

T-911-14  
T-912-14  
2016 FC 448

T-911-14  
T-912-14  
2016 CF 448

**The Information Commissioner of Canada and Daphné Cameron** (*Applicants*)

**La commissaire à l'information du Canada et Daphné Cameron** (*demandereses*)

v.

c.

**The Minister of Transport** (*Respondent*)

**Le ministre des Transports du Canada** (*défendeur*)

**INDEXED AS: CANADA (INFORMATION COMMISSIONER)**  
**v. CANADA (TRANSPORT)**

**RÉPERTORIÉ : CANADA (COMMISSAIRE À L'INFORMATION)**  
**c. CANADA (TRANSPORTS)**

Federal Court, Noël J.—Ottawa, January 20, 21 and April 20, 2016.

Cour fédérale, juge Noël—Ottawa, 20, 21 janvier et 20 avril 2016.

*Access to Information — Judicial review of decision by Transport Canada's Access to Information and Privacy (ATIP) Director (ATIP Director or decision maker) not to disclose number of persons or number of Canadian citizens on Specified Persons List (SPL) — ATIP Director invoking exemption found in Access to Information Act, s. 15(1)(c) to justify refusal to disclose — In 2010, applicant Cameron, journalist, filing two ATIP requests with Transport Canada to obtain number of Canadian citizens, total number of individuals included on SPL for period from 2006-2010 inclusive under Transport Canada's Passenger Protect Program (PPP) — In response, Transport Canada's ATIP Director refusing to provide requested information — Applicant Cameron filing complaint with Office of Information Commissioner regarding decision — Commissioner beginning investigation, issuing recommendations but those recommendations rejected by ATIP Director — Whether decision maker reasonably qualifying information sought as falling under Act, s. 15(1) allowing him to invoke exemptions to general rule requiring disclosure of information — If decision maker making proper qualification, whether respondent's representative exercising reasonable discretion in refusing to disclose information after Commissioner's recommendations — PPP screening measure used to ensure safety of passengers travelling to/from Canada by plane — SPL unique screening measure essential to ensuring safety of passengers, crews, aircraft — PPP working well as designed, implemented; meeting flight safety objectives for which created — Decision maker explaining in reasonable manner reason for denying request — Explanation provided not speculation or hypothetical — Disclosing requested confidential information (RCI) would create reasonable risk of probable harm — As for reasonableness of decision maker's exercise of discretion, when decision maker stating reasons for decision, never addressing or barely addressing arguments raised by applicants — Therefore, ATIP Director's*

*Accès à l'information — Contrôle judiciaire d'une décision prise par le directeur de l'Accès à l'information et protection des renseignements personnels (AIPRP) de Transports Canada (directeur de l'AIPRP ou décideur) de ne pas divulguer le nombre de personnes ainsi que le nombre de citoyens canadiens sur la Liste des personnes précisées (LPP) — Le directeur de l'AIPRP a invoqué l'exception trouvée à l'art. 15(1)c) de la Loi sur l'accès à l'information afin de justifier son refus de divulguer — En 2010, la demanderesse Cameron, journaliste, a logé deux demandes d'accès à l'information auprès de Transports Canada visant l'obtention du nombre de citoyens canadiens et de personnes sur la LPP pour les années 2006 à 2010 inclusivement en vertu du Programme de protection des passagers de Transports Canada (le PPP) — En réponse à ces demandes, le directeur de l'AIPRP de Transports Canada a refusé de communiquer les renseignements demandés — La demanderesse Cameron a déposé une plainte auprès du Commissariat à l'information relativement à cette décision — La commissaire a commencé à mener une enquête et a formulé des recommandations, mais celles-ci ont été rejetées par le directeur de l'AIPRP — Il s'agissait de savoir si le décideur a raisonnablement qualifié l'information comme appartenant à l'art. 15(1) de la Loi, lui permettant d'invoquer les exceptions à la règle générale voulant que l'information soit divulguée — Dans l'affirmative, il s'agissait de déterminer si l'exercice de la discrétion du représentant du défendeur de refuser la divulgation des informations suite aux recommandations de la commissaire était raisonnable — Le PPP est l'une des mesures de contrôle qui assure la protection des passagers voyageant du ou vers le Canada par avion — Il s'agit d'une mesure de contrôle unique et essentielle afin d'assurer la sécurité des passagers, des équipages et des aéronefs — Le PPP, tel que conçu et mis en vigueur, fonctionne bien et semble rencontrer les objectifs de sécurité aérienne pour lesquels il fut créé — Le décideur a*

*discretion not reasonably exercised — Some of decision maker's arguments supported by little or no evidence or having almost no grounds — Application allowed in part.*

This was an application for judicial review of the decision made by Transport Canada's Access to Information and Privacy Director (ATIP Director or decision maker) not to disclose the number of persons or the number of Canadian citizens on the Specified Persons List (SPL). The ATIP Director invoked the exemption found in paragraph 15(1)(c) of the *Access to Information Act* (Act) to justify his refusal to disclose.

In 2010, Ms. Cameron, a journalist and one of the applicants, filed two ATIP requests with Transport Canada to obtain the number of Canadian citizens and the total number of individuals included on the SPL for the period from 2006-2010 inclusive under Transport Canada's Passenger Protect Program (PPP). In response, Transport Canada's ATIP Director refused to provide the requested information stating that making this information public could be injurious to the detection, prevention or suppression of subversive or hostile activities. Further to this refusal, Ms. Cameron filed a complaint with the Office of the Information Commissioner regarding the decision. The Commissioner began an investigation and issued recommendations but these were rejected by the ATIP Director. In essence, the Commissioner was not convinced of any harm resulting from the disclosure of the information requested or that the decision maker had exercised his discretion in denying the request. Ms. Cameron and the Commissioner filed applications for judicial review with the Federal Court regarding this matter.

The applicants argued in particular that the refusal to disclose the requested information was made in a manner contrary to the principles of the Act and contrary to its quasi-constitutional status.

The issues were whether the decision maker reasonably qualified the information as falling under subsection 15(1) of the Act allowing him to invoke the exemptions to the general rule requiring the information to be disclosed. If he made

*expliqué de façon raisonnable les motifs de son refus — L'explication fournie n'était pas de la spéculation ou une hypothèse — Divulguer l'information confidentielle recherchée (ICR) créerait un risque vraisemblable de préjudice probable — Quant à la raisonnable de l'exercice de la discrétion effectué par le décideur, lorsqu'il a motivé sa décision, il n'a pas répondu ou n'a presque pas répondu aux arguments soulevés par les demanderessees — Par conséquent, l'exercice de la discrétion du directeur de l'AIPRP n'a pas été effectué de façon raisonnable — Certains arguments mis de l'avant par le décideur n'étaient supportés par aucune, ou presque aucune preuve, ou encore presque aucun motif — Demande accueillie en partie.*

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision prise par le directeur de l'Accès à l'information et protection des renseignements personnels de Transports Canada (directeur de l'AIPRP ou décideur) de ne pas divulguer le nombre de personnes ainsi que le nombre de citoyens canadiens sur la Liste des personnes précisées (LPP). Le directeur de l'AIPRP a invoqué l'exception trouvée à l'alinéa 15(1)c) de la *Loi sur l'accès à l'information* (la Loi) afin de justifier son refus de divulguer.

En 2010, M<sup>me</sup> Cameron, une journaliste et l'une des demanderessees, a logé deux demandes d'accès à l'information auprès de Transports Canada visant l'obtention du nombre de citoyens canadiens et de personnes sur la LPP pour les années 2006 à 2010 inclusivement en vertu du Programme de protection des passagers de Transports Canada (le PPP). En réponse à ces demandes, le directeur de l'AIPRP de Transports Canada a refusé de communiquer les renseignements demandés, indiquant que rendre cette information publique porterait préjudice à la détection, à la prévention ou à la répression d'activités hostiles ou subversives. Par suite du refus du directeur, M<sup>me</sup> Cameron a déposé une plainte auprès du Commissariat à l'information du Canada relativement à cette décision. Le commissaire a commencé à mener une enquête et a formulé des recommandations, mais celles-ci ont été rejetées par le directeur de l'AIPRP. Essentiellement, la commissaire n'était pas convaincue qu'un risque de préjudice découlerait de la divulgation de l'information demandée ni que le décideur avait exercé sa discrétion en refusant la demande. M<sup>me</sup> Cameron et la commissaire ont déposé des demandes de contrôle judiciaire auprès de la Cour fédérale relativement à cette affaire.

Les demanderessees ont soutenu en particulier que le refus de communiquer les renseignements demandés a été fait de manière contraire aux principes de la Loi et contraire à son statut quasi constitutionnel.

Il s'agissait de savoir si le décideur a raisonnablement qualifié l'information comme appartenant au paragraphe 15(1) de la Loi, lui permettant d'invoquer les exceptions à la règle générale voulant que l'information soit divulguée. Dans

the proper qualification, it then had to be determined whether the respondent's representative exercised reasonable discretion in refusing to disclose the information after the Commissioner's recommendations.

*Held*, the application should be allowed in part.

The PPP, in existence since 2007, is one of the screening measures used to ensure the safety of passengers travelling to or from Canada by plane. The SPL is a screening measure that, based on the evidence, is applied before passengers obtain their boarding passes and then again before they board the airplane. It is a unique screening measure essential to ensuring the safety of passengers, crews and aircraft. The SPL is not comparable to other lists examined and has a specific purpose that is not reflected in other lists. It had to be concluded in this case that the PPP, as it was designed and implemented, works well and seems to meet the flight safety objectives for which it was created. The evidence submitted did not permit the conclusion that the list is badly designed or poorly managed or that it contains inconsistencies. The PPP's purpose is to protect passengers and based on history it has achieved its goals.

The information qualification conducted by the decision maker was analyzed. Paragraph 15(1)(c) of the Act aims specifically to protect information that would be useful to those wishing to engage in subversive or hostile activities such as activities directed toward the commission of terrorist acts, including hijacking, in or against Canada or foreign states. In his letter denying the applicant's request, the decision maker explained in a reasonable manner that publicizing the requested confidential information (RCI) would provide the keen observer with some very useful information. The explanation provided was not speculation or hypothetical: disclosing the RCI, namely the total number of individuals and the number of Canadian citizens on the SPL, would allow the keen observer to obtain additional data that he or she could use for his or her own ends. Therefore, disclosing the RCI would create a reasonable risk of probable harm; the how and why of the harm are evident. In the interest of Canadians, and in particular those who travel by air, it is not appropriate to create this probable risk. Thus, the ATIP Director correctly qualified the information as being protected by the exemption in paragraph 15(1)(c) in that it could be expected to be injurious to the detection, prevention or suppression of subversive or hostile activities.

As to the reasonableness of the decision maker's exercise of discretion, the applicants raised a number of points including the passage of time and the historical nature of the requested information; the public interest in knowing the RCI; a statement made by a former Transport Minister; and

l'affirmative, il s'agissait de déterminer si l'exercice de la discrétion du représentant du défendeur de refuser la divulgation des informations suite aux recommandations de la commissaire était raisonnable.

*Jugement* : la demande doit être accueillie en partie.

Le PPP, qui existe depuis 2007, est l'une des mesures de contrôle qui assure la protection des passagers voyageant du ou vers le Canada par avion. La LPP est une mesure de contrôle qui, selon la preuve, a effet avant d'obtenir la carte d'embarquement et, par la suite, avant d'embarquer à bord de l'avion. Il s'agit d'une mesure de contrôle unique et essentielle afin d'assurer la sécurité des passagers, des équipages et des aéronefs. La LPP n'est pas comparable aux autres listes examinées et elle a une vocation spécifique qui n'est pas reflétée dans les autres listes. Force est de constater en l'espèce que le PPP, tel que conçu et mis en vigueur, fonctionne bien et semble rencontrer les objectifs de sécurité aérienne pour lesquels il fut créé. La preuve soumise ne permettait pas de constater si la liste est mal confectionnée, mal gérée ou encore souffre d'irrégularités. Le PPP a comme objectif de protéger les passagers et l'histoire démontre qu'il atteint pleinement ses objectifs.

