

A-165-05  
A-304-05  
2006 FCA 157

A-165-05  
A-304-05  
2006 CAF 157

**The Information Commissioner of Canada**  
(*Appellant*)

v.

**The Executive Director of the Canadian  
Transportation Accident Investigation and Safety  
Board and NAV CANADA** (*Respondents*)

and

**The Attorney General of Canada** (*Intervener*)

*INDEXED AS: CANADA (INFORMATION COMMISSIONER) v.  
CANADA (TRANSPORTATION ACCIDENT INVESTIGATION AND  
SAFETY BOARD) (F.C.A.)*

Federal Court of Appeal, Richard C.J., Desjardins and  
Evans J.J.A.—Ottawa, February 28; March 1; May 1,  
2006.

*Access to Information — Appeal from Federal Court  
decision dismissing applications for judicial review brought  
under Access to Information Act (Access Act), s. 42(1)(a)  
relating to refusals by Canadian Transportation Accident  
Investigation and Safety Board (Safety Board) to disclose  
records based on purported application of “personal  
information” exemption of Access Act, s. 19 — Content of  
records relating to status of aircraft, weather conditions, air  
traffic control (ATC) matters, utterances of pilots, controllers  
— Information requested not “personal information” under  
Access Act, Privacy Act, not exempted from disclosure under  
Access Act, s. 19(1) — Definition of “personal information”  
in Privacy Act, s. 3 interpreted — Words “about an  
individual” in definition meaning information leading to  
possible identification of individual — “Personal  
information” equivalent to information falling within  
individuals’ privacy rights — Distinction made by Supreme  
Court of Canada in Dagg v. Canada (Minister of Finance)  
regarding information attaching to positions, information  
relating to specific individuals not applicable as relating only  
to officers, employees of government institutions as stated in  
Privacy Act, s. 3(j) — Moreover, information collected by  
NAV CANADA during air flight not “commercial”,  
“technical” — Information not confidential — Therefore, air  
traffic control (ATC) communications not meeting  
requirements for exemption from disclosure under Access Act,  
s. 20(1)(b).*

**Le commissaire à l’information du Canada**  
(*appellant*)

c.

**Le directeur exécutif du Bureau canadien d’enquête  
sur les accidents de transport et de la sécurité des  
transports et NAV CANADA** (*intimés*)

et

**Le procureur général du Canada** (*intervenant*)

*RÉPERTORIÉ : CANADA (COMMISSAIRE À L’INFORMATION) c.  
CANADA (BUREAU D’ENQUÊTE SUR LES ACCIDENTS DE  
TRANSPORT ET DE LA SÉCURITÉ DES TRANSPORTS) (C.A.F.)*

Cour d’appel fédérale, juge en chef Richard, juges  
Desjardins et Evans, J.C.A.—Ottawa, 28 février; 1<sup>er</sup>  
mars; 1<sup>er</sup> mai 2006.

*Accès à l’information — Appel d’une décision de la Cour  
fédérale rejetant des demandes de contrôle judiciaire  
présentées en application de l’art. 42(1)a) de la Loi sur  
l’accès à l’information eu égard aux refus du Bureau  
canadien d’enquête sur les accidents de transport et de la  
sécurité des transports (le BST) de communiquer des  
documents en alléguant l’art. 19 de la Loi sur l’accès à  
l’information, à savoir l’exception des « renseignements  
personnels » — Les dossiers contenaient des renseignements  
sur la situation de l’aéronef, les conditions météorologiques,  
des aspects liés au contrôle de la circulation aérienne et les  
propos des pilotes et des contrôleurs — Les renseignements  
demandés n’étaient pas des « renseignements personnels » au  
sens de la Loi sur l’accès à l’information et de la Loi sur la  
protection des renseignements personnels et ils n’étaient pas  
soustrait à la divulgation en vertu de l’art. 19(1) de la Loi  
sur l’accès à l’information — Le sens attribué à l’expression  
« renseignements personnels » à l’art. 3 de la Loi sur la  
protection des renseignements personnels a été interprété —  
Les mots « concernant un individu » dans la définition  
s’entendent de renseignements qui rendent possible  
l’identification d’un individu — Les « renseignements  
personnels » correspondent aux renseignements qui doivent  
être vus comme l’équivalent de renseignements entrant dans  
le droit d’une personne à la vie privée — La distinction que  
la Cour suprême du Canada a opérée dans Dagg c. Canada  
(Ministre des Finances) quant aux renseignements portant sur  
le poste et les renseignements portant sur la personne était*

*inapplicable puisqu'elle ne vise que les cadres et employés des institutions fédérales tel qu'il est indiqué à l'art. 3j) de la Loi sur la protection des renseignements personnels — Qui plus est, les renseignements que NAV CANADA a recueillis durant un vol ne pouvaient être qualifiés de « commerciaux » ou « techniques » — Les renseignements n'étaient pas confidentiels — Par conséquent, les communications du contrôle de la circulation aérienne (ATC) ne satisfaisaient pas aux conditions de l'art. 20(1)b) de la Loi sur l'accès à l'information et elles ne pouvaient donc pas être soustraites à la divulgation.*

*Privacy — Appeal from Federal Court decision dismissing applications for judicial review brought under Access to Information Act (Access Act), s. 42(1)(a) relating to refusals by Canadian Transportation Accident Investigation and Safety Board (Safety Board) to disclose records based on purported application of "personal information" exemption at Access Act, s. 19 — Concept of privacy examined — Privacy defined as individual's right to determine for self when, how, to what extent personal information about self released — Connoting intimacy, identity, dignity, integrity of individual — Information at issue not "about" individual since air traffic control (ATC) communications not involving subjects engaging individual's right to privacy — Information professional, could identify individual, assist in determination of person's work-related performance but not qualifying as personal — Fact ATC communications could be used as basis for evaluation of authors' performances not transforming communications themselves into personal information.*

This was an appeal from a Federal Court decision dismissing applications for judicial review brought by the appellant under paragraph 42(1)(a) of the *Access to Information Act* (Access Act), relating to refusals by the Canadian Transportation Accident Investigation and Safety Board (Safety Board) to disclose records based on the purported application of the "personal information" exemption at section 19 of the Act. The records contain communications relating to four aviation occurrences, which were subject to distinct investigations and public reports by the Safety Board. In each case, the requesters sought access to recordings and/or transcripts of air traffic control (ATC) communications recorded by NAV CANADA and now under the control of the Safety Board.

*Protection des renseignements personnels — Appel d'une décision de la Cour fédérale rejetant des demandes de contrôle judiciaire présentées en application de l'art. 42(1)a) de la Loi sur l'accès à l'information eu égard aux refus du Bureau canadien d'enquête sur les accidents de transport et de la sécurité des transports (le BST) de communiquer des documents en alléguant l'art. 19 de la Loi sur l'accès à l'information, à savoir l'exception des « renseignements personnels » — Examen de la notion de vie privée — La vie privée s'entend du droit du particulier de déterminer lui-même quand, comment et dans quelle mesure il diffusera des renseignements personnels le concernant — Cette notion intègre celles d'intimité, d'identité, de dignité et d'intégrité de l'individu — Les renseignements en cause ne « concernent » pas un individu parce que les communications du contrôle de la circulation aérienne (ATC) ne visent pas des sujets qui font intervenir le droit de l'individu à sa vie privée — Les renseignements étaient de nature professionnelle, pouvaient faciliter l'identification d'une personne et pouvaient aider à déterminer comment cette personne s'était acquittée de sa tâche, mais n'étaient pas pour autant des renseignements personnels — Le fait que les communications ATC pouvaient être utilisées pour une évaluation des actions de leurs auteurs ne saurait transformer en soi ces communications en des renseignements personnels.*

Il s'agissait d'un appel d'une décision de la Cour fédérale rejetant des demandes de contrôle judiciaire que l'appelant avait présentées en application de l'alinéa 42(1)a) de la *Loi sur l'accès à l'information* relativement à des refus du Bureau canadien d'enquête sur les accidents de transport et de la sécurité des transports (le BST) de communiquer des documents en alléguant l'article 19 de la Loi, à savoir l'exception des « renseignements personnels ». Les dossiers contenaient des renseignements se rapportant à quatre accidents aéronautiques qui avaient été l'objet d'enquêtes distinctes et de rapports publics distincts de la part du BST. Dans chaque cas, les demandeurs des renseignements avaient voulu obtenir communication des enregistrements ou des transcriptions, ou des deux, des communications du contrôle de la circulation aérienne (ATC) faits par NAV CANADA et aujourd'hui en la possession du BST.

The content of ATC communications is limited to the safety and navigation of aircraft, the general operation of the aircraft and the exchange of messages on behalf of the public. They contain information about the status of the aircraft, weather conditions, matters associated with air traffic control and the utterances of pilots and controllers. All incoming and outgoing ATC communications are required to be recorded by NAV CANADA. Where there is an “aviation occurrence” (defined in part as any accident or incident associated with the operation of an aircraft) the relevant tape is set aside to preserve its integrity. The Safety Board concluded that the information in ATC communications was personal information but was publicly available within the meaning of subsection 19(2) of the Access Act and the public interest in disclosure did not clearly outweigh any invasion of privacy. The Federal Court concluded that the requested information was “personal information” within the meaning of section 19 of the Access Act and section 3 of the *Privacy Act*. It found that the ATC communications were “about” an individual and that the content of the communications was limited to the safety and navigation of aircraft, the general operation of the aircraft and the exchange of messages on behalf of the public. Both the ground crew of air traffic controllers and flight specialists and the air crew were involved. The Federal Court also found that the information was about an “identifiable” individual since listening to the ATC tapes would allow identification of the aircraft, the location and operating initials of the specific controller and that the individual had a reasonable expectation of privacy. Furthermore, it held that, except for the communications regarding the occurrences at Clarenville, which were already publicly available, the information should not be disclosed since it was not “publicly available” under subsection 19(2) of the Access Act. The key issue was whether ATC communications are “personal information” under the Access Act.

*Held*, the appeal should be allowed.

The Federal Court erred in concluding that the information requested was “personal information” under the Access Act and the *Privacy Act*. Subsection 19(1) of the Access Act exempts from disclosure “personal information” as defined in section 3 of the *Privacy Act*. The term is defined as “information about an identifiable individual that is recorded in any form, including” the examples enumerated thereafter provided. The words “including, without restricting the

Le contenu des communications ATC se limite à la sécurité et à la navigation de l'aéronef, aux activités de l'appareil et à l'échange de messages pour le compte du public. Elles contiennent des renseignements relatifs à la situation de l'aéronef, aux conditions météorologiques, à diverses questions intéressant le contrôle de la circulation aérienne et aux propos échangés par les pilotes et les contrôleurs. Toutes les communications ATC d'entrée et de sortie doivent être enregistrées par NAV CANADA. Lorsque se produit un « accident aéronautique » (défini en partie comme étant tout accident ou incident lié à l'utilisation d'un aéronef), la bande concernée est mise de côté pour que son intégrité soit préservée. Le BST avait statué que les renseignements contenus dans les communications ATC étaient des renseignements personnels, mais que le public y avait accès au sens du paragraphe 19(2) de la *Loi sur l'accès à l'information*, et l'intérêt public dans la divulgation des renseignements ne justifiait pas clairement une atteinte à la vie privée. La Cour fédérale a statué que les renseignements demandés étaient des « renseignements personnels » au sens de l'article 19 de la *Loi sur l'accès à l'information* et de l'article 3 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. Elle a précisé que les communications ATC étaient des renseignements « concern[ant] » un individu et que le contenu des communications était limité à la sécurité et à la navigation d'un aéronef, aux activités de l'appareil et à l'échange de messages pour le compte du public. Tant le personnel au sol, composé de contrôleurs de la circulation aérienne et de spécialistes de l'information de vol, et le personnel navigant étaient concernés. La Cour fédérale a également statué que les renseignements concernaient un individu « identifiable » puisque l'écoute des bandes ATC allait permettre d'identifier l'aéronef, ainsi que le lieu de travail et le sigle professionnel du contrôleur concerné et que celui-ci avait une expectative raisonnable de confidentialité. Par ailleurs, la Cour fédérale a conclu que les renseignements étaient soustraits à la communication parce que le public « n'[y] avait pas accès » en vertu du paragraphe 19(2) de la *Loi sur l'accès à l'information*, sauf pour les renseignements relatifs aux accidents survenus à Clarenville, qui avaient déjà été rendus publics. Le point essentiel soulevé était de savoir si les communications ATC étaient des « renseignements personnels » au sens de la *Loi sur l'accès à l'information*.

*Jugement* : l'appel est accueilli.

La Cour fédérale a commis une erreur en disant que les renseignements demandés étaient des « renseignements personnels » au sens de la *Loi sur l'accès à l'information* et de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. Le paragraphe 19(1) de la *Loi sur l'accès à l'information* soustrait à la divulgation les « renseignements personnels », expression définie à l'article 3 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. L'expression s'entend des

generality of the foregoing” in the section 3 definition convey the proposition that the opening words must be given a generous interpretation and that the enumeration which follows is not limitative but illustrative only. The definition also provides exceptions to the concept of “personal information”. The Supreme Court of Canada has often stated that the *Privacy Act* and the *Access Act* must be read together as a “seamless code” following a “parallel” interpretative model” that balances the competing values of access and privacy. However, within this balanced legislative scheme, the right to privacy is made paramount in certain contexts. Case law has given the definition of “personal information” a wide reach. Focussing on the general opening words of the definition, in particular the word “about” (“*concernant*” in French) information recorded in any form is relevant if it is “about” an individual and if it permits or leads to the possible identification of the individual. An “identifiable” individual is someone whom it is reasonable to expect can be identified from the information in issue when combined with information from sources otherwise available. “Personal information” must however be understood as equivalent to information falling within the individuals’ right of privacy (*Privacy Act*, section 2). A privacy-based interpretation of the “personal information” definition does not definitively resolve the precise scope of “personal information” but captures the essence thereof and was sufficient to dispose of the appeal.

Privacy may be defined as an individual’s right to determine for himself when, how and to what extent he will release personal information about himself. Privacy thus connotes concepts of intimacy, identity, dignity and integrity of the individual. The information at issue was not “about” an individual since the content of the communications did not involve subjects that engaged an individual’s right to privacy. The information at issue was of a professional and non-personal nature. It could lead to identifying an individual and assist in determining how an individual performed his or her task in a given situation but did not qualify as personal information. It was not about an individual, considering that it did not match the concept of “privacy” and the values that concept was meant to protect. The Federal Court misapprehended the function of the ATC communications and the Safety Board’s object. The ATC communications, when combined with other information, may in certain circumstances be used as a basis for an evaluation of their

« renseignements, quels que soient leur forme et leur support, concernant un individu identifiable, notamment » les exemples prévus par la suite. Le mot « notamment » que l’on trouve dans la définition exposée à l’article 3 donne à penser que les mots introductifs doivent être interprétés d’une manière libérale et que l’énumération qui suit n’est pas limitative, mais seulement exemplative. L’article renferme aussi une liste d’exceptions à la définition de « renseignements personnels ». La Cour suprême du Canada a souvent affirmé que la *Loi sur la protection des renseignements personnels* et la *Loi sur l’accès à l’information* doivent être lues ensemble comme s’il s’agissait d’un « code homogène », suivant un « modèle d’interprétation “parallèle” » qui met en équilibre les valeurs antagonistes de l’accès à l’information et de la protection de la vie privée. Toutefois, à l’intérieur de cette législation pondérée, le droit à la vie privée bénéficie d’une préférence dans certains contextes. La jurisprudence a donné une vaste portée à l’expression « renseignements personnels ». Pour ce qui est des mots introductifs de la définition, notamment le mot « concernant » (« *about* » en anglais), les renseignements, quels que soient leur forme et leur support, sont pertinents s’il s’agit de renseignements « concernant » un individu et s’ils permettent d’identifier l’individu ou rendent possible son identification. Un individu « identifiable » est une personne dont il est raisonnable de croire qu’elle pourra être identifiée à l’aide des renseignements en cause s’ils sont combinés avec des renseignements d’autres sources. Les « renseignements personnels » doivent cependant être vus comme l’équivalent des renseignements entrant dans le droit d’une personne à la vie privée (article 2 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*). Une interprétation de l’expression « renseignements personnels » fondée sur la notion de vie privée n’établissait pas de façon définitive le champ précis de l’expression « renseignements personnels », mais en saisissait l’essence et suffisait à trancher l’appel.

Le droit à la vie privée peut s’entendre du droit du particulier de déterminer lui-même quand, comment et dans quelle mesure il diffusera des renseignements personnels le concernant. La notion de vie privée intègre donc celles d’intimité, d’identité, de dignité et d’intégrité de l’individu. Les renseignements en cause n’étaient pas des renseignements « concernant » un individu puisque le contenu des communications ne portait pas sur des sujets qui faisaient intervenir le droit de l’individu à sa vie privée. Les renseignements en cause étaient de nature professionnelle et non personnelle. Ils auraient pu faciliter l’identification d’une personne et aider à déterminer comment cette personne s’était acquittée de sa tâche dans une situation donnée, mais ils n’étaient pas des renseignements personnels. Il ne s’agissait pas de renseignements concernant un individu, vu qu’ils n’étaient pas en corrélation avec la notion de « vie privée » ni avec les valeurs que cette notion vise à protéger. La Cour fédérale n’a pas bien saisi la fonction des communications

authors' performances but that possibility could not transform the communications themselves into personal information, when the information contained therein had no personal content.

