afin d’éviter d’embarrasser le gouvernement. Ce fait controversable n’est pas un fait dont un juge pourrait prendre connaissance d’office.

[137] Enfin, l’affidavit Copeland n’aurait pas dû être exclu à cause de la partialité possible du déclarant. Ce facteur se rapporte à la crédibilité de la preuve plutôt qu’à son admissibilité³².

[138] Nous ne croyons pas que l’admission de l’affidavit de M. Copeland influe sur la constitutionna-

issue of the constitutional validity of section 51 of the Act or its validation under section 1 of the Charter. Indeed, all the parties asked that the constitutional issue not be remitted for reconsideration simply because of the failure to admit it. However, we believe it should have been considered in assessing whether the exemptions were properly claimed and applied by CSIS and the DEA.

[139] Counsel for the respondent requested that she be authorized to cross-examine Mr. Copeland should his affidavit be ruled admissible. We hesitated in view of the fact that the appellant's initial request for access to personal information held by the government goes as far back as March 1988. However, we have come to the conclusion that the respondent's request should be granted, but that the right to cross-examination, if it is to be exercised should be exercised diligently.

The constitutional issue

[140] The appellant asserts that certain provisions of the Act are unconstitutional under paragraph 2(b), sections 7 and 8 of the Charter. Specifically, it is alleged that paragraph 51(2)(a) and subsection 51(3) of the Act infringe the right to freedom of the press under paragraph 2(b) of the Charter and the right of persons not to be deprived of their security except in accordance with the principles of fundamental justice under section 7 of the latter. Correlatively, the appellant submits that the provisions of the Act are not saved by section 1 of the Charter. Section 8 of the Charter is invoked in conjunction with section 7 and not as a separate ground of challenge.

[141] For purposes of deciding the constitutional issue, the scheme of the Act is as follows. Section 41 of the legislation provides that any person who has been refused access to his or her personal information, and who has complained to the Privacy Commissioner with respect to that refusal, may seek judicial review of the continuing refusal. An application commenced under section 41 is to be heard in a summary fashion by any judge of the Federal Court—Trial Division.

lité de l'article 51 de la Loi ou sur sa justification au regard de l'article premier de la Charte. De fait, les parties ont demandé que la question de la constitutionnalité ne soit pas renvoyée pour réexamen simplement parce que l'affidavit n'a pas été admis. Toutefois, nous croyons qu'il aurait fallu en tenir compte en appréciant la question de savoir si le SCRS et le MAE avaient légitimement revendiqué et appliqué les exceptions.

[139] L'avocate du défendeur a demandé à être autorisée à contre-interroger M. Copeland si l'affidavit de celui-ci était jugé admissible. Nous avons hésité étant donné que la demande initiale de communication des renseignements personnels détenus par le gouvernement que l'appelant a faite remonte au mois de mars 1988. Toutefois, nous en sommes arrivés à la conclusion que la demande du défendeur devrait être accueillie, le droit de contre-interroger le témoin devant, le cas échéant, être exercé avec diligence.

La question de la constitutionnalité

[140] L'appelant affirme que certaines dispositions de la Loi sont inconstitutionnelles en vertu de l'alinéa 2b) ainsi que des articles 7 et 8 de la Charte. Plus précisément, il est allégué que les paragraphes 51(2) et (3) de la Loi violent la liberté de la presse reconnue à l'alinéa 2b) de la Charte et le droit de n'être privé de sa sécurité qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale, lequel est prévu à l'article 7 de la Charte. En même temps, l'appelant soutient que les dispositions de la Loi ne se justifient pas au regard de l'article premier de la Charte. L'article 8 de la Charte est invoqué avec l'article 7 et non en tant que motif distinct de contestation.

[141] Aux fins du règlement de la question de la constitutionnalité, le fonctionnement de la Loi est le suivant. L'article 41 de la Loi prévoit que l'individu qui s'est vu refuser communication de renseignements personnels le concernant et qui a déposé une plainte à ce sujet devant le Commissaire à la protection de la vie privée peut solliciter le contrôle judiciaire du refus continu. Un juge de la Section de première instance de la Cour fédérale entend d'une façon sommaire la

That judge is required to take every reasonable precaution to avoid disclosing information which eventually may be found to have been validly withheld. In pursuit of this objective, subsection 46(1) empowers the reviewing judge to exercise a discretion as to whether *ex parte* representations and *in camera* hearings are necessary to avoid accidental disclosure of personal information. However, in certain instances the Act mandates *ex parte* and *in camera* proceedings which must be brought before certain “designated” judges of the Trial Division of this Court. These designated judges have the responsibility of handling cases involving national security matters under the control of CSIS.

[142] Paragraph 51(2)(a) and subsection 51(3) of the Act are two provisions that reflect this greater concern for secrecy. Together, they direct that, upon a denial of access to personal information on the basis of paragraph 19(1)(a) or (b), or section 21 of that Act and a subsequent challenge to that denial, a designated Federal Court judge is to hold an *in camera* hearing and to accept *ex parte* submissions from the head of the government institution denying access. Paragraph 19(1)(a) provides that the head of a government institution shall refuse to disclose any personal information that was obtained in confidence from the government of a foreign state or an institution of that foreign state. Paragraph 19(1)(b) extends that restriction to information obtained in confidence from an international organization of states or an institution thereof. Section 21 is a discretionary provision that permits the head of a government institution to refuse to disclose any personal information on the grounds that to do so would threaten national security. Specifically, it provides that disclosure of personal information may be refused if such disclosure could reasonably be expected to be injurious to the conduct of international affairs, the defence of Canada or the efforts of Canada toward detecting, preventing or suppressing subversive or hostile activities. (The definitions of such allied states or hostile activities are found in section 15 of the *Access to Information Act*.)

demande présentée en vertu de l'article 41. Ce juge prend toutes les précautions possibles pour éviter que ne soient divulgués des renseignements dont le refus de communication peut en fin de compte être jugé justifié. Conformément à cet objectif, le paragraphe 46(1) autorise le juge qui effectue l'examen à exercer son pouvoir discrétionnaire pour décider d'entendre les arguments en l'absence d'une partie et de tenir des audiences à huis clos de façon à éviter la communication accidentelle de renseignements personnels. Toutefois, dans certains cas, la Loi exige que des procédures aient lieu à huis clos et en l'absence d'une partie devant certains juges «désignés» de la Section de première instance de cette Cour. Ces juges désignés ont la responsabilité de s'occuper des affaires portant sur des questions de sécurité nationale relevant du SCRS.

[142] L'alinéa 51(2)a) et le paragraphe 51(3) de la Loi sont deux dispositions qui montrent cette préoccupation particulière pour le caractère secret des renseignements. Ensemble, ces dispositions exigent que, lorsque le refus de communication de renseignements personnels est lié aux alinéas 19(1)a) ou b) ou à l'article 21 de la Loi et que ce refus est par la suite contesté, un juge désigné de la Cour fédérale tiende une audience à huis clos et entende en l'absence d'une partie les arguments du responsable de l'institution fédérale qui refuse la communication. L'alinéa 19(1)a) prévoit que le responsable d'une institution fédérale est tenu de refuser la communication des renseignements personnels qui ont été obtenus à titre confidentiel des gouvernements des États étrangers ou de leurs organismes. L'alinéa 19(1)b) étend cette restriction aux renseignements qui ont été obtenus à titre confidentiel des organisations internationales d'États ou de leurs organismes. L'article 21 est une disposition discrétionnaire qui autorise le responsable d'une institution fédérale à refuser la communication des renseignements personnels dont la divulgation nuirait à la sécurité nationale. Plus précisément, cette disposition prévoit que le responsable peut refuser la communication de renseignements personnels dont la divulgation risquerait vraisemblablement de porter préjudice à la conduite des affaires internationales, à la défense du Canada ou à ses efforts de détection, de prévention

For ease of reference, we will refer to information withheld pursuant to section 19 as “foreign confidences” and information withheld pursuant to section 21 as information relating to “national security”. The relevant provisions of the Act read as follows:

19. (1) Subject to subsection (2), the head of a government institution shall refuse to disclose any personal information requested under subsection 12(1) that was obtained in confidence from

- (a) the government of a foreign state or an institution thereof;
- (b) an international organization of states or an institution thereof;

...

21. The head of a government institution may refuse to disclose any personal information requested under subsection 12(1) the disclosure of which could reasonably be expected to be injurious to the conduct of international affairs, the defence of Canada or any state allied or associated with Canada, as defined in subsection 15(2) of the *Access to Information Act*, or the efforts of Canada toward detecting, preventing or suppressing subversive or hostile activities, as defined in subsection 15(2) of the *Access to Information Act*, including, without restricting the generality of the foregoing, any such information listed in paragraphs 15(1)(a) to (i) of the *Access to Information Act*.

...

41. Any individual who has been refused access to personal information requested under subsection 12(1) may, if a complaint has been made to the Privacy Commissioner in respect of the refusal, apply to the Court for a review of the matter within forty-five days after the time the results of an investigation of the complaint by the Privacy Commissioner are reported to the complainant under subsection 35(2) or within such further time as the Court may, either before or after the expiration of those forty-five days, fix or allow.

...

46. (1) In any proceedings before the Court arising from an application under section 41, 42 or 43, the Court shall take every reasonable precaution, including, when appropriate, receiving representations *ex parte* and conducting hearings *in camera*, to avoid the disclosure by the Court or any person of

ou de répression d'activités hostiles ou subversives. (Les mots «États alliés» et «activités hostiles» sont définis à l'article 15 de la *Loi sur l'accès à l'information*.) Pour plus de commodité, nous appellerons les renseignements dont la communication est refusée en vertu de l'article 19 les «renseignements de source étrangère obtenus à titre confidentiel» et les renseignements dont la communication est refusée en vertu de l'article 21 les «renseignements relatifs à la sécurité nationale». Les dispositions pertinentes de la Loi se lisent comme suit:

19. (1) Sous réserve du paragraphe (2), le responsable d'une institution fédérale est tenu de refuser la communication des renseignements personnels demandés en vertu du paragraphe 12(1) qui ont été obtenus à titre confidentiel:

- a) des gouvernements des États étrangers ou de leurs organismes;
- b) des organisations internationales d'États ou de leurs organismes;

[. . .]