La qualification de l'information effectuée par le décideur a été analysée. L'alinéa 15(1)c) de la Loi vise spécifiquement à protéger l'information qui serait utile pour ceux qui voudraient commettre des activités hostiles ou subversives telles que des actes de terrorisme, ce qui inclut les détournements de moyens de transport contre le Canada, contre un État étranger ou sur leur territoire. Dans sa lettre dans laquelle il a rejeté la demande de la demanderesse, le décideur explique de façon raisonnable que publiciser l'information confidentielle recherchée (ICR) donnerait de l'information fort utile à l'observateur averti. Cette explication n'était pas de la spéculation ou une hypothèse : divulguer l'ICR, soit le nombre de personnes total et le nombre de Canadiens sur la LPP, permettrait à l'observateur averti d'obtenir de nouvelles données qu'il évaluera pour avancer ses fins. Sur cette base, dévoiler l'ICR créerait un risque vraisemblable de préjudice probable; le comment et le pourquoi du préjudice est évident. Dans l'intérêt des Canadiens et en particulier de ceux et celles qui voyagent par voie aérienne, il n'y a pas lieu de créer ce risque probable. Par conséquent, le directeur de l'AIPRP a correctement qualifié l'information comme étant protégée par l'exception à l'alinéa 15(1)c), car elle risque de porter préjudice à la détection, à la prévention, ou à la répression d'activités hostiles ou subversives.

Quant à la raisonabilité de l'exercice de la discrétion effectué par le décideur, les demanderesse ont soulevé plusieurs points, notamment le passage du temps et le caractère historique des renseignements demandés; l'intérêt du public à connaître l'ICR; une déclaration faite par un ancien ministre

international relations. The passage of time and the historical nature of the requested information were barely addressed in the decision drafted by the ATIP Director in June 2013 except to note that this type of information has always been protected by the respondent but no specific reason was given for this argument. This was hardly an intelligible explanation under such circumstances. The argument that this type of information has always been protected did not respond to the argument that time has passed and that this type of information no longer holds the same importance it initially did. The interest of the Canadian public in knowing the requested information also went nearly unmentioned in the decision maker's letter and the response provided did not justify the refusal to disclose the RCI and did not sufficiently take into account the public's interest in knowing this information. As for the statement (that there were between 500 and 2000 individuals meeting the criteria for inclusion in the SPL) made to the press by the then Transport Minister when the PPP came into force, it could be problematic and the decision maker barely discussed it except to minimize it. The decision maker did not feel that it was appropriate to discuss the number of individuals on the list, which was unacceptable and constituted a flagrant lack of transparency and reasonableness in the exercise of discretion given the circumstances. Regarding international relations, the respondent maintained that international relations between Canada and its key partners would be damaged if the RCI were disclosed. However, the explanation given by the respondent to support this point and demonstrate adequate exercise of discretion seemed defective and inappropriate.

In conclusion, the ATIP Director's discretion was not reasonably exercised. Some of the decision maker's arguments were supported by little or no evidence or had almost no grounds. In addition, when the decision maker stated the reasons for his decision, he did not address the arguments raised by the applicants. There were three reasons why the exercise of discretion was unreasonable: few grounds for addressing the passage of time; a refusal to seriously address the Minister of Transport's statement; and a total lack of evidence to support the argument that international relations with the United States and others would be negatively affected.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

- Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1, ss. 2, 15 "defence of Canada or any state allied or associated with Canada", "subversive or hostile activities", 35(2)(b), 42, 49, 50.  
*Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5, s. 38.

des Transports; et les relations internationales. Le passage du temps et le caractère historique des renseignements demandés étaient presque absents de commentaires dans la décision rédigée par le directeur de l'AIPRP en juin 2013, sauf pour maintenir que ce genre d'information a toujours été protégé par le défendeur, mais aucun motif précis ne discutait de cet argument. Il était difficile d'y percevoir une explication compréhensible dans de telles circonstances. Quant à l'argument que ce genre d'information a toujours été protégé, ceci ne répondait en rien à l'argument que le temps passe et que ce genre d'information n'a plus l'importance qu'il avait initialement. L'intérêt du public canadien à connaître l'information demandée était aussi presque passé sous silence dans la lettre du décideur et cette réponse ne justifiait pas le refus de divulguer l'ICR et ne tenait pas suffisamment compte de l'intérêt du public à connaître cette information. En ce qui concerne la déclaration que l'ancien ministre des Transports a faite à la presse lorsque le PPP est entré en vigueur (qu'entre 500 et 2 000 personnes satisfont aux critères d'inscription à la LPP), elle peut être problématique et le décideur n'en a que très peu discuté, sauf pour la minimiser. Le décideur a estimé qu'il n'était pas approprié de parler du nombre de personnes sur la LPP, ce qui n'était pas acceptable; il s'agissait d'un manque flagrant de transparence et de raisonabilité à l'exercice de la discrétion en de telles circonstances. Pour ce qui est des relations internationales, le défendeur a soutenu que les relations internationales entre le Canada et ses partenaires clés seraient endommagées par la divulgation de l'ICR. Cependant, l'explication donnée par le défendeur pour soutenir ce point et démontrer l'exercice adéquat de la discrétion apparaissait déficiente et inappropriée.

En conclusion, l'exercice de la discrétion du directeur de l'AIPRP n'a pas été effectué de façon raisonnable. Certains arguments mis de l'avant par le décideur n'étaient supportés par aucune, ou presque aucune preuve, ou encore presque aucun motif. De plus, lorsque le décideur a motivé sa décision, il n'a pas répondu aux arguments soulevés par les demanderesse. Il y avait donc trois raisons qui rendaient l'exercice de la discrétion déraisonnable : il a très peu de motifs traitant du passage du temps, un refus de traiter de façon sérieuse la déclaration du ministre des Transports, et enfin un total manque de preuve pour appuyer l'argument que les relations internationales avec les États-Unis et autres seraient négativement affectées.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

- Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), ch. A-1, art. 2, 15 « activités hostiles ou subversives », « défense du Canada ou d'États alliés ou associés avec le Canada », 35(2)b), 42, 49, 50.  
*Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 38.

## TREATIES AND OTHER INSTRUMENTS CITED

United Nations Security Council Resolution 1267 (1999), adopted by the Security Council at its 4051st meeting on 15 October 1999, UN Doc S/RES/1267 (1999), online: <[http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=S/RES/1267\(1999\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1267(1999))>.

## CASES CITED

## APPLIED:

*Bronskill v. Canada (Canadian Heritage)*, 2011 FC 983, [2013] 2 F.C.R. 563; *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Prime Minister)*, [1993] 1 F.C. 427, (1992), 12 Admin. L.R. (2d) 81 (T.D.).

## CONSIDERED:

*3430901 Canada Inc. v. Canada (Minister of Industry)*, 2001 FCA 254, [2002] 1 F.C. 421; *Merck Frosst Canada Ltd. v. Canada (Health)*, 2012 SCC 3, [2012] 1 S.C.R. 23; *Attaran v. Canada (Foreign Affairs)*, 2011 FCA 182, 337 D.L.R. (4th) 552; *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3.

## REFERRED TO:

*Canada (Information Commissioner) v. Canada (Minister of National Defence)*, 2011 SCC 25, [2011] 2 S.C.R. 306; *Dagg v. Canada (Minister of Finance)*, [1997] 2 S.C.R. 403, (1997), 148 D.L.R. (4th) 385; *Canada Packers Inc. v. Canada (Minister of Agriculture)*, [1989] 1 F.C. 47, (1988), 53 D.L.R. (4th) 246 (C.A.); *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339; *Canada (Attorney General) v. Abraham*, 2012 FCA 266, [2013] 1 C.T.C. 69; *John Doe v. Ontario (Finance)*, 2014 SCC 36, [2014] 2 S.C.R. 3; *Ontario (Public Safety and Security) v. Criminal Lawyers' Association*, 2010 SCC 23, [2010] 1 S.C.R. 815; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, (1999), 174 D.L.R. (4th) 193.

## AUTHORS CITED

Galloway, Gloria. "No-fly list grounds up to 2,000 people" *The Globe and Mail* (June 19, 2007), online: <<http://www.theglobeandmail.com/news/national/no-fly-list-grounds-up-to-2000-people/article1087262/>>.

APPLICATION for judicial review of the decision made by Transport Canada's Access to Information and

## TRAITÉS ET AUTRES INSTRUMENTS CITÉS

Nations Unies Conseil de sécurité. Résolution 1267 (1999), adopté par le Conseil de sécurité à sa 4051<sup>e</sup> séance, le 15 octobre 1999, Doc NU S/RES/1267 (1999), en ligne : <[http://www.un.org/fr/documents/view\\_doc.asp?symbol=S/RES/1267\(1999\)](http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/1267(1999))>.

## JURISPRUDENCE CITÉE

## DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Bronskill c. Canada (Patrimoine canadien)*, 2011 CF 983, [2013] 2 R.C.F. 563; *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Premier ministre)*, [1993] 1 C.F. 427 (1<sup>re</sup> inst.).

## DÉCISIONS EXAMINÉES :

*3430901 Canada Inc. c. Canada (Ministre de l'Industrie)*, 2001 CAF 254, [2002] 1 C.F. 421; *Merck Frosst Canada Ltée c. Canada (Santé)*, 2012 CSC 3, [2012] 1 R.C.S. 23; *Attaran c. Canada (Affaires étrangères)*, 2011 CAF 182; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3.

## DÉCISIONS CITÉES :

*Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Ministre de la Défense nationale)*, 2011 CSC 25, [2011] 2 R.C.S. 306; *Dagg c. Canada (Ministre des Finances)*, [1997] 2 R.C.S. 403; *Canada Packers Inc. c. Canada (Ministre de l'Agriculture)*, [1989] 1 C.F. 47 (C.A.); *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339; *Canada (Procureur général) c. Abraham*, 2012 CAF 266; *Untel c. Ontario (Finances)*, 2014 CSC 36, [2014] 2 R.C.S. 3; *Ontario (Sûreté et Sécurité publique) c. Criminal Lawyers' Association*, 2010 CSC 23, [2010] 1 R.C.S. 815; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817.

## DOCTRINE CITÉE

Galloway, Gloria. « No-fly list grounds up to 2,000 people » *The Globe and Mail* (19 juin 2007), en ligne : <<http://www.theglobeandmail.com/news/national/no-fly-list-grounds-up-to-2000-people/article1087262/>>.

DEMANDE de contrôle judiciaire d'une décision prise par le directeur d'Accès à l'information et

Privacy Director not to disclose the number of persons or the number of Canadian citizens on the Specified Persons List as requested by Ms. Cameron, one of the applicants. Application allowed in part.

protection des renseignements personnels de Transports Canada de ne pas divulguer le nombre de personnes ainsi que le nombre de citoyens canadiens sur la Liste des personnes précisées, comme l'a demandé M<sup>me</sup> Cameron, l'une des demanderesse. Demande accueillie en partie.

#### APPEARANCES

*Sylvain Lussier and Diane Therrien* for applicant Information Commissioner of Canada.

*Christian Leblanc* for applicant Daphné Cameron.

*Sara Gauthier and Marieke Bouchard* for respondent.

#### ONT COMPARU

*Sylvain Lussier et Diane Therrien* pour la demanderesse la commissaire à l'information du Canada.

*Christian Leblanc* pour la demanderesse Daphné Cameron.

*Sara Gauthier et Marieke Bouchard* pour le défendeur.

#### SOLICITORS OF RECORD

*Osler, Hoskin & Harcourt LLP*, Montréal, and *Office of the Information Commissioner*, Gatineau, Quebec, for applicant Information Commissioner of Canada.

*Fasken Martineau DuMoulin LLP*, Montréal, for applicant Daphné Cameron.

*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

#### AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Osler, Hoskin & Harcourt S.E.N.C.R.L./s.r.l.*, Montréal, et *Commisariat à l'information du Canada*, Gatineau, Québec, pour la demanderesse la commissaire à l'information du Canada.

*Fasken Martineau DuMoulin S.E.N.C.R.L., s.r.l.*, Montréal, pour la demanderesse Daphné Cameron.

*Le sous-procureur général du Canada* pour le défendeur.

*The following is the English version of the reasons for judgment and judgment rendered by*

*Voici les motifs du jugement et du jugement rendus en français par*

NOËL J.:

LE JUGE NOËL :

#### I. SUMMARY

[1] The co-applicants, Ms. Cameron and the Information Commissioner, are making an application for judicial review of the decision made by Transport Canada's Access to Information and Privacy (ATIP) Director not to disclose the number of persons or the number of Canadian citizens on the Specified Persons List (SPL). The ATIP Director invokes the exemption found in paragraph 15(1)(c) of the *Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1 (the ATIA [or the Act]), in order to justify his refusal to disclose. The ATIP Director correctly qualified the information as being protected by the exemption in paragraph 15(1)(c); that is to say that it could be expected to be injurious to the detection, prevention or suppression of subversive or hostile activities.