The Federal Court also erred by applying the Supreme Court of Canada case of *Dagg v. Canada (Minister of Finance)* when it referred to the evaluation of the performance of the parties to the ATC communications. In *Dagg*, the majority agreed with La Forest J.'s dissenting comment that the purpose of paragraph 3(j) and subparagraph 3(j)(iii) of the *Privacy Act* is to exempt only information attaching to positions and not that which relates to specific individuals. Information relating to the position is not "personal information" whereas information relating primarily to individuals themselves or to the manner in which they choose to perform the tasks assigned to them is "personal information." The latter part of La Forest J.'s explanation related only to officers and employees of government institutions, in other words, the exception contained in paragraph 3(j) of the *Privacy Act*. The distinction between information relating to the position versus that relating to the person is inapplicable and irrelevant in respect of the general definition of "personal information." NAV CANADA's employees are not officers or employees of a government institution.

NAV CANADA's alternative submission that the ATC communications were exempted from disclosure under paragraph 20(1)(b) of the Access Act was not accepted. Paragraph 20(1)(b) of the Access Act provides that, if specific requirements are met, certain types of information (i.e. financial, commercial, scientific or technical) are exempted from disclosure by the head of a government institution. "Commercial" connotes information which in itself pertains to trade. Provision of air navigation services for a fee does not render the data or information collected during an air flight "commercial" or "technical". It is also incorrect to characterize the entire record collected as technical when only a specific part might be. Moreover, the information in question was not confidential as required by paragraph 20(1)(b). Confidentiality must be judged according to the objective standard that the information itself must be "confidential by its intrinsic nature." Whether information is confidential will depend upon its content, purpose and the circumstances in which it is compiled and communicated. The

ATC et la mission du BST. Les communications ATC, une fois combinées à d'autres renseignements, pourraient bien dans certains cas être utilisées pour une évaluation des actions de leurs auteurs, mais cette éventualité ne saurait transformer ces communications en des renseignements personnels, alors que les renseignements qu'elles contenaient n'avaient pas de contenu personnel.

La Cour fédérale a aussi appliqué erronément l'affaire *Dagg c. Canada (Ministre des Finances)*, qui a été tranchée par la Cour suprême du Canada, quand elle s'est référée au comportement ou à l'action des personnes ayant pris part aux communications ATC. Dans *Dagg*, la majorité avait souscrit à l'observation du juge La Forest, dissident, selon laquelle l'alinéa 3j) et le sous-alinéa 3j)(iii) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* avaient pour objet d'exempter seulement les renseignements relatifs aux postes et non ceux concernant telle ou telle personne. Les renseignements relatifs au poste ne sont donc pas des « renseignements personnels » alors que les renseignements qui concernent principalement des personnes elles-mêmes ou la manière dont elles choisissent d'accomplir les tâches qui leur sont confiées sont des « renseignements personnels ». La dernière partie de l'observation du juge La Forest ne visait que les cadres et employés des institutions fédérales, c'est-à-dire l'exception contenue dans l'alinéa 3j) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. La distinction entre renseignements portant sur le poste et renseignements portant sur la personne était inapplicable, voire hors de propos, quant à la définition générale de « renseignements personnels ». Les employés de NAV CANADA ne sont pas des cadres ou des employés d'une institution fédérale.

La prétention subsidiaire de NAV CANADA selon laquelle les communications ATC étaient exemptées de la divulgation en vertu de l'alinéa 20(1)(b) de la *Loi sur l'accès à l'information* a été rejetée. Cet alinéa précise que le responsable d'une institution fédérale peut refuser de communiquer certains types de renseignements (c.-à-d. financiers, commerciaux, scientifiques ou techniques) si certaines exigences précises sont remplies. Le mot « commercial », appliqué à un renseignement, intéresse en soi le commerce. La prestation, contre rémunération, de services de navigation aérienne ne fait pas en sorte que les renseignements recueillis durant un vol peuvent être qualifiés de « commerciaux » ou « techniques ». Il est inexact aussi de prétendre que l'enregistrement tout entier constitue des renseignements techniques quand seule une partie de cet enregistrement peut ainsi être qualifiée. En outre, les renseignements en cause n'étaient pas confidentiels comme l'exige l'alinéa 20(1)(b). La question de la confidentialité doit être tranchée objectivement : les renseignements mêmes

burden of persuasion with respect to the confidential nature of the information clearly rests on the responding party who must provide “actual direct evidence” of the confidential nature of the information at issue. The evidence provided by NAV CANADA that the ATC communications were confidential within the meaning of paragraph 20(1)(b) was plainly insufficient.

doivent être « intrinsèquement confidentiels ». La question de savoir si un renseignement est de nature confidentielle dépend de son contenu, de son objet et des circonstances entourant sa préparation et sa communication. Il incombait manifestement aux parties intimées de persuader la Cour du caractère confidentiel des renseignements et elles devaient apporter une « preuve directe » de la nature confidentielle des renseignements en cause. NAV CANADA ne s’était tout simplement pas acquittée de son obligation de produire une preuve démontrant que les communications ATC étaient confidentielles au sens de l’alinéa 20(1)(b).

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1, ss. 4 (as am. by S.C. 1992, c. 1, s. 144, Sch. VII, item 1(F); 2001, c. 27, s. 202), 19, 20(1), 24, 25, 41, 42(1)(a), Sch. II (as am. by S.C. 1989, c. 3, s. 38).
- Canada Corporations Act*, R.S.C. 1970, c. C-32, Part II.
- Canadian Aviation Regulations*, SOR/96-433, Part VIII, Subpart 2.
- Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 2(b).
- Canadian Transportation Accident Investigation and Safety Board Act*, S.C. 1989, c. 3, ss. 2 “aviation occurrence”, 7 (as am. by S.C. 1998, c. 20, s. 5), 28 (as am. *idem*, s. 17), 29(1)(a), (6) (as am. *idem*, s. 18).
- Civil Air Navigation Services Commercialization Act*, S.C. 1996, c. 20, ss. 2 (as am. *idem*, s. 108(a); 2003, c. 22, ss. 150(E), 225(q)(E)), 9.
- Convention on International Civil Aviation*, December 7, 1944, [1944] Can. T.S. No. 36.
- Privacy Act*, R.S.C., 1985, c. P-21, ss. 2, 3 “personal information” (as am. by S.C. 1992, c. 1, s. 144, Sch. VII, item 47(F)), 8(2)(a),(b),(m)(i).
- Radiocommunication Act*, R.S.C., 1985, c. R-2, ss. 1 (as am. by S.C. 1989, c. 17, s. 2), 9(2) (as am. *idem*, s. 6; 1993, c. 40, s. 24).
- Radiocommunication Regulations*, SOR/96-484, s. 6.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### DISTINGUISHED:

- 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.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

- Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 2b).
- Convention relative à l’aviation civile internationale*, 7 décembre 1944, [1944] R.T. Can. n° 36.
- Loi sur l’accès à l’information*, L.R.C. (1985), ch. A-1, art. 4 (mod. par L.C. 1992, ch. 1, art. 144, ann. VII, art. 1(F); 2001, ch. 27, art. 202), 19, 20(1), 24, 25, 41, 42(1)a), ann. II (mod. par L.C. 1989, ch. 3, art. 38).
- Loi sur la commercialisation des services de navigation aérienne civile*, L.C. 1996, ch. 20, art. 2 (mod., *idem*, art. 108a); 2003, ch. 22, art. 150(A), 225q)(A)), 9.
- Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. (1985), ch. P-21, art. 2, 3 « renseignements personnels » (mod. par L.C. 1992, ch. 1, art. 144, ann. VII, art. 47(F)), 8(2)a),(b),(m)(i).
- Loi sur la radiocommunication*, L.R.C. (1985), ch. R-2, art. 1 (mod. par L.C. 1989, ch. 17, art. 2), 9(2) (mod., *idem*, art. 6; 1993, ch. 40, art. 24).
- Loi sur le Bureau canadien d’enquête sur les accidents de transport et de la sécurité des transports*, L.C. 1989, ch. 3, art. 2 « accident aéronautique », 7 (mod. par L.C. 1998, ch. 20, art. 5), 28 (mod., *idem*, art. 17), 29(1)a), (6) (mod., *idem*, art. 18).
- Loi sur les corporations canadiennes*, S.R.C. 1970, ch. C-32, partie II.
- Règlement de l’aviation canadien*, DORS/96-433, partie VIII, sous-partie 2.
- Règlement sur la radiocommunication*, DORS/96-484, art. 6.

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISION DIFFÉRENCIÉE :

- Dagg c. Canada (Ministre des Finances)*, [1997] 2 R.C.S. 403.

## CONSIDERED:

*H.J. Heinz Co. of Canada Ltd. v. Canada (Attorney General)*, [2006] 1 S.C.R. 441; (2006), 266 D.L.R. (4th) 675; 48 C.P.R. (4th) 161; 347 N.R. 1; 2006 SCC 13; *Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438 (1928); *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; 38 C.R.R. 301; 10 M.V.R. (2d) 1; 89 N.R. 249; *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30; (1990), 71 O.R. (2d) 575; 65 D.L.R. (4th) 240; 53 C.C.C. (3d) 1; 74 C.R. (3d) 281; 45 C.R.R. 278; 103 N.R. 86; 37 O.A.C. 322; *Air Atonabee Ltd. v. Canada (Minister of Transport)* (1989), 37 Admin. L.R. 245; 27 C.P.R. (3d) 180; 27 F.T.R. 194 (F.C.T.D.); *Canada (Information Commissioner) v. Atlantic Canada Opportunities Agency* (1999), 250 N.R. 314 (F.C.A.); *Wyeth-Ayerst Canada Inc. v. Canada (Attorney General)* (2003), 6 Admin. L.R. (4th) 73; 305 N.R. 317; 2003 FCA 257.

## REFERRED TO:

*Canada (Information Commissioner) v. Canada (Transportation Accident Investigation and Safety Board)*, [2006] 1 F.C.R. 605; (2005), 40 C.P.R. (4th) 158; 271 F.T.R. 7; 2005 FC 384; *Sabourin Estate v. Watterodt Estate* (2005), 213 B.C.A.C. 301; 44 B.C.L.R. (4th) 244; 34 C.C.L.T. (3d) 193; 2005 BCCA 348; *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Commissioner of the Royal Canadian Mounted Police)*, [2003] 1 S.C.R. 66; (2003), 224 D.L.R. (4th) 1; 47 Admin. L.R. (3d) 1; 24 C.P.R. (4th) 129; 301 N.R. 41; 2003 SCC 8; *Ontario (Attorney General) v. Ontario (Information and Privacy Commissioner)* (2001), 39 Admin. L.R. (3d) 112; 16 C.P.R. (4th) 460; 154 O.A.C. 97 (Ont. Div. Ct.); *affd sub nom. Ontario (Attorney General) v. Pascoe* (2002), 22 C.P.R. (4th) 447; 166 O.A.C. 88 (Ont. C.A.); *Société Gamma Inc. v. Canada (Secretary of State)* (1994), 27 Admin. L.R. (2d) 102; 17 B.L.R. (2d) 13; 56 C.P.R. (3d) 58; 79 F.T.R. 42 (F.C.T.D.); *Cyanamid Canada Inc. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (1992), 41 C.P.R. (3d) 512; 52 F.T.R. 22 (F.C.T.D.); *affd* (1992), 9 Admin. L.R. (2d) 161; 45 C.P.R. (3d) 390; 148 N.R. 147 (F.C.A.); *Merck Frosst Canada & Co. v. Canada (Minister of Health)*, [2006] 1 F.C.R. 379; (2005), 47 C.P.R. (4th) 401; 343 N.R. 221; 2005 FCA 215; *Canada (Minister of Public Works and Government Services) v. Hi-Rise Group Inc.* (2004), 238 D.L.R. (4th) 44; 30 C.P.R. (4th) 417; 318 N.R. 242; 2004 FCA 99; *Ottawa Football Club v. Canada (Minister of Fitness and Amateur Sports)*, [1989] 2 F.C. 480; (1989), 23 C.P.R. (3d) 297; 24 F.T.R. 62 (T.D.).

## DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Cie H.J. Heinz Co. du Canada ltée c. Canada (Procureur général)*, [2006] 1 R.C.S. 441; 2006 CSC 13; *Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438 (1928); *R. c. Dymont*, [1988] 2 R.C.S. 417; *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30; *Air Atonabee Ltd. c. Canada (Ministre des Transports)*, [1989] A.C.F. n° 453 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *Canada (Commissaire à l'information) c. Agence de promotion économique du Canada atlantique*, [1999] A.C.F. n° 1723 (C.A.) (QL); *Wyeth-Ayerst Canada Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2003 CAF 257.

## DÉCISIONS CITÉES :

*Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Bureau d'enquête sur les accidents de transport et de la sécurité des transports)*, [2006] 1 R.C.F. 605; 2005 CF 384; *Sabourin Estate v. Watterodt Estate* (2005), 213 B.C.A.C. 301; 44 B.C.L.R. (4th) 244; 34 C.C.L.T. (3d) 193; 2005 BCCA 348; *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Commissaire de la Gendarmerie royale du Canada)*, [2003] 1 R.C.S. 66; 2003 CSC 8; *Ontario (Attorney General) v. Ontario (Information and Privacy Commissioner)* (2001), 39 Admin. L.R. (3d) 112; 16 C.P.R. (4th) 460; 154 O.A.C. 97 (C. Div. Ont.); *conf. par sub nom. Ontario (Attorney General) v. Pascoe* (2002), 22 C.P.R. (4th) 447; 166 O.A.C. 88 (C.A. Ont.); *Société Gamma Inc. c. Canada (Secrétariat d'État)*, [1994] A.C.F. n° 589 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *Cyanamid Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, [1992] A.C.F. n° 144 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *conf. par* [1992] A.C.F. n° 950 (C.A.) (QL); *Merck Frosst Canada & Co. c. Canada (Ministre de la Santé)*, [2006] 1 R.C.F. 379; 2005 CAF 215; *Canada (Ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux) c. Hi-Rise Group Inc.*, 2004 CAF 99; *Ottawa Football Club c. Canada (Ministre de la Condition physique et du Sport amateur)*, [1989] 2 C.F. 480 (1<sup>re</sup> inst.).

## AUTHORS CITED

- Canada. Report of the Task Force established jointly by the Department of Communications/Department of Justice. *Privacy and Computers*. Ottawa: Information Canada, 1972.
- Cohen, Stanley A. *Privacy, Crime and Terror: Legal Rights and Security in a Time of Peril*. Markham, Ont.: LexisNexis Butterworths, 2005.
- Concise Oxford Dictionary of Current English*, 8th ed. Oxford: Clarendon Press, 1990, "about".
- Fried, Charles. "Privacy" (1968), 77 *Yale L.J.* 475.
- International Civil Aviation Organization. *Annex 13 to the Convention on International Civil Aviation: Aircraft Accident and Incident Investigation*, 9th ed. Montréal: ICAO, 2001.
- McNairn, Colin H. H. and C. D. Woodbury. *Government Information: Access and Privacy*. Toronto: Carswell, 1992.
- Nouveau Petit Robert: Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*. Paris: Le Robert, 1996, "concernant".
- Petit Larousse illustré*. Paris: Larousse, 2000, "concernant".
- Warren, Samuel D. and Louis D. Brandeis. "The Right to Privacy", [1890-91] 4 *Harv. L. Rev.* 193.
- Westin, Alan F. *Privacy and Freedom*. New York: Atheneum, 1970.

APPEAL from a Federal Court decision ([2006] 1 F.C.R. 605; (2005), 40 C.P.R. (4th) 158; 271 F.T.R. 7; 2005 FC 384) dismissing applications for judicial review brought under paragraph 42(1)(a) of the *Access to Information Act* relating to refusals by the Canadian Transportation Accident Investigation and Safety Board to disclose records requested under the Act. Appeal allowed.

## APPEARANCES:

*Daniel Brunet, Raynold Langlois, Q.C., Marlys A. Edwardh and François LeBel* for appellant.

*Barbara A. McIsaac, Q.C. and Gregorios S. Tzemenakis* for respondent Executive Director of the Canadian Transportation Accident Investigation and Safety Board.

*Brian A. Crane, Q.C. and Graham S. Ragan* for respondent NAV CANADA.

*Christopher M. Rupar* for intervener.

## DOCTRINE CITÉE

- Canada. Rapport du groupe d'étude établi conjointement par le ministère des Communications et le ministère de la Justice. *L'ordinateur et la vie privée*. Ottawa : Information Canada, 1972.
- Cohen, Stanley A. *Privacy, Crime and Terror : Legal Rights and Security in a Time of Peril*. Markham, Ont. : LexisNexis Butterworths, 2005.
- Concise Oxford Dictionary of Current English*, 8th ed. Oxford : Clarendon Press, 1990, « about ».
- Fried, Charles. « Privacy » (1968), 77 *Yale L.J.* 475.
- McNairn, Colin H. H. and C. D. Woodbury. *Government Information : Access and Privacy*. Toronto : Carswell, 1992.
- Nouveau Petit Robert : Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*. Paris : Le Robert, 1996, « concernant ».
- Organisation de l'aviation civile internationale. *Annexe 13 à la Convention relative à l'aviation civile internationale : enquêtes sur les accidents et incidents d'aviation*, 9<sup>e</sup> éd. Montréal : OACI, 2001.
- Petit Larousse illustré*. Paris : Larousse, 2000, « concernant ».
- Warren, Samuel D. and Louis D. Brandeis. « The Right to Privacy », [1890-91] 4 *Harv. L. Rev.* 193.
- Westin, Alan F. *Privacy and Freedom*. New York : Atheneum, 1970.