21. Le responsable d'une institution fédérale peut refuser la communication des renseignements personnels demandés en vertu du paragraphe 12(1) dont la divulgation risquerait vraisemblablement de porter préjudice à la conduite des affaires internationales, à la défense du Canada ou d'États alliés ou associés avec le Canada, au sens du paragraphe 15(2) de la *Loi sur l'accès à l'information*, ou à ses efforts de détection, de prévention ou de répression d'activités hostiles ou subversives, au sens du paragraphe 15(2) de la même loi, notamment les renseignements visés à ses alinéas 15(1)a) à i).

[. . .]

41. L'individu qui s'est vu refuser communication de renseignements personnels demandés en vertu du paragraphe 12(1) et qui a déposé ou fait déposer une plainte à ce sujet devant le Commissaire à la protection de la vie privée peut, dans un délai de quarante-cinq jours suivant le compte rendu du Commissaire prévu au paragraphe 35(2), exercer un recours en révision de la décision de refus devant la Cour. La Cour peut, avant ou après l'expiration du délai, le proroger ou en autoriser la prorogation.

[. . .]

46. (1) À l'occasion des procédures relatives aux recours prévus aux articles 41, 42 ou 43, la Cour prend toutes les précautions possibles, notamment, si c'est indiqué, par la tenue d'audiences à huis clos et l'audition d'arguments en l'absence d'une partie, pour éviter que ne soient divulgués de par son propre fait ou celui de quiconque:

(a) any information or other material that the head of a government institution would be authorized to refuse to disclose if it were requested under subsection 12(1) or contained in a record requested under the *Access to Information Act*; or

(b) any information as to whether personal information exists where the head of a government institution, in refusing to disclose the personal information under this Act, does not indicate whether it exists.

...

51. (1) Any application under section 41 or 42 relating to personal information that the head of a government institution has refused to disclose by reason of paragraph 19(1)(a) or (b) or section 21, and any application under section 43 in respect of a file contained in a personal information bank designated as an exempt bank under section 18 to contain files all of which consist predominantly of personal information described in section 21, shall be heard and determined by the Associate Chief Justice of the Federal Court or by such other judge of the Court as the Associate Chief Justice may designate to hear the applications.

(2) An application referred to in subsection (1) or an appeal brought in respect of such application shall

(a) be heard *in camera*; and

(b) on the request of the head of the government institution concerned, be heard and determined in the National Capital Region described in the schedule to the *National Capital Act*.

(3) During the hearing of an application referred to in subsection (1) or an appeal brought in respect of such application, the head of the government institution concerned shall, on the request of the head of the institution, be given the opportunity to make representations *ex parte*.

[143] Of the three institutions targeted by the appellant's access requests, only CSIS refused to disclose personal information pertaining to the appellant on the basis of sections 19 and 21 of the Act. Consequently, the constitutional challenges to the provisions of section 51 only arise in the context of CSIS's refusal to provide access to personal information contained within two information "banks". (The application for judicial review of that decision is contained within file T-638-91 (A-873-97).)

[144] It will be recalled that the appellant requested access to bank 010 which relates to "sensitive" investigations being conducted by CSIS. In response, CSIS refused to confirm or deny the existence of informa-

a) des renseignements qui justifient un refus de communication de renseignements personnels demandés en vertu du paragraphe 12(1) ou de renseignements contenus dans un document demandé sous le régime de la *Loi sur l'accès à l'information*;

b) des renseignements faisant état de l'existence de renseignements personnels que le responsable d'une institution fédérale a refusé de communiquer sans indiquer s'ils existaient ou non.

[. . .]

51. (1) Les recours visés aux articles 41 ou 42 et portant sur les cas où le refus de donner communication de renseignements personnels est lié aux alinéas 19(1)a) ou b) ou à l'article 21 et sur les cas concernant la présence des dossiers dans chacun desquels dominent des renseignements visés à l'article 21 dans des fichiers inconsultables classés comme tels en vertu de l'article 18 sont exercés devant le juge en chef adjoint de la Cour fédérale ou tout autre juge de cette Cour qu'il charge de leur audition.

(2) Les recours visés au paragraphe (1) font, en premier ressort ou en appel, l'objet d'une audition à huis clos; celle-ci a lieu dans la région de la capitale nationale définie à l'annexe de la *Loi sur la capitale nationale* si le responsable de l'institution fédérale concernée le demande.

(3) Le responsable de l'institution fédérale concernée a, au cours des auditions en première instance ou en appel et sur demande, le droit de présenter des arguments en l'absence d'une autre partie.

[143] Sur les trois institutions visées par les demandes de communication de l'appellant, seul le SCRS a refusé de communiquer des renseignements personnels concernant l'appellant en invoquant les articles 19 et 21 de la Loi. La contestation constitutionnelle des dispositions de l'article 51 est donc uniquement faite dans le contexte du refus du SCRS de communiquer des renseignements personnels versés dans les deux «fichiers». (La demande de contrôle judiciaire de cette décision se rapporte au dossier T-638-91 (A-873-97).)

[144] Il importe de se rappeler que l'appellant a demandé l'accès au fichier 010, qui porte sur les enquêtes «de nature délicate» effectuées par le SCRS. En réponse, le SCRS a refusé de confirmer ou de nier

tion in that bank relevant to the appellant's request as provided for under subsection 16(2) of the Act. CSIS added that if information did exist it was exempt from disclosure pursuant to sections 19, 21, 22 and 26 of the Act. It is CSIS's position that the investigations referred to in bank 010 would be jeopardized if individuals or organizations involved in those investigations were able to confirm CSIS's interest in them. The information contained in bank 015 is similar to that in bank 010, but is more dated and, consequently, is said to be less sensitive. Some of the information in bank 015 was released after intervention by the Privacy Commissioner. However, CSIS claimed an exemption for the balance of the information under sections 19, 21, and paragraphs 22(1)(a) and (b) of the Act.

[145] The central thrust of the appellant's argument is that the mandatory nature of section 51 of the Act is contrary to various provisions of the Charter. Unlike subsection 46(1) of the former which vests in the motions judge a discretion as to whether the proceedings should be *ex parte* or *in camera*, section 51 directs that a hearing into the refusal to disclose information by reason of paragraph 19(1)(a) or (b) or section 21 shall be in camera and that the head of the government institution concerned shall be given the opportunity to make representations *ex parte*. The Motions Judge [[1996] 3 F.C. 134] found that paragraph 51(2)(a) and subsection 51(3) of the Act restrict the rights enshrined in paragraph 2(b) of the Charter but that the impugned provisions were saved under section 1 of the Charter. The respondent has not appealed against her finding that these provisions violate paragraph 2(b). On the issue of whether the subsections infringed a privacy right protected under section 7 or 8 of the Charter, she found that the subsections simply establish procedural rules for the review of a refusal to grant access to personal information and, as such, do not engage an individual's right to privacy. We shall deal first with the paragraph 2(b) argument which was examined fully by the Motions Judge. In our respectful view, she did not err

l'existence des renseignements versés dans ce fichier se rapportant à la demande de l'appelant conformément au paragraphe 16(2) de la Loi. Le SCRS a ajouté que, si les renseignements existaient, ils étaient visés par les exceptions prévues aux articles 19, 21, 22 et 26 de la Loi. Le SCRS soutient que le déroulement des enquêtes visées par le fichier 010 serait compromis si les individus ou les organisations en cause dans ces enquêtes étaient en mesure de confirmer l'intérêt que le SCRS leur manifeste. Les renseignements versés dans les fichiers 015 sont semblables à ceux qui sont versés dans le fichier 010, mais ils sont plus anciens et, par conséquent, il est soutenu qu'il s'agit de renseignements de nature moins délicate. Certains renseignements versés dans les fichiers 015 ont été communiqués à la suite d'une intervention du Commissaire à la protection de la vie privée. Toutefois, le SCRS a revendiqué une exception à l'égard des autres renseignements en vertu des articles 19 et 21 ainsi que des alinéas 22(1)a) et b) de la Loi.

[145] L'appelant soutient fondamentalement que la nature obligatoire de l'article 51 de la Loi va à l'encontre de diverses dispositions de la Charte. Contrairement au paragraphe 46(1) de la Loi, qui confère au juge des requêtes le pouvoir discrétionnaire voulu pour déterminer si les procédures doivent se dérouler en l'absence d'une partie ou à huis clos, l'article 51 exige que les audiences portant sur les cas où le refus de donner communication de renseignements est lié aux alinéas 19(1)a) ou b) ou à l'article 21 soient tenues à huis clos et que le responsable de l'institution fédérale concernée ait le droit de présenter des arguments en l'absence d'une autre partie. La juge des requêtes [[1996] 3 C.F. 134] a conclu que l'alinéa 51(2)a) et le paragraphe 51(3) de la Loi restreignent les droits garantis à l'alinéa 2b) de la Charte, mais que les dispositions contestées se justifiaient au regard de l'article premier de la Charte. Le défendeur n'en a pas appelé de la conclusion tirée par la juge, à savoir que ces dispositions violent l'alinéa 2b). Quant à la question de savoir si les dispositions violaient le droit à la vie privée reconnu aux articles 7 et 8 de la Charte, la juge a conclu que ces dispositions établissent simplement les règles de procédure applicables à l'examen d'un refus de communication de renseignements personnels et, partant, qu'elles ne se rapportent pas au

in deciding this issue against the appellant.

[146] As to the appellant's entitlement to raise paragraph 2(b) against the mandatory requirements for *in camera* and *ex parte* proceedings in section 51 of the Act, the Motions Judge observed that freedom of expression protects both listeners and readers. The appellant, therefore, was entitled to challenge the provision on the grounds that if the media cannot attend a hearing held pursuant to section 51, the appellant, as a member of the reading public, was practically denied the right to read about the hearing in the press. The Judge found that although there will be situations in which public disclosure of personal information could be destructive to the interests protected in paragraphs 19(1)(a) and (b) and section 21 of the Act, to provide peremptorily that such personal information must always be dealt with *in camera* and *ex parte* offends paragraph 2(b) of the Charter. She expressed the view that it is not appropriate to hold court in private unless, on a case-by-case basis, the Crown demonstrates to the satisfaction of a judge in the exercise of his or her discretion that *in camera* and/or *ex parte* proceedings are justified when weighed against the public interest in an open and accountable judicial system. She then addressed the question of whether the provisions in question were saved under section 1 of the Charter.