#### I. SOMMAIRE

[1] Les codemanderesse, M<sup>me</sup> Cameron et la commissaire à l'information, demandent la révision judiciaire de la décision du directeur d'accès à l'information [Accès à l'information et protection des renseignements personnels] de Transports Canada de ne pas divulguer le nombre de personnes ainsi que le nombre de citoyens canadiens sur la Liste des personnes précisées (la LPP). Le directeur d'accès à l'information invoque l'exception trouvée à l'alinéa 15(1)c) de la *Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), ch. A-1 (la LAI [ou la Loi]), afin de justifier son refus de divulguer. Le directeur d'accès à l'information a correctement qualifié l'information comme étant protégée par l'exception à l'alinéa 15(1)c), soit qu'elle risque de porter préjudice à la détection, à la

However, I find that, in the following step, the ATIP Director failed to exercise reasonable discretion. For the following reasons, I would allow the applications for judicial review in part, and I return the applications, so that they may be examined by a new decision maker.

## II. FACTS

### A. *General facts*

[2] On March 17, 2010, the applicant, Ms. Cameron, a journalist for the newspaper *La Presse*, filed two ATIP requests with Transport Canada, to obtain the number of Canadian citizens as well as the total number of individuals included on the SPL for the period from 2006–2010 inclusive under Transport Canada's Passenger Protect Program (the PPP).

[3] On June 4, 2013, Transport Canada's ATIP Director (the Director or Mr. O'Reilly) refused to provide the requested information. The Director invoked paragraph 15(1)(c) of the ATIA and stated that making this information public could be injurious to the detection, prevention or suppression of subversive or hostile activities.

[4] Following the Director's refusal to disclose the information, Ms. Cameron requested assistance from the Information Commissioner (the Commissioner). The Commissioner is the second applicant in this case. Each applicant has filed a memorandum of fact and law.

[5] The Government of Canada implemented the PPP following the events of September 11, 2001. The PPP aims to identify those persons who represent a threat to flight safety and to take measures to counter this threat. The Minister of Public Safety has been handling decisions regarding which names to include on the SPL since February 2011. Prior to February 2011, the Minister of Transport handled these decisions. The decision to include an individual's name on the SPL is based on the recommendations of an advisory group comprising Transport Canada, the Canadian Security and Intelligence

prévention, ou à la répression d'activités hostiles ou subversives. Toutefois, je conclus qu'à l'étape suivante, le directeur d'accès à l'information n'a pas exercé sa discrétion de façon raisonnable. Pour les motifs suivants, j'accueille les demandes de contrôle judiciaire en partie et je retourne les demandes afin qu'elles soient tranchées par un nouveau décideur.

## II. FAITS

### A. *Faits généraux*

[2] Le 17 mars 2010, la demanderesse, M<sup>me</sup> Cameron, une journaliste au journal *La Presse*, a logé deux demandes d'accès à l'information auprès de Transports Canada visant l'obtention du nombre de citoyens canadiens et de personnes sur la LPP pour les années 2006 à 2010 inclusivement en vertu du Programme de protection des passagers de Transports Canada (le PPP).

[3] Le 4 juin 2013, le directeur d'accès à l'information de Transports Canada (le directeur ou M. O'Reilly) refuse de communiquer les renseignements demandés. Le directeur invoque le paragraphe 15(1)c) de la LAI et soumet que rendre cette information publique porterait préjudice à la détection, à la prévention, ou à la répression d'activités hostiles ou subversives.

[4] Suite au refus du directeur de divulguer l'information, M<sup>me</sup> Cameron demande l'assistance de la commissaire à l'information (la commissaire). La commissaire est la deuxième demanderesse à cette affaire. Chaque demanderesse a déposé un mémoire des faits et du droit.

[5] Le gouvernement du Canada a mis en place le PPP suite aux événements du 11 septembre 2001. Le PPP vise à identifier les personnes qui représentent une menace pour la sécurité aérienne et à prendre des mesures pour contrer cette menace. Le ministre de la Sécurité publique gère la décision d'inscrire le nom de personnes sur la LPP depuis février 2011. Avant février 2011, le ministre des Transports prenait cette décision. La décision d'inscrire un individu sur la LPP se base sur les recommandations d'un groupe consultatif composé notamment de Transports Canada, du Service canadien

Service (CSIS) and the Royal Canadian Mounted Police (the RCMP).

[6] When a person whose name appears on the SPL arrives at an airport to board a flight, he or she will be subject to additional screening. The Minister of Transport will be notified and will be asked to determine whether the individual poses an immediate threat. If the individual poses an immediate threat to aviation security, the Minister of Transport may issue an emergency direction to mitigate the threat, particularly by denying the individual boarding. The identity of those individuals on the SPL is not disclosed.

*B. Factual perspective for processing access requests*

[7] The PPP was launched on June 18, 2007. That same day, the Minister of Transport at the time, the Honourable Lawrence Cannon, stated that there were between 500 and 2000 names on the SPL.

[8] On March 17, 2010, Ms. Cameron filed an ATIP request with Transport Canada, requesting disclosure of the number of persons and the number of Canadian citizens on the SPL. Following her request, on April 9, 2010, Transport Canada's ATIP Director at the time, Mr. Réginald Laurent, consulted with the ATIP offices at CSIS and the RCMP in order to determine their positions regarding the information request.

[9] CSIS responded and recommended that the information requested by Ms. Cameron should be exempt from disclosure under subsection 15(1) of the ATIA. The RCMP, for its part, indicated in its response that it was not too worried about disclosing the information. The RCMP's representative indicated that the RCMP would not apply subsection 15(1) of the ATIA in these circumstances, but that the RCMP would not object to Transport Canada invoking the exemption.

[10] After this response, in order to gain clarification, Ms. Nathalie Morin, from Transport Canada's ATIP office, attempted to contact the RCMP's ATIP office

du renseignement de sécurité (le SCRS) et de la Gendarmerie royale du Canada (la GRC).

[6] Lorsqu'une personne dont le nom figure sur la LPP se présente à un aéroport pour prendre un vol, elle sera assujettie à des contrôles additionnels. Le ministre des Transports sera informé et sera appelé à déterminer si la personne constitue un danger immédiat. Si la personne constitue un danger immédiat à la sûreté aérienne, le ministre des Transports peut émettre une directive d'urgence afin de répondre à la menace, notamment en empêchant la personne de monter à bord. L'identité des personnes figurant sur la LPP n'est pas divulguée.

*B. Perspective factuelle du traitement des demandes d'accès*

[7] Le PPP est lancé le 18 juin 2007. Le même jour, le ministre des Transports à l'époque, l'honorable Lawrence Cannon, déclare qu'il y a entre 500 et 2 000 noms sur la liste du LPP.

[8] Le 17 mars 2010, M<sup>me</sup> Cameron dépose une demande d'accès à l'information auprès de Transports Canada, afin d'obtenir la divulgation du nombre de personnes et du nombre de citoyens canadiens sur la LPP. Suivant la demande, le 9 avril 2010, le directeur d'accès à l'information de Transports Canada à l'époque, M. Réginald Laurent, consulte les bureaux d'accès à l'information du SCRS et de la GRC afin d'obtenir leurs positions sur la demande de renseignements.

[9] Le SCRS répond et recommande que l'information demandée par M<sup>me</sup> Cameron soit exemptée de divulgation par effet du paragraphe 15(1) de la LAI. Quant à elle, la GRC indique dans sa réponse ne pas être trop inquiète de la divulgation des informations. Son représentant indique que la GRC n'appliquerait pas le paragraphe 15(1) de la LAI dans ces circonstances, mais que la GRC ne s'objecte pas à ce que Transports Canada invoque l'exception.

[10] Après cette réponse, afin d'obtenir des précisions, M<sup>me</sup> Nathalie Morin, du Bureau d'accès à l'information de Transports Canada, tente de contacter le Bureau

on May 18, 2010. The next day (May 19, 2010), the RCMP's ATIP office sent an email indicating that they were not too worried about disclosing this information:

... As such, we don't see the need to withhold the information. Even the release of the global number of people does not concern us overmuch. Therefore, we would not apply section 15(1) of the Act to the documents you sent but we also don't have any objections to you applying it.

[11] On June 7, 2010, Mr. Laurent sent a letter to Ms. Cameron, indicating his refusal to disclose the requested information on the basis of paragraph 15(1)(c) of the ATIA. On July 28, 2010, Ms. Cameron filed a complaint with the Office of the Information Commissioner regarding the decision made by Transport Canada's ATIP Director not to disclose the requested information.

[12] The Commissioner investigated and shared her observations with Mr. Laurent on September 8, 2011. The Commissioner informed Mr. Laurent that she was not convinced risk of harm to the detection, prevention or suppression of subversive or hostile activities would result from the disclosure of this information, nor was she convinced that the decision maker had exercised his discretion in denying the request.

[13] Following these observations, Mr. Laurent consulted Mr. Chris Free, an aviation safety specialist working for Transport Canada. Mr. Free contacted his counterpart in charge of the PPP at the RCMP to clarify the RCMP's position. Mr. Free informed Mr. Laurent that those members of the RCMP who were involved with the PPP felt that disclosing the requested information would jeopardize national security, contrary to the opinion of the RCMP's ATIP office.

[14] On November 17, 2011, Mr. Laurent presented his observations to the Commissioner, in compliance with paragraph 35(2)(b) of the ATIA. These observations were supported by assessments from CSIS and

d'accès à l'information de la GRC le 18 mai 2010. Le lendemain, soit le 19 mai 2010, le Bureau d'accès à l'information de la GRC envoie un courriel indiquant que la divulgation des informations ne les inquiète pas beaucoup :

[TRADUCTION]

[...] Voilà pourquoi nous ne voyons pas la nécessité de refuser la divulgation des informations. Même la divulgation du nombre total de personnes sur la liste n'est pas nécessairement une préoccupation pour nous. Nous n'appliquerions pas le paragraphe 15(1) de la LAI aux documents que vous avez envoyés, mais nous ne nous objectons pas à ce que vous invoquiez l'exception.

[11] Le 7 juin 2010, M. Laurent envoie une lettre à M<sup>me</sup> Cameron indiquant son refus de divulguer l'information demandée sur la base de l'alinéa 15(1)c) de la LAI. Le 28 juillet 2010, M<sup>me</sup> Cameron dépose une plainte au Commissariat à l'information relativement à la décision du directeur d'accès à l'information de Transports Canada de ne pas communiquer les renseignements demandés.

[12] La commissaire enquête et fait part de ses observations à M. Laurent le 8 septembre 2011. La commissaire informe M. Laurent qu'elle n'est pas convaincue qu'un risque de porter préjudice à la détection, à la prévention, ou à la répression d'activités hostiles ou subversives découlerait de la divulgation de l'information ni que le décideur avait exercé sa discrétion en refusant la demande.

[13] Suite à ces observations, M. Laurent consulte M. Chris Free, un spécialiste en sécurité aéronautique œuvrant chez Transports Canada. M. Free communique avec sa contrepartie responsable du PPP à la GRC afin de clarifier sa position. M. Free informe M. Laurent que les membres de la GRC impliqués dans le PPP considèrent que la divulgation des renseignements demandés porterait atteinte à la sécurité nationale, contrairement à l'opinion du Bureau d'accès à l'information de la GRC.

[14] Le 17 novembre 2011, M. Laurent présente ses observations à la commissaire conformément à l'alinéa 35(2)b) de la LAI. Ces observations sont appuyées par des évaluations du SCRS et du Ministère de la Sécurité

from the Minister of Public Safety. Mr. Laurent also indicated that he felt the RCMP had contradicted itself.

[15] Then, during a period of more than a year, the Commissioner investigated and requested additional representations from Transport Canada. On May 10, 2013, at the end of her investigation, the Commissioner issued her recommendations.

[16] On June 4, 2013, Mr. Shaun O'Reilly, who had replaced Mr. Réginald Laurent as Transport Canada's ATIP Director, rejected the Commissioner's recommendations and issued the refusal to disclose the requested information.

[17] On March 4, 2014, Ms. Cameron received the Commissioner's report on the conclusions of her investigation. Ms. Cameron then gave her consent for this application for judicial review of the respondent's decision pursuant to section 42 of the ATIA. On April 15, 2014, the Commissioner filed two applications for judicial review with the Federal Court. On August 12, 2014, the applications were joined by order of the judge responsible for managing the proceeding. The applicant Ms. Cameron then joined the application filed by the Commissioner.

### III. ARGUMENTS

[18] The parties are not in agreement regarding the applicability of principles to the facts, nor regarding the weight that the Court should give to certain legal precepts. In the next section, I divide the parties' arguments into five main topics: public interest and ATIA objectives; applicable standards of review; appropriate burdens of proof; exercise of qualification; and exercise of discretion.