APPEL d'une décision de la Cour fédérale ([2006] 1 R.C.F. 605; 2005 CF 384) rejetant des demandes de contrôle judiciaire présentées en application de l'alinéa 42(1)a) de la *Loi sur l'accès à l'information* eu égard aux refus du Bureau canadien d'enquête sur les accidents de transport et de la sécurité des transports de communiquer des documents demandés en vertu de la Loi. Appel accueilli.

## ONT COMPARU :

*Daniel Brunet, Raynold Langlois, c.r., Marlys A. Edwardh et François LeBel* pour l'appellant.

*Barbara A. McIsaac, c.r. et Gregorios S. Tzemenakis* pour l'intimé le directeur exécutif du Bureau canadien d'enquête sur les accidents de transport et de la sécurité des transports.

*Brian A. Crane, c.r. et Graham S. Ragan* pour l'intimée NAV CANADA.

*Christopher M. Rupar* pour l'intervenant.



## SOLICITORS OF RECORD:

*Office of the Information Commissioner of Canada*  
for appellant.

*McCarthy Tétrault LLP*, Ottawa, for respondent  
Executive Director of the Canadian Transportation  
Accident Investigation and Safety Board.

*Gowling Lafleur Henderson LLP*, Ottawa, for  
respondent NAV CANADA.

*Deputy Attorney General of Canada* for intervener.

*The following are the reasons for order rendered in  
English by*

[1] DESJARDINS J.A.: This is an appeal of a decision of an application Judge of the Federal Court dismissing four applications for judicial review brought by the Information Commissioner of Canada (the Commissioner) pursuant to paragraph 42(1)(a) of the *Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1 (the Access Act). The applications for judicial review relate to four refusals by the Canadian Transportation Accident Investigation and Safety Board (the Safety Board) to disclose records requested under this Act, in their entirety, based on the purported application of section 19 of the Access Act, namely the "personal information" exemption.

[2] The records at issue contain communications relating to four air occurrences which were subject to distinct investigations and public reports by the Safety Board. In each case, the requesters (three journalists and a legal representative of the estate of the deceased involved in one of the air accidents) seek access to recordings and/or transcripts of air traffic control communications (ATC communications) recorded by NAV CANADA and now under the control of the Safety Board.

[3] A description of the occurrences, the requests for information and the relevant decisions of the Safety Board can be found in the reported decision of the

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

*Commissariat à l'information du Canada* pour  
l'appelant.

*McCarthy Tétrault S.E.N.C.R.L., s.r.l.*, Ottawa,  
pour l'intimé le directeur exécutif du Bureau  
canadien d'enquête sur les accidents de transport et  
de la sécurité des transports.

*Gowling Lafleur Henderson s.r.l.*, Ottawa, pour  
l'intimée NAV CANADA.

*Le sous-procureur général du Canada* pour  
l'intervenant.

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

[1] LA JUGE DESJARDINS, J.C.A. : Le commissaire à l'information du Canada (le commissaire) fait appel de la décision d'une juge de la Cour fédérale de rejeter quatre demandes de contrôle judiciaire qu'il avait présentées en application de l'alinéa 42(1)a) de la *Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), ch. A-1. Les demandes de contrôle judiciaire faisaient suite à quatre décisions du Bureau canadien d'enquête sur les accidents de transport et de la sécurité des transports (le BST) de refuser la communication d'une partie quelconque des documents demandés en vertu de la *Loi sur l'accès à l'information*, en alléguant l'article 19 de cette Loi, à savoir l'exception des « renseignements personnels ».

[2] Les dossiers en cause contiennent des renseignements se rapportant à quatre accidents aéronautiques qui avaient été l'objet d'enquêtes distinctes et de rapports publics distincts de la part du BST. Dans chaque cas, les demandeurs des renseignements (trois journalistes et le représentant légal de la succession de la personne décédée impliquée dans l'un des accidents) voudraient obtenir communication des enregistrements et/ou des transcriptions des communications du contrôle de la circulation aérienne (les communications ATC) faits par NAV CANADA et aujourd'hui en la possession du BST.

[3] La description des accidents, les demandes de communication des renseignements et les décisions pertinentes du BST se trouvent dans le jugement publié

application Judge (*Canada (Information Commissioner) v. Canada (Transportation Accident Investigation and Safety Board)*), [2006] 1 F.C.R. 605, Snider J.).

#### The decision below

[4] The application Judge concluded that the requested information was “personal information” within the meaning of section 19 of the Access Act and section 3 of the *Privacy Act*, R.S.C., 1985, c. P-21.

[5] Firstly, it was her view that the ATC communications were “about” an individual. She found that the content of the communications was limited to the safety and navigation of aircraft, the general operation of the aircraft, and the exchange of messages on behalf of the public. They contained information about the status of the aircraft, weather conditions, matters associated with air traffic control and utterances of the pilots and controllers, except for a few lines in one of the communications which contained direct reference to names and other information which the Commissioner acknowledged was personal. She agreed with the Commissioner that the recordings were largely technical (paragraph 20). Viewed in context, however, she said they were much more.

[6] Two different types of individuals were involved: the ground crew of air traffic controllers and flight specialists, and the air crew. To establish the nature of the communications, she looked at the purpose for which the ATC communications were made and used. She noted that a provision in Annex 10, Volume II of the *Convention on International Civil Aviation* signed at Chicago, Illinois, on December 7, 1944, [1944] Can. T.S. No. 36 (the ICAO Convention), mandated the logging of ATC communications. These standards were incorporated into Part VIII, Subpart 2 of the *Canadian Aviation Regulations*, SOR/1996-433. However, when an occurrence happened (a defined term to be examined later), NAV CANADA was under a duty to notify the

de la juge de première instance (*Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Bureau d'enquête sur les accidents de transport et de la sécurité des transports)*), [2006] 1 R.C.F. 605, juge Snider).

#### Le jugement de première instance

[4] La juge de première instance est arrivée à la conclusion que les renseignements demandés étaient des « renseignements personnels » au sens de l'article 19 de la *Loi sur l'accès à l'information* et au sens de l'article 3 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. (1985), ch. P-21.

[5] D'abord, elle a exprimé l'avis que les communications ATC étaient des renseignements « concern[a]nt » un individu. Selon elle, le contenu des communications ATC était limité à la sécurité et à la navigation d'un aéronef, aux activités de l'appareil et à l'échange de messages pour le compte du public. Les communications ATC contenaient des renseignements sur la situation de l'aéronef, sur les conditions météorologiques, sur des aspects liés au contrôle de la circulation aérienne et sur les propos des pilotes et des contrôleurs, à l'exception de quelques lignes, dans l'une des communications, qui contenaient des mentions de noms et d'autres renseignements qui, de l'aveu du commissaire, étaient personnels. Elle a estimé, comme le commissaire, que les enregistrements étaient de nature surtout technique (paragraphe 20). Elle a dit toutefois que, considérés dans leur contexte, ils ne se limitaient pas à cela.

[6] Deux groupes de personnes étaient concernés : le personnel au sol, composé de contrôleurs de la circulation aérienne et de spécialistes de l'information de vol, et le personnel navigant. Pour établir la nature des communications ATC, la juge de première instance a considéré l'objet pour lequel ces communications étaient établies et utilisées. Elle a relevé qu'une disposition de l'annexe 10, volume II, de la *Convention relative à l'aviation civile internationale*, signée à Chicago, Illinois, le 7 décembre 1944, [1944] R.T. Can. n° 36 (la Convention de l'OACI), rendait obligatoire la consignation des communications ATC. Ces normes étaient intégrées dans la partie VIII, sous-partie 2, du *Règlement de l'aviation canadien*, DORS/96-433.

Safety Board. The Safety Board could then carry on an investigation as it is empowered to do under section 7 [as am. by S.C. 1998, c. 20, s. 5] of the *Canadian Transportation Accident Investigation and Safety Board Act*, S.C. 1989, c. 3 (the Safety Board Act). The tapes were then handed to the investigators. The Safety Board, in her view, had the responsibility of examining how those individuals involved in the occurrence chose to perform the task assigned to them (paragraph 25 of her reasons).

[7] The application Judge quoted, at paragraph 14 of her reasons, the following sentence from paragraph 94 of La Forest J.'s reasons in *Dagg v. Canada (Minister of Finance)*, [1997] 2 S.C.R. 403 (*Dagg*):

... information relating primarily to individuals themselves or to the manner in which they choose to perform the tasks assigned to them is "personal information". [Emphasis added by application Judge.]

[8] She wrote at paragraphs 25 and 26 of her reasons:

In doing its job, the TSB must examine how individuals involved with the occurrence did their jobs. What caused the accident? Were there safety deficiencies? More pointedly, did the actions of the controllers or the pilots involved contribute to the occurrence? One significant way of evaluating the individual performances of the personnel is through the ATC communications. The ATC communications are used to assess the manner in which the air traffic controllers and the aircraft personnel chose to perform the tasks assigned to them. A simple way of looking at this information is that the sole purpose for the existence of the ATC communications is to carry out an evaluation of the performance of the parties to those communications in the event that something goes wrong.

For these reasons, I conclude that the ATC communications are "about" the individuals involved. [My emphasis.]

[9] She further held that the information was about an "identifiable" individual (paragraph 31 of her reasons)

Cependant, lorsque survenait un accident (mot défini qui sera examiné plus loin), NAV CANADA avait l'obligation d'en informer le BST. Le BST pouvait alors effectuer une enquête, comme il est autorisé à le faire en vertu de l'article 7 [mod. par L.C. 1998, ch. 20, art. 5] de la *Loi sur le Bureau canadien d'enquête sur les accidents de transport et de la sécurité des transports*, L.C. 1989, ch. 3 (la Loi sur le BST). Les bandes étaient alors remises aux enquêteurs. Selon la juge de première instance, il incombait au BST de voir comment les personnes en cause avaient décidé d'accomplir les tâches qui leur incombait (paragraphe 25 de ses motifs).

[7] La juge de première instance a reproduit, au paragraphe 14 de ses motifs, la phrase suivante qui apparaît au paragraphe 94 des motifs du juge La Forest, dans l'arrêt *Dagg c. Canada (Ministre des Finances)*, [1997] 2 R.C.S. 403 (*Dagg*) :

[. . .] les renseignements qui concernent principalement des personnes elles-mêmes ou la manière dont elles choisissent d'accomplir les tâches qui leur sont confiées sont des « renseignements personnels ». [Souligné par la juge de première instance.]

[8] Elle écrivait ce qui suit, aux paragraphes 25 et 26 de ses motifs :

Dans le cadre de la mission qui lui est confiée, le BST doit se pencher sur la manière dont les individus en cause ont accompli les tâches qui leur incombent. Quelle est la cause de l'accident? Y a-t-il eu des manquements à la sécurité? Plus précisément, les actions des contrôleurs ou des pilotes en cause ont-elles contribué à l'accident? Les communications ATC sont un des moyens importants d'évaluer le comportement individuel des personnes concernées. Les communications ATC servent à évaluer la manière dont les contrôleurs de la circulation aérienne et le personnel navigant ont choisi d'accomplir les tâches qui leur sont confiées. Très simplement, on peut dire que l'unique raison d'être des communications ATC est de permettre, justement, d'évaluer, en cas d'incident, le comportement ou l'action des personnes ayant pris part à ces communications.

Pour ces motifs, je conclus que ces communications « concernent » les individus en cause. [Non souligné dans l'original.]

[9] Elle a également jugé que les renseignements concernaient un individu « identifiable » (paragraphe 31

since listening to the ATC tapes would allow identification of the aircraft, the location and operating initials of the specific controller. Moreover, the voices of the individuals involved could be heard and identified. She found that those individuals had a reasonable expectation of privacy considering that the consistent policy of NAV CANADA had been to keep ATC communications confidential, that the collective agreements governing the relationship between the unions and NAV CANADA contained a clause prohibiting use of the tapes beyond what is required by law, and that both the ICAO Convention and international practices favoured the non-disclosure of information of this nature.

[10] She then proceeded, as she was required, to an analysis under subsection 19(2) of the Access Act. She determined that the information should not be disclosed because it was not “publicly available”, except for the occurrences at Clarendville where the communications had already been made publicly available. She considered paragraphs 8(2)(a) and (b) of the *Privacy Act* and found that those provisions were not applicable to the cases before her. She concluded that the Safety Board had properly exercised its discretion under subparagraph 8(2)(m)(i) of the *Privacy Act*. As a result, she was satisfied that she did not need to address subsection 20(1), nor section 25 of the Access Act, nor whether subsection 9(2) [as am. by S.C. 1989, c. 17, s. 6; 1993, c. 40, s. 24] of the *Radiocommunication Act*, R.S.C., 1985, c. R-2 [s. 1 (as am. by S.C. 1989, c. 17, s. 2), infringed paragraph 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* [being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] (the Charter).

[11] It is my view that the application Judge erred in coming to the conclusion that the information requested was “personal information” under the Access Act and the *Privacy Act*. I consequently do not need to determine the other issues raised in this appeal, except for

de ses motifs) puisque l’écoute des bandes ATC allait permettre d’identifier l’aéronef, ainsi que le lieu de travail et le sigle professionnel du contrôleur concerné. Par ailleurs, les voix des personnes concernées pouvaient être entendues et reconnues. Elle a jugé que ces personnes avaient une expectative raisonnable de confidentialité étant donné que NAV CANADA avait toujours eu pour principe de préserver la confidentialité des communications ATC, que les conventions collectives régissant la relation entre les syndicats et NAV CANADA renfermaient une clause interdisant l’utilisation des bandes au-delà de ce que requiert la loi, et que tant la Convention de l’OACI que les pratiques internationales militaient en faveur de la non-communication des renseignements de cette nature.

[10] Elle a alors entrepris, comme elle devait le faire, une analyse quant à l’applicabilité du paragraphe 19(2) de la *Loi sur l’accès à l’information*. Elle a conclu que les renseignements étaient soustraits à la communication parce que le public « n’[y avait] pas accès », sauf pour les accidents survenus à Clarendville, dont les communications ATC avaient déjà été rendues publiques. Elle a considéré les alinéas 8(2)a) et b) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* et estimé que ces dispositions ne s’appliquaient pas aux affaires dont elle était saisie. Selon elle, le BST avait valablement exercé le pouvoir discrétionnaire que lui conférait le sous-alinéa 8(2)m)(i) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. Elle a donc estimé qu’elle n’avait pas à considérer le paragraphe 20(1), ni l’article 25, de la *Loi sur l’accès à l’information*, ni à se demander si le paragraphe 9(2) [mod. par L.C. 1989, ch. 17, art. 6; 1993, ch. 40, art. 24] de la *Loi sur la radiocommunication*, L.R.C. (1985), ch. R-2 [art. 1 (mod. par L.C. 1989, ch. 17, art. 2)], contrevenait à l’alinéa 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* [qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]] (la Charte).

[11] Je suis d’avis que le juge de première instance a commis une erreur en disant que les renseignements demandés étaient des « renseignements personnels » au sens de la *Loi sur l’accès à l’information* et de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. Il ne

subsection 20(1) of the Access Act.

Defining ATC communications—The object of the Safety Board

[12] Prior to November 1, 1996, civil air navigation services were delivered by Transport Canada. On that date, pursuant to section 9 of the *Civil Air Navigation Services Commercialization Act*, S.C. 1996, c. 20, and to an earlier transfer agreement signed between the Government of Canada and NAV CANADA, NAV CANADA was given exclusive responsibility over the delivery of those services within Canadian airspace and within other airspace in respect of which Canada has responsibility for the provision of such services. NAV CANADA, a private corporation incorporated on May 26, 1995 under Part II of the *Canada Corporations Act*, R.S.C. 1970, c. C-32, was given the right to charge for those services.

[13] The responding parties emphasized the important role of Canada's international obligations in structuring the policies concerning disclosure of ATC communications. The Court's attention was drawn in particular to Annex 13 [*Aircraft Accident and Incident Investigation*], article 5.12 of the ICAO Convention, which provides that, in conducting an accident investigation, a state shall protect from disclosure "all communications between persons having been involved in the operation of the aircraft" and shall not make such records available for purposes other than accident investigation "unless the appropriate authority for the administration of justice in that State determines that their disclosure outweighs the adverse domestic and international impact such action may have on that or any future investigation". Contrary to the suggestion of the responding parties, however, I am not persuaded that the disclosure of ATC communications, in appropriate circumstances following a request under the Access Act, is necessarily inconsistent with Canada's international obligations. A request under the Access Act is overseen by "the appropriate authority for the administration of justice", and the considerations mandated by article 5.12 can be accommodated within

m'est donc pas nécessaire de décider les autres points soulevés dans le présent appel, si ce n'est le paragraphe 20(1) de la *Loi sur l'accès à l'information*.