[147] She found that the restriction on paragraph 2(b) could be justified as a reasonable limit under section 1 of the Charter after applying the analytical framework set out in *The Queen v. Oakes*.³³ That framework imposes a burden on the Attorney General to establish that: (i) the legislation addresses a pressing and substantial objective; (ii) a rational connection between the legislative measure and the objective is present; (iii) the legislation impairs rights and freedoms as little as possible; and (iv) a proportionality

droit à la vie privée d'un individu. Nous traiterons d'abord de l'argument fondé sur l'alinéa 2b) que la juge des requêtes a examiné à fond. À notre avis, la juge n'a pas commis d'erreur en se prononçant contre l'appelant sur ce point.

[146] Quant au droit que possède l'appelant d'invoquer l'alinéa 2b) à l'encontre des dispositions obligatoires de l'article 51 de la Loi prévoyant la tenue d'une audience à huis clos et en l'absence d'une partie, le juge des requêtes a fait remarquer que la liberté d'expression protège tant les auditeurs que les lecteurs. L'appelant a donc le droit de contester la disposition pour le motif que si les médias ne peuvent pas assister à une audience tenue conformément à l'article 51, l'appelant, en sa qualité de membre du public, s'est en pratique vu refuser le droit de prendre connaissance du compte rendu de l'audience dans la presse. La juge a conclu que même si, dans certains cas, la communication publique de renseignements personnels peut nuire aux intérêts protégés par les alinéas 19(1)a) et b) ainsi que par l'article 21 de la Loi, prévoir d'une façon péremptoire que pareils renseignements personnels doivent toujours être examinés à huis clos et en l'absence d'une partie va à l'encontre de l'alinéa 2b) de la Charte. La juge a exprimé l'avis selon lequel il n'est pas approprié de tenir une audience en privé à moins que, sur une base individuelle, la Couronne ne démontre à la satisfaction d'un juge qui exerce son pouvoir discrétionnaire que la tenue d'une audience à huis clos ou en l'absence d'une partie est justifiée, et ce, bien que l'intérêt public exige un système judiciaire public et responsable. La juge a ensuite examiné la question de savoir si les dispositions en question se justifiaient au regard de l'article premier de la Charte.

[147] Après avoir appliqué le cadre d'analyse énoncé dans l'arrêt *La Reine c. Oakes*³³, la juge a conclu que la restriction imposée à l'alinéa 2b) pouvait constituer une limite raisonnable en vertu de l'article premier de la Charte. Ce cadre impose au procureur général la charge d'établir: (i) que l'objectif de la législation est urgent et important; (ii) qu'il existe un lien rationnel entre la mesure législative et l'objectif visé; (iii) que la législation empiète le moins possible sur les droits et libertés; (iv) qu'il y ait une proportionnalité entre

exists between the salutary and deleterious effects of the legislation. The latter three are often enumerated together under the heading of “proportionality”.

[148] With respect to the first criterion, she held that the affidavit evidence filed in respect of the operations of CSIS, the RCMP, the DEA was sufficient to establish that the section 51 subsections were designed to achieve the pressing and substantial objective of preserving Canada’s present supply of intelligence information provided by foreign sources. She found that the evidence indicated that the objective of the section 51 provisions is to avoid the perception on the part of Canada’s allies and information sources that an inadvertent disclosure of sensitive information might occur.

[149] She then found there is a rational connection between the impugned provisions and the objective, noting that it was self-evident that *in camera* proceedings with *ex parte* representations reduced the risk of an inadvertent disclosure of sensitive information.

[150] On the question of minimal impairment, she considered whether, from a practical perspective, there is another means to achieve the objective of preserving Canada’s present supply of information provided by foreign sources which would intrude to a lesser extent on the right to freedom of the press. She dismissed the appellant’s contention that it would be feasible to substitute for the section 51 procedure, a procedure comparable to that approved by the Supreme Court of Canada for the review of affidavits used to obtain wiretaps. Although such a procedure may be less intrusive, she found that it would be impractical in cases where the respondent refused to confirm or deny the existence of information and also in cases involving large numbers of documents or a small number of complicated documents. She then considered whether the access regimes in either Australia and the United States offered any viable, alternative procedures that could be used in place of section 51.

les effets préjudiciables de la législation et ses effets bénéfiques. Les trois derniers objectifs sont souvent regroupés sous la rubrique de la «proportionnalité».

[148] En ce qui concerne le premier critère, la juge a statué que la preuve par affidavit présentée au sujet des opérations du SCRS, de la GRC et du MAE était suffisante pour établir que les dispositions de l’article 51 visaient à permettre la réalisation de l’objectif urgent et important de préserver les sources existantes de renseignements étrangères. La juge a conclu que, selon la preuve, les dispositions de l’article 51 visent à éviter que les alliés du Canada et ses sources d’information aient l’impression qu’une divulgation de renseignements de nature délicate puisse par inadvertance survenir.

[149] La juge a ensuite conclu à l’existence d’un lien rationnel entre les dispositions contestées et l’objectif visé; elle a fait remarquer que, de toute évidence, la procédure à huis clos et la présentation d’arguments en l’absence d’une partie atténuent le risque de divulgation accidentelle d’une information de nature délicate.

[150] Quant à la question de la dérogation minimale, la juge s’est demandé si, en pratique, il y avait un autre moyen d’atteindre l’objectif visant à préserver les sources existantes de renseignements étrangères, moyen qui porterait moins atteinte à la liberté de la presse. La juge a rejeté la prétention de l’appelant selon laquelle il serait possible de remplacer la procédure prévue à l’article 51 par une procédure semblable à celle qui a été approuvée par la Cour suprême du Canada pour l’examen des affidavits utilisés dans les cas d’écoute électronique. Pareille procédure peut être moins importune, mais la juge a conclu qu’elle ne serait pas pratique lorsque le défendeur refuse de confirmer ou de nier l’existence de renseignements ainsi que dans les affaires comportant un grand nombre de documents ou un petit nombre de documents compliqués. La juge s’est ensuite demandée si les régimes d’accès existant en Australie et aux États-Unis prévoyaient d’autres procédures efficaces susceptibles d’être utilisées à la place de la procédure prévue à l’article 51.

[151] The *Freedom of Information Act* in the United States [5 U.S.C. § 552 (1994)] provides that agencies are exempt from making public matters “specifically authorized under criteria established by an Executive order to be kept secret in the interest of national defence or foreign policy.” An individual who objects to such classification of information and its consequent withholding may complain to a U.S. District Court. In determining whether the agency is improperly withholding information, the District Court “may examine the contents of such agency records *in camera* to determine whether such records or any part thereof shall be withheld under any of the exemptions set forth” [emphasis added]. The burden is on the agency to convince the Court that the documents should be withheld. In determining whether the U.S. practice of granting courts discretion to determine, on a case-by-case basis, the need for *ex parte* and *in camera* hearings could be seamlessly adopted into Canada, the Motions Judge [at page 160] held that Canada’s status as a “net importer [of information] with far fewer resources” gave it less room to manoeuvre when it came to instituting permissive review procedures to determine whether to release sensitive information to a private individual. She held that even a small change could jeopardize allied countries’ perception of Canada’s ability to keep secret sensitive information.

[152] In her recounting of the administrative review process for access denials in Australia, she noted that Australia’s *Archives Act 1983* [No. 79, 1983] provides for mandatory *in camera* proceedings when exempt matters are at issue and discretion is given to hold *ex parte* proceedings and issue publication bans. She dismissed the possibility that this model could constitute minimal impairment on two grounds, the first being that the appellant did not suggest it, preferring instead to advance the wiretap affidavit review procedure as the only acceptable model for minimal

[151] La *Freedom of Information Act* américaine [5 U.S.C. § 552 (1994)] prévoit que les organismes sont exemptés de la divulgation publique lorsqu’il s’agit de questions [TRADUCTION] «qu’un décret présidentiel autorise expressément, et conformément à des critères qui y sont établis, de garder secrètes dans l’intérêt de la défense nationale ou de la politique étrangère». L’individu qui s’oppose à pareille classification des renseignements et au refus de communication en résultant peut porter plainte devant une cour de district américaine. En déterminant si l’organisme a refusé indûment la communication de renseignements, la Cour de district [TRADUCTION] «peut examiner, à huis clos le contenu des dossiers de l’organisme pour déterminer s’il faut les retenir en tout ou en partie en application de l’une ou l’autre des exceptions énoncées» [soulignement ajouté]. Il incombe à l’organisme de convaincre la Cour que la communication des documents devrait être refusée. En examinant la question de savoir si la pratique américaine voulant que les cours aient le pouvoir discrétionnaire de déterminer, sur une base individuelle, s’il faut tenir une audience à huis clos en l’absence d’une partie peut être intégralement adoptée au Canada, la juge des requêtes a statué [à la page 160] que la position du Canada à titre d’«importateur net de renseignements [. . .] doté de beaucoup moins de ressources» lui laissait moins de liberté de manoeuvre lorsqu’il s’agissait d’établir des procédures d’examen facultatives visant à permettre de déterminer si des renseignements de nature délicate devaient être communiqués à un individu. Le juge a statué qu’un changement, même mineur, pourrait faire croire aux pays alliés que le Canada n’est pas en mesure d’assurer la confidentialité des renseignements de nature délicate.

[152] En énonçant la procédure administrative d’examen applicable en Australie en cas de refus de communication, la juge a fait remarquer que l’*Archives Act 1983* [n° 79, 1983] australienne prévoit la tenue obligatoire d’une audience à huis clos lorsqu’une question visée par une exception est en cause ainsi que le pouvoir discrétionnaire de procéder en l’absence d’une autre partie et d’interdire la publication. La juge a rejeté la possibilité que ce modèle puisse constituer une dérogation minimale en se fondant sur deux motifs, le premier étant que l’appe-

impairment. Secondly, she considered proposed amendments to the Australian legislation that would operate to preclude any appeal of a decision of the Inspector General of Intelligence and Security to exempt foreign-derived material from disclosure. For those two reasons, she declined to find that the Australian practice represents a reasonable example of minimal impairment.