#### A. *Public interest and objectives of the Act*

[19] The applicants are asking the Court to rule that the refusal to disclose the requested information was made in a manner contrary to the principles of the ATIA and contrary to its quasi-constitutional status. They submit that the ATIA has a clear objective, namely to

publique. M. Laurent indique aussi qu'il estime que la GRC s'est contredite.

[15] Ensuite, pendant plus d'un an, la commissaire enquête et demande des représentations additionnelles de la part de Transports Canada. Le 10 mai 2013, au terme de son enquête, la commissaire émet ses recommandations.

[16] Le 4 juin 2013, M. Shaun O'Reilly, qui a remplacé M. Réginald Laurent comme directeur d'accès à l'information de Transports Canada, rejette les recommandations de la commissaire et communique le refus de divulguer les informations demandées.

[17] Le 4 mars 2014, le rapport de la commissaire sur les conclusions de son enquête est reçu par M<sup>me</sup> Cameron. Par la suite, cette dernière donne son consentement pour l'exercice du présent recours en révision judiciaire de la décision du défendeur en application de l'article 42 de la LAI. Le 15 avril 2014, la commissaire dépose auprès de la Cour fédérale deux demandes de contrôles judiciaires. Le 12 août 2014, les demandes sont jointes par ordonnance du juge responsable de la gestion d'instance. Par la suite, la demanderesse M<sup>me</sup> Cameron se joint au recours émis par la commissaire.

### III. ARGUMENTS

[18] Les parties ne sont pas d'accord en ce qui a trait à l'applicabilité des principes aux faits ni en ce qui concerne le poids que doit donner la Cour à certains préceptes juridiques. Dans la prochaine section, je divise les arguments des parties en cinq sujets principaux : l'intérêt public et les objectifs de la LAI; les normes de révision applicables; les fardeaux de preuve appropriés; l'exercice de qualification; et l'exercice de la discrétion.

#### A. *Intérêt public et objectifs de la Loi*

[19] Les demanderesse demandent à la Cour de statuer que le refus de communiquer les renseignements demandés a été fait de manière contraire aux principes de la LAI et contraire à son statut quasi constitutionnel. Elles soumettent que la LAI a un objectif clair, soit

increase access to government information by defending the public's right to its disclosure. The necessary exemptions to this right are limited and specific; and decisions regarding disclosure of government information are subject to review, independent of government. In particular, the Canadian public must have the right to obtain the required information on the PPP and the SPL in order to be able to assess the efficiency and effectiveness of these measures and to determine if they are worth the sums invested in them by taxpayers.

[20] The respondent replies that the decision not to disclose the RCI [requested confidential information] by invoking paragraph 15(1)(c) of the ATIA respects these principles. The Court must show a certain deference to the decision maker, given the executive's institutional expertise with regard to national security.

*B. Applicable standard of review and scope of this standard*

[21] The applicants submit that the reasonableness standard must be tempered. They maintain that the decision maker's discretionary power, pursuant to the ATIA, in fact falls at the lower end of the spectrum, and that the Court has full jurisdiction and power to examine both the exemptions invoked and the exercise of discretionary power.

[22] The respondent retorts that a matter that could be injurious to the prevention or suppression of subversive or hostile activities calls for a broad and flexible approach, since the decision maker must weigh the specific facts as well as the policy in general.

[23] The applicants do not agree with the respondent's argument that the Court should show deference when the decision maker makes a decision regarding the prevention or suppression of subversive or hostile activities, since the ATIA sets out specific and limited exemptions, which do not apply in this instance.

*C. Burden of proof*

[24] The applicants argue that the ATIP Director did not discharge his heavy burden of proof. In fact, at the

d'élargir l'accès aux documents de l'administration fédérale en consacrant le droit du public à leur communication. Les exceptions indispensables à ce droit sont précises, limitées, et les décisions quant à la communication sont susceptibles de recours indépendants du pouvoir exécutif. Notamment, le public canadien doit avoir le droit d'obtenir les informations nécessaires sur le PPP et la LPP afin d'évaluer l'efficacité des mesures et déterminer si elles valent les sommes investies dans leurs fonctionnements pour les contribuables.

[20] Le défendeur répond que la décision de ne pas divulguer l'ICR [information confidentielle recherchée] en invoquant l'alinéa 15(1)c) de la LAI respecte ces principes. La Cour doit accorder une certaine déférence au décideur étant donné l'expertise institutionnelle de l'exécutif en matière de sécurité nationale.

*B. Norme de révision applicable et étendue de cette norme*

[21] Les demandresses soumettent que la norme de révision raisonnable doit être tempérée. Elles soutiennent que le pouvoir discrétionnaire du décideur, dans le cadre de la LAI, se situe en fait au bas du continuum et que la Cour a toute compétence et tous pouvoirs pour examiner les exceptions invoquées, de même que l'exercice du pouvoir discrétionnaire.

[22] Le défendeur rétorque qu'une question de risque de préjudice à la prévention ou répression d'activités hostiles ou subversives milite en faveur d'une approche large et souple puisque le décideur soupèse les faits spécifiques ainsi que la politique au sens large.

[23] Les demandresses ne sont pas d'accord avec l'argument du défendeur comme quoi la Cour devrait faire preuve de déférence lorsque le décideur prend une décision relative à la prévention ou à la répression d'activités hostiles ou subversives puisque la LAI exige des exceptions précises et limitées, ce qui n'est pas le cas en l'espèce.

*C. Fardeau de preuve*

[24] Les demandresses argumentent que le directeur d'accès à l'information ne s'est pas acquitté de son lourd

qualification stage, the Director did not demonstrate a reasonable risk of probable harm: he did not use a specific approach and did not demonstrate a clear and direct link between the evidence presented and the alleged harm. The applicants also maintain that the ATIP Director did not discharge his burden of proof when exercising his discretion, if he did exercise it at all. If the decision maker truly did exercise his discretion, he did so in a manner contrary to the analytical framework of section 15, contrary to the objectives of the ATIA, and also contrary to the case law and the factors to be considered.

[25] The respondent replies that direct evidence of danger is not required. Furthermore, the respondent maintains that the decision maker's conclusion as to the existence of a risk of jeopardizing the prevention or suppression of subversive or hostile activities rests largely on the facts and the policy in a broad sense. The respondent suggests that the evidence regarding past, present and anticipated events could justify a conclusion of the existence of a threat or injury to the prevention or suppression of subversive or hostile activities. Thus, given the matter of national security implicit in the criteria of paragraph 15(1)(c) of the ATIA, the respondent argues that the Court must show restraint when assessing a decision regarding any risk of jeopardizing the prevention or suppression of subversive or hostile activities. The respondent feels that the Court should take a broad and flexible approach when dealing with decisions on matters of national security, as well as when some of Canada's international obligations are at play.

#### D. *Existence of a threat*

[26] The applicants suggest that the arguments invoked by Mr. O'Reilly are speculative, hypothetical and unfounded. The decision maker did not establish how disclosing the RCI [Requested Confidential Information] could diminish the effectiveness of the PPP, or how international relations would be damaged. The allegations of injury are general in nature and without any specific link to the requirements of section 15 of the ATIA. Citing generic reasons vaguely related to national

fardeau de preuve. En effet, à l'étape de la qualification, le directeur n'a pas démontré un risque vraisemblable de préjudice probable : il n'a pas utilisé une approche spécifique et n'a pas démontré un lien clair et direct entre les éléments de preuve présentés et le préjudice allégué. Les demanderesse soutiennent aussi que le directeur d'accès à l'information ne s'est pas acquitté de son fardeau lorsqu'il a exercé sa discrétion, s'il l'a même exercée. Si le décideur a effectivement exercé sa discrétion, il l'a fait de manière contraire au cadre d'analyse de l'article 15, contraire aux objectifs de la LAI ainsi que contraire à la jurisprudence et aux facteurs à considérer.

[25] Le défendeur répond qu'une preuve directe du danger n'est pas requise. De plus, il soutient que la conclusion du décideur comme quoi il existe ou non un risque de préjudice à la prévention ou répression d'activités hostiles ou subversives repose en grande partie sur les faits et la politique au sens large. Le défendeur suggère que des éléments de preuve sur des événements passés, présents et anticipés peuvent justifier une conclusion de menace ou de préjudice à la prévention ou répression d'activités hostiles ou subversives. Ainsi, étant donné le domaine de la sécurité nationale implicite aux critères de l'alinéa 15(1)c) de la LAI, le défendeur argumente que la Cour doit faire preuve de retenue lorsqu'elle évalue une décision qui a trait à l'existence d'un risque de préjudice à la prévention ou répression d'activités hostiles ou subversives. Il estime donc que la Cour doit appliquer une approche large et souple lorsqu'elle fait face à une décision en matière de sécurité nationale ainsi que lorsque certaines obligations internationales du Canada sont en jeu.

#### D. *Existence d'un préjudice*

[26] Les demanderesse proposent que les arguments invoqués par M. O'Reilly sont spéculatifs, hypothétiques et sans fondement. Le décideur n'a pas étayé comment la divulgation de l'ICR [information confidentielle recherchée] pourrait diminuer l'efficacité du PPP ni comment les relations internationales seraient endommagées. Les allégations de préjudice sont de nature générale et sans lien précis avec les exigences de l'article 15 de la LAI. Le simple fait de soulever des raisons

security does not constitute sufficient grounds to restrict the public's right to access the RCI; the injury must be greater than a probability or a speculation.

[27] The applicants state that Mr. Free is a public servant who has been obstinately opposed to disclosure since becoming involved. They are also of the opinion that Mr. O'Reilly has only recently assumed the position of ATIP Director, and that he has almost no experience in matters of national security. The evidence indicates that the RCMP ATIP office had not been opposed to disclosing the information prior to Mr. Free's intervention in the RCMP department that deals with the PPP and the SPL. The RCMP then changed its mind.

[28] The respondent presents no evidence that Canada's international relations with its key partners would be affected if the information about the RCI were disclosed. In fact, Mr. Free was unable to support his speculations after having agreed to produce a document to this effect. Mr. O'Reilly, in cross-examination, was equally unable to underpin his hypotheses about how Canada's international relations would suffer following disclosure of the RCI.

[29] The applicants allege that the PPP and the SPL are redundant components of Canada's security system, and that therefore, Canada would not suffer any injury if the RCI were disclosed. Moreover, the existence of many other complementary deterrent programs argues in favour of disclosure, since their existence further limits any injury that could result from disclosure of the RCI. Furthermore, given that certain SPL criteria are common knowledge, in particular that it does not apply to minors, a terrorist organization could easily circumvent it. Disclosing the RCI, therefore, does not render the program any more vulnerable than it already is.

[30] By contrast, the respondent maintains that the PPP and the SPL are measures that are part of a multi-layered security system that aims to ensure public safety. The respondent criticizes the fact that the applicants are essentially alleging that the PPP is superfluous, useless

génériques à saveur de sécurité nationale n'est pas suffisant pour restreindre les droits du public d'avoir accès à l'ICR; le préjudice doit être plus qu'une probabilité ou une conjecture.

[27] Les demanderesse affirment que M. Free est un fonctionnaire obstinément opposé à la divulgation depuis son implication. Elles sont aussi d'avis que M. O'Reilly n'est que récemment entré en fonction dans son poste de directeur d'accès à l'information et n'a presque aucune expérience en matière de sécurité nationale. La preuve indique que le Bureau d'accès à l'information de la GRC ne s'opposait pas à la divulgation de l'ICR avant l'intervention de M. Free au sein du département de la GRC qui s'occupe du PPP et de la LPP. La GRC s'est ensuite ravisée.

[28] Le défendeur ne présente aucune preuve que les relations internationales du Canada avec ses partenaires clés seront affectées par la divulgation de l'ICR. En fait, M. Free n'a pas été en mesure de prouver ses conjectures après s'être engagé à produire un document à cet effet. M. O'Reilly, en contre-interrogatoire, n'a pas non plus été capable d'étayer ses hypothèses comme quoi les relations internationales du Canada souffriraient suivant la divulgation de l'ICR.

[29] Les demanderesse prétendent que le PPP et la LPP sont des éléments redondants du système de sécurité canadien et qu'ainsi, le Canada ne souffrira aucun préjudice si l'ICR est dévoilée. En outre, l'existence de plusieurs autres programmes dissuasifs et complémentaires milite en faveur de la divulgation puisque le préjudice de la divulgation de l'ICR en est encore plus limité. D'ailleurs, étant donné la notoriété publique de certains critères de la LPP, notamment qu'elle ne s'applique pas aux enfants de moins de 18 ans, une organisation terroriste peut facilement la déjouer. Dévoiler l'ICR ne rend donc pas le programme plus vulnérable qu'il ne l'est déjà.