Définition des communications ATC—La mission du BST

[12] Avant le 1<sup>er</sup> novembre 1996, les services de navigation aérienne civile étaient assurés par Transports Canada. À cette date, conformément à l'article 9 de la *Loi sur la commercialisation des services de navigation aérienne civile*, L.C. 1996, ch. 20, et à un accord antérieur de transfert conclu entre le gouvernement du Canada et NAV CANADA, NAV CANADA fut investie du mandat exclusif de fournir ces services à l'intérieur de l'espace aérien du Canada et à l'intérieur des autres espaces aériens à l'égard desquels il incombe au Canada de fournir de tels services. NAV CANADA, société privée constituée le 26 mai 1995 en vertu de la partie II de la *Loi sur les corporations canadiennes*, S.R.C. 1970, ch. C-32, a été autorisée à facturer les services en question.

[13] Les parties intimées ont souligné l'importance des obligations internationales du Canada dans la structuration des politiques se rapportant à la divulgation des communications ATC. L'attention de la Cour a été appelée en particulier sur l'annexe 13 [*Enquêtes sur les accidents et incidents d'aviation*], article 5.12, de la Convention de l'OACI, qui prévoit que, dans une enquête relative à un accident, un État doit soustraire à la divulgation « toutes les communications entre personnes qui ont participé à l'exploitation de l'aéronef » et doit s'abstenir de communiquer ces documents à des fins autres que l'enquête sur l'accident, « à moins que l'autorité chargée de l'administration de la justice dans ledit État ne détermine que leur divulgation importe plus que les incidences négatives que cette mesure risque d'avoir, au niveau national et international, sur l'enquête ou sur toute enquête ultérieure ». Toutefois, contrairement à ce que prétendent les parties intimées, je ne suis pas persuadée que la divulgation de communications ATC, dans les circonstances qui le justifient, et à la suite d'une demande présentée en vertu de la *Loi sur l'accès à l'information*, est nécessairement incompatible avec les obligations internationales du Canada. Une demande

the process created by this domestic statutory regime.

[14] ATC communications are regulated by section 2 [as am. by S.C. 1996, c. 20, s. 108(a); 2003, c. 22, ss. 150(E), 225(q)(E)] of the *Civil Air Navigation Services Commercialization Act* and section 6 of the *Radiocommunication Regulations*, SOR/96-484. Their content is limited to the safety and navigation of aircraft, the general operation of the aircraft and the exchange of messages on behalf of the public. The messages are transmitted over frequencies reserved specifically for aeronautical services. Users of these frequencies are statutorily required not to identify themselves using their names (paragraph 18 of the application Judge's reasons).

[15] ATC communications may be air-to-ground, ground-to-air and ground-to-ground communications, that is, from the air control tower to the air crew in flight or on the ground, or to vehicles on the ground. Controllers also communicate by means of interphone communication with other control towers and vehicles on the runway (*Sabourin Estate v. Watterodt Estate* (2005), 213 B.C.A.C. 301 (C.A.)). The purpose of communications between air traffic controllers or flight specialists and the crew of any aircraft is to ensure the safe and efficient departure, flight and landing of those aircraft and surrounding aircraft (affidavit of Kathleen Fox, A.B., Vol. 4, page 834, paragraph 28).

[16] As stated earlier, all incoming and outgoing ATC communications are required to be recorded by NAV CANADA. They are retained for a period of 30 days. Where there is an "aviation occurrence", the relevant tape is set aside to preserve its integrity. The tape is taken out of service, placed in a container and stored in a secure location where it cannot be tampered with.

présentée en vertu de la *Loi sur l'accès à l'information* est passée en revue par « l'autorité chargée de l'administration de la justice », et les facteurs dont parle l'article 5.12 peuvent être pris en compte dans le mécanisme établi par cette législation interne.

[14] Les communications ATC sont régies par l'article 2 [mod. par L.C. 1996, ch. 20, art. 108a); 2003, ch. 22, art. 150(A), 225q)(A)] de la *Loi sur la commercialisation des services de navigation aérienne civile* et par l'article 6 du *Règlement sur la radiocommunication*, DORS/96-484. Leur contenu se limite à la sécurité et à la navigation de l'aéronef, aux activités de l'appareil et à l'échange de messages pour le compte du public. Les messages sont transmis sur des fréquences réservées expressément au service aéronautique. Les utilisateurs de ces fréquences ont l'obligation légale de ne pas s'identifier nommément (paragraphe 18 des motifs du jugement de première instance).

[15] Les communications ATC peuvent être des communications air-sol, sol-air ou sol-sol, c'est-à-dire depuis la tour de contrôle vers le personnel navigant en vol ou au sol, ou vers des véhicules au sol. Les contrôleurs communiquent aussi, au moyen d'interphones, avec d'autres tours de contrôle et d'autres véhicules se trouvant sur la piste (*Sabourin Estate v. Watterodt Estate* (2005), 213 B.C.A.C. 301 (C.A.)). L'objet des communications entre les contrôleurs de la circulation aérienne ou les spécialistes de l'information de vol et l'équipage d'un aéronef est d'assurer la sécurité et l'efficacité du décollage, du vol et de l'atterrissage de l'aéronef et des aéronefs environnants (affidavit de Kathleen Fox, D.A., volume 4, page 834, paragraphe 28).

[16] Comme je l'ai dit plus haut, toutes les communications ATC d'entrée et de sortie doivent être enregistrées par NAV CANADA. Elles sont conservées pendant une période de 30 jours. Lorsque se produit un « accident aéronautique », la bande concernée est mise de côté pour que son intégrité soit préservée. La bande est mise hors service, placée dans un contenant et entreposée dans un endroit sûr où elle ne peut être altérée.

[17] The term “aviation occurrence” is defined thus in section 2 of the Safety Board Act:

2. In this Act,

...

“aviation occurrence” means

(a) any accident or incident associated with the operation of an aircraft, and

(b) any situation or condition that the Board has reasonable grounds to believe could, if left unattended, induce an accident or incident described in paragraph (a);

[18] The object of the Safety Board is described in subsection 7(1) of the Safety Board Act. An important restriction is contained in subsection 7(2). Both provisions read:

7. (1) The object of the Board is to advance transportation safety by

(a) conducting independent investigations, including, when necessary, public inquiries, into selected transportation occurrences in order to make findings as to their causes and contributing factors;

(b) identifying safety deficiencies as evidenced by transportation occurrences;

(c) making recommendations designed to eliminate or reduce any such safety deficiencies; and

(d) reporting publicly on its investigations and on the findings in relation thereto.

(2) In making its findings as to the causes and contributing factors of a transportation occurrence, it is not the function of the Board to assign fault or determine civil or criminal liability, but the Board shall not refrain from fully reporting on the causes and contributing factors merely because fault or liability might be inferred from the Board's findings.

[19] The Safety Board explains (paragraph 25 of its memorandum of fact and law) that the purpose of the investigation of civil aviation occurrences is to understand what caused the occurrence and to identify factors which can be mitigated in order to avoid further occurrences. The purpose is not to assign blame or further criminal, civil or disciplinary proceedings.

[17] L'expression « accident aéronautique » est définie ainsi, à l'article 2 de la Loi sur le BST :

2. Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi.

[...]

« accident aéronautique » Tout accident ou incident lié à l'utilisation d'un aéronef. Y est assimilée toute situation dont le Bureau a des motifs raisonnables de croire qu'elle pourrait, à défaut de mesure corrective, provoquer un tel accident ou incident.

[18] La mission du BST est décrite au paragraphe 7(1) de la Loi sur le BST. Le paragraphe 7(2) fait état d'une importante restriction. Les deux dispositions sont ainsi formulées :

7. (1) Le Bureau a pour mission de promouvoir la sécurité des transports :

a) en procédant à des enquêtes indépendantes, y compris des enquêtes publiques au besoin, sur les accidents de transport choisis, afin d'en dégager les causes et les facteurs;

b) en constatant les manquements à la sécurité mis en évidence par de tels accidents;

c) en faisant des recommandations sur les moyens d'éliminer ou de réduire ces manquements;

d) en publiant des rapports rendant compte de ses enquêtes et présentant les conclusions qu'il en tire.

(2) Dans ses conclusions, le Bureau n'est pas habilité à attribuer ni à déterminer les responsabilités civiles ou pénales; ses conclusions doivent toutefois être complètes, quelles que soient les inférences qu'on puisse en tirer à cet égard.

[19] Le BST explique (au paragraphe 25 de son exposé des faits et du droit) que l'objet de l'enquête sur un accident aéronautique civil est d'élucider les causes possibles de l'accident et de repérer les éléments susceptibles d'être rectifiés, et d'éviter d'autres accidents. L'objet de l'enquête n'est pas d'attribuer les responsabilités, qu'elles soient pénales, civiles ou disciplinaires.

[20] Communication records, including ATC communications, enjoy a degree of privilege under the Safety Board Act. Paragraph 29(1)(a) of the Safety Board Act defines a communication record to include:

**29. (1)** In this section, “communication record” means the whole or any part of any record, recording, copy, transcript or substantial summary of

(a) any type of communications respecting air traffic control or related matters that take place between any of the following persons, namely, air traffic controllers, aircraft crew members, airport vehicle operators, flight service station specialists and persons who relay messages respecting air traffic control or related matters,

[21] Subsection 29(6) [as am. by S.C. 1998, c. 20, s. 18] of the Safety Board Act specifically provides that a communication record which has been obtained by the Board pursuant to its legislative mandate is not to be used against any person referred to in subsection (1) (i.e. air traffic controllers, aircraft crew members, airport vehicle operators, flight service station specialists and persons who relay messages respecting air traffic control or related matters) in any legal proceedings or, subject to any applicable collective agreement, in any disciplinary proceedings. Subsection 29(6) reads:

**29. (1) . . .**

(6) A communication record obtained under this Act shall not be used against any person referred to in subsection (1) in any legal proceedings or, subject to any applicable collective agreement, in any disciplinary proceedings.

[22] A much stricter provision protects the “on-board recordings” from the flight deck of an aircraft, a term defined in subsection 28(1) [as am. *idem*, s. 17] of the Safety Board Act. Subsection 28(1) of the Safety Board Act and section 24 of the Access Act specifically provide for mandatory exemption with respect to such recordings and transcripts.

[20] Les enregistrements contrôle, y compris les communications ATC, bénéficient d’un certain niveau de confidentialité en vertu de la Loi sur le BST. L’alinéa 29(1)a) de la Loi sur le BST définit ainsi un enregistrement contrôle :

**29. (1)** Au présent article, « enregistrement contrôle » s’entend de tout ou partie de l’enregistrement, de la transcription ou d’un résumé appréciable de toute communication :

a) relative au contrôle de la circulation aérienne ou aux questions connexes, entre les contrôleurs de la circulation aérienne, les équipages d’aéronefs, les conducteurs de véhicules d’aéroport, les spécialistes de l’information de vol ou les personnes qui relaient les renseignements relatifs au contrôle de la circulation aérienne ou aux questions connexes;

[21] Le paragraphe 29(6) [mod. par L.C. 1998, ch. 20, art. 18] de la Loi sur le BST prévoit expressément qu’un enregistrement contrôle qui a été obtenu par le BST conformément au mandat que lui confie sa loi constituante ne doit pas être utilisé contre les personnes mentionnées au paragraphe (1) (c’est-à-dire les contrôleurs de la circulation aérienne, les équipages d’aéronefs, les conducteurs de véhicules d’aéroport, les spécialistes de l’information de vol ou les personnes qui relaient les renseignements relatifs au contrôle de la circulation aérienne ou aux questions connexes) dans des procédures judiciaires ou, sous réserve de la convention collective applicable, dans des procédures disciplinaires. Le paragraphe 29(6) prévoit ce qui suit :

**29. (1) [ . . . ]**

(6) Dans les procédures judiciaires ou, sous réserve de la convention collective applicable, dans le cadre de procédures disciplinaires, il ne peut être fait usage contre les personnes mentionnées au paragraphe (1) des enregistrements contrôle obtenus en application de la présente loi.

[22] Une disposition beaucoup plus rigoureuse protège les « enregistrements de bord » reçus par le poste de pilotage d’un aéronef. L’expression est définie au paragraphe 28(1) [mod., *idem*, art. 17] de la Loi sur le BST. Le paragraphe 28(1) de la Loi sur le BST et l’article 24 de la *Loi sur l’accès à l’information* prévoient expressément une exception obligatoire pour ces enregistrements et transcriptions.



[23] Section 28 of the Safety Board Act reads in full:

**PRIVILEGE**

28. (1) In this section, “on-board recording” means the whole or any part of

(a) a recording of voice communications originating from, or received on or in,

(i) the flight deck of an aircraft,

(ii) the bridge or a control room of a ship,

(iii) the cab of a locomotive, or

(iv) the control room or pumping station of a pipeline, or

(b) a video recording of the activities of the operating personnel of an aircraft, ship, locomotive or pipeline

that is made, using recording equipment that is intended to not be controlled by the operating personnel, on the flight deck of the aircraft, on the bridge or in a control room of the ship, in the cab of the locomotive or in a place where pipeline operations are carried out, as the case may be, and includes a transcript or substantial summary of such a recording.

(2) Every on-board recording is privileged and, except as provided by this section, no person, including any person to whom access is provided under this section, shall

(a) knowingly communicate an on-board recording or permit it to be communicated to any person; or

(b) be required to produce an on-board recording or give evidence relating to it in any legal, disciplinary or other proceedings.

(3) Any on-board recording that relates to a transportation occurrence being investigated under this Act shall be released to an investigator who requests it for the purposes of the investigation.

(4) The Board may make such use of any on-board recording obtained under this Act as it considers necessary in the interests of transportation safety, but, subject to subsection (5), shall not knowingly communicate or permit to be communicated to anyone any portion thereof that is unrelated to the causes or contributing factors of the transportation occurrence under investigation or to the identification of safety deficiencies.

(5) The Board shall make available any on-board recording obtained under this Act to

[23] L'article 28 de la Loi sur le BST est ainsi formulé :

**RENSEIGNEMENTS PROTÉGÉS**

28. (1) Au présent article, « enregistrement de bord » s'entend de tout ou partie soit des enregistrements des communications orales reçues par le poste de pilotage d'un aéronef, par la passerelle ou toute salle de contrôle d'un navire, par la cabine d'une locomotive ou par la salle de contrôle ou de pompage d'un pipeline, ou en provenant, soit des enregistrements vidéo des activités du personnel assurant le fonctionnement des aéronefs, navire, locomotive ou pipeline, qui sont effectués à ces endroits à l'aide du matériel d'enregistrement auquel le personnel n'a pas accès. Y sont assimilés la transcription ou le résumé substantiel de ces enregistrements.

(2) Les enregistrements de bord sont protégés. Sauf disposition contraire du présent article, nul ne peut, notamment s'il s'agit de personnes qui y ont accès au titre de cet article :

a) sciemment, les communiquer ou les laisser communiquer;

b) être contraint de les produire ou de témoigner à leur sujet lors d'une procédure judiciaire, disciplinaire ou autre.

(3) Les enregistrements de bord relatifs à un accident de transport faisant l'objet d'une enquête prévue par la présente loi sont mis à la disposition de l'enquêteur qui en fait la demande dans le cadre de sa mission.

(4) Le Bureau peut utiliser les enregistrements de bord obtenus en application de la présente loi comme il l'estime nécessaire dans l'intérêt de la sécurité des transports, mais, sous réserve du paragraphe (5), il ne peut sciemment communiquer ou laisser communiquer les parties de ces enregistrements qui n'ont aucun rapport avec les causes et facteurs de l'accident de transport faisant l'objet de l'enquête ou avec les manquements à la sécurité.

(5) Le Bureau est tenu de mettre les enregistrements de bord obtenus en application de la présente loi à la disposition :

(a) [Repealed, 1998, c. 20, s. 17]

(b) a coroner who requests access thereto for the purpose of an investigation that the coroner is conducting; or

(c) any person carrying out a coordinated investigation under section 18.

(6) Notwithstanding anything in this section, where, in any proceedings before a court or coroner, a request for the production and discovery of an on-board recording is made, the court or coroner shall

(a) cause notice of the request to be given to the Board, if the Board is not a party to the proceedings;

(b) in camera, examine the on-board recording and give the Board a reasonable opportunity to make representations with respect thereto; and

(c) if the court or coroner concludes in the circumstances of the case that the public interest in the proper administration of justice outweighs in importance the privilege attached to the on-board recording by virtue of this section, order the production and discovery of the on-board recording, subject to such restrictions or conditions as the court or coroner deems appropriate, and may require any person to give evidence that relates to the on-board recording.

(7) An on-board recording may not be used against any of the following persons in disciplinary proceedings, proceedings relating to the capacity or competence of an officer or employee to perform the officer's or employee's functions, or in legal or other proceedings, namely, air or rail traffic controllers, marine traffic regulators, aircraft, train or ship crew members (including, in the case of ships, masters, officers, pilots and ice advisers), airport vehicle operators, flight service station specialists, persons who relay messages respecting air or rail traffic control, marine traffic regulation or related matters and persons who are directly or indirectly involved in the operation of a pipeline.

(8) For the purposes of subsection (6), "court" includes a person or persons appointed or designated to conduct a public inquiry into a transportation occurrence pursuant to this Act or the *Inquiries Act*.

[24] Section 24 of the Access Act reads:

*Statutory Prohibitions*

24. (1) The head of a government institution shall refuse to disclose any record requested under this Act that contains information the disclosure of which is restricted by or pursuant to any provision set out in Schedule II.

a) [Abrogé, 1998, ch. 20, art. 17]

b) des coroners qui en font la demande pour leurs enquêtes;

c) des personnes qui participent aux enquêtes coordonnées visées à l'article 18.