[153] Finally, with respect to minimal impairment, she considered the procedure used by Canada's Security Intelligence Review Committee (SIRC) pursuant to which SIRC is entitled to all CSIS information except Cabinet confidences. For the most part, the Protocol governing the release of third party information to SIRC does not contain any specific precautions to be taken: the exchange is guided by more of an "honour" system whereby SIRC agrees, for example, to observe any special precautions requested by CSIS, to treat any third party information with extreme care and to not disclose third party information to others, except with the previous authority of the third party from whom the information originated. She did not accept this system of disclosure as a viable alternative to the section 51 process largely because SIRC, as part of CSIS, accepts the importance of protecting third party information.

[154] On the issue of proportionality, she applied the test as restated by Lamer C.J. (as he then was) for the majority of the Court in *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*³⁴ This formulation required a court to review: (i) the proportionality between the deleterious effects of the measures which are responsible for limiting the rights or freedoms in question and the objective, and (ii) the proportionality between the deleterious and salutary effects of the measures. This test has been revised subsequent to the release of her

lant n'a pas invoqué cet argument, préférant soutenir que la procédure de contrôle relative à l'affidavit déposé dans une affaire d'écoute électronique est le seul modèle acceptable de dérogation minimale. Deuxièmement, la juge a examiné les modifications que l'on se proposait d'apporter à la législation australienne en vue d'interdire tout appel d'une décision de l'inspecteur général des renseignements et de la sécurité d'exempter de la communication des renseignements d'origine étrangère. Cela étant, la juge a refusé de conclure que la pratique australienne constitue un exemple raisonnable de dérogation minimale.

[153] Enfin, toujours en ce qui concerne la dérogation minimale, la juge a examiné la procédure utilisée par le Comité de surveillance des activités du renseignement de sécurité (CSARS) du Canada suivant laquelle celui-ci a le droit d'obtenir tous les renseignements détenus par le SCRS, à l'exception des documents confidentiels du cabinet. En général, le protocole régissant la communication au CSARS de renseignements provenant de tiers ne prévoit aucune précaution spéciale: l'échange est davantage fondé sur un régime de confiance par lequel le CSARS s'engage par exemple à observer toutes les précautions spéciales demandée par le SCRS, à traiter tout renseignement provenant d'un tiers avec une extrême précaution et à ne pas communiquer à autrui les renseignements obtenus d'un tiers à moins d'avoir obtenu l'autorisation de ce dernier. La juge ne croyait pas que ce système de communication puisse constituer une solution de rechange acceptable par rapport à la procédure prévue à l'article 51, et ce, en bonne partie parce que le CSARS, en tant que partie intégrante du SCRS, reconnaît qu'il est important de protéger les renseignements provenant de tiers.

[154] Quant à la question de la proportionnalité, la juge a appliqué le critère, tel qu'il a été repris par le juge en chef Lamer (tel était alors son titre) au nom de la majorité de la Cour, dans l'arrêt *Dagenais c. Société Radio-Canada*³⁴. Selon cet énoncé, la cour devait examiner: (i) la proportionnalité entre les effets préjudiciables des mesures restreignant un droit ou une liberté et l'objectif, et (ii) la proportionnalité entre les effets préjudiciables des mesures et leurs effets bénéfiques. Ce critère a été révisé après que la juge

reasons for judgment. In *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*,³⁵ Bastarache J., writing for the majority, held that the weighing of legislative objectives against the legislation's deleterious effects is effectively accomplished at the rational connection and minimal impairment stages of the analysis. This leaves for consideration whether the salutary benefits of the legislation outweigh its deleterious effects.

[155] In her reasons, the Motions Judge relied on the affidavit of Professor John M. Fraser, a former member of the Canadian Foreign Service. Professor Fraser opined that any change which replaces the mandatory provisions of section 51 of the Act with discretionary protections would be noticed by our intelligence allies and seen as a "significant" though "small" diminution of our ability to protect sensitive information from inadvertent disclosure. While she acknowledged that this evidence was "speculative", she accepted that it was credible, well founded and, in the circumstances, the best evidence available. She concluded that, although hard to quantify, the salutary effects of the section 51 provisions were the preservation of the flow of intelligence information into Canada.

[156] Finally, she concluded that the deleterious effects of paragraph 51(2)(a) and subsection 51(3) of the Act are minimal. She based this finding on the view that, even if the mandatory provisions of section 51 were not available, it is virtually certain that if the respondent presented appropriate evidence that the sensitive information and related exemptions under review involved national security issues or foreign confidences, a judge, in the exercise of his or her discretion under subsection 46(1), would hear such matters *in camera* and, if asked, *ex parte*. We would also add that it would take very little evidence to convince a judge that such procedural safeguards are necessary in light of the type of information for which access is being sought.

eut fait connaître ses motifs de jugement. Dans l'arrêt *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*³⁵, le juge Bastarache, au nom de la majorité, a statué que l'appréciation des objectifs législatifs par rapport aux effets préjudiciables de la législation est effectuée d'une façon efficace au stade de l'analyse relative à la question de l'existence d'un lien rationnel et de la dérogation minimale. Il reste à savoir si les avantages de la législation l'emportent sur ses effets préjudiciables.

[155] Dans ses motifs, le juge des requêtes s'est fondé sur l'affidavit du professeur John M. Fraser, ancien agent du service extérieur canadien. Selon le professeur Fraser, toute modification visant à remplacer les dispositions obligatoires de l'article 51 de la Loi par des mesures de protection discrétionnaires n'échappera pas aux alliés avec qui nous échangeons des renseignements et sera perçue comme une atteinte [TRADUCTION] «appréciable» quoique [TRADUCTION] «légère» à notre aptitude à protéger les renseignements de nature délicate contre toute divulgation accidentelle. La juge convenait que cette preuve était de nature «spéculative», mais elle a admis qu'elle était digne de foi et fondée et que, eu égard aux circonstances, c'était la meilleure preuve dont on disposait. La juge a conclu que, bien que les effets salutaires soient difficiles à quantifier, les dispositions de l'article 51 préservaient la fourniture de renseignements au Canada.

[156] Enfin, la juge a conclu que les effets préjudiciables des paragraphes 51(2) et (3) de la Loi sont minimes. La juge a fondé cette conclusion sur l'avis selon lequel, même en l'absence des dispositions obligatoires de l'article 51, il est presque certain que si le défendeur produisait des preuves suffisantes démontrant que les renseignements de nature délicate et les exceptions connexes faisant l'objet de l'examen mettaient en cause des questions de sécurité nationale ou des renseignements de source étrangère obtenus à titre confidentiel, le juge, dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire qui lui est conféré par le paragraphe 46(1), examinerait ces questions à huis clos et, sur demande, en l'absence d'une partie. Nous aimerions ajouter qu'il faudrait fort peu d'éléments de preuve pour convaincre un juge que pareilles protections

[157] On appeal to this Court the principal argument advanced by the appellant is directed at the minimal impairment issue. The appellant maintains that mandatory *in camera* and *ex parte* proceedings deny an individual any meaningful information about why access to personal information has been refused. This informational void is said to make it impossible for an affected person to formulate intelligent submissions as to why the government acted improperly in denying access to the information sought.

[158] To redress this informational void, the appellant argues that the law must grant a “judicial discretion” to provide persons such as himself with a description of the withheld information sufficient to enable him to challenge the government’s refusal to disclose it. It is argued that this can be accomplished by the use of judicial summaries, as is done in the wiretap context. The thrust of this argument is that the designated judge, using both the public and secret affidavit evidence, would create summaries of the secret evidence and make them available to the appellant. These summaries would make the appellant sufficiently aware of the nature of the withheld material so that he could challenge the government’s withholding of personal information by evidence or argument. In our respectful view, this argument cannot succeed for three reasons. Two were advanced by the Motions Judge and are outlined above. The third deals with the appellant’s proposed relief.

[159] We agree with the Motions Judge that the solution proposed by the appellant is impracticable in those cases where the respondent is entitled under subsection 16(2) of the Act to refuse to confirm or deny the existence of information and also in cases involving large numbers of documents or a small number of complicated documents. We also accept her

procédurales sont nécessaires compte tenu du genre de renseignements dont la communication est demandée.

[157] En appel devant cette Cour, le principal argument invoqué par l’appelant se rapportait à la question de la dérogation minimale. L’appelant maintient que l’audience obligatoire à huis clos et en l’absence d’une partie empêche un individu d’obtenir des renseignements utiles au sujet de la raison pour laquelle la communication est refusée. L’appelant affirme que cette absence d’information empêche la personne concernée de présenter des arguments intelligents quant à la raison pour laquelle le gouvernement a agi d’une façon irrégulière en refusant la communication des renseignements demandés.

[158] L’appelant soutient que, pour remédier à cette absence d’information, le droit doit prévoir un [TRADUCTION] «pouvoir discrétionnaire judiciaire» en vue de fournir aux personnes qui sont dans la même situation que lui une description des renseignements retenus qui soit suffisante pour leur permettre de contester le refus de communication du gouvernement. Il est soutenu que la chose peut être accomplie au moyen de sommaires judiciaires, tels que ceux auxquels on a recours dans le contexte de l’écoute électronique. L’appelant soutient fondamentalement qu’à l’aide de la preuve publique et de la preuve fournie au moyen d’affidavits secrets, le juge désigné établirait des sommaires de la preuve secrète et les remettrait au demandeur. Ces sommaires informeraient le demandeur d’une façon suffisante de la nature des renseignements retenus, de sorte qu’il pourrait contester le refus de communication au moyen d’une preuve ou d’arguments. À notre avis, cet argument ne peut pas être retenu, et ce, pour trois raisons. Deux raisons ont été avancées par le juge des requêtes et sont énoncées ci-dessus. La troisième se rapporte à la mesure proposée par l’appelant.

[159] Nous sommes d’accord avec le juge des requêtes pour dire que la solution proposée par l’appelant n’est pas pratique dans les cas où le défendeur est autorisé, en vertu du paragraphe 16(2) de la Loi, à refuser de confirmer ou de nier l’existence de renseignements ainsi que dans les cas comportant un grand nombre de documents ou un petit nombre de

observation that even if section 51 granted the judge a discretion, it is virtually certain that if the respondent presented appropriate evidence that the undisclosed information involved national security or foreign confidences the judge would exercise his or her discretion in favour of the Crown and hear the matter *in camera* and, if asked, *ex parte*. Moreover, the fact that the legislation limits the mandatory nature of section 51 to reviewing the non-disclosure of information described in sections 19 and 21 demonstrates that Parliament was acutely aware of the need to ensure as much openness as possible in the disclosure process. As stated earlier, the exceptions fall into a narrow subset and are, with all due respect, self-justifying.