[30] Au contraire, le défendeur soutient que le PPP et la LPP sont des mesures faisant partie d'un système de couches de sécurité visant à assurer la protection du public. Il critique le fait que les demanderesse allèguent essentiellement que le PPP est superflu, inutile ou

or ineffective, and that it is no longer worth protecting information that could compromise the PPP's effectiveness and, incidentally, flight safety in Canada.

[31] The respondent argues that, these days, the approach of trying to ensure infrastructure security using "guns, guards and gates" is outdated, given the scope of the infrastructure at risk and the nature of the threat of modern terrorism. This layered approach, by intermeshing overlapping measures, ensures that if one provision is foiled, then another will still be able to prevent an attack. We must not weaken an important measure like the PPP simply because there are other measures that complement it. Furthermore, the respondent alleges that modern flight safety is interconnected with flight safety in Canada's international partner countries. Thus, weakening one layer by disclosing the number of persons and the number of Canadians on the SPL would affect the confidence that other countries have in Canada. Canada could even see its exemption from using the U.S. "no-fly list" revoked.

[32] Lastly, the respondent makes the point that not disclosing the RCI has a deterrent effect on the planning and execution of terrorist attacks, since it leaves these groups with no concrete information with which to measure the risk. Thus, it was reasonable for Mr. O'Reilly to conclude that disclosing the RCI would create a reasonable risk of probable injury, thus allowing him to invoke the exemption in paragraph 15(1)(c) of the ATIA. Allowing the disclosure of information, even information that is several years old, would allow individuals with malicious intentions to make several requests over time and to gain an idea of Canada's defence capabilities.

#### E. *Exercise of discretion*

[33] The applicants argue that the decision maker indulged in an unthinking or knee-jerk exercise of discretion and qualification, backing up his decision using platitudes, generalizations and hypotheses that are not supported by the evidence. The applicants insist that the

inefficace, et qu'il ne vaut donc pas la peine de protéger les renseignements qui risqueraient de compromettre l'efficacité du PPP et incidemment, la sécurité aérienne canadienne.

[31] Le défendeur avance que, de nos jours, l'approche visant à garantir la sécurité de l'infrastructure par les gardes de sécurité, les armes et les fortifications (en anglais « *guns, guards and gates* ») est dépassée étant donné l'étendue de l'infrastructure à risque et la nature de la menace terroriste moderne. L'approche par couches, soit par l'entremêlement de mesures redondantes, assure que si un dispositif est déjoué, un autre permettra d'empêcher un attentat. Il ne faut pas affaiblir une mesure importante telle le PPP simplement parce que d'autres mesures la complètent. D'ailleurs, le défendeur plaide que la sécurité aérienne moderne est interconnectée à la sécurité aérienne des partenaires internationaux du Canada. Ainsi, affaiblir une couche en divulguant le nombre de personnes et le nombre de Canadiens sur la LPP affecterait la confiance que les autres pays ont envers le Canada. Le Canada pourrait même se voir révoquer l'exemption à l'application de la « no-fly list » américaine.

[32] Finalement, le défendeur fait valoir que l'ICR n'étant pas dévoilée a un effet dissuasif sur la planification et l'exécution d'attentats terroristes puisque ces groupes n'ont pas d'information concrète avec laquelle mesurer le risque. Ainsi, il était raisonnable pour M. O'Reilly de conclure que dévoiler l'ICR répondrait au critère de l'existence d'un risque vraisemblable de préjudice probable, permettant ainsi d'invoquer l'exception de l'alinéa 15(1)c) de la LAI. Permettre la divulgation d'une information, même datant de plusieurs années, permettrait à des personnes mal intentionnées de faire plusieurs demandes au fil des ans et de dresser un portrait de la capacité défensive du Canada.

#### E. *Exercice de la discrétion*

[33] Les demanderesse avancent que le décideur s'est livré à un exercice de qualification et à un exercice de la discrétion automatique, étayant sa décision par des platitudes, des généralités ainsi que des hypothèses non étayées par la preuve. Les demanderesse font valoir

decision maker, Mr. O'Reilly, who has not been in his position for very long, blindly deferred to the opinion of specialists and therefore did not truly use his own judgment. It is also possible that the decision not to disclose the information is some sort of attempt to save face, since the Minister of Transport at the time the PPP was implemented, the Honourable Lawrence Cannon, allegedly stated, according to a *Globe and Mail* article [by Gloria Galloway. "No-fly list grounds up to 2,000 people" *The Globe and Mail* (June 19, 2007)], that there were between 500 and 2000 names on the SPL. This statement can also be seen as a "*de facto*" disclosure.

[34] The respondent countered that it is not important how long the ATIP Director has held this particular position and that the evidence shows Mr. O'Reilly to be a competent individual. In addition, there is no evidence indicating that any embarrassment or bad faith is at the source of the refusal to disclose the RCI. On the contrary, the evidence shows that Mr. O'Reilly's only concern was the existence of an injury to national security. The respondent is of the opinion that a discretionary decision is unreasonable only if it is determined that the decision was not made in keeping with the Act, that it was made in bad faith, that it was unjustified, that it was made based on irrelevant factors or that it was made without consideration of relevant factors. In light of these criteria, Mr. O'Reilly's exercise of discretion was reasonable. Furthermore, given the circumstances, it was appropriate for the decision maker to consult specialists as well as the relevant services and departments. Regarding the minister's statement, the respondent asserts that he cannot make inferences as to the minister's intention.

[35] The applicants suggest that the historical nature of the information was not at all addressed in Mr. O'Reilly's decision. Neither did Mr. O'Reilly comment on the Canadian public's interest in judging the program's efficiency and effectiveness in relation to its cost (approximately \$13.8 million per year for the first five years of operation, and \$2.9 million for the subsequent years). Consequently, the applicants argue that the injury alleged by the respondent is more likely of a

que le décideur, M. O'Reilly, dans son poste depuis peu longtemps, s'est aveuglément remis à l'opinion des spécialistes et n'a donc pas véritablement exercé son propre jugement. Il est aussi possible que la décision de ne pas divulguer l'information vise à cacher un embarras quelconque puisque le ministre des Transports à l'époque de la mise en vigueur du PPP, l'honorable Lawrence Cannon, aurait déclaré, selon un article du *Globe and Mail* [par Gloria Galloway. « No-fly list grounds up to 2,000 people » *The Globe and Mail* (19 juin 2007)], qu'entre 500 et 2 000 noms se trouvaient sur la LPP. Cette déclaration peut aussi être considérée une « divulgation accomplie ».

[34] Le défendeur riposte que le temps passé dans la fonction spécifique de directeur d'accès à l'information n'est pas important et que la preuve démontre que M. O'Reilly est une personne compétente. De plus, il n'y a aucune preuve indiquant qu'un embarras ou de la mauvaise foi sont à la source du refus de divulguer l'ICR. Au contraire, la preuve démontre que la seule préoccupation de M. O'Reilly était l'existence d'un préjudice à la sécurité nationale. Le défendeur est d'avis qu'une décision discrétionnaire est déraisonnable seulement s'il est démontré que la décision n'a pas été prise conformément à la loi, qu'elle a été prise de mauvaise foi, qu'elle est mal fondée, qu'elle a pris en compte des considérations non pertinentes ou qu'elle a été prise en omettant de tenir compte de facteurs pertinents. À la lumière de ces critères, l'exercice de la discrétion de M. O'Reilly était raisonnable. D'ailleurs, étant donné les circonstances, il est approprié que le décideur consulte des spécialistes ainsi que les ministères et services pertinents. En ce qui concerne la déclaration du ministre, le défendeur fait valoir qu'il ne peut tirer des inférences quant à l'intention du ministre.

[35] Les demanderesse suggèrent que le caractère historique des renseignements n'a pas du tout été adressé dans la décision de M. O'Reilly. Ce dernier n'a pas non plus commenté l'intérêt du public canadien à juger l'efficacité et l'efficacéité du programme en relation à son coût, soit environ 13,8 millions \$ par année pour les cinq premières années d'opération et 2,9 millions \$ pour les années subséquentes. Par conséquent, les demanderesse avancent que le préjudice invoqué par le défendeur est

political nature than it is related to factors governed by the exemption under paragraph 15(1)(c) of the ATIA. Specifically, if the disclosure of the RCI reveals a small number, the PPP's usefulness will be called into question; whereas if the number is high, it may be thought that the program is too lenient, or that Canada is overflowing with terrorists who threaten civil aviation. The applicants reiterate that it is unacceptable for the decision maker to assume that there is enough information in the public domain regarding the PPP for the public to be able to evaluate it. This consideration is arbitrary and is contradicted by the simple fact that Ms. Cameron made an ATIP request. Furthermore, even the United States makes the data contained in its "no-fly list" available to the public.

[36] The respondent retorts that Mr. O'Reilly, the decision maker, exercised reasonable discretion. The respondent maintains that Mr. O'Reilly studied all of the relevant factors, having specifically annotated the Commissioner's recommendations, consulted specialists within the relevant departments and services, considered the importance of the information for the public and taken into account that the information requested dates from 2007–2010, as well as the objectives of the ATIA. In the end, the similar programs and other lists that exist, specifically the RCMP's list of high-risk travellers, are in no way comparable to the SPL, either in who they target or in their goals or inclusion criteria.

#### IV. ISSUES

[37] Firstly, the Court must determine whether the decision maker reasonably qualified the information as falling under subsection 15(1) of the ATIA, allowing him to invoke the exemptions to the general rule requiring the information to be disclosed.

[38] If the answer to the first question is yes, then the Court must also determine whether the minister's representative exercised reasonable discretion in refusing to disclose the information, after the Commissioner's recommendations.

plutôt de nature politique que lié à des facteurs appréciables à l'exception de l'alinéa 15(1)c) de la LAI. Notamment, si la divulgation de l'ICR révèle un petit chiffre, l'utilité du PPP sera remise en cause tandis que si le chiffre est très grand, l'on doutera que le programme soit trop permissif ou que le Canada pullule de terroristes menaçants l'aviation civile. Les demanderessees renchérissent qu'il est inacceptable que le décideur estime qu'il y a assez d'information dans le domaine public au sujet du PPP afin de permettre au public de l'évaluer. Cette considération est arbitraire et est contredite par le simple fait que la demanderesse Cameron ait présenté une demande d'accès à l'information. D'autre part, même les États-Unis rendent les données de leur « no-fly list » accessibles au public.

[36] Le défendeur rétorque que M. O'Reilly, le décideur, a exercé sa discrétion de façon raisonnable. Il soutient que M. O'Reilly a étudié tous les facteurs pertinents, ayant notamment annoté les recommandations de la commissaire, consulté des spécialistes au sein des ministères et services pertinents, envisagé l'importance de l'information pour le public et pris en compte que l'information demandée date de 2007 à 2010 ainsi que les objectifs de la LAI. Finalement, l'existence de programmes semblables ou d'autres listes, notamment celle de la GRC sur les voyageurs à risque élevé, ne sont aucunement comparable à la LPP tant par rapport aux personnes visées, qu'aux buts ainsi qu'aux critères d'inclusion.

#### IV. QUESTIONS EN LITIGE

[37] En premier lieu, la Cour doit déterminer si le décideur a raisonnablement qualifié l'information comme appartenant au paragraphe 15(1) de la LAI, lui permettant d'invoquer les exceptions à la règle générale voulant que l'information soit divulguée.

[38] Si la réponse à la première question est affirmative, en deuxième lieu, la Cour doit déterminer si l'exercice de la discrétion du représentant du ministre de refuser la divulgation des informations suite aux recommandations de la commissaire était raisonnable.

## V. LEGAL CONTEXT

[39] In this section, I will provide a brief summary of the applicable law. Firstly, I will describe the general procedure for making an access to information request. Then, I will outline the relevant legislation. Lastly, I will state the law that applies specifically to judicial review when the decision maker invokes an exemption under the ATIA.