(6) Par dérogation aux autres dispositions du présent article, le tribunal ou le coroner qui, dans le cours de procédures devant lui, est saisi d'une demande de production et d'examen d'un enregistrement de bord examine celui-ci à huis clos et donne au Bureau la possibilité de présenter des observations à ce sujet après lui avoir transmis un avis de la demande, dans le cas où celui-ci n'est pas partie aux procédures. S'il conclut, dans les circonstances de l'espèce, que l'intérêt public d'une bonne administration de la justice a prépondérance sur la protection conférée à l'enregistrement par le présent article, le tribunal ou le coroner en ordonne la production et l'examen, sous réserve des restrictions ou conditions qu'il juge indiquées; il peut en outre enjoindre à toute personne de témoigner au sujet de cet enregistrement.

(7) Il ne peut être fait usage des enregistrements de bord dans le cadre de procédures disciplinaires ou concernant la capacité ou la compétence d'un agent ou employé relativement à l'exercice de ses fonctions, ni dans une procédure judiciaire ou autre contre les contrôleurs de la circulation aérienne, les régulateurs de trafic maritime, les aiguilleurs, le personnel de bord des aéronefs, navires—y compris, dans ce dernier cas, les capitaines, officiers, pilotes et conseillers glaciologues—ou trains, les conducteurs de véhicules d'aéroport, les spécialistes de l'information de vol, les personnes qui relaient les renseignements relatifs au contrôle de la circulation aérienne ou ferroviaire ou du trafic maritime ou aux questions connexes et les personnes qui assurent le fonctionnement des pipelines.

(8) Pour l'application du paragraphe (6), ont pouvoirs et qualité de tribunal les personnes nommées ou désignées pour mener une enquête publique sur un accident de transport conformément à la présente loi ou à la *Loi sur les enquêtes*.

[24] L'article 24 de la *Loi sur l'accès à l'information* est ainsi formulé :

*Interdictions fondées sur d'autres lois*

24. (1) Le responsable d'une institution fédérale est tenu de refuser la communication de documents contenant des renseignements dont la communication est restreinte en vertu d'une disposition figurant à l'annexe II.

...

[...]

## SCHEDULE II [as am. by S.C. 1989, c. 3, s. 38]

## ANNEXE II [mod. par L.C. 1989, ch. 3, art. 38]

Canadian Transportation Accident Investigation and Safety Board Act

Loi sur le Bureau canadien d'enquête sur les accidents de transport et de la sécurité des transports

subsections 28(2) and 31(4)

paragraphe 28(2) et 31(4)

[25] It was initially the position of the Safety Board that the information contained in ATC communications was personal information, but was publicly available because some of the information, being the conversations carried over open radio frequencies, could be intercepted by a member of the public with the appropriate technology. Accordingly, if an access request for ATC communications was made after an investigation had been completed, the Safety Board was of the view that there was no basis to refuse disclosure.

[25] Le BST était au départ d'avis que les renseignements contenus dans les communications ATC étaient des renseignements personnels, mais que le public y avait accès parce que certains des renseignements, à savoir les conversations transmises sur des fréquences radio publiques, pouvaient, avec la technologie adéquate, être interceptés par un membre du public. Par conséquent, le BST considérait que, si une demande d'accès à des communications ATC était faite après la clôture d'une enquête, il n'y avait aucune raison d'en refuser la divulgation.

[26] Subsequently, questions were raised as to whether the information in question should be exempted under section 19 of the Access Act. The Safety Board came to the conclusion that the ATC communications contained personal information. Thereafter, the Safety Board had to determine whether the ATC communications should, in any event, be released because the information was publicly available or because the public interest in disclosure clearly outweighed any invasion of privacy. The Safety Board determined that the information could not be said to be publicly available within the meaning of subsection 19(2) of the Access Act and that the public interest in disclosure did not clearly outweigh any invasion of privacy.

[26] Par la suite, on a pensé que les renseignements en cause devaient sans doute être soustraits à la divulgation en vertu de l'article 19 de la *Loi sur l'accès à l'information*. Le BST est arrivé à la conclusion que les communications ATC contenaient des renseignements personnels. Puis le BST devait se demander si les communications ATC devaient de toute manière être divulguées parce que le public avait accès aux renseignements ou parce que l'intérêt public dans la divulgation justifiait clairement une atteinte à la vie privée. Selon le BST, il était impossible de dire que le public avait accès aux renseignements au sens du paragraphe 19(2) de la *Loi sur l'accès à l'information*, et l'intérêt public dans la divulgation des renseignements ne justifiait pas clairement une atteinte à la vie privée.

[27] Initially, the appellant agreed with this assessment. He, in particular, did so in the case of Swiss Air Flight 111 in 1998, but has since changed his mind.

[27] L'appelant souscrivait à l'origine à cette manière de voir. Il l'avait fait notamment dans le cas du vol 111 de Swiss Air en 1998, mais il a depuis changé d'avis.

The standard of review

La norme de contrôle

[28] The parties do not dispute the application Judge's finding that the standard of review is correctness.

[28] Les parties ne contestent pas la conclusion de la juge de première instance selon laquelle la norme de contrôle est la décision correcte.

[29] The decision of the Safety Board relates to a mandatory refusal under subsection 19(1) of the Access Act and it has to be correct. Moreover, the application Judge is sitting as a reviewing judge in a section 41 application. She is invested with a *de novo* review power (*Dagg*, at paragraph 107) and her decision also has to be correct.

#### The key issue in this appeal

[30] The key issue in this appeal is whether ATC communications are “personal information” under the Access Act.

#### Structure of the relevant legislation

[31] Subsection 19(1) of the Access Act exempts from disclosure “personal information” as defined in section 3 of the *Privacy Act*. Subsection 19(1) of the Access Act reads:

**19.** (1) Subject to subsection (2), the head of a government institution shall refuse to disclose any record requested under this Act that contains personal information as defined in section 3 of the *Privacy Act*.

[32] Section 3 of the *Privacy Act* reads:

3. In this Act,

...

“personal information” means information about an identifiable individual that is recorded in any form including, without restricting the generality of the foregoing,

(a) information relating to the race, national or ethnic origin, colour, religion, age or marital status of the individual,

(b) information relating to the education or the medical, criminal or employment history of the individual or information relating to financial transactions in which the individual has been involved,

[29] La décision du BST concerne un refus obligatoire de divulgation aux termes du paragraphe 19(1) de la *Loi sur l'accès à l'information*, et elle se doit d'être correcte. Par ailleurs, la juge de première instance siège en tant qu'instance de révision dans une demande fondée sur l'article 41. Elle est investie d'un pouvoir de révision *de novo* (arrêt *Dagg*, au paragraphe 107) et sa décision se doit elle aussi d'être correcte.

#### Le point essentiel soulevé dans le présent appel

[30] Le point essentiel soulevé dans le présent appel est de savoir si les communications ATC sont des « renseignements personnels » au sens de la *Loi sur l'accès à l'information*.

#### La structure de la législation applicable

[31] Le paragraphe 19(1) de la *Loi sur l'accès à l'information* soustrait à la divulgation les « renseignements personnels », expression définie à l'article 3 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. Le paragraphe 19(1) de la *Loi sur l'accès à l'information* est ainsi formulé :

**19.** (1) Sous réserve du paragraphe (2), le responsable d'une institution fédérale est tenu de refuser la communication de documents contenant les renseignements personnels visés à l'article 3 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*.

[32] L'article 3 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* est ainsi formulé :

3. Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi.

[...]

« renseignements personnels » Les renseignements, quels que soient leur forme et leur support, concernant un individu identifiable, notamment :

a) les renseignements relatifs à sa race, à son origine nationale ou ethnique, à sa couleur, à sa religion, à son âge ou à sa situation de famille;

b) les renseignements relatifs à son éducation, à son dossier médical, à son casier judiciaire, à ses antécédents professionnels ou à des opérations financières auxquelles il a participé;

(e) any identifying number, symbol or other particular assigned to the individual,

(d) the address, fingerprints or blood type of the individual,

(e) the personal opinions or views of the individual except where they are about another individual or about a proposal for a grant, an award or a prize to be made to another individual by a government institution or a part of a government institution specified in the regulations,

(f) correspondence sent to a government institution by the individual that is implicitly or explicitly of a private or confidential nature, and replies to such correspondence that would reveal the contents of the original correspondence,

(g) the views or opinions of another individual about the individual,

(h) the views or opinions of another individual about a proposal for a grant, an award or a prize to be made to the individual by an institution or a part of an institution referred to in paragraph (e), but excluding the name of the other individual where it appears with the views or opinions of the other individual, and

(i) the name of the individual where it appears with other personal information relating to the individual or where the disclosure of the name itself would reveal information about the individual,

but, for the purposes of sections 7, 8 and 26 and section 19 of the *Access to Information Act*, does not include

(j) information about an individual who is or was an officer or employee of a government institution that relates to the position or functions of the individual including,

(i) the fact that the individual is or was an officer or employee of the government institution,

(ii) the title, business address and telephone number of the individual,

(iii) the classification, salary range and responsibilities of the position held by the individual,

(iv) the name of the individual on a document prepared by the individual in the course of employment, and

(v) the personal opinions or views of the individual given in the course of employment,

(k) information about an individual who is or was performing services under contract for a government institution that relates to the services performed, including

c) tout numéro ou symbole, ou toute autre indication identificatrice, qui lui est propre;

d) son adresse, ses empreintes digitales ou son groupe sanguin;

e) ses opinions ou ses idées personnelles, à l'exclusion de celles qui portent sur un autre individu ou sur une proposition de subvention, de récompense ou de prix à octroyer à un autre individu par une institution fédérale, ou subdivision de celle-ci visée par règlement;

f) toute correspondance de nature, implicitement ou explicitement, privée ou confidentielle envoyée par lui à une institution fédérale, ainsi que les réponses de l'institution dans la mesure où elles révèlent le contenu de la correspondance de l'expéditeur;

g) les idées ou opinions d'autrui sur lui;

h) les idées ou opinions d'un autre individu qui portent sur une proposition de subvention, de récompense ou de prix à lui octroyer par une institution, ou subdivision de celle-ci, visée à l'alinéa e), à l'exclusion du nom de cet autre individu si ce nom est mentionné avec les idées ou opinions;

i) son nom lorsque celui-ci est mentionné avec d'autres renseignements personnels le concernant ou lorsque la seule divulgation du nom révélerait des renseignements à son sujet;

toutefois, il demeure entendu que, pour l'application des articles 7, 8 et 26, et de l'article 19 de la *Loi sur l'accès à l'information*, les renseignements personnels ne comprennent pas les renseignements concernant :

j) un cadre ou employé, actuel ou ancien, d'une institution fédérale et portant sur son poste ou ses fonctions, notamment :

(i) le fait même qu'il est ou a été employé par l'institution,

(ii) son titre et les adresse et numéro de téléphone de son lieu de travail,

(iii) la classification, l'éventail des salaires et les attributions de son poste,

(iv) son nom lorsque celui-ci figure sur un document qu'il a établi au cours de son emploi,

(v) les idées et opinions personnelles qu'il a exprimées au cours de son emploi;

k) un individu qui, au titre d'un contrat, assure ou a assuré la prestation de services à une institution fédérale et portant sur la nature de la prestation, notamment les

the terms of the contract, the name of the individual and the opinions or views of the individual given in the course of the performance of those services,

(l) information relating to any discretionary benefit of a financial nature, including the granting of a licence or permit, conferred on an individual, including the name of the individual and the exact nature of the benefit, and

(m) information about an individual who has been dead for more than twenty years;

[33] Section 4 of the Access Act, which gives the right of access, reads in part:

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

(a) a Canadian citizen, or

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

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

[34] The words “including, without restricting the generality of the foregoing”, which are found in the definition of “personal information” in section 3 of the *Privacy Act*, convey the proposition that the opening words (““personal information” means information about an identifiable individual that is recorded in any form”) must be given a generous interpretation and that the enumeration which follows is not limitative but illustrative only. Further down, section 3 contains a list of exceptions to the concept of “personal information”. They apply only “for the purposes of sections 7, 8 and 26, and section 19 of the *Access to Information Act*”. One of these exceptions is paragraph 3(j), which includes subparagraph 3(j)(iii).

#### “Personal Information”: The key principles of interpretation

[35] The Supreme Court of Canada has stated on numerous occasions that the *Privacy Act* and the Access Act must be read together as a “seamless code”, following a “‘parallel’ interpretive model” that balances

conditions du contrat, le nom de l’individu ainsi que les idées et opinions personnelles qu’il a exprimées au cours de la prestation;

l) des avantages financiers facultatifs, notamment la délivrance d’un permis ou d’une licence accordés à un individu, y compris le nom de celui-ci et la nature précise de ces avantages;

m) un individu décédé depuis plus de vingt ans.

[33] L’article 4 de la *Loi sur l’accès à l’information*, qui confère le droit d’accès, prévoit notamment ce qui suit :

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

a) les citoyens canadiens;

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

[34] Le mot « notamment », que l’on trouve dans la définition de « renseignements personnels », à l’article 3 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, donne à penser que les mots introductifs (« “renseignements personnels” Les renseignements, quels que soient leur forme et leur support, concernant un individu identifiable ») doivent être interprétés d’une manière libérale et que l’énumération qui suit n’est pas limitative, mais seulement exemplative. Plus loin, l’article 3 renferme une liste d’exceptions à la définition de « renseignements personnels ». Ces exceptions s’appliquent uniquement « pour l’application des articles 7, 8 et 26, et de l’article 19 de la *Loi sur l’accès à l’information* ». L’une de ces exceptions est l’alinéa 3j), qui comprend le sous-alinéa 3j)(iii).

#### « Renseignements personnels » : Les principes directeurs d’interprétation

[35] La Cour suprême du Canada a affirmé à plusieurs reprises que la *Loi sur la protection des renseignements personnels* et la *Loi sur l’accès à l’information* doivent être lues ensemble comme s’il s’agissait d’un « code

the competing values of access and privacy: see *Dagg*, at paragraphs 45 and 55-57; [*Canada (Information Commissioner) v. Canada (Commissioner of the Royal Canadian Mounted Police)*, [2003] 1 S.C.R. 66], at paragraphs 21 and 22 (RCMP); *H. J. Heinz Co. of Canada Ltd. v. Canada (Attorney General)* [2006] 1 S.C.R. 441, at paragraphs 2, 22, 25 (*Heinz*). However, within this balanced legislative scheme, the right to privacy is made paramount in certain contexts, as the Supreme Court recently affirmed in *Heinz*, at paragraph 26:

The intimate connection between the right of access to information and privacy rights does not mean, however, that equal value should be accorded to all rights in all circumstances. The legislative scheme established by the Access Act and the Privacy Act clearly indicates that in a situation involving personal information about an individual, the right to privacy is paramount over the right of access to information, except as prescribed by the legislation. Both Acts contain statutory prohibitions against the disclosure of personal information, most significantly in s. 8 of the *Privacy Act* and s. 19 of the *Access Act*. Thus, while the right to privacy is the driving force behind the *Privacy Act*, it is also recognized and enforced by the *Access Act*. [My emphasis.]

[36] In *Dagg*, La Forest J., dissenting but confirmed by the majority on this point (see paragraph 1), described as follows the wide reach of the “personal information” definition (paragraphs 68 and 69):

With these broad principles in mind, I will now consider whether the information requested by the appellant constitutes personal information under s. 3 of the *Privacy Act*. In its opening paragraph, the provision states that “personal information” means “information about an identifiable individual that is recorded in any form including, without restricting the generality of the foregoing”. On a plain reading, this definition is undeniably expansive. Notably, it expressly states that the list of specific examples that follows the general definition is not intended to limit the scope of the former. As this Court has recently held, this phraseology indicates that the general opening words are intended to be the primary source of interpretation. The subsequent enumeration merely identifies examples of the type of subject matter encompassed by the general definition; see *Schwartz v. Canada*, [1996] 1

homogène », suivant un « modèle d’interprétation “parallèle” » qui met en équilibre les valeurs antagonistes de l’accès à l’information et de la protection de la vie privée : voir l’arrêt *Dagg*, aux paragraphes 45 et 55 à 57; [*Canada (Commissaire à l’information) c. Canada (Commissaire de la Gendarmerie royale du Canada)*, [2003] 1 R.C.S. 66], aux paragraphes 21 et 22 (*GRC*); l’arrêt *Cie H.J. Heinz Co. du Canada ltée c. Canada (Procureur général)*, [2006] 1 R.C.S. 441, aux paragraphes 2, 22, 25 (*Heinz*). Toutefois, à l’intérieur de cette législation pondérée, le droit à la vie privée bénéficie d’une préférence dans certains contextes, ainsi que l’a récemment confirmé la Cour suprême dans l’arrêt *Heinz*, au paragraphe 26 :

Cependant, le lien étroit qui existe entre le droit d’accès à l’information et le droit à la vie privée ne signifie pas qu’il y a lieu d’accorder en tout temps une valeur égale à tous les droits. Le régime législatif établi par la LAI et la LPRP indique clairement que, lorsqu’il est question des renseignements personnels d’un individu, le droit à la vie privée l’emporte sur le droit d’accès à l’information, sauf dans la mesure prévue par la loi. Les deux lois comportent des interdictions de divulguer des renseignements personnels, plus particulièrement à l’art. 8 LPRP et à l’art. 19 LAI. Ainsi, bien que le droit à la vie privée soit l’élément déterminant de la LPRP, il est également reconnu et appliqué par la LAI. [Non souligné dans l’original.]