[160] The third reason for rejecting the appellant's argument stems from the disharmony between the appellant's proposed solution, i.e. judicial summaries, and the alleged wrong, the mandatory nature of section 51. In our opinion, the remedy which the appellant seeks bears no relationship to the alleged Charter breach. This can be illustrated if one assumes that section 51 of the Act breached the right to free expression enshrined in paragraph 2(b) of the Charter and was not saved under section 1 of that legislation. In those circumstances, the logical constitutional remedy is to replace the mandatory wording of section 51 with a discretionary provision, i.e. by substituting the word "may" for the word "shall". The result would be that in any application to review the government's withholding of personal information on the basis of paragraph 19(1)(a) or (b) or section 21, a judge would have the discretion to hear the application *in camera* and/or accept *ex parte* representations from the government. Effectively, section 51 would be superseded by the general procedural provisions in section 46 and would only need to be invoked to require the application to be heard and determined in the National Capital Region.

[161] The appellant, however, maintains that such relief is insufficient. In addition, he seeks judicial

documents compliqués. Nous souscrivons également à la remarque du juge selon laquelle même si l'article 51 conférerait un pouvoir discrétionnaire au juge, il est presque certain que si le défendeur présentait des éléments de preuve appropriés tendant à montrer que les renseignements non divulgués mettent en cause la sécurité nationale ou des renseignements de source étrangère obtenus à titre confidentiel, le juge exercerait son pouvoir discrétionnaire en faveur de la Couronne et entendrait l'affaire à huis clos et, sur demande, en l'absence d'une partie. En outre, le fait que la législation limite la nature obligatoire de l'article 51 à l'examen de la non-communication des renseignements décrits aux articles 19 et 21 démontre que le législateur était parfaitement au courant de la nécessité de veiller à ce que la procédure de communication soit la plus ouverte possible. Comme il en a ci-dessus été fait mention, les exceptions font partie d'un sous-ensemble restreint et, avec égards, elles se justifient.

[160] La troisième raison pour laquelle l'argument de l'appelant doit être rejeté découle du fait qu'il n'y a aucun rapport entre la solution proposée par l'appelant, à savoir les sommaires judiciaires, et le tort allégué, soit la nature obligatoire de l'article 51. À notre avis, la mesure proposée par l'appelant n'a aucun rapport avec la violation alléguée de la Charte. Il est possible de le démontrer si l'on suppose que l'article 51 de la Loi porte atteinte à la liberté d'expression garantie à l'alinéa 2b) de la Charte et qu'il ne se justifie pas au regard de l'article premier de la Charte. Dans ces conditions, le redressement constitutionnel logique consiste à remplacer le libellé obligatoire de l'article 51 par une disposition discrétionnaire, c'est-à-dire à remplacer par le mot «*may*» par le mot «*shall*» figurant dans la version anglaise. Dans toute demande d'examen du refus de communication fondé sur les alinéas 19(1)a) ou b) ou sur l'article 21, le juge serait autorisé à entendre la demande à huis clos ou à recevoir les arguments du gouvernement en l'absence d'une partie. En fait, l'article 51 serait remplacé par les dispositions procédurales générales de l'article 46 et aurait uniquement à être invoqué pour que la demande soit entendue et tranchée dans la région de la capitale nationale.

[161] Toutefois, l'appelant maintient que pareille mesure est insuffisante. De plus, il demande des

summaries of the contents of any confidential affidavit adduced by the Crown, at least to the extent that it is possible to do so without breaching the provisions of the Act. With respect, the relief sought bears no relationship to the alleged Charter breach.

[162] At present there is no statutory obligation on a judge to prepare a judicial summary of evidence contained within a confidential affidavit submitted by the respondent on an *ex parte* basis. For example, in the present case, the MacEwan affidavit would indicate whether information exists in information bank 015 for which exemptions are sought, would annex it and would correlate each item of information with the relevant exemption. As well, that affidavit would indicate whether information exists in bank 010. If it exists, the information would be annexed and the relevant exemptions and justifications set out. As the Motions Judge noted, the only difference between a review governed by section 51 and section 46 of the Act is that, in regard to the former, a confidential affidavit must be accepted and *ex parte* evidence must be received, as well as the review must be *in camera*. Under section 46, the reviewing judge exercises a discretion to exclude the public, accept a confidential affidavit or otherwise receive submissions *in camera* or *ex parte*. However, that section does not oblige the reviewing judge to provide summaries of information contained within confidential affidavits in cases where he or she exercises a discretion to accept such documents on an *in camera* and *ex parte* basis. In effect, the appellant is asking this Court to rewrite both sections 46 and 51 of the Act on the mistaken assumption that section 51 is unconstitutional. In summary, there is no correlation between the alleged constitutional breach and the remedy being sought by the appellant. In conclusion, we are of the respectful view that paragraph 51(2)(a) and subsection 51(3) of the Act infringe paragraph 2(b) of the Charter as found by the Motions Judge. However, we also agree that these provisions are saved under section 1 of the Charter. In any event, the affirmative set of procedures requested by the appellant as a way to open up the review process concerning the state's refusal to disclose personal information is not an appropriate remedy in this case.

sommaires judiciaires du contenu de tout affidavit confidentiel déposé par la Couronne, du moins dans la mesure où il est possible de le faire sans enfreindre les dispositions de la Loi. Avec égards, la mesure proposée n'a aucun rapport avec la présumée violation de la Charte.

[162] À l'heure actuelle, la loi n'oblige pas le juge à préparer un sommaire judiciaire de la preuve contenue dans un affidavit confidentiel soumis par le défendeur en l'absence d'une partie. Ainsi, en l'espèce, l'affidavit MacEwan indiquerait s'il existe dans le fichier 015 des renseignements à l'égard desquels des exceptions sont revendiquées; ces renseignements seraient joints à l'affidavit et la corrélation serait établie entre chaque élément d'information et l'exception pertinente. De plus, cet affidavit indiquerait s'il existe des renseignements dans le fichier 010. Dans l'affirmative, les renseignements seraient joints à l'affidavit et les exceptions pertinentes ainsi que les justifications seraient énoncées. Comme la juge des requêtes l'a fait remarquer, la seule différence entre l'examen régi par l'article 51 et l'examen prescrit par l'article 46 de la Loi est que, dans le premier cas, un affidavit confidentiel doit être accepté et une preuve présentée en l'absence d'une partie doit être reçue, l'examen devant par ailleurs être effectué à huis clos. En vertu de l'article 46, le juge qui effectue l'examen exerce le pouvoir discrétionnaire qui lui est conféré d'exclure le public; d'accepter un affidavit confidentiel ou de recevoir les arguments à huis clos ou en l'absence d'une partie. Toutefois, cette disposition n'oblige pas le juge qui effectue l'examen à fournir des sommaires des renseignements figurant dans les affidavits confidentiels lorsqu'il exerce le pouvoir discrétionnaire qui lui est conféré d'accepter pareils documents à huis clos et en l'absence d'une partie. En fait, l'appelant demande à cette Cour de rédiger de nouveau tant l'article 46 que l'article 51 de la Loi en présumant erronément que l'article 51 est inconstitutionnel. Bref, il n'y a pas de corrélation entre la présumée violation constitutionnelle et la mesure proposée par l'appelant. En conclusion, nous sommes d'avis que les paragraphes 51(2) et (3) de la Loi violent l'alinéa 2b) de la Charte comme l'a conclu la juge des requêtes. Toutefois, nous sommes également d'avis que ces dispositions se justifient au regard de

[163] The Motions Judge restricted her section 1 analysis to the alleged infringement of paragraph 2(b) of the Charter. She did not consider how the saving provision might impact on the alleged breaches of sections 7 and 8, concluding as she did early on in her judgment that neither of these sections were engaged by the operation of section 51 of the Act. For the purposes of this decision, the parties agree that evidence adduced in relation to the alleged paragraph 2(b) violation of the Charter and the justification for this breach under section 1 can be used, if necessary, in the sections 7 and 8 analysis. Notwithstanding this concession, we do not find it necessary to consider section 1, finding as we do that there is no breach of section 7 and, by implication, section 8 of the Charter. We turn now to the appellant's argument as to whether the mandatory nature of section 51 of the Act violates sections 7 and 8 of the Charter.

[164] The appellant submits that the Motions Judge erred in holding that the impugned provisions of section 51 of the Act do not violate section 7 and by implication section 8 of the Charter. The appellant contends that the right to security of the person protected by section 7 includes the right to privacy in a biographical core of personal information to which an individual would wish to control access. This is said to include information which tends to reveal intimate details of lifestyle and individual personal choices. An individual's right to privacy over personal information does not end when that information is in the hands of government. Because privacy in relation to information involves the ability of persons to control the dissemination of information, they have a strong privacy interest in the dissemination and use to which government will put personal information. Moreover, it is argued that only by knowing what

l'article premier de la Charte. Quoi qu'il en soit, l'ensemble de mesures que l'appelant propose en vue de rendre publique la procédure d'examen en ce qui concerne le refus de l'État de communiquer des renseignements personnels ne constitue pas un redressement approprié dans ce cas-ci.

[163] La juge des requêtes a restreint son analyse de l'article premier à la présumée violation de l'alinéa 2b) de la Charte. La juge ne s'est pas demandé de quelle façon la disposition de sauvegarde pourrait influencer sur les présumées violations des articles 7 et 8, en concluant comme elle l'avait déjà fait dans son jugement que l'application de l'article 51 de la Loi ne faisait entrer en ligne de compte ni l'une ni l'autre de ces dispositions. Aux fins de cette décision, les parties conviennent que la preuve présentée à l'égard de la présumée violation de l'alinéa 2b) de la Charte et la justification de cette violation au regard de l'article premier peuvent être utilisées, au besoin, dans l'analyse des articles 7 et 8. Malgré cette concession, nous n'estimons pas nécessaire d'examiner l'article premier, puisque nous concluons que l'article 7 n'a pas été violé et, implicitement, que l'article 8 ne l'a pas été non plus. Nous examinerons maintenant l'argument que l'appelant a invoqué au sujet de la question de savoir si la nature obligatoire de l'article 51 de la Loi viole les articles 7 et 8 de la Charte.