### A. Procedure for making an ATIP request pursuant to the ATIA

[40] To provide some context for this application for judicial review, it is useful to understand the progression of an ATIP request. *Bronskill v. Canada (Canadian Heritage)*, 2011 FC 983, [2013] 2 F.C.R. 563 (*Bronskill*), is a good starting point to familiarize oneself with access to information rights. Paragraphs 4–15 and 62–85 of this case law are particularly relevant. The Supreme Court also synthesized the procedure clearly in paragraphs 18–20 of the decision in *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Minister of National Defence)*, 2011 SCC 25, [2011] 2 S.C.R. 306 (*Commissioner v. Defence*). However, I will not go into as much detail today; here is the gist of it:

[41] Firstly, a sufficiently detailed written request is sent to the organization that has the information. The person in charge at the federal institution is responsible for replying. The individual responsible must grant access to the documents within a reasonable time frame, regardless of who makes the request. If the organization refuses to disclose the information and the person files a complaint, the Information Commissioner must review the refusal. There is no direct process to determine which requests are active and which documents have been requested. The Commissioner can make recommendations and require a report from the organization in question (*Bronskill*, above, at paragraphs 6 and 7).

[42] Secondly, if, following the Commissioner's recommendations, the organization in question still refuses

## V. CADRE JURIDIQUE

[39] Dans cette section, je brosse succinctement un portrait du droit applicable. Premièrement, je décris la procédure générale d'une demande d'accès à l'information. Ensuite, j'expose la législation pertinente. Finalement, j'indique le droit spécifiquement applicable au contrôle judiciaire lorsque le décideur invoque une exception prévue dans la LAI.

### A. Processus d'une demande d'information en application de la LAI

[40] Afin de bien situer cette demande de contrôle judiciaire, il est utile de comprendre le cheminement d'une demande d'accès à l'information. La cause *Bronskill c. Canada (Patrimoine canadien)*, 2011 CF 983, [2013] 2 R.C.F. 563 (*Bronskill*), est un bon point de départ pour se familiariser avec le droit de l'accès à l'information. Les paragraphes 4 à 15 et 62 à 85 de cette jurisprudence sont particulièrement pertinents. La Cour suprême a aussi synthétisé la procédure de façon claire aux paragraphes 18 à 20 de la décision *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Ministre de la Défense nationale)*, 2011 CSC 25, [2011] 2 R.C.S. 306 (*Commissaire c. Défense*). Toutefois, je ne me lancerai pas dans autant de détails aujourd'hui; en voici l'essentiel :

[41] Premièrement, une demande écrite suffisamment détaillée est envoyée à l'institution qui détient l'information. C'est le responsable de l'institution fédérale qui est responsable de répondre. Le responsable doit donner accès aux documents dans un délai raisonnable, peu importe qui fait la demande. Si l'institution refuse de divulguer l'information et que la personne porte plainte, la commissaire à l'information doit réviser le refus. Il n'existe pas de processus direct pour savoir quelles demandes sont actives et quels documents sont demandés. La commissaire peut faire des recommandations et exiger un rapport de la part de l'institution concernée (*Bronskill*, précité, aux paragraphes 6 et 7).

[42] Deuxièmement, si suite aux recommandations de la commissaire, l'institution concernée refuse toujours

to disclose the information, the Commissioner informs the person of his or her right to judicial review of the organization's decision before the Federal Court. It should be noted that the right to judicial review refers to a judicial review of the organization's decision—not a judicial review of the Information Commissioner's decision to support (or not) the individual's request. The Information Commissioner may, together with the individual, acting alone, or jointly, pursue the application for judicial review (*Bronskill*, above, at paragraphs 7 and 8).

[43] Lastly, the Federal Court must have access to all of the relevant documents. The Federal Court has the responsibility to protect and disclose the information if necessary. Contrary to the procedure pursuant to section 38 of the *Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5, the Federal Court does not explicitly have the power to publish summaries of the information concerned (*Bronskill*, above, at paragraphs 11, 26 and 27).

[44] In this case, the Federal Court reviews the last decision made by Transport Canada's ATIP Director in its entirety, namely the exercise of qualification and discretion that followed the Commissioner's recommendations. It is by evaluating the decision as a whole that the Court can then rule on its reasonableness. The Court must, inherently, show a certain deference; however, the Court cannot accept a decision whose conclusions are unreasonable (*3430901 Canada Inc. v. Canada (Minister of Industry)*, 2001 FCA 254, [2002] 1 F.C. 421 (*Telezone*), at paragraph 100 and *Bronskill*, at paragraph 9). In short, the Court reviews the reasonableness both of the decision regarding the qualification of the information, and of the exercise of discretion in allowing the disclosure of information under section 15 of the ATIA, notwithstanding an exemption authorizing the decision maker not to disclose the RCI (*Bronskill*, above, at paragraphs 62–64, 69, 76).

#### B. *Relevant legislation*

[45] The legislation relevant to this case is included in the appendix of this decision.

de divulguer l'information, la commissaire informe la personne de son droit au contrôle judiciaire de la décision de l'institution devant la Cour fédérale. À noter que le droit à la révision judiciaire est envers la décision de l'institution et non envers la décision de la commissaire à l'information de soutenir la demande de l'individu ou non. La commissaire à l'information peut, de concert avec l'individu, elle-même, ou conjointement, poursuivre la demande de révision judiciaire (*Bronskill*, précité, aux paragraphes 7 et 8).

[43] Finalement, la Cour fédérale doit avoir accès à tous les documents pertinents. La Cour fédérale a la responsabilité de protéger et divulguer l'information si nécessaire. Contrairement à la procédure en application de l'article 38 de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5, la Cour fédérale n'a pas explicitement le pouvoir de publier des sommaires de l'information concernée (*Bronskill*, précité, aux paragraphes 11, 26 et 27).

[44] En l'occurrence, la Cour fédérale révisé la dernière décision prise par le directeur d'accès à l'information de Transports Canada dans son plein ensemble, soit l'exercice de qualification et de discrétion suite aux recommandations de la commissaire. C'est en évaluant la décision comme un tout que la Cour tranche quant à la raisonabilité de celle-ci. La Cour doit, de façon inhérente, faire preuve d'une certaine déférence, toutefois, la Cour ne peut accepter une décision ayant des conclusions déraisonnables (*3430901 Canada Inc. c. Canada (Ministre de l'Industrie)*, 2001 CAF 254, [2002] 1 C.F. 421 (*Telezone*), au paragraphe 100 et *Bronskill*, au paragraphe 9). En bref, la Cour révisé la raisonabilité tant de la décision relative à la qualification de l'information que l'exercice de la discrétion permettant de dévoiler l'information selon l'article 15 de la LAI malgré une exception autorisant le décideur à ne pas dévoiler l'ICR (*Bronskill*, précité, aux paragraphes 62 à 64, 69, 76).

#### B. *Législation pertinente*

[45] La législation pertinente à cette affaire se retrouve à l'annexe de cette décision.

### C. Specific legal principles

#### (1) Scope of the public's right to access to information

[46] Access to government information is essential to ensure a healthy democratic system as indicated in *Dagg v. Canada (Minister of Finance)*, [1997] 2 S.C.R. 403 (*Dagg*), at paragraph 61, and *Bronskill*, at paragraphs 4 and 5. In *Merck Frosst Canada Ltd. v. Canada (Health)*, 2012 SCC 3, [2012] 1 S.C.R. 23 (*Merck Frosst*), the Supreme Court summarizes this three-point principle at paragraph 21:

The purpose of the Act is to provide a right of access to information in records under the control of a government institution. The Act has three guiding principles: first, that government information should be available to the public; second, that necessary exemptions to the right of access should be limited and specific; and third, that decisions on the disclosure of government information should be reviewed independently of government (s. 2(1)).

[47] Each day, the government is called upon to make important decisions on behalf of the community. To do so, it bases its decisions on information vital to the decision-making process, prepared by the government apparatus. The public has the right to know this information, with the purpose of ensuring a dialogue surrounding the topics discussed. Without this information, there can be no healthy debate. The ATIA states this public right in section 2. The Supreme Court has given the ATIA quasi-constitutional status, specifically in the case of *Commissioner v. Defence*, above, at paragraph 40 (see also *Bronskill*, above, at paragraphs 4 and 5).

[48] However, this right to access, which is meant to be broad, is restrained by certain exemptions found in the ATIA. These exemptions must be specific and limited, the principle being that the general rule advocates for access except under clearly identified and justified circumstances (*Bronskill*, above, at paragraphs 4 and 5).

[49] In order to implement these principles, sections 49 and 50 of the ATIA acknowledge that the Court has a broad remedial power following any government

### C. Principes juridiques spécifiques

#### 1) Portée publique du droit d'accès à l'information

[46] L'accès à l'information détenue par le gouvernement est essentiel pour assurer une santé réelle à notre système démocratique tel qu'indiqué dans l'arrêt *Dagg c. Canada (Ministre des Finances)*, [1997] 2 R.C.S. 403 (*Dagg*), au paragraphe 61, et la décision *Bronskill*, aux paragraphes 4 et 5. Dans l'arrêt *Merck Frosst Canada Ltée c. Canada (Santé)*, 2012 CSC 3, [2012] 1 R.C.S. 23 (*Merck Frosst*), la Cour suprême résume ce principe en trois points au paragraphe 21 :

La loi a pour objet d'élargir l'accès aux documents de l'administration fédérale. Elle repose sur trois principes directeurs : premièrement, le public a droit à la communication des documents de l'administration fédérale; deuxièmement, les exceptions indispensables à ce droit doivent être précises et limitées; troisièmement, les décisions quant à la communication sont susceptibles de recours indépendants du pouvoir exécutif (par. 2(1)).

[47] Au quotidien, le gouvernement est appelé à prendre des décisions importantes au nom de la collectivité. Pour ce faire, il se base sur de l'information essentielle à la prise de décision préparée par l'appareil gouvernemental. Le public a le droit de connaître cette information dans le but d'assurer un débat entourant les sujets en discussion. Sans cette information, le débat ne peut avoir sainement lieu. La LAI constate ce droit du public à l'article 2. La Cour suprême a donné un statut quasi constitutionnel à la LAI, notamment dans l'affaire *Commissaire c. Défense*, précité, au paragraphe 40 (voir aussi *Bronskill*, précité, aux paragraphes 4 et 5).

[48] Toutefois, ce droit d'accès qui se veut large est restreint par certaines exceptions trouvées dans la LAI. Ces exceptions doivent être précises et limitées, le principe étant que la règle générale prône l'accès sauf dans des circonstances bien identifiées et justifiées (*Bronskill*, précité, aux paragraphes 4 et 5).

[49] Afin de mettre en œuvre ces principes, les articles 49 et 50 de la LAI reconnaissent à la Cour un vaste pouvoir réparateur suite à l'évaluation du refus de toute

authority's refusal to disclose information (see also *Bronskill*, above, at paragraphs 27, 67, 77, 103, 105, 110, 114).

[50] Paragraph 67 of *Bronskill* briefly outlines the differences between sections 49 and 50 of the ATIA:

Section 49 gives the Court power to order disclosure or to make any order deemed appropriate arising from the refusal of disclosure under sections of the Act that are not referred to in section 50. Section 50 itself gives the Court power to intervene in matters arising from section 14 (federal-provincial affairs), section 15 of the Act (national security and international affairs), paragraph 16(1)(c) (enforcement of laws and conduct of an investigation), paragraph 16(1)(d) (security of penal institutions) and paragraph 18(d) [as am. by S.C. 2006, c. 9, s.146] (financial interests of government). What is common between the refusals reviewed under section 50 is that the head of the government institution refusing disclosure has the discretion to do so, and the exemptions are injury-based, not class-based.

[51] In this case, as I will explain in more detail below, the Court's remedial power is that which is conferred by section 50, given the type of exemption invoked.

(2) General procedure when invoking an exemption in the ATIA

[52] The general rule of the ATIA is that the information must be disclosed. There are two types of exemptions that justify non-disclosure of the requested information: the first type of exemption is class-based. The second type of exemption is injury-based, and is related to the potential injury that could result from disclosure of the requested information. Paragraphs 13 and 15 of *Bronskill* clearly outline this procedure:

The exemptions laid out in the Act are to be considered in two aspects by the reviewing Court. Firstly, exemptions in the Act are either class-based or injury-based. Class-based exemptions are typically involved when the nature of the documentation sought is sensitive in and of

autorité gouvernementale de communiquer l'information (voir aussi *Bronskill*, précité, aux paragraphes 27, 67, 77, 103, 105, 110, 114).