[36] Dans l’arrêt *Dagg*, le juge La Forest, qui avait rédigé un avis dissident, mais aux propos duquel les juges majoritaires s’étaient ralliés sur ce point (voir le paragraphe 1), décrivait ainsi la portée de la définition de l’expression « renseignements personnels » (paragraphes 68 et 69) :

Gardant à l’esprit ces principes généraux, je vais maintenant examiner si les renseignements demandés par l’appelant sont des renseignements personnels au sens de l’art. 3 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. La disposition liminaire de cet article définit l’expression « renseignements personnels » comme étant « [l]es renseignements, quels que soient leur forme et leur support, concernant un individu identifiable, notamment ». Selon son sens clair, cette définition est indéniablement large. En particulier, elle précise que la liste des exemples particuliers qui suit la définition générale n’a pas pour effet d’en limiter la portée. Comme l’a récemment jugé notre Cour, cette phraseologie indique que la disposition liminaire générale doit servir de principale source d’interprétation. L’énumération subséquente ne fait que donner des exemples du genre de

S.C.R. 254, at pp. 289-91. Consequently, if a government record is captured by those opening words, it does not matter that it does not fall within any of the specific examples.

As noted by Jerome A.C.J. in *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Solicitor General)*, *supra*, at p. 557, the language of this section is “deliberately broad” and “entirely consistent with the great pains that have been taken to safeguard individual identity”. Its intent seems to be to capture any information about a specific person, subject only to specific exceptions; see J. Alan Leadbeater, “How Much Privacy for Public Officials?”, speech to Canadian Bar Association (Ontario), March 25, 1994, at p. 17. Such an interpretation accords with the plain language of the statute, its legislative history and the privileged, foundational position of privacy interests in our social and legal culture. [My emphasis.]

[37] La Forest J.’s views were cited with approval by the unanimous Court in *RCMP*, at paragraph 23.

[38] The words upon which I need to focus in the present analysis are the following: “‘personal information’ means information about an identifiable individual that is recorded in any form including” (“*renseignements, quels que soient leur forme et leur support, concernant un individu identifiable, notamment*”).

[39] The word “about” (*concernant*) should be considered first.

[40] The *Concise Oxford Dictionary of Current English*, 8th ed. tells us that the word encompasses the following definitions:

**about:** **1 a** on the subject of, in connection with (*a book about birds; what are you talking about?; argued about money*). **b.** relating to (*something funny about this*).

[41] The *Petit Larousse illustré* says the following:

*concernant:* À propos de, au sujet de.

sujets visés par la définition générale; voir *Schwartz c. Canada*, [1996] 1 R.C.S. 254, aux pp. 289 à 291. En conséquence, si un document de l’administration fédérale est visé par cette disposition liminaire, il importe peu qu’il ne relève d’aucun des exemples donnés.

Comme l’a souligné le juge en chef adjoint Jerome dans *Canada (Commissaire à l’information) c. Canada (Solliciteur général)*, précité, à la p. 557, la formulation de cet article est « délibérément large » et « illustre tout à fait les efforts considérables qui ont été déployés pour protéger l’identité des individus ». Elle semble destinée à viser tout renseignement sur une personne donnée, sous la seule réserve d’exceptions précises; voir J. Alan Leadbeater, « How Much Privacy for Public Officials? », allocution prononcée devant l’Association du Barreau canadien (Ontario), le 25 mars 1994, à la p. 17. Une telle interprétation s’accorde avec le texte clair de la Loi, avec son historique législatif et avec le statut privilégié et fondamental du droit à la vie privée dans notre culture sociale et juridique. [Non souligné dans l’original.]

[37] Les vues du juge La Forest ont été confirmées à l’unanimité de la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *GRC*, au paragraphe 23.

[38] Les mots auxquels je dois m’intéresser dans la présente analyse sont les suivants : « “renseignements personnels” Les renseignements, quels que soient leur forme et leur support, concernant un individu identifiable, notamment » (« “*personal information*” means information about an identifiable individual that is recorded in any form including »).

[39] Il faut d’abord considérer le mot « concernant » (*about*).

[40] Le *Petit Larousse illustré* renferme ce qui suit :

**concernant :** À propos de, au sujet de.

[41] Le *Nouveau Petit Robert : Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française* renferme ce qui suit :

**concernant :** À propos de, au sujet de. **relatif (à), 1. touchant [...]** En ce qui concerne.



[42] The French *Petit Robert* states the following:

**concernant**: *À propos de, au sujet de.—relative (à), 1. touchant . . . en ce qui concerne.*

[43] These two words, “about” and “concernant”, shed little light on the precise nature of the information which relates to the individual, except to say that information recorded in any form is relevant if it is “about” an individual and if it permits or leads to the possible identification of the individual. There is judicial authority holding that an “identifiable” individual is considered to be someone whom it is reasonable to expect can be identified from the information in issue when combined with information from sources otherwise available (Colin H. H. McNairn and Christopher D. Woodbury, *Government Information: Access and Privacy* (Toronto: Carswell, 1992), at page 7-5; *Ontario (Attorney General) v. Ontario (Information and Privacy Commissioner)* (2001), 39 Admin. L.R. (3d) 112 (Ont. Div. Ct.); affd [sub nom. *Ontario (Attorney General) v. Pascoe*] (2002), 22 C.P.R. (4th) 447 (Ont. C.A.)).

[44] “Personal information” must however be understood as equivalent to information falling within the individual’s right of privacy. Section 2 of the *Privacy Act* sets the tone by providing that:

2. The purpose of this Act is to extend the present laws of Canada that protect the privacy of individuals with respect to personal information about themselves held by a government institution and that provide individuals with a right of access to that information.

[45] The *Privacy Act*, adopted in 1982 [S.C. 1980-81-82-83, c. 111, Sch. II], was one of the legislative responses to the development of the right to privacy. In their seminal work on “The Right to Privacy”, [1890-91] 4 *Harv. L. Rev.* 193, Samuel D. Warren and Louis D. Brandeis wrote (at page 193):

[42] *Le Concise Oxford Dictionary of Current English*, 8<sup>e</sup> éd. nous dit que le mot comprend les définitions suivantes :

**about** : *1 a on the subject of, in connection with (a book about birds; what are you talking about?; argued about money). b. relating to (something funny about this).*

[43] Ces deux mots, « concernant » et « about », nous apprennent peu de choses sur la nature précise des renseignements qui se rapportent à l’individu, si ce n’est pour dire que les renseignements, quels que soient leur forme et leur support, sont pertinents s’il s’agit de renseignements « concernant » un individu et s’ils permettent d’identifier l’individu ou rendent possible son identification. Il existe des précédents selon lesquels un individu « identifiable » est une personne dont il est raisonnable de croire qu’elle pourra être identifiée à l’aide des renseignements en cause s’ils sont combinés avec des renseignements d’autres sources (Colin H. H. McNairn et Christopher D. Woodbury, *Government Information : Access and Privacy* (Toronto : Carswell, 1992), à la page 7-5; *Ontario (Attorney General) v. Ontario (Information and Privacy Commissioner)* (2001), 39 Admin. L.R. (3d) 112 (C. div. Ont.), confirmé par [sub nom. *Ontario (Attorney General) v. Pascoe*] (2002), 22 C.P.R. (4th) 447 (C.A. Ont.)).

[44] Les « renseignements personnels » doivent cependant être vus comme l’équivalent de renseignements entrant dans le droit d’une personne à la vie privée. L’article 2 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* donne le ton en disposant que :

2. La présente loi a pour objet de compléter la législation canadienne en matière de protection des renseignements personnels relevant des institutions fédérales et de droit d’accès des individus aux renseignements personnels qui les concernent.

[45] La *Loi sur la protection des renseignements personnels*, adoptée en 1982 [S.C. 1980-81-82-83, ch. 111, ann. II], fut l’une des réponses du législateur au développement du droit à la vie privée. Dans un article qui a fait école, intitulé « The Right to Privacy », [1890-91] 4 *Harv. L. Rev.* 193, Samuel D. Warren et Louis D. Brandeis écrivaient ce qui suit, à la page 193 :

That the individual shall have full protection in person and in property is a principle as old as the common law; but it has been found necessary from time to time to define anew the exact nature and extent of such protection. Political, social, and economic changes entail the recognition of new rights, and the common law, in its eternal youth, grows to meet the demands of society.

[46] The concept of privacy has proven sufficiently robust to live up to its description by Justice Brandeis (*Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438 (1928), at page 478), as the “right most valued by civilized men”, and has shouldered its way into U.S. and Canadian constitutional doctrines (see Stanley A. Cohen, *Privacy, Crime and Terror: Legal Rights and Security in a Time of Peril*, (Markham: LexisNexis Butterworths, 2005), at page 9).

[47] In *R. v. Dymont*, [1988] 2 S.C.R. 417, at pages 427 and 428, *per* La Forest J. (*Dymont*), the Supreme Court of Canada spoke about privacy in the following terms:

Grounded in man’s physical and moral autonomy, privacy is essential for the well-being of the individual. For this reason alone, it is worthy of constitutional protection, but it also has profound significance for the public order. The restraints imposed on government to pry into the lives of the citizen go to the essence of a democratic state.

[48] A privacy-based interpretation of the “personal information” definition does not provide a definite resolution to questions concerning the precise scope of “personal information”. However, as I explain further below, this interpretation, as wide as it may be, captures the essence of the definition and is, in my view, sufficient to dispose of the appeal at bar.

#### The concept of privacy

[49] In *Dagg*, La Forest J., at paragraph 67, noted that privacy is a broad and somewhat evanescent concept and that it was necessary to describe with greater precision the particular privacy interests protected. He mentioned his earlier writing in *Dymont*, at pages 429

[TRADUCTION] L’idée que l’individu jouisse d’une protection intégrale de sa personne et de ses biens est un principe aussi ancien que la common law; mais l’on a périodiquement jugé nécessaire de définir à nouveau la nature et l’étendue précises de cette protection. L’évolution politique, sociale et économique impose la reconnaissance de droits nouveaux, et la common law, en sa jeunesse éternelle, se développe afin de répondre aux besoins de la société.

[46] La notion de vie privée s’est révélée suffisamment vivace pour coller à la description qu’en avait donnée le juge Brandeis (*Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438 (1928), à la page 478), c’est-à-dire le [TRADUCTION] « droit le plus précieux de l’homme civilisé », et elle a fait son chemin dans les doctrines constitutionnelles des États-Unis et du Canada (voir Stanley A. Cohen, *Privacy, Crime and Terror : Legal Rights and Security in a Time of Peril*, (Markham : LexisNexis Butterworths, 2005), à la page 9).

[47] Dans l’arrêt *R. c. Dymont*, [1988] 2 R.C.S. 417, aux pages 427 et 428 (juge La Forest) (*Dymont*), la Cour suprême du Canada s’exprimait ainsi, à propos de la notion de vie privée :

Fondée sur l’autonomie morale et physique de la personne, la notion de vie privée est essentielle à son bien-être. Ne serait-ce que pour cette raison, elle mériterait une protection constitutionnelle, mais elle revêt aussi une importance capitale sur le plan de l’ordre public. L’interdiction qui est faite au gouvernement de s’intéresser de trop près à la vie des citoyens touche à l’essence même de l’État démocratique.

[48] Une interprétation de l’expression « renseignements personnels » qui serait fondée sur la notion de vie privée ne permettra pas de répondre d’une manière concluante aux questions intéressant le champ précis de l’expression « renseignements personnels ». Toutefois, comme je m’en explique ci-après, cette interprétation, si étendue soit-elle, saisit l’essence de la définition et, à mon avis, elle suffit à trancher le présent appel.

#### La notion de vie privée

[49] Dans l’arrêt *Dagg*, le juge La Forest relevait, au paragraphe 67, que la notion de vie privée est une notion générale quelque peu évanescente, et qu’il était nécessaire de décrire avec plus de précision les droits à la vie privée qui sont garantis. Il s’est référé aux propos

and 430, in which he referred to the Report of the Task Force established jointly by the Department of Communications and the Department of Justice (1972), entitled *Privacy and Computers*, in these terms:

Finally, there is privacy in relation to information. This too is based on the notion of the dignity and integrity of the individual. As the Task Force put it (p. 13): “This notion of privacy derives from the assumption that all information about a person is in a fundamental way his own, for him to communicate or retain for himself as he sees fit.” In modern society, especially, retention of information about oneself is extremely important. We may, for one reason or another, wish or be compelled to reveal such information, but situations abound where the reasonable expectations of the individual that the information shall remain confidential to the persons to whom, and restricted to the purposes for which it is divulged, must be protected. Governments at all levels have in recent years recognized this and have devised rules and regulations to restrict the uses of information collected by them to those for which it was obtained; see, for example, the *Privacy Act*. [My emphasis.]

[50] La Forest then added (at paragraph 67):

See also *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30, at p. 46 (“privacy may be defined as the right of the individual to determine for himself when, how, and to what extent he will release personal information about himself”); *R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595, at pp. 613-15 (*per* L’Heureux-Dubé J., dissenting); Westin, *supra*, at p. 7 (“[p]rivacy is the claim of individuals . . . to determine for themselves when, how, and to what extent information about them is communicated to others”); Charles Fried, “Privacy” (1968), 77 *Yale L.J.* 475, at p. 483 (“[p]rivacy . . . is control over knowledge about oneself”). [My emphasis.]

[51] The Task Force cited in *Dyment* [at page 429], refers to “information about a person . . . in a fundamental way his own, for him to communicate or retain for himself as he sees fit” [my emphasis]. The same concepts of intimacy and identity are found in the passage from *Duarte* [*R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30,

qu’il avait tenus dans l’arrêt *Dyment*, aux pages 429 et 430, où il avait évoqué en ces termes le rapport du groupe d’étude établi conjointement en 1972 par le ministère des Communications et le ministère de la Justice, intitulé *L’ordinateur et la vie privée* :

Enfin il y a le droit à la vie privée en matière d’information. Cet aspect aussi est fondé sur la notion de dignité et d’intégrité de la personne. Comme l’affirme le groupe d’étude (à la p. 13) : « Cette conception de la vie privée découle du postulat selon lequel l’information de caractère personnel est propre à l’intéressé, qui est libre de la communiquer ou de la taire comme il l’entend. » Dans la société contemporaine tout spécialement, la conservation de renseignements à notre sujet revêt une importance accrue. Il peut arriver, pour une raison ou pour une autre, que nous voulions divulguer ces renseignements ou que nous soyons forcés de le faire, mais les cas abondent où on se doit de protéger les attentes raisonnables de l’individu que ces renseignements seront gardés confidentiellement par ceux à qui ils sont divulgués, et qu’ils ne seront utilisés que pour les fins pour lesquelles ils ont été divulgués. Tous les paliers de gouvernement ont, ces dernières années, reconnu cela et ont conçu des règles et des règlements en vue de restreindre l’utilisation des données qu’ils recueillent à celle pour laquelle ils le font; voir, par exemple, la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. [Non souligné dans l’original.]

[50] Puis le juge La Forest ajoutait, à la fin au paragraphe 67 de l’arrêt *Dagg* :

Voir également *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30, à la p. 46 (« la vie privée peut se définir comme le droit du particulier de déterminer lui-même quand, comment et dans quelle mesure il diffusera des renseignements personnels le concernant »); *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595, aux pp. 613 à 615 (le juge L’Heureux-Dubé, dissidente); Westin, *op. cit.*, à la p. 7 ([TRADUCTION] « [I]a vie privée est le droit du particulier [. . .] de décider lui-même quand, comment et dans quelle mesure des renseignements le concernant seront communiqués à autrui »); Charles Fried, « Privacy » (1968), 77 *Yale L.J.* 475, à la p. 483 ([TRADUCTION] « [I]a vie privée de quelqu’un [. . .] est le contrôle de la connaissance que l’on peut avoir à son sujet »). [Non souligné dans l’original.]

[51] Le groupe d’étude cité dans l’arrêt *Dyment* [à la page 429], disait que « l’information de caractère personnel est propre à l’intéressé, qui est libre de la communiquer ou de la taire comme il l’entend » [non souligné dans l’original]. On trouve les mêmes notions d’intimité et d’identité dans le passage de l’arrêt *Duarte*

at page 46], quoted in *Dagg* [at page 435]: “. . . the right of the individual to determine for himself when, how and to what extent he will release personal information about himself” [my emphasis]. Alan F. Westin [*Privacy and Freedom*, New York: Atheneum, 1970] refers to “the claim . . . of individuals to determine for themselves when, how and to what extent information about them is communicated to others” (my emphasis) [quoted in *Dagg*, at page 435]. Charles Fried [“Privacy” (1968), 77 *Yale L.J.* 475, at page 483] says “[p]rivacy . . . is control over knowledge about oneself” (my emphasis) [quoted in *Dagg*, at page 435].

[52] Privacy thus connotes concepts of intimacy, identity, dignity and integrity of the individual.

[53] The information at issue is not “about” an individual. As found by the application Judge (at paragraph 18 of her reasons) the content of the communications is limited to the safety and navigation of aircraft, the general operation of the aircraft, and the exchange of messages on behalf of the public. They contain information about the status of the aircraft, weather conditions, matters associated with air traffic control and the utterances of the pilots and controllers. These are not subjects that engage the right to privacy of individuals.