[164] L'appelant soutient que la juge des requêtes a commis une erreur en statuant que les dispositions contestées de l'article 51 de la Loi ne violent pas l'article 7 et, implicitement, l'article 8 de la Charte. L'appelant soutient que le droit à la sécurité de la personne protégé par l'article 7 comprend le droit à la protection d'un ensemble de renseignements personnels de nature «biographique» auquel un individu voudrait contrôler l'accès. Cela comprendrait apparemment les renseignements qui tendent à révéler des détails de la vie intime et des choix personnels individuels. Le droit d'un individu à la vie privée n'est pas éteint du fait que le gouvernement possède ces renseignements. Étant donné que la protection des renseignements personnels comporte la capacité de contrôler la diffusion de pareils renseignements, les individus en cause ont fortement intérêt à protéger la diffusion et l'utilisation des renseignements personnels par le

information the government has about an individual can that individual correct any inaccuracies and seek relief for information which may have been unlawfully gathered by the government. In that sense, the appellant submits that privacy and access to personal information in the hands of the government are two sides of the same coin. A refusal to grant access to personal information is said to infringe on an individual's security of the person just as the illegal collection of it does.

[165] The appellant focussed his arguments on the broader protections of section 7, taking the position that the rights at issue are covered by both sections 7 and 8 of the Charter. Section 8 enshrines the right to privacy in the specific context of search and seizure. It is in the review of this protection against unreasonable search and seizure that much of the discussion of individual privacy rights in the jurisprudence of the Supreme Court has taken place. Section 8 of the Charter has been identified as having as its fundamental purpose the protection of individuals from unjustified state intrusions upon their privacy: *Hunter et al. v. Southam Inc.*³⁶ However, there is an emerging view that an individual's right to privacy is also enshrined in one's liberty interest set out in section 7. This is so because the protection of private life is considered to be at the heart of liberty in a democratic society. Indeed, the Supreme Court's constitutional privacy jurisprudence demonstrates that that Court views privacy as a personal right of the individual based on autonomy, dignity, liberty and security interests.³⁷

[166] At present the law recognizes three distinct "zones" of privacy. The territorial zone refers to places such as one's home. Personal or corporeal privacy is concerned with the human body (body, image such as photographs, voice or name). Finally, a person can make a claim to informational privacy which shelters intimate details concerning matters such as health, sexual orientation, employment, social

gouvernement. En outre, il est soutenu que ce n'est qu'en sachant quels renseignements le gouvernement possède à son sujet qu'un individu peut corriger les inexactitudes et demander un redressement à l'égard des renseignements que le gouvernement a peut-être illégalement recueillis. C'est en ce sens que l'appelant soutient que la protection des renseignements personnels que possède le gouvernement et l'accès à pareils renseignements vont de pair. Il affirme que le refus de communication de renseignements personnels violerait le droit d'un individu à la sécurité de sa personne comme c'est également le cas pour la collecte illégale de renseignements.

[165] L'appelant a axé ses arguments sur les protections plus générales fournies par l'article 7, en soutenant que les droits en question sont régis par les articles 7 et 8 de la Charte. L'article 8 garantit le droit à la vie privée dans le contexte précis des fouilles, perquisitions et saisies. C'est dans le cadre de l'examen de cette protection contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives qu'une bonne partie de l'analyse des droits individuels à la vie privée figurant dans la jurisprudence de la Cour suprême a été effectuée. Il a été jugé que le but fondamental de l'article 8 de la Charte est de protéger les particuliers contre les intrusions injustifiées: *Hunter et autres c. Southam Inc.*³⁶ Toutefois, on exprime de plus en plus souvent l'avis selon lequel le droit d'un individu à la vie privée est également garanti par l'article 7, qui porte sur la liberté de la personne, et ce, parce que la protection de la vie privée est considérée comme étant à la base de la liberté dans une société démocratique. De fait, la jurisprudence constitutionnelle de la Cour suprême en matière de protection des renseignements personnels démontre que cette dernière considère pareille protection comme un droit personnel de l'individu, fondé sur l'autonomie, la dignité, la liberté et la sécurité³⁷.

[166] À l'heure actuelle, le droit reconnaît trois «sphères» distinctes de vie privée. La sphère territoriale se rapporte à des lieux comme le foyer d'un individu. Le droit à la vie privée, sur le plan corporel, a trait au corps humain (le corps, des images comme des photographies, la voix et le nom). Enfin, une personne peut revendiquer le droit à la vie privée sur le plan informationnel à l'égard de questions

views, friendships and associations.³⁸

[167] We accept the appellant's submission that in order for the right to informational privacy to have any substantive meaning it must be concerned with both the acquisition of personal information and its subsequent use. This is especially pertinent when the personal information may have been collected without the subject's express knowledge and the collector of this personal information is the state. While the necessity of the state to demand and collect specific kinds of personal information from each of its residents is undisputed, individuals do have a legitimate interest in knowing what personal information the state possesses about them. In short, persons want to be able to verify the accuracy of personal information and if possible that it was legally obtained. The *Access to Information Act* and the *Privacy Act* facilitate this individual right of access/privacy by the establishment of a regime by which an individual can seek and ideally obtain access to material containing personal information. Section 7 of the *Privacy Act* also instructs us that personal information can only be used for the purpose for which it was obtained. Thus, one has a legitimate concern with respect to ensuring that information has been properly collected and is being used for proper purposes. The improper use of personal information is bad enough. The improper use of inaccurate information only serves to compound the injustice.

[168] That being said, we are cognizant that the meaning and content of the constitutional guarantees of the Charter will vary according to the relevant context. In the realm of privacy rights, there are two operative barometers in assessing the extent of an individual's privacy right: one, the degree to which an individual's liberty or security is threatened by the state's intrusion into a person's private affairs and two, the extent of the individual's reasonable expectation of privacy. On the issue of reasonable expectation

intimes telles que la santé, l'orientation sexuelle, l'emploi, les opinions sociales, les amitiés et les associations³⁸.

[167] Nous reconnaissons l'argument de l'appelant selon lequel, pour avoir un sens quant au fond, le droit à la vie privée doit se rapporter tant à l'acquisition de renseignements personnels qu'à leur utilisation subséquente, en particulier lorsque les renseignements personnels ont été recueillis à l'insu de l'individu et que c'est l'État qui les recueille. La nécessité pour l'État d'exiger et d'obtenir des renseignements personnels précis de chacun de ses résidents n'est pas contestée, mais les individus ont légitimement intérêt à savoir quels renseignements personnels l'État possède à leur sujet. Bref, la personne en cause veut être en mesure de vérifier l'exactitude des renseignements personnels et, si possible, s'assurer qu'ils ont légalement été obtenus. La *Loi sur l'accès à l'information* et la *Loi sur la protection des renseignements personnels* facilitent l'exercice de ce droit individuel d'accès et de protection des renseignements personnels en créant un régime permettant à l'individu de demander et, idéalement, d'obtenir la communication de renseignements personnels. L'article 7 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* prévoit également que les renseignements personnels ne peuvent servir qu'aux fins auxquelles ils ont été recueillis. Par conséquent, la personne en cause a légitimement intérêt à veiller à ce que les renseignements soient recueillis d'une façon régulière et à ce qu'ils soient utilisés à des fins régulières. Il n'est pas bon d'utiliser d'une façon irrégulière des renseignements personnels, mais l'injustice est d'autant plus grande lorsque des renseignements inexacts sont utilisés d'une façon irrégulière.

[168] Ceci dit, nous nous rendons bien compte que le sens et le contenu des garanties constitutionnelles prévues par la Charte varient selon le contexte applicable. En matière de droits à la vie privée, deux baromètres permettent d'apprécier l'étendue du droit à la vie privée que possède un individu, à savoir: le point jusqu'auquel sa liberté ou sécurité est menacée par l'intrusion de l'État dans ses affaires personnelles et la mesure dans laquelle il peut bénéficier d'une expectative raisonnable de vie privée. En ce qui concerne la

of privacy, the law recognizes that the ability to control the dissemination of personal information is an element of the right to privacy. Support for this view of the law is found in *R. v. Mills*,³⁹ where at paragraph 80 [page 722] McLachlin and Iacobucci JJ. observed:

This interest in being left alone by the state includes the ability to control the dissemination of confidential information. As La Forest J. stated in *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30, at pp. 53-54:

. . . it has long been recognized that this freedom not to be compelled to share our confidences with others is the very hallmark of a free society. Yates J., in *Millar v. Taylor* (1769), 4 Burr. 2303, 98 E.R. 201, states, at p. 2379 and p. 242:

It is certain every man has a right to keep his own sentiments, if he pleases: he has certainly a right to judge whether he will make them public, or commit them only to the sight of his friends.

These privacy concerns are at their strongest where aspects of one's individual identity are at stake, such as in the context of information "about one's lifestyle, intimate relations or political or religious opinions": *Thomson Newspapers*, supra, at p. 517, per La Forest J., cited with approval in *British Columbia Securities Commission v. Branch*, [1995] 2 S.C.R. 3, at para. 62.

[169] In a case such as this where an individual may not be fully aware of the information collected and retained by the government, the ability to control the dissemination of personal information is dependent on a corollary right of access, if only to verify the information's accuracy. In short, a reasonable expectation of access is a corollary to a reasonable expectation of privacy.