[50] Le paragraphe 67 de la décision *Bronskill* énonce en bref les différences entre les articles 49 et 50 de la LAI :

L'article 49 confère à la Cour le pouvoir d'ordonner la communication de documents ou de rendre une autre ordonnance si elle l'estime indiqué, à la suite d'une décision de refus de communication fondée sur des dispositions de la Loi autres que celles mentionnées à l'article 50. L'article 50 lui-même confère à la Cour le pouvoir d'intervenir dans les affaires qui mettent en cause l'article 14 (affaires fédéro-provinciales), l'article 15 (sécurité nationale et affaires internationales), l'alinéa 16(1)c) (activités destinées à faire respecter les lois et déroulement d'une enquête), l'alinéa 16(1)d) (sécurité des établissements pénitentiaires) ou l'alinéa 18d) [mod. par L.C. 2006, ch. 9, art. 146] (intérêts financiers du gouvernement) de la Loi. Les décisions de refus de communication révisées en vertu de l'article 50 ont tous en commun que le responsable d'une institution fédérale qui rend la décision de refus de communication a le pouvoir discrétionnaire de le faire, et les exceptions sont fondées sur un critère subjectif, et non objectif.

[51] En ce qui concerne le cas présent, comme je détaillerai ci-dessous, le pouvoir réparateur de la Cour est celui conféré par l'article 50 étant donné le type d'exception invoqué.

2) Procédure générale lorsque l'on invoque une exception dans la LAI

[52] La règle générale de la LAI est que l'information doit être divulguée. Il existe deux types d'exceptions qui justifient de ne pas divulguer l'information demandée : le premier type d'exception est celui de la catégorie de l'information. Le deuxième type d'exception est celui lié au préjudice potentiel lié à la divulgation de l'information demandée. Les paragraphes 13 et 15 de la décision *Bronskill* énoncent bien cette marche à suivre :

Les exceptions énoncées dans la Loi doivent être examinées sous deux angles par la cour siégeant en révision. Premièrement, les exceptions à la Loi sont fondées soit sur le préjudice, soit sur la catégorie. Les exemptions fondées sur la catégorie sont généralement invoquées

itself. For example, the section 13 exemption is related to information obtained from foreign governments, which, by its nature, is a class-based exemption. Injury-based exemptions require that the decision maker analyse whether the release of information could be prejudicial to the interests articulated in the exemption. Section 15 is an injury-based exemption: the head of the government institution must assess whether the disclosure of information could “be expected to be injurious to the conduct of international affairs, the defence of Canada or any state allied or associated with Canada or the detection, prevention or suppression of subversive or hostile activities”.

...

The second component of the exemptions under the Act is to determine whether the exemption is mandatory or discretionary. In the case of mandatory exemptions, the provisions of the Act mandate that the decision maker “shall refuse to disclose” the records when they fall under the exemption (see, *inter alia*, section 19). In the case of discretionary exemptions, the decision maker “may refuse” to disclose the record. Section 15 is a discretionary exemption, the aspects of which will be considered at length in the present reasons.

[53] Before launching into descriptions of the applicable standards and burdens of proof at the various stages, it is worth clarifying that the qualification and the exercise of discretion are reviewed by the Court, taking into account all of the information as well as the roles played by the parties. The Court has before it all of the evidence used by the decision maker when making decisions, including the position taken by the Commissioner, as well as the grounds that, according to the Commissioner, justify the disclosure of the RCI (*Bronskill*, above, at paragraph 11).

### (3) Qualification

[54] In this case, the decision maker qualifies the information as meeting the criteria for an exemption related to the potential injury that could result from disclosure of the requested information. Transport Canada’s ATIP Director feels that disclosing the RCI would go against subsection 15(1) and paragraph 15(1)(c)

lorsque la nature de la documentation sollicitée est intrinsèquement confidentielle. À titre d’exemple, l’exemption prévue à l’article 13 concerne les renseignements obtenus des gouvernements étrangers et est, de par sa nature, une exception fondée sur la catégorie. Les exceptions fondées sur le préjudice exigent que le décideur analyse la question de savoir si la communication des renseignements pourrait aller à l’encontre des intérêts exposés dans l’exemption. L’article 15 est une exception fondée sur le préjudice : le responsable d’une institution fédérale doit examiner la question de savoir si la communication de l’information « risquerait vraisemblablement de porter préjudice à la conduite des affaires internationales, à la défense du Canada ou d’États alliés ou associés avec le Canada ou à la détection, à la prévention ou à la répression d’activités hostiles ou subversives ».

[...]

La deuxième composante des exceptions prévues à la Loi est de vérifier si l’exception est de nature obligatoire ou discrétionnaire. Dans le cas des exceptions obligatoires, les dispositions de la Loi prévoient que le décideur « est tenu de refuser la communication » des documents lorsque ceux-ci sont visés par une exception (voir, entre autres, l’article 19). Dans le cas des exceptions de nature discrétionnaire, le décideur « peut refuser » la communication des documents. L’exception visée par l’article 15 est de nature discrétionnaire, dont les aspects seront examinés en profondeur dans les présents motifs.

[53] Avant de se lancer dans la description des normes applicables et des fardeaux de preuve aux différentes étapes, il importe de clarifier que la qualification et l’exercice de la discrétion sont révisés par la Cour en tenant compte de la totalité des informations ainsi que des rôles joués par les parties. La Cour a devant elle toute la preuve utilisée lors des décisions effectuées par le décideur, incluant la position prise par la commissaire ainsi que les motifs justifiant selon elle la divulgation de l’ICR (*Bronskill*, précité, au paragraphe 11).

### 3) Qualification

[54] Dans le présent cas, le décideur qualifie l’information comme répondant aux critères d’une exception liée au préjudice potentiel lié à la communication de l’information demandée. Le directeur d’accès à l’information de Transports Canada considère que divulguer l’ICR irait à l’encontre du paragraphe 15(1) et de

of the ATIA; that is to say, would hinder the detection, prevention or suppression of subversive or hostile activities. It is submitted that disclosing the RCI could facilitate the perpetration of acts of terrorism, including hijacking, in or against Canada or foreign states—the very definition of subversive or hostile activities found in subsection 15(2) of the ATIA.

[55] Paragraph 69 of *Bronskill* provides a good summary of why the reasonableness standard applies:

... the applicability of the injury-based exemption of section 15 is to be determined on the standard of reasonableness. Firstly, this is what is instructed by section 50 and section 15 themselves (“reasonable grounds ... to refuse disclosure”, “reasonably be expected to be injurious”). Secondly, this Court has proceeded with the reasonableness standard when dealing with section 15 exemptions (*Do-Ky v. Canada (Minister of Foreign Affairs and International Trade)*, 1999 CanLII 8083 (FCA), 173 D.L.R. (4th) 515 (F.C.A.), at paragraph 7; *Kitson v. Canada (Minister of National Defence)*, above; *Steinhoff v. Canada (Minister of Communications)*, above; *X v. Canada (Minister of National Defence)*, above (per Strayer J.); *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Prime Minister)*, [1993] 1 F.C. 427 (T.D.)). Thirdly, the Court notes the nature of the information falling under section 15 is such that “a range of acceptable outcomes defensible in fact and in law” does exist in terms of what constitutes information injurious to the matters highlighted in section 15. Reasonable people can reasonably disagree as to what falls within section 15....

[56] In paragraphs 22–27 of the decision in *Attaran v. Canada (Foreign Affairs)*, 2011 FCA 182, 337 D.L.R. (4th) 552 (*Attaran*), the [Federal] Court of Appeal explores the case law regarding the standard and the burden of proof in various circumstances. In paragraph 24, the Federal Court of Appeal indicates “that the burden of proof would depend upon the circumstances before the Court.” (*Attaran*, above, at paragraph 24).

[57] In this case, Ms. Cameron did not have access to the RCI or to the closed hearing in which the respondent and the Commissioner participated. The facts in this case differ from those in the existing case law: contrary to *Bronskill* (at paragraphs 125 and 126), *Attaran* (at

l’alinéa 15(1)c) de la LAI, soit à l’encontre de la détection, de la prévention ou de la répression d’activités hostiles ou subversives. Il est soumis que dévoiler l’ICR pourrait faciliter les activités visant la perpétration d’actes de terrorisme, y compris les détournements de moyens de transport contre le Canada ou un État étranger ou sur leur territoire, soit les éléments constitutifs de la définition d’activités hostiles ou subversives trouvées au paragraphe 15(2) de la LAI.

[55] La cause *Bronskill*, au paragraphe 69, résume bien pourquoi la norme de la raisonabilité s’applique :

[...] l’applicabilité de l’exception subjective prévue à l’article 15 doit être déterminée selon la norme de la décision raisonnable. Premièrement, c’est ce que prévoient l’article 50 et l’article 15 eux-mêmes (« refus [de communication] fondé sur des motifs raisonnables », « risquerait vraisemblablement de porter préjudice »). Deuxièmement, la Cour a appliqué la norme de la décision raisonnable lorsqu’elle avait affaire à l’exception prévue à l’article 15 (*Do-Ky c. Canada (Ministre des Affaires étrangères et du Commerce international)*, 1999 CanLII 8083 (C.A.F.), au paragraphe 7; *Kitson c. Canada (Ministre de la Défense nationale)*, précitée; *Steinhoff v. Canada (Minister of Communications)*, précitée; *X c. Canada (Ministre de la Défense nationale)*, (le juge Strayer), précitée; *Canada (Commissaire à l’information) c. Canada (Premier ministre)*, [1993] 1 C.F. 427 (1<sup>re</sup> inst.)). Troisièmement, la Cour note que la nature des renseignements visés à l’article 15 fait qu’il existe des « issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit » quant à savoir quels renseignements sont préjudiciables aux activités visées à l’article 15. Des personnes raisonnables peuvent raisonnablement avoir des avis différents quant à savoir ce qui est visé à l’article 15 [...]

[56] Aux paragraphes 22 à 27 de la décision *Attaran c. Canada (Affaires étrangères)*, 2011 CAF 182 (*Attaran*), la Cour d’appel [fédérale] explore la jurisprudence relative à la norme et au fardeau de la preuve dans différentes circonstances. Au paragraphe 24, la Cour d’appel fédérale indique : « que le fardeau de la preuve dépend[s] des circonstances portées à sa connaissance » (*Attaran*, précité, au paragraphe 24).

[57] En l’espèce, M<sup>me</sup> Cameron n’a pas eu accès à l’ICR ni à l’audience à huis clos à laquelle le défendeur et la commissaire ont participé. La trame factuelle de l’affaire en cause diffère de la jurisprudence existante, contrairement à la décision *Bronskill* (aux paragraphes

paragraphs 25–27), and *Telezone* (at paragraphs 93–96), the Information Commissioner supports Ms. Cameron’s application and participates in the proceedings as a co-applicant. Despite the fact that Ms. Cameron had no access to the redacted evidence or to the RCI, the Commissioner did benefit from all of the evidence and the RCI, and participated in both the closed hearing and the public hearing. The burden of proof at the various stages of analysis is therefore defined according to these facts.

[58] Under these circumstances (that is to say, when the Commissioner participates in the closed hearing and the public hearing), to invoke the exemption found in paragraph 15(1)(c) of the ATIA, the decision maker must show that it was reasonable to determine that the information in question reasonably be expected to cause probable injury to the prevention or suppression of subversive or hostile activities. For this purpose, the relevant factors are: there exists a presumption in favour of disclosing government-held information; the details given in the exercise of qualification pursuant to section 15 of the ATIA must be precise and detailed; the alleged injury must not be abstract or speculative. See *Canada Packers Inc. v. Canada (Minister of Agriculture)*, [1989] 1 F.C. 47 (C.A.) (*Canada Packers*) and *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Prime Minister)*, [1993] 1 F.C. 427 (T.D.) (*Canada v. Prime Minister*).

[59] The decision maker must do more than simply demonstrate that the injury could occur. Paragraph 196 of *Merck Frosst* elaborates on what this means in practice:

It may be questioned what the word “probable” adds to the test. At first reading, the “reasonable expectation of probable harm” test is perhaps somewhat opaque because it compounds levels of uncertainty. Something that is “probable” is more likely than not to occur. A “reasonable expectation” is something that is at least foreseen and perhaps likely to occur, but not necessarily probable. When the two expressions are used in combination — “a reasonable expectation of probable harm” — the resulting standard is perhaps not immediately apparent. However, I conclude that this long-accepted formulation is intended to capture an important point: while the third party need not show on a balance of probabilities that the harm will

125 et 126), l’arrêt *Attaran* (aux paragraphes 25 à 27), et l’arrêt *Telezone* (aux paragraphes 93 à 96), la commissaire à l’information soutient la demande de M<sup>me</sup> Cameron et participe à l’instance à titre de codemanderesse. Malgré le fait que M<sup>me</sup> Cameron n’ait pas eu accès à la preuve caviardée ou à l’ICR, la commissaire, elle, a bénéficié de l’entièreté de la preuve, de l’ICR, et a participé tant à l’audience à huis clos qu’à l’audience publique. Le fardeau de preuve aux différentes étapes d’analyse est donc défini en fonction de cette trame factuelle.