[54] The information contained in the records at issue is of a professional and non-personal nature. The information may have the effect of permitting or leading to the identification of a person. It may assist in a determination as to how he or she has performed his or her task in a given situation. But the information does not thereby qualify as personal information. It is not about an individual, considering that it does not match the concept of “privacy” and the values that concept is meant to protect. It is non-personal information transmitted by an individual in job-related circumstances.

[*R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30, à la page 46] cité dans l’arrêt *Dagg* [à la page 435] : « le droit du particulier de déterminer lui-même quand, comment et dans quelle mesure il diffusera des renseignements personnels le concernant » [non souligné dans l’original]. Alan F. Westin [*Privacy and Freedom*, New York : Atheneum, 1970] parle pour sa part du « droit du particulier [...] de décider lui-même quand, comment et dans quelle mesure des renseignements le concernant seront communiqués à autrui » (non souligné dans l’original). Charles Fried « Privacy » (1968), 77 *Yale L.J.* 475, à la page 483] dit quant à lui que « [l]a vie privée de quelqu’un [...] est le contrôle de la connaissance que l’on peut avoir à son sujet » (non souligné dans l’original) [cité dans l’arrêt *Dagg*, à la page 435].

[52] La notion de vie privée intègre donc celles d’intimité, d’identité, de dignité et d’intégrité de l’individu.

[53] Les renseignements en cause ne sont pas des renseignements « concernant » un individu. Comme l’a dit la juge de première instance (au paragraphe 18 de ses motifs), le contenu des communications se limite à la sécurité et à la navigation de l’aéronef, aux activités de l’aéronef et à l’échange de messages pour le compte du public. Elles contiennent des renseignements relatifs à la situation de l’aéronef, aux conditions météorologiques, à diverses questions intéressant le contrôle de la circulation aérienne et aux propos échangés par les pilotes et les contrôleurs. Ce ne sont pas là des sujets qui font intervenir le droit de l’individu à sa vie privée.

[54] Les renseignements contenus dans les documents en cause sont de nature professionnelle et non personnelle. Ils pourraient avoir pour effet de permettre ou de faciliter l’identification d’une personne. Ils pourraient aider à déterminer comment cette personne s’est acquittée de sa tâche dans une situation donnée. Mais ils ne sont pas pour autant des renseignements personnels. Ce ne sont pas des renseignements concernant un individu, vu qu’ils ne sont pas en corrélation avec la notion de « vie privée » ni avec les valeurs que cette notion vise à protéger. Ce sont des renseignements non personnels, transmis par un individu dans un environnement professionnel.

[55] The application Judge misapprehended the function of the ATC communications and the object of the Safety Board when she said that “the sole purpose for the existence of the ATC communications is to carry out an evaluation of the performance of the parties to those communications in the event that something goes wrong” (paragraph 25). This interpretation is not in the spirit of subsections 7(1), (2) and 29(6) of the Safety Board Act, nor is it to be found in the submissions made by the Safety Board before this Court (paragraph 25 of its memorandum of fact and law, referred to at paragraph 19 of my reasons for judgment). The ATC communications, when combined with other information, may well in certain circumstances be used as a basis for an evaluation of their authors’ performances. However, the possibility of such eventual use cannot transform the communications themselves into personal information, when the information contained therein has no personal content.

[56] The application Judge also erred by misapplying *Dagg* when she referred, in the present context, to the evaluation of the performance of the parties to the ATC communications. An analysis of the *Dagg* case is necessary to further my thought on the matter.

#### The *Dagg* case

[57] As mentioned earlier, the application Judge quoted (at paragraph 14 of her reasons) the following sentence from paragraph 94 of La Forest J.’s reasons in *Dagg*:

... information relating primarily to individuals themselves or to the manner in which they choose to perform the tasks assigned to them is “personal information”. [Emphasis added by application Judge.]

[58] She later wrote at paragraphs 25 and 26 of her reasons:

In doing its job, the TSB must examine how individuals involved with the occurrence did their jobs. What caused the accident? Were there safety deficiencies? More pointedly, did the actions of the controllers or the pilots involved contribute to the occurrence? One significant way of evaluating the individual performances of the personnel is through the ATC

[55] La juge de première instance n’a pas bien saisi la fonction des communications ATC et la mission du BST quand elle a dit que « l’unique raison d’être des communications ATC est de permettre, justement, d’évaluer, en cas d’incident, le comportement ou l’action des personnes ayant pris part à ces communications » (paragraphe 25). Cette interprétation n’est pas dans l’esprit des paragraphes 7(1), (2) et 29(6) de la Loi sur le BST, et on ne la trouve pas non plus dans les arguments avancés par le BST devant la Cour (paragraphe 25 de son exposé des faits et du droit, mentionné au paragraphe 19 des présents motifs). Les communications ATC, une fois combinées à d’autres renseignements, pourraient bien dans certains cas être utilisées pour une évaluation des actions de leurs auteurs. Cependant, une telle éventualité ne saurait transformer en soi ces communications en des renseignements personnels, alors que les renseignements qu’elles contiennent n’ont pas de contenu personnel.

[56] La juge de première instance a aussi appliqué erronément l’arrêt *Dagg* quand elle s’est référée, dans le présent contexte, au comportement ou à l’action des personnes ayant pris part aux communications ATC. Une analyse de l’arrêt *Dagg* s’impose ici pour développer ma pensée.

#### L’arrêt *Dagg*

[57] Comme je l’ai dit plus haut, la juge de première instance a repris (au paragraphe 14 de ses motifs) la phrase suivante qui apparaît au paragraphe 94 des motifs exposés par le juge La Forest dans l’arrêt *Dagg* :

[...] les renseignements qui concernent principalement des personnes elles-mêmes ou la manière dont elles choisissent d’accomplir les tâches qui leur sont confiées sont des « renseignements personnels ». [Souligné par la juge de première instance.]

[58] Elle écrivait plus loin ce qui suit, aux paragraphes 25 et 26 de ses motifs :

Dans le cadre de la mission qui lui est confiée, le BST doit se pencher sur la manière dont les individus en cause ont accompli les tâches qui leur incombent. Quelle est la cause de l’accident? Y a-t-il eu des manquements à la sécurité? Plus précisément, les actions des contrôleurs ou des pilotes en cause ont-elles contribué à l’accident? Les communications

communications. The ATC communications are used to assess the manner in which the air traffic controllers and the aircraft personnel chose to perform the tasks assigned to them. A simple way of looking at this information is that the sole purpose for the existence of the ATC communications is to carry out an evaluation of the performance of the parties to those communications in the event that something goes wrong.

For these reasons, I conclude that the ATC communications are “about” the individuals involved.

[59] In *Dagg*, the Court was called upon to determine whether copies of logs with the names, identification numbers and signatures of Department of Finance employees entering and leaving the workplace on weekends was information that “relates to the position or functions of the individual, as defined in the exception set out in s. 3(j) of the Privacy Act” (per Gonthier J. in *RCMP*, at paragraph 20; my emphasis).

[60] Speaking for the *Dagg* majority comprised of Lamer C.J., Sopinka, McLachlin [as she then was] and Iacobucci JJ., Cory J. agreed with La Forest J., dissenting, with whom L’Heureux-Dubé, Gonthier and Major JJ. concurred, that the names on the sign-in logs were “personal information” for the purpose of section 3 of the *Privacy Act*. However, he said that he arrived “at a different conclusion with respect to the application of s. 3 ‘personal information’ (j)” (paragraph 1).

[61] Cory J. stated the following (at paragraphs 5 and 6 of *Dagg*):

La Forest J. holds, at para. 94, that the purpose of s. 3(j) and s. 3(j)(iii) of the *Privacy Act* is:

. . . to exempt only information attaching to positions and not that which relates to specific individuals. Information relating to the position is thus not “personal information”, even though it may incidentally reveal something about named persons. Conversely, information relating primarily to individuals themselves or to the manner in which they choose to perform

ATC sont un des moyens importants d’évaluer le comportement individuel des personnes concernées. Les communications ATC servent à évaluer la manière dont les contrôleurs de la circulation aérienne et le personnel naviguant ont choisi d’accomplir les tâches qui leur sont confiées. Très simplement, on peut dire que l’unique raison d’être des communications ATC est de permettre, justement, d’évaluer, en cas d’incident, le comportement ou l’action des personnes ayant pris part à ces communications.

Pour ces motifs, je conclus que ces communications « concernent » les individus en cause.

[59] Dans l’arrêt *Dagg*, la Cour suprême devait dire si les copies des feuilles portant les noms, numéros d’identification et signatures des employés du ministère des Finances qui étaient entrés au travail certaines fins de semaine constituaient des renseignements « “portant sur [leur] poste ou [leurs] fonctions”, au sens de l’exception établie par l’alinéa 3j) de la Loi sur la protection des renseignements personnels » (juge Gonthier, arrêt *GRC*, au paragraphe 20; non souligné dans l’original).

[60] S’exprimant dans l’arrêt *Dagg* pour les juges majoritaires, à savoir le juge en chef Lamer et les juges Sopinka, McLachlin [tel était alors son titre] et Iacobucci, le juge Cory avait reconnu avec le juge La Forest, dissident, à l’avis duquel avaient souscrit les juges L’Heureux-Dubé, Gonthier et Major, que les noms apparaissant sur les feuilles de présence étaient des « renseignements personnels » aux fins de l’article 3 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. Toutefois, il écrivait, au paragraphe 1, qu’il était arrivé « à une autre conclusion quant à l’application de l’al. 3 “renseignements personnels” j) » (paragraphe 1).

[61] Le juge Cory s’était exprimé ainsi (aux paragraphes 5 et 6 de l’arrêt *Dagg*) :

Le juge La Forest conclut, au par. 94, que l’al. 3j) et le sous-al. 3j)(iii) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* :

[. . .] ont pour objet d’exempter seulement les renseignements relatifs aux postes et non ceux concernant telle ou telle personne. Les renseignements relatifs au poste ne sont donc pas des « renseignements personnels », bien qu’ils puissent incidemment révéler quelque chose au sujet des personnes nommées. Par contre, les renseignements qui concernent

the tasks assigned to them is “personal information”. [Emphasis in original.]

I agree. Moreover, I agree with La Forest J. that “[g]enerally speaking, information relating to the position . . . will consist of the kind of information disclosed in a job description”, such as “the terms and conditions associated with a particular position, including . . . qualifications, duties, responsibilities, hours of work and salary range” (para. 95).

[62] Cory J. said that he agreed in principle with that part of paragraph 94 of La Forest J.’s decision which contains the words also quoted by the application Judge in the case at bar. He further agreed with La Forest J. (at his paragraph 95) that “[g]enerally speaking, information relating to the position . . . will consist of the kind of information disclosed in a job description” such as “the terms and conditions associated with a particular position, including . . . qualifications, duties, responsibilities, hours of work and salary range”. However, Cory J. applied these conditions differently (paragraphs 8 and 9 of *Dagg*). He disagreed with La Forest J.’s conclusion that since the requested information was not about the nature of a position, but about the individual, it should be kept confidential. Cory J. for the majority held that the requested information “related to the position or functions of the individual” and was excepted from “personal information”. He ordered that the requested information be released.

[63] Read in context, La Forest J.’s comment at paragraph 94 of *Dagg* (“the manner in which they choose to perform the tasks assigned to them is ‘personal information’”) properly relates only to officers and employees of government institutions, that is to the exception contained in paragraph 3(j) of the *Privacy Act*. This distinction between information relating to the position versus that relating to the person is inapplicable and indeed irrelevant in respect of the general definition of “personal information” (“information about an identifiable individual”) (see

principalement des personnes elles-mêmes ou la manière dont elles choisissent d’accomplir les tâches qui leur sont confiées sont des « renseignements personnels ». [Souligné dans l’original.]

Je suis d’accord. En outre, je conviens avec le juge La Forest qu’« [e]n général, les renseignements concernant le poste [. . .] sont du genre de ceux qu’on trouve dans la description de travail », telles que « les conditions liées au poste, dont les qualités requises, les attributions, les responsabilités, les heures de travail et l’échelle de traitement » (par. 95).

[62] Le juge Cory disait qu’il souscrivait en principe à cette portion du paragraphe 94 des motifs du juge La Forest, qui renferme les mots également repris par la juge de première instance dans la présente affaire. Il partageait également l’avis du juge La Forest (exprimé au paragraphe 95 de ses motifs) selon lequel « [e]n général, les renseignements concernant le poste [...] sont du genre de ceux qu’on trouve dans la description de travail », par exemple « les conditions liées au poste, dont les qualités requises, les attributions, les responsabilités, les heures de travail et l’échelle de traitement ». Toutefois, le juge Cory a appliqué ces conditions différemment (paragraphes 8 et 9 de l’arrêt *Dagg*). Il s’est dit en désaccord avec le juge La Forest, qui concluait que, puisque les renseignements demandés ne concernaient pas la nature d’un poste, mais l’individu, ils devaient demeurer confidentiels. S’exprimant pour les juges majoritaires, le juge Cory a estimé que les renseignements demandés étaient des renseignements « portant sur son poste ou ses fonctions » et qu’ils n’étaient donc pas des « renseignements personnels ». Il a ordonné que les renseignements demandés soient communiqués.

[63] Lue dans son contexte, l’observation du juge La Forest, au paragraphe 94 de l’arrêt *Dagg* (« les renseignements qui concernent [...] la manière dont elles choisissent d’accomplir les tâches qui leur sont confiées sont des “renseignements personnels” »), ne concerne à proprement parler que les cadres et employés des institutions fédérales, c’est-à-dire l’exception contenue dans l’alinéa 3j) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. Cette distinction entre renseignements portant sur le poste et renseignements portant sur la personne est inapplicable, voire hors de

also *RCMP*, at paragraphs 37 and 38).

[64] NAV CANADA's employees are not officers or employees of a government institution. So La Forest J.'s comments, concerning the salience of the distinction between information attaching to the position and that relating to specific individuals, are not applicable to them. The application Judge thus erred when she applied this distinction directly in the case at bar.

Paragraph 20(1)(b) of the Access Act

[65] Having concluded that the ATC communications at issue are not personal information under section 3 of the *Privacy Act*, I must address the alternative issue raised by NAV CANADA (the only responding party pleading this point), namely, whether the disclosure of such information is prohibited under paragraph 20(1)(b) of the Access Act, which reads:

*Third Party Information*

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

...

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

[66] For this paragraph to apply, it must be shown that:

(i) the information is financial, commercial, scientific or technical information;

(ii) the information is confidential;

(iii) the information is supplied to a government institution by a third party; and

propos, quant à la définition générale de « renseignements personnels » (« renseignements concernant un individu identifiable ») (voir aussi l'arrêt *GRC*, aux paragraphes 37 et 38).

[64] Les employés de NAV CANADA ne sont pas des cadres ou des employés d'une institution fédérale. Les observations du juge La Forest à propos de la pertinence de la distinction entre renseignements portant sur le poste et renseignements portant sur la personne ne s'appliquent donc pas à eux. La juge de première instance a donc commis une erreur en faisant directement cette distinction dans la présente affaire.

L'alinéa 20(1)b) de la Loi sur l'accès à l'information

[65] Étant arrivée à la conclusion que les communications ATC en cause ici ne sont pas des renseignements personnels selon l'article 3 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, je dois examiner la question subsidiaire soulevée par NAV CANADA (la seule partie intimée à avoir plaidé cet aspect) : la divulgation de tels renseignements est-elle interdite en vertu de l'alinéa 20(1)b) de la *Loi sur l'accès à l'information*? Cet alinéa est ainsi rédigé :

*Renseignements de tiers*

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

[ . . . ]

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

[66] Pour que cette disposition soit applicable, il faut montrer que :

(i) les renseignements en cause sont des renseignements financiers, commerciaux, scientifiques ou techniques;

(ii) les renseignements sont de nature confidentielle;

(iii) les renseignements sont fournis à une institution fédérale par un tiers; et



(iv) the information has been treated consistently in a confidential manner by a third party.

[67] NAV CANADA claims that as part of its business it is required by law to maintain records of all radiocommunications between controllers and pilots. In the context of its unique business, NAV CANADA claims that ATC communications are “commercial” communications under paragraph 20(1)(b) of the Access Act. It also says that because the tapes and transcripts are complex and difficult to understand, they constitute “technical” information.

[68] I disagree.

[69] Common sense with the assistance of dictionaries (*Air Atonabee Ltd v. Canada (Minister of Transport)* (1989), 37 Admin. L.R. 245 (F.C.T.D.) (*Air Atonabee*), at page 268) dictates that the word “commercial” connotes information which in itself pertains to trade (or commerce). It does not follow that merely because NAV CANADA is in the business of providing air navigation services for a fee, the data or information collected during an air flight may be characterized as “commercial”.

[70] It is also incorrect in my view to characterize the entire record collected during an air navigation flight as being “technical” information when only a specific part might be, for instance when precise flight instructions are given.

[71] The second requirement under the paragraph 20(1)(b) disclosure exemption is that the information in question must be confidential.

[72] The jurisprudence establishes that confidentiality must be judged according to an objective standard: the information itself must be “confidential by its intrinsic nature” (*Société Gamma Inc. v. Canada (Secretary of State)* (1994), 27 Admin. L.R. (2d) 102 (F.C.T.D.), at paragraph 8 (*Société Gamma*); *Air Atonabee*; *Cyanamid Canada Inc. v. Canada (Minister of National Health*

(iv) les renseignements ont été traités de façon constante comme des renseignements de nature confidentielle par ce tiers.