[170] In our opinion, the fact that the Act provides for the acquisition and accumulation of personal information and its dissemination, in circumstances where the person affected may be unable to test the truth of the information so acquired, may bring into issue the right of privacy recognized in the Supreme Court jurisprudence and the potential application of section 7 of the Charter. Thus, it remains to be decided whether paragraph 51(2)(a) and subsection

question de cette attente, il est reconnu en droit que la capacité de contrôler la diffusion de renseignements personnels est un élément important. À l'appui de cet énoncé du droit, on peut citer l'arrêt *R. c. Mills*³⁹, dans lequel les juges McLachlin et Iacobucci ont fait les remarques suivantes (paragraphe 80) [page 722]:

Ce droit de ne pas être importuné par l'État comporte la capacité de contrôler la diffusion de renseignements confidentiels. Comme le juge La Forest l'a affirmé dans l'arrêt *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30, aux p. 53 et 54:

Il est [. . .] reconnu depuis longtemps que la liberté de ne pas être obligé de partager nos confidences avec autrui est la marque certaine d'une société libre. Le juge Yates, dans la décision *Millar v. Taylor* (1769), 4 Burr. 2303, 98 E.R. 201, dit, à la p. 2379 et à la p. 242:

[TRADUCTION] Il est certain que tout homme a le droit de ne pas exprimer ses opinions, s'il ne le veut pas; il a certainement le droit de juger s'il les rendra publiques ou s'il ne les livrera qu'à ses amis.

Ces préoccupations en matière de vie privée sont à leur plus fort lorsque des aspects de l'identité d'une personne sont en jeu, comme dans le cas des renseignements «relatifs au mode de vie d'une personne, à ses relations intimes ou à ses convictions politiques ou religieuses»: *Thomson Newspapers*, précité, aux pp. 517 et 518, le juge La Forest, cité avec approbation dans l'arrêt *British Columbia Securities Commission c. Branch*, [1995] 2 R.C.S. 3, au par. 62.

[169] Dans un cas comme celui-ci où un individu n'est peut-être pas parfaitement au courant des renseignements que le gouvernement a recueillis et conservés, la capacité de contrôler la diffusion de renseignements personnels dépend d'un droit d'accès connexe, ne serait-ce que pour vérifier l'exactitude des renseignements. Bref, l'attente raisonnable en ce qui concerne l'accès est liée à l'attente raisonnable en ce qui concerne la vie privée.

[170] À notre avis, le fait que la Loi prévoit l'acquisition et l'accumulation de renseignements personnels et leur diffusion, dans des circonstances où la personne touchée n'est peut-être pas en mesure de vérifier l'exactitude des renseignements ainsi acquis, peut mettre en cause le droit à la vie privée reconnu dans la jurisprudence de la Cour suprême et l'application possible de l'article 7 de la Charte. Il reste donc à déterminer si les paragraphes 51(2) et (3) de la Loi

51(3) of the Act offend section 7 of the Charter. To do so two requirements must be met. First, it must be established that the mandatory nature of section 51 results in a deprivation of the appellant's liberty interest. Assuming that such a deprivation occurs, the second issue is whether that deprivation is contrary to the principles of fundamental justice which have both a procedural and substantive component.

[171] In our opinion, the mandatory provisions of section 51 of the Act dealing with *in camera* and *ex parte* proceedings do not engage the liberty interests envisaged by section 7 of the Charter. Like the Motions Judge, we find section 51 to be merely a procedural provision aimed at preventing the accidental disclosure of national security information or foreign confidences and is tied to a process which, at the end of the day, simply requires disclosure of all personal information to a judge for the purpose of assessing whether the exemptions being claimed by the head of a government institution are justified. By providing, in limited situations, that an *ex parte* and *in camera* hearing will be held with respect to a refusal to disclose, one cannot reasonably maintain that such a procedural safeguard "deprives" an applicant of his liberty interest.

[172] Section 51 of the Act is to be contrasted with sections 19 to 28 inclusive which either prohibit disclosure of personal information or grant a discretion to refuse disclosure of such, notwithstanding the general right of access provided for in section 12 of the Act. Arguably, those restrictive provisions do engage section 7 of the Charter in the sense that they constitute a deprivation of the right to control the dissemination of accurate and properly obtained information by the state. But even if section 7 were engaged by those provisions it would be necessary to show that the deprivation fails to accord with the principles of fundamental justice and, correlatively, whether the right of both the Privacy Commissioner and the Federal Court to review information in order to assess the validity of exemptions claimed by the head of a government institution accords with those unstated principles. For purposes of deciding this

violent l'article 7 de la Charte. Pour ce faire, il faut satisfaire à deux exigences. En premier lieu, il faut établir que la nature obligatoire de l'article 51 porte atteinte à la liberté de l'appelant. À supposer qu'il y ait pareille atteinte, il s'agit ensuite de savoir si cette atteinte est contraire aux principes de justice fondamentale, qui comportent un élément tant procédural que substantif.

[171] À notre avis, les dispositions obligatoires de l'article 51 de la Loi portant sur les audiences à huis clos et en l'absence d'une partie ne mettent pas en cause les libertés reconnues à l'article 7 de la Charte. Comme le juge des requêtes, nous concluons que l'article 51 est simplement une disposition procédurale visant à empêcher la communication accidentelle de renseignements touchant la sécurité nationale ou de renseignements de source étrangère obtenus à titre confidentiel et qu'il est lié à une procédure qui, en fin de compte, exige simplement que tous les renseignements personnels soient divulgués au juge pour qu'il puisse déterminer si les exceptions revendiquées par le responsable de l'institution fédérale sont justifiées. Si, dans certains cas, la tenue d'une audience à huis clos en l'absence d'une partie est prévue à l'égard d'un refus de communication, on ne peut pas raisonnablement maintenir que pareille protection procédurale «prive» le demandeur de sa liberté.

[172] Il importe de comparer l'article 51 et les articles 19 à 28 inclusivement de la Loi, ceux-ci interdisant la communication de renseignements personnels ou conférant le pouvoir discrétionnaire de refuser la communication de pareils renseignements, malgré le droit général d'accès prévu à l'article 12 de la Loi. Il serait possible de soutenir que ces dispositions restrictives mettent en cause l'article 7 de la Charte en ce sens qu'elles portent atteinte au droit de contrôler la diffusion de renseignements exacts obtenus d'une façon régulière par l'État. Cependant, même si ces dispositions mettaient en cause l'article 7, il faudrait montrer que cette atteinte n'est pas conforme aux principes de justice fondamentale et, accessoirement, déterminer si le droit que possèdent le Commissaire à la protection de la vie privée et la Cour fédérale d'examiner les renseignements afin d'apprécier la validité des exceptions revendiquées par le responsable

appeal, however, what is important to note is that the mandatory nature of section 51 in respect of *ex parte* and *in camera* proceedings does not detract from the right of access provided for under section 12 of the Act. By contrast, the collection, use and dissemination of personal information is what triggers the right to privacy and section 7 of the Charter. Section 51 is only a procedural provision for determining whether an exemption from disclosure has been validly claimed. The deprivation, if it exists, lies elsewhere in the Act. Those provisions, however, are not in issue.

[173] In conclusion, we are of the view that paragraph 51(2)(a) and subsection 51(3) of the Act do not engage section 7 of the Charter and, therefore, the appellant's constitutional challenge must fail.

[174] For these reasons, we would allow the appeal in part in file A-872-97 with costs in favour of the appellant against the Department of External Affairs. We would also allow the appeal with costs in file A-873-97.

[175] We would refer the matter back to the Trial Division for a new determination, in accordance with these reasons, of whether the exemptions claimed pursuant to section 19, paragraph 22(1)(b) and section 26 of the Act with respect to banks 010 and 015 were properly applied by CSIS, and whether the DEA properly applied with respect to bank 040 the exemptions it claimed pursuant to paragraphs 22(1)(a) and (b) of the said Act.

[176] We would order that the affidavit of Mr. Paul Copeland and the transcript of his cross-examination, if any, be filed in evidence as is and that they be considered in assessing whether these exemptions were properly applied by CSIS and the DEA.

[177] We would dismiss the appeal without costs in file A-52-98.

d'une institution fédérale est conforme à ces principes non énoncés. Toutefois, aux fins du présent appel, il est important de noter que la nature obligatoire de l'article 51, en ce qui concerne les audiences à huis clos en l'absence d'une partie, ne change rien au droit d'accès prévu à l'article 12 de la Loi. Par contre, la collecte, l'utilisation et la diffusion de renseignements personnels mettent en cause le droit à la vie privée et l'article 7 de la Charte. L'article 51 n'est qu'une disposition procédurale permettant de déterminer si une exception a été légitimement revendiquée. La question de l'atteinte, si elle existe, est traitée dans d'autres dispositions de la Loi qui ne sont pas ici en cause.

[173] En conclusion, nous sommes d'avis que les paragraphes 51(2) et (3) de la Loi ne mettent pas en cause l'article 7 de la Charte; par conséquent, les arguments d'ordre constitutionnel de l'appelant doivent être rejetés.

[174] Pour ces motifs, nous accueillerons en partie l'appel interjeté dans le dossier A-872-97, les dépens devant être versés à l'appelant par le ministère des Affaires extérieures. Nous accueillerons également l'appel avec dépens dans le dossier A-873-97.

[175] Nous retournerions l'affaire à la Section de première instance pour qu'il y ait une nouvelle détermination conformément aux présents motifs, de la question de savoir si le SCRS a légitimement appliqué les exceptions revendiquées en vertu de l'article 19, de l'alinéa 22(1)b) et de l'article 26 de la Loi en ce qui concerne les fichiers 010 et 015, et si le MAE a légitimement appliqué les exceptions revendiquées en vertu des alinéas 22(1)a) et b) de ladite loi à l'égard du fichier 040.

[176] Nous ordonnerions que l'affidavit de M. Paul Copeland et la transcription de son contre-interrogatoire, le cas échéant, soient déposés en preuve et qu'il en soit tenu compte dans l'appréciation de la question de savoir si le SCRS et le MAE ont légitimement appliqué ces exceptions.

[177] En ce qui concerne le dossier A-52-98, nous rejeterions l'appel sans frais.

SEXTON J.A.: I agree.

¹ Being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44].

² The index erroneously indicates that the letter was dated March 29, 1978 while it is dated March 28, 1978.

³ [1990] 2 S.C.R. 1421.

⁴ (1985), 52 O.R. (2d) 632 (C.A.), at p. 661.

⁵ [1996] 3 S.C.R. 3, at p. 39.

⁶ *Criminal Code*, s. 185 [as am. by S.C. 1993, c. 40, s. 5; 1997, c. 18, s. 8; c. 23, s. 4].

⁷ *Ibid.*

⁸ *Ibid.*, s. 196 [as am. by S.C. 1993, c. 40, s. 14; 1997, c. 23, s. 7].