[58] Dans ces circonstances, soit lorsque la commissaire participe à l’audience à huis clos et à l’audience publique, afin de se prévaloir de l’exception trouvée à l’alinéa 15(1)c) de la LAI, le décideur doit démontrer qu’il était raisonnable de déterminer que l’information en cause risquerait vraisemblablement de causer un préjudice probable à la prévention ou répression d’activités hostiles ou subversives. Pour ce faire, les facteurs pertinents sont : il existe une présomption en faveur de la divulgation de l’information; les détails donnés lors de l’exercice de qualification en application de l’article 15 de la LAI doivent être précis et détaillés; le préjudice allégué ne doit pas être abstrait ou de nature spéculative. Voir *Canada Packers Inc. c. Canada (Ministre de l’Agriculture)*, [1989] 1 C.F. 47 (C.A.) (*Canada Packers*) et *Canada (Commissaire à l’information) c. Canada (Premier ministre)*, [1993] 1 C.F. 427 (1<sup>re</sup> inst.) (*Canada c. Premier ministre*).

[59] Le décideur doit faire plus que seulement démontrer que le préjudice peut se produire. L’affaire *Merck Frosst*, au paragraphe 196, élabore sur ce que veut dire en pratique cette expression :

On peut se demander ce que le mot « probable » ajoute au critère. À première vue, le critère du « risque vraisemblable de préjudice probable » semble peut-être quelque peu obscur parce qu’il ajoute des degrés d’incertitude. Une chose « probable » est plus susceptible de se produire que l’inverse. Un « risque vraisemblable » est quelque chose qui est à tout le moins prévu et qui est peut-être susceptible de se produire, mais qui n’est pas nécessairement probable. La juxtaposition des deux expressions — « un risque vraisemblable de préjudice probable » — abouti en une norme qui peut ne pas être claire à première vue. Toutefois, je conclus que cette formulation acceptée depuis longtemps vise à cerner un point important, à

in fact come to pass if the records are disclosed, the third party must nonetheless do more than show that such harm is simply possible. Understood in that way, I see no reason to reformulate the way the test has been expressed. [Underlining in the original version.]

[60] The Court then discusses the causal link between disclosure and harm (at paragraph 197):

.... As for the causal link between disclosure and harm, the Court indicated that there need not be a causal relationship as in tort law, but that there must be proof of a “clear and direct connection between the disclosure of specific information and the injury that is alleged” (*Lavigne*, at para. 58; see also *Canada Packers*, at pp. 58–59).

[61] If the Court concludes at the first stage, that is to say, during the qualification analysis, that the exemption related to potential harm due to disclosure is justified based on the evidence on record, then it is appropriate to continue on to the second stage for the purposes of subsection 15(1) of the ATIA, namely the analysis of the exercise of discretion, since the decision maker can envision disclosing the information based on the facts at play.

#### (4) Exercise of discretion

[62] As indicated in the preceding paragraphs, since the Commissioner has access to all of the relevant information and participated in all of the proceedings, the burden rests firstly with the Commissioner to establish that the decision maker’s exercise of discretion was unreasonable. If the Commissioner succeeds in discharging her burden of proof, then the burden is reversed and the decision maker must prove that he did in fact exercise his discretion in a reasonable manner. Nevertheless, this standard must take into account the objectives of the ATIA, and the decision maker must exercise his discretion, taking the following into account (*Attaran*, above, at paragraphs 19–27, 30, 36 and *Bronskill*, at paragraphs 194, 204).

[63] By consulting the following cases, one can gain a clear understanding of the criteria related to the exercise of discretion when dealing with access to information or

savoir que même s’il ne lui incombe pas d’établir selon la prépondérance des probabilités que le préjudice se produise effectivement si les documents sont communiqués, le tiers doit néanmoins faire davantage que simplement démontrer que le préjudice peut se produire. Dans cette optique, je ne vois aucune raison de reformuler le critère. [Soulignement dans l’original.]

[60] La Cour discute par la suite du lien de causalité entre la divulgation et le préjudice (au paragraphe 197) :

[...] En ce qui concerne le lien de causalité entre la divulgation et le préjudice, la Cour a affirmé qu’il n’est pas nécessaire qu’il y ait un lien de causalité, comme en droit de la responsabilité délictuelle ou extracontractuelle, mais qu’il faut qu’il y ait « entre la divulgation d’une information donnée et le préjudice allégué un lien clair et direct » (*Lavigne*, par. 58; voir également *Canada Packers*, p. 58-59).

[61] Si la Cour conclut, à la première étape, soit lors de l’analyse de la qualification, que l’exception liée au préjudice potentiel lors de la divulgation est justifiée selon la preuve au dossier, il y a alors lieu de passer à la deuxième étape aux fins du paragraphe 15(1) de la LAI, soit à l’analyse de l’exercice de la discrétion, car le décideur peut envisager de dévoiler l’information selon les faits en jeux.

#### 4) Exercice de la discrétion

[62] Tel qu’indiqué aux paragraphes précédents, puisque la commissaire a accès à toute l’information pertinente et a participé à toutes les instances, le fardeau incombe en premier lieu à la commissaire d’établir que l’exercice de la discrétion du décideur a été effectué de manière déraisonnable. Si la commissaire réussit à remplir son fardeau, en deuxième lieu, le fardeau est renversé et le décideur doit établir qu’il a effectivement exercé sa discrétion de manière raisonnable. Toutefois, cette norme doit tenir compte des objectifs de la LAI et le décideur doit exercer sa discrétion en tenant compte de ceux-ci (*Attaran*, précité, aux paragraphes 19 à 27, 30, 36 et *Bronskill*, aux paragraphes 194, 204).

[63] L’on obtient un portrait clair des critères liés à l’exercice de la discrétion dans le cadre de l’accès à l’information ou de la protection des renseignements

protection of personal information: *Canada Packers*, above, at paragraphs 46–48, 66; *Attaran*, above, at paragraph 14; *Dunsmuir v. New-Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, at paragraph 47; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339, at paragraph 59; *Canada (Attorney General) v. Abraham*, 2012 FCA 266, [2013] 1 C.T.C. 69, at paragraphs 41–44; *John Doe v. Ontario (Finance)*, 2014 SCC 36, [2014] 2 S.C.R. 3, at paragraph 52; *Ontario (Public Safety and Security) v. Criminal Lawyers' Association*, 2010 SCC 23, [2010] 1 S.C.R. 815 (*Ontario Criminal Lawyers*), at paragraph 71; *Dagg*, above, at paragraphs 110 and 111; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, at paragraph 53; and *Telezona*, above, at paragraphs 112–116.

[64] Thus, from this corpus, I take away the following essential points: when assessing the reasonableness of the decision maker's exercise of discretion for the purposes of judicial review of a decision made under the aegis of the ATIA, the Court must consider the grounds for justification invoked by the decision maker, as well as the transparency and the intelligibility of the decisional path with regard to the facts in evidence. In addition, when the Commissioner is a party to the proceedings, the Court must consider her arguments and suggestions and analyze how the decision maker discusses them and takes them into consideration. In making his decision, the decision maker must show that he understands the access requests, that he understands the arguments in favour of disclosure and that he has carefully considered these arguments, all while taking into account the objectives of the ATIA.

[65] Furthermore, the Court must take into consideration all of the interests at play, including the public interest in the information held by the federal government (*Ontario Criminal Lawyers*, above, at paragraphs 66, 211):

... the [Minister] must go on to ask whether, having regard to all relevant interests, including the public interest in disclosure, disclosure should be made.

[66] That being said, I must reiterate that the decision maker cannot simply state that he has considered all of the relevant factors; he must concretely demonstrate

personnels en consultant les causes suivantes : *Canada Packers*, précité, aux paragraphes 46 à 48, 66; *Attaran*, précité, au paragraphe 14; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, au paragraphe 47; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339, au paragraphe 59; *Canada (Procureur général) c. Abraham*, 2012 CAF 266, aux paragraphes 41 à 44; *Untel c. Ontario (Finances)*, 2014 CSC 36, [2014] 2 R.C.S. 3, au paragraphe 52; *Ontario (Sûreté et Sécurité publique) c. Criminal Lawyers' Association*, 2010 CSC 23, [2010] 1 R.C.S. 815 (*Ontario Criminal Lawyers*), au paragraphe 71; *Dagg*, précité, aux paragraphes 110 et 111; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, au paragraphe 53; et *Telezona*, précité, aux paragraphes 112 à 116.

[64] Ainsi, je retire de ce corpus les éléments essentiels suivants : lors de l'évaluation de la raisonabilité de l'exercice de la discrétion du décideur aux fins d'un contrôle judiciaire d'une décision prise sous l'égide de la LAI, la Cour doit prendre en compte les motifs de justification invoqués par le décideur, la transparence, et l'intelligibilité du cheminement décisionnel à l'égard des faits en preuve. En plus, lorsque la commissaire est une partie à l'instance, la Cour se doit de prendre en compte ses arguments, ses suggestions et d'analyser de quelle façon le décideur en discute et les prend en considération. Lorsqu'il décide, le décideur doit démontrer qu'il connaît bien les demandes d'accès, qu'il comprend les arguments en faveur d'une divulgation et qu'il considère soigneusement ces arguments tout en tenant compte des objectifs de la LAI.

[65] De surcroît, la Cour doit prendre en compte tous les intérêts en jeu, y compris celui de l'intérêt public à connaître l'information détenue par l'organisme fédéral (*Ontario Criminal Lawyers*, précité, aux paragraphes 66 et 211) :

[...] elle doit ensuite se demander si, compte tenu de tous les intérêts pertinents, y compris l'intérêt public à ce qu'il ait divulgation, il devrait y avoir divulgation.

[66] Ceci étant dit, je tiens à réitérer que le décideur ne peut simplement indiquer qu'il a considéré tous les facteurs pertinents; il doit concrètement démontrer

how he has considered them. To this end, the [Federal] Court of Appeal explains this important distinction very well at paragraph 36 of *Attaran*:

... just as the absence of express evidence about the exercise of discretion is not determinative, the existence of a statement in a record that a discretion was exercised will not necessarily be determinative. To find such a statement to be conclusive of the inquiry would be to elevate form over substance, and encourage the recital of boilerplate statements in the record of the decision-maker. In every case involving the discretionary aspect of section 15 of the Act, the reviewing court must examine the totality of the evidence to determine whether it is satisfied, on a balance of probabilities, that the decision-maker understood that there was a discretion to disclose and then exercised that discretion. This may well require the reviewing court to infer from the content of the record that the decision-maker recognized the discretion and then balanced the competing interests for and against disclosure, as discussed by the Court in *Telezone*, at paragraph 116.

[67] Under such circumstances, the decision maker must show that he has considered not only non-disclosure, but also disclosure, having considered the arguments in favour of disclosure in a complete and transparent fashion. He must weigh these arguments against the objectives of the ATIA. This requires a serious intellectual effort that allows the observer to conclude that the arguments in favour of disclosure were truly considered.

## VI. ANALYSIS

### A. Introduction

[68] To address the issues in this case, it is important to properly situate the Passenger Protect Program (the PPP) and the resulting Specified Persons List (the SPL) within the factual context of Canadian aviation safety.

[69] Then, we will proceed in two stages. Firstly, we will analyze the decision maker's qualification of the

comment il les a pris en compte. À ce sujet, la Cour d'appel [fédérale] dans l'arrêt *Attaran*, au paragraphe 36, exprime bien cette importante distinction :

[...] tout comme l'absence d'éléments de preuve précis concernant l'exercice du pouvoir discrétionnaire n'est pas déterminante, l'existence d'une déclaration dans un document portant qu'un pouvoir discrétionnaire a été exercé ne sera pas nécessairement déterminante. Conclure qu'une telle déclaration est déterminante pour l'enquête consisterait à accorder plus d'importance à la forme qu'au fond et à encourager l'énoncé de déclarations passe-partout dans le document du décideur. Dans chaque affaire portant sur l'aspect discrétionnaire de l'article 15 de la Loi, la cour de révision doit examiner l'ensemble de la preuve pour décider si elle est convaincue, selon la prépondérance des probabilités, que le décideur a compris qu'il avait un pouvoir discrétionnaire de communiquer des documents et qu'il a ensuite exercé ce pouvoir discrétionnaire. La cour de révision peut alors être tenue d'inférer du contenu du document que le décideur a reconnu l'existence du pouvoir discrétionnaire et a ensuite cherché à établir un équilibre entre les intérêts opposés en faveur de la communication et contre celle-ci, comme la Cour en a discuté dans l'arrêt *Telezone*, au paragraphe 