[67] NAV CANADA dit que, dans le cadre de ses activités, elle est requise par la loi de conserver des registres de toutes les radiocommunications échangées entre les contrôleurs et les pilotes. Dans le contexte de ses activités très particulières, NAV CANADA dit que les communications ATC sont des communications « commerciales » au sens de l’alinéa 20(1)b) de la *Loi sur l’accès à l’information*. Elle dit aussi que, parce que les bandes et les transcriptions sont complexes et difficiles à comprendre, elles constituent des renseignements « techniques ».

[68] Je ne partage pas ce point de vue.

[69] Le bon sens et l’aide des dictionnaires (*Air Atonabee Ltd c. Canada (Ministre des Transports)*, [1989] A.C.F. n° 453 (1<sup>re</sup> inst.) (QL) (*Air Atonabee*), au paragraphe 35 nous enseignent que le mot « commercial », appliqué à un renseignement, intéresse en soi le commerce. Il ne s’ensuit pas que, du seul fait que les activités de NAV CANADA consistent à fournir, contre rémunération, des services de navigation aérienne, les renseignements recueillis durant un vol peuvent être qualifiés de « commerciaux ».

[70] Il est inexact aussi à mon avis de prétendre que l’enregistrement tout entier établi à l’occasion d’un vol constitue des renseignements « techniques » quand seule une partie de cet enregistrement pourrait être ainsi qualifiée, par exemple lorsque sont données des directives précises de vol.

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

[72] Selon la jurisprudence, la question de la confidentialité doit être tranchée objectivement : les renseignements mêmes doivent être « intrinsèquement confidentiels » (*Société Gamma Inc. c. Canada (Secrétariat d’État)*, [1994] A.C.F. n° 589 (1<sup>re</sup> inst.) (QL), au paragraphe 8 (*Société Gamma*); *Air Atonabee*; *Cyanamid Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé*

*and Welfare*) (1992), 41 C.P.R. (3d) 512 (F.C.T.D.); *affd* (1992), 9 Admin. L.R. (2d) 161 (F.C.A.); *Merck Frosst Canada & Co. v. Canada (Minister of Health)*, [2006] 1 F.C.R. 379 (F.C.A.)). In *Air Atonabee*, Mackay J. suggested the following approach to determine whether a particular record contained “confidential information” (at page 272):

... whether information is confidential will depend upon its content, its purpose and the circumstances in which it is compiled and communicated, namely:

(a) that the content of the record be such that the information it contains is not available from sources otherwise accessible by the public or that could not be obtained by observation or independent study by a member of the public acting on his own,

(b) that the information originate and be communicated in a reasonable expectation of confidence that it will not be disclosed, and

(c) that the information be communicated, whether required by law or supplied gratuitously, in a relationship between government and the party supplying it that is either a fiduciary relationship or one that is not contrary to the public interest, and which relationship will be fostered for public benefit by confidential communication.

This Court recently endorsed this approach in *Canada (Minister of Public Works and Government Services) v. Hi-Rise Group Inc.* (2004), 318 N.R. 242 (F.C.A.) (*Hi-Rise*).

[73] The burden of persuasion with respect to the confidential nature of the information clearly rests upon the responding parties (*Canada (Information Commissioner) v. Atlantic Canada Opportunities Agency* (1999), 250 N.R. 314 (F.C.A.), at paragraph 3 (*Atlantic Canada*); *Wyeth-Ayerst Canada Inc. v. Canada (Attorney General)* (2003), 6 Admin. L.R. (4th) 73 (F.C.A.), at paragraph 19). To satisfy their burden in this regard, the responding parties must provide “actual direct evidence” of the confidential nature of the information at issue (*Atlantic Canada*, at paragraph 3), which must disclose “a reasonable explanation for exempting each record” (*Wyeth-Ayerst*, at paragraph

*et du Bien-être social*), [1992] A.C.F. n° 144 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); confirmée par [1992] A.C.F. n° 950 (C.A.) (QL); *Merck Frosst Canada & Co. c. Canada (Ministre de la Santé)*, [2006] 1 R.C.F. 379 (C.A.F.)). Dans la décision *Air Atonabee*, le juge Mackay proposait la démarche suivante pour savoir si un document donné contenait des « renseignements confidentiels » (au paragraphe 41) :

[...] la question de savoir si un renseignement est de nature confidentielle dépend de son contenu, de son objet et des circonstances entourant sa préparation et sa communication, c'est-à-dire :

a) le contenu du document est tel que les renseignements qu'il contient ne peuvent être obtenus de sources auxquelles le public a autrement accès, ou ne peuvent être obtenus par observation ou par étude indépendante par un simple citoyen agissant de son propre chef;

b) les renseignements doivent avoir été transmis confidentiellement avec l'assurance raisonnable qu'ils ne seront pas divulgués;

c) les renseignements doivent être communiqués, que ce soit parce que la loi l'exige ou parce qu'ils sont fournis gratuitement, dans le cadre d'une relation de confiance entre l'administration et la personne qui les fournit ou dans le cadre d'une relation qui n'est pas contraire à l'intérêt public, et la communication des renseignements confidentiels doit favoriser cette relation dans l'intérêt du public.

La Cour a récemment entériné cette manière de voir dans *Canada (Ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux) c. Hi-Rise Group Inc.*, 2004 CAF 99 (*Hi-Rise*).

[73] C'est manifestement aux parties intimées qu'il appartient de persuader la Cour du caractère confidentiel des renseignements (*Canada (Commissaire à l'information) c. Agence de promotion économique du Canada atlantique*, [1999] A.C.F. n° 1723 (C.A.) (QL), au paragraphe 3 (*APECA*); *Wyeth-Ayerst Canada Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2003 CAF 257, au paragraphe 19). Pour s'acquitter de cette obligation de persuasion, les parties intimées doivent apporter une « preuve directe » de la nature confidentielle des renseignements en cause (arrêt *APECA*, au paragraphe 3), une preuve qui contient « une explication raisonnable [leur] permettant de refuser la communication de

20); “evidence which is vague or speculative in nature cannot be relied upon to justify an exemption under subsection 20(1)” (*Wyeth-Ayerst*, at paragraph 20).

[74] In my opinion, the evidence provided by NAV CANADA is plainly insufficient to discharge this burden on a balance of probabilities. NAV CANADA’s submissions with respect to this issue can be divided into three categories, which I will analyse in turn: first, NAV CANADA has maintained a consistent policy and practice of confidentiality of ATC communications; second, the reasonable expectations of pilots and controllers supports such confidentiality; and third, disclosure for investigative purposes only is in the public interest.

[75] First, NAV CANADA relies upon its own policies and consistent past practice to establish the confidentiality of the records at issue. Such evidence—which essentially only substantiates a heretofore unchallenged subjective belief that the records are confidential—is insufficient to satisfy the objective test (*Wyeth-Ayerst*, at paragraph 21). The evidence does not elaborate, by reference to the information actually contained within the records at issue, as to how or why the information is objectively confidential. The fact that information has been kept confidential in the past—and NAV CANADA’s assertion in this regard is disputed by the Commissioner—is at most only a factor to be considered in determining whether the information is confidential for the purposes of paragraph 20(1)(b) (*Hi-Rise*, at paragraph 38; *Atlantic Canada*, at paragraph 4; *Société Gamma*, at paragraph 8; *Ottawa Football Club v. Canada (Minister of Fitness and Amateur Sports)*, [1989] 2 F.C. 480 (T.D.), at page 487 (*Ottawa Football*)).

[76] Second, NAV CANADA suggests that there is a reasonable expectation of privacy in the ATC communications on the part of the pilots and controllers

documents » (arrêt *Wyeth-Ayerst*, au paragraphe 20); « [l]a preuve par affidavit, qui dans l’ordre des choses est vague ou spéculative, ne peut servir d’appui pour justifier une exception en vertu du paragraphe 20(1) de la Loi » (arrêt *Wyeth-Ayerst*, au paragraphe 20).

[74] À mon avis, NAV CANADA ne s’est tout simplement pas acquittée de son obligation de persuasion, selon la prépondérance de la preuve. Les arguments de NAV CANADA sur cet aspect peuvent être répartis en trois catégories, que j’analyserai successivement : d’abord, NAV CANADA a toujours eu pour principe et comme pratique de préserver la confidentialité des communications ATC; deuxièmement, les attentes raisonnables des pilotes et des contrôleurs militent en faveur d’une telle confidentialité; et troisièmement, une divulgation à des fins d’enquête uniquement est conforme à l’intérêt public.

[75] D’abord, NAV CANADA s’en rapporte à ses propres politiques et à sa pratique constante pour établir la confidentialité des documents en cause. Cette preuve—qui pour l’essentiel ne fait qu’appuyer une croyance subjective, jusqu’à maintenant non contestée, selon laquelle les documents sont confidentiels—ne suffit pas à satisfaire au critère objectif (arrêt *Wyeth-Ayerst*, au paragraphe 21). Cette preuve ne dit pas, par référence aux renseignements effectivement contenus dans les documents en cause, en quoi ou pourquoi les renseignements sont objectivement confidentiels. Le fait que les renseignements aient toujours été tenus confidentiels—et l’affirmation de NAV CANADA sur ce point est contestée par le commissaire—n’est au mieux qu’un facteur à prendre en compte pour savoir si les renseignements sont confidentiels aux fins de l’alinéa 20(1)(b) (arrêt *Hi-Rise*, au paragraphe 38; arrêt *APECA*, au paragraphe 4; décision *Société Gamma*, au paragraphe 8; *Ottawa Football Club c. Canada (Ministre de la Condition physique et du Sport amateur)*, [1989] 2 C.F. 480 (1<sup>re</sup> inst.), à la page 487, (la décision *Ottawa Football Club*)).

[76] Deuxièmement, NAV CANADA dit que les pilotes et contrôleurs dont les voix et propos sont enregistrés s’attendent légitimement à la confidentialité

whose voices and utterances are recorded. NAV CANADA points in this regard to the confidentiality provisions of the collective agreements with its unions. This consideration cannot, however, be determinative of the status of this information under the Access Act: private parties cannot through such agreements alone contract out of the express statutory provisions of the Access Act (*Hi-Rise*, at paragraph 38; *Ottawa Football*, at page 487). At most, such agreements may be taken into account in the final analysis, to support other objective evidence of confidentiality.

[77] Third, NAV CANADA argues that the ATC communications are produced to the Board on demand as required by law, for investigative purposes only. The confidentiality of these records, NAV Canada asserts, reflects Canada's international obligations under Article 5.12, Annex 13 of the ICAO Convention (discussed above at paragraph 13 of these reasons), and is in the public interest.

[78] Considerations of the public interest are indeed relevant to the determination of whether the records at issue are confidential for the purposes of paragraph 20(1)(b): the jurisprudence recognizes that the maintenance of confidentiality is justified under the Access Act if it fosters a confidential relationship with public benefit (see *Hi-Rise*, at paragraph 38, *Air Atonabee*, at paragraph 41). In this regard, the considerations mandated by the Access Act appear consistent with Canada's international obligations under Article 5.12, which directs the maintenance of confidentiality unless "disclosure outweighs the adverse domestic and international impact such action may have on that or any future investigations". However, in the case at bar, NAV CANADA has provided no supporting explanation as to how or why the maintenance of confidentiality serves the public interest, in the circumstances of the records at issue. A bald assertion in this regard is insufficient to overcome the general right of access established by the Access Act.

des communications ATC. NAV CANADA signale à cet égard les dispositions en matière de confidentialité qui se trouvent dans les conventions collectives conclues avec ses syndicats. Ce facteur ne permet cependant pas de trancher la question du statut de tels renseignements au regard de la *Loi sur l'accès à l'information* : les parties aux conventions collectives ne sauraient, par le seul effet de ces conventions, se soustraire aux dispositions explicites de la *Loi sur l'accès à l'information* (*Hi-Rise*, au paragraphe 38; *Ottawa Football Club*, à la page 487). De telles conventions pourraient tout au plus être prises en compte en fin d'analyse, au soutien des preuves objectives de confidentialité.

[77] Troisièmement, NAV CANADA fait valoir que les communications ATC sont transmises au BST sur demande, ainsi que le requiert la loi, à des fins d'enquête uniquement. La confidentialité de ces documents, d'affirmer NAV CANADA, reflète les obligations internationales du Canada aux termes de l'article 5.12, annexe 13, de la Convention de l'OACI (évoqué ci-dessus, au paragraphe 13 des présents motifs), et elle est conforme à l'intérêt public.

[78] Les considérations touchant l'intérêt public intéressent effectivement le point de savoir si les documents en cause sont confidentiels aux fins de l'alinéa 20(1)b) : la jurisprudence reconnaît que la confidentialité d'un renseignement est justifiée, en dépit de la *Loi sur l'accès à l'information* si elle favorise un rapport de confidentialité dans l'intérêt public (voir *Hi-Rise*, au paragraphe 38, et *Air Atonabee*, au paragraphe 41). Sur ce point, les facteurs à prendre en compte selon la *Loi sur l'accès à l'information* semblent conformes aux obligations internationales du Canada selon l'article 5.12, qui prévoit que la confidentialité des renseignements doit être préservée à moins que « leur divulgation importe plus que les incidences négatives que cette mesure risque d'avoir, au niveau national et international, sur l'enquête ou sur toute enquête ultérieure ». Toutefois, en l'espèce, NAV CANADA n'a pas expliqué en quoi ni pourquoi le fait de préserver la confidentialité des renseignements en cause ici est conforme à l'intérêt public. Une simple affirmation en la matière ne suffit pas à écarter le droit général d'accès qui est conféré par la *Loi sur l'accès à l'information*.

[79] In my view, therefore, NAV CANADA has not satisfied its burden of showing that the ATC communications are confidential within the meaning of paragraph 20(1)(b). Since the first two requirements of paragraph 20(1)(b) are not met, I need not consider the other criteria of this provision. I conclude that the ATC communications at issue do not qualify for exemption from disclosure under paragraph 20(1)(b) of the Access Act.

#### Conclusion in file A-165-05

[80] The appeal should be allowed with costs in this Court and the decision of the application Judge should be set aside. Rendering the decision she should have rendered, I would grant the four applications for judicial review and would order the Safety Board to disclose the requested records.

[81] The Commissioner is seeking costs throughout. Since the Commissioner, the Safety Board and the Attorney General had agreed not to seek costs against each other in the Federal Court, I find that I should not disrupt their agreement. No costs should therefore be awarded to the Commissioner against those parties in the Federal Court. Considering moreover that the Commissioner indicated, in the Federal Court, that he was not seeking costs against NAV CANADA, no costs should be awarded to the Commissioner against NAV CANADA.

#### File A-304-05

[82] The appellant appeals an order for costs in favour of NAV CANADA pronounced by the application Judge in an order dated June 8, 2005.

[83] Since I conclude, in file A-165-05, that the appeal should be allowed and the decision of the application Judge should be set aside, her order of costs cannot stand. This appeal should be allowed and her order as to costs should be set aside.

[79] À mon avis, par conséquent, NAV CANADA n'a pas rempli son obligation de prouver que les communications ATC sont confidentielles au sens de l'alinéa 20(1)b). Puisque les deux premières conditions de l'alinéa 20(1)b) ne sont pas observées, il ne m'est pas nécessaire d'examiner les autres conditions énoncées dans cette disposition. J'arrive à la conclusion que l'alinéa 20(1)b) de la *Loi sur l'accès à l'information* ne s'applique pas en l'espèce et que les communications ATC en cause ici ne peuvent donc pas être soustraites à la divulgation.

#### Dispositif pour le dossier A-165-05

[80] L'appel devrait être accueilli, avec dépens dans la présente instance devant la Cour d'appel fédérale, et la décision de la juge de première instance devrait être annulée. Rendant la décision qu'elle aurait dû rendre, je ferais droit aux quatre demandes de contrôle judiciaire et j'ordonnerais au BST de divulguer les documents demandés.

[81] Le commissaire voudrait obtenir ses dépens en première instance et en appel. Puisque le commissaire, le BST et le procureur général étaient convenus de ne pas requérir l'adjudication de dépens entre eux devant la Cour fédérale, je suis d'avis qu'il ne m'appartient pas de modifier leur entente. Il ne devrait donc pas être adjugé de dépens au commissaire à l'encontre des autres parties devant la Cour fédérale. Compte tenu par ailleurs que le commissaire a fait savoir, devant la Cour fédérale, qu'il ne sollicitait pas de dépens à l'encontre de NAV CANADA, il ne devrait pas être adjugé de dépens au commissaire à l'encontre de NAV CANADA.

#### Dossier A-304-05

[82] L'appelant fait appel d'une ordonnance d'adjudication de dépens rendue en faveur de NAV CANADA par la juge de première instance le 8 juin 2005.

[83] Puisque j'arrive à la conclusion, dans le dossier A-165-05, que l'appel devrait être accueilli et que la décision de la juge de première instance devrait être annulée, son ordonnance d'adjudication de dépens ne vaut plus. Cet appel devrait être accueilli, et

l'ordonnance d'adjudication de dépens rendue par la juge de première instance devrait être annulée.

RICHARD C.J.: I agree.

LE JUGE EN CHEF RICHARD : Je souscris aux présents motifs.

EVANS J.A.: I agree.

LE JUGE EVANS, J.C.A. : Je souscris aux présents motifs.