⁹ [1989] 1 F.C. 265 (C.A.), at p. 276. See also *Davidson v. Canada (Solicitor General)*, [1989] 2 F.C. 341 (C.A.), at p. 349.

¹⁰ S. 48 of the *Access to Information Act* reads: "In any proceedings before the Court arising from an application under sections 41 or 42, the burden of establishing that the head of a government institution is authorized to refuse to disclose a record requested under this Act or a part thereof shall be on the government institution concerned."

¹¹ *Rubin*, *supra*, note 9, at p. 276.

¹² See affidavit of E. R. Johnston, Appeal Book, at p. 149, paras. 6 and 7.

¹³ See *Henrie v. Canada (Security Intelligence Review Committee)*, [1989] 2 F.C. 229 (T.D.), at pp. 242-243; aff'd by (1992), 88 D.L.R. (4th) 575 (F.C.A.).

¹⁴ *D. R. Fraser and Co., Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1949] A.C. 24 (P.C.).

¹⁵ E. A. Driedger, *Construction of Statutes*, 2nd ed. (Toronto: Butterworths, 1983), at p. 3.

¹⁶ In *Falconbridge Nickel Mines Ltd. and Minister of Revenue for Ontario, Re* (1981), 121 D.L.R. (3d) 403 (Ont. C.A.), at p. 408.

¹⁷ See also *Dergousoff v. Dergousoff*, [1999] 10 W.W.R. 633 (Sask. C.A.), at para. 46 [p. 648]; *Standard Trustco Ltd. (Trustee of) v. Standard Trust Co.* (1995), 26 O.R. (3d) 1 (C.A.), at p. 22; *Heare v. Insurance Corp. of British Columbia* (1986), 32 D.L.R. (4th) 427 (B.C.S.C.), at p. 429; Driedger, *supra*, note 15, at pp. 13-14; and *Canadian Law Dictionary* "may: An auxiliary verb, which, depending on the context, denotes ability, competency, permission, discretion, and sometimes as equivalent to 'shall' or 'must'".

¹⁸ *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, at para. 54 [p. 854].

¹⁹ Loose-leaf ed., Toronto, Canvasback, 1998, at p. 14-47.

²⁰ [1990] 2 S.C.R. 254, at pp. 274-275.

²¹ (1880), 5 App. Cas. 214 (H.L.), at p. 235.

LE JUGE SEXTON, J.C.A.: Je suis d'accord.

¹ Qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44].

² Le répertoire montre erronément que la lettre était datée du 29 mars 1978 alors qu'elle était datée du 28 mars 1978.

³ [1990] 2 R.C.S. 1421.

⁴ (1985), 52 O.R. (2d) 632 (C.A.), à la p. 661.

⁵ [1996] 3 R.C.S. 3, à la p. 39.

⁶ *Code criminel*, art. 185 [mod. par L.C. 1993, ch. 40, art. 5; 1997, ch. 18, art. 8; ch. 23, art. 4].

⁷ *Ibid.*

⁸ *Ibid.*, art. 196 [mod. par L.C. 1993, ch. 40, art. 14; 1997, ch. 23, art. 7].

⁹ [1989] 1 C.F. 265 (C.A.), à la p. 276. Voir également *Davidson c. Canada (Solliciteur général)*, [1989] 2 C.F. 341 (C.A.), à la p. 349.

¹⁰ L'art. 48 de la *Loi sur l'accès à l'information* se lit comme suit: «Dans les procédures découlant des recours prévus aux articles 41 ou 42, la charge d'établir le bien-fondé du refus de communication totale ou partielle d'un document incombe à l'institution fédérale concernée.»

¹¹ *Rubin*, précité, note 9, à la p. 276.

¹² Voir l'affidavit d'E. R. Johnston, dossier d'appel, à la p. 149, par. 6 et 7.

¹³ Voir *Henrie c. Canada (Comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité)*, [1989] 2 C.F. 229 (1^{re} inst.), aux p. 242 et 243; conf. par (1992), 88 D.L.R. (4th) 575 (C.A.F.).

¹⁴ *D. R. Fraser and Co., Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1949] A.C. 24 (P.C.).

¹⁵ E. A. Driedger, *Construction of Statutes*, 2^e éd. (Toronto: Butterworths, 1983), à la p. 3.

¹⁶ Dans *Falconbridge Nickel Mines Ltd. and Minister of Revenue for Ontario, Re* (1981), 121 D.L.R. (3d) 403 (C.A. Ont.), à la p. 408.

¹⁷ Voir également *Dergousoff c. Dergousoff*, [1999] 10 W.W.R. 633 (C.A. Sask.), au par. 46 [p. 648]; *Standard Trustco Ltd. (Trustee of) v. Standard Trust Co.* (1995), 26 O.R. (3d) 1 (C.A.), à la p. 22; *Heare v. Insurance Corp. of British Columbia* (1986), 32 D.L.R. (4th) 427 (C.S.C.-B.), à la p. 429; Driedger, *supra*, note 15, aux p. 13 et 14; et *Canadian Law Dictionary* [TRADUCTION] «peut: verbe qui, selon le contexte, dénote la capacité, la compétence, l'autorisation, la discrétion; équivaut parfois à "doit"».

¹⁸ *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, au par. 54 [p. 854].

¹⁹ Éd. en feuilles mobiles, Toronto, Canvasback, 1998, à la p. 14-47.

²⁰ [1990] 2 R.C.S. 254, aux p. 274 et 275.

²¹ (1880), 5 App. Cas. 214 (H.L.), à la p. 235.

²² *Padfield v. Minister of Agriculture, Fisheries and Food*, [1968] A.C. 997 (C.A.), at p. 1006.

²³ [1998] 2 F.C. 430 (C.A.). See also *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Immigration & Refugee Board)* (1997), 4 Admin. L.R. (3d) 96 (F.C.T.D.), at p. 111, where the interpretation given to s. 16(1)(c) of the *Access to Information Act* was applied to s. 22(2)(b) of the *Privacy Act*.

²⁴ *Ibid.*, at pp. 444, 448, 449.

²⁵ [1997] 2 S.C.R. 403, at p. 456.

²⁶ *Ibid.*, at p. 458.

²⁷ (1992), 6 Admin. L.R. (2d) 54 (F.C.T.D.); affd by (1993), 13 Admin. L.R. (2d) 304 (F.C.A.).

²⁸ [1991] 3 F.C. 325 (T.D.), at p. 341.

²⁹ See the Judge's ruling on the admissibility at pp. 1044-1045 of Vol. VI of the Common Appeal Book.

³⁰ [1994] 2 S.C.R. 9.

³¹ *Ibid.*, at p. 423.

³² *R. v. Marquard*, [1993] 4 S.C.R. 223, at p. 224; *R. v. Terceira* (1998), 38 O.R. (3d) 175 (C.A.), at pp. 190-194; *R. v. Buric* (1996), 28 O.R. (3d) 737 (C.A.); affd by [1997] 1 S.C.R. 535; McWilliams, Peter K. *Canadian Criminal Evidence*, 3rd ed., loose-leaf. Aurora, Ont.: Canada Law Book, par. 37:20530.

³³ [1986] 1 S.C.R. 103.

³⁴ [1994] 3 S.C.R. 835.

³⁵ [1998] 1 S.C.R. 877.

³⁶ [1984] 2 S.C.R. 145.

³⁷ See *R. v. Dymont*, [1988] 2 S.C.R. 417; *R. v. Beare*; *R. v. Higgins*, [1988] 2 S.C.R. 387; *B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 S.C.R. 315; *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411.

³⁸ See generally La Forest J. in *R. v. Dymont*, [1988] 2 S.C.R. 417 and J. D. Craig, "Invasion of Privacy and Charter Values: The Common-Law Tort Awakens" (1997), 42 *McGill L.J.* 355.

³⁹ [1999] 3 S.C.R. 668.

²² *Padfield v. Minister of Agriculture, Fisheries and Food*, [1968] A.C. 997 (C.A.), à la p. 1006.

²³ [1998] 2 C.F. 430 (C.A.). Voir également *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Commission de l'immigration et du statut de réfugié)* (1997), 4 Admin. L.R. (3d) 96 (C.F. 1^{re} inst.), à la p. 111 où l'interprétation donnée à l'art. 16(1)c de la *Loi sur l'accès à l'information* a été appliquée à l'art. 22(1)b de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*.

²⁴ *Ibid.*, aux p. 444, 448 et 449.

²⁵ [1997] 2 R.C.S. 403, à la p. 456.

²⁶ *Ibid.*, à la p. 458.

²⁷ (1992), 6 Admin. L.R. (2d) 54 (C.F. 1^{re} inst.); conf. par (1993), 13 Admin. L.R. (2d) 304 (C.A.F.).

²⁸ [1991] 3 C.F. 325 (1^{re} inst.), à la p. 341.

²⁹ Voir la décision que le juge a rendue au sujet de l'admissibilité, aux p. 1044 et 1045 du vol. VI du dossier conjoint d'appel.

³⁰ [1994] 2 R.C.S. 9.

³¹ *Ibid.*, à la p. 423.

³² *R. c. Marquard*, [1993] 4 R.C.S. 223, à la p. 224; *R. v. Terceira* (1998), 38 O.R. (3d) 175 (C.A.), aux p. 190 à 194; *R. c. Buric* (1996), 28 O.R. (3d) 737 (C.A.); conf. par [1997] 1 R.C.S. 535; McWilliams, Peter K. *Canadian Criminal Evidence*, 3^e éd., feuille mobile. Aurora, Ont.: Canada Law Book, para. 37:20530.

³³ [1986] 1 R.C.S. 103.

³⁴ [1994] 3 R.C.S. 835.

³⁵ [1998] 1 R.C.S. 877.

³⁶ [1984] 2 R.C.S. 145.

³⁷ Voir *R. c. Dymont*, [1988] 2 R.C.S. 417; *R. c. Beare*; *R. c. Higgins*, [1988] 2 R.C.S. 387; *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315; *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411.

³⁸ Voir d'une façon générale le juge La Forest dans *R. c. Dymont*, [1988] 2 R.C.S. 417 et J. D. Craig, «Invasion of Privacy and Charter Values: The Common-Law Tort Awakens» (1997), 42 *R.D. McGill* 355.

³⁹ [1999] 3 R.C.S. 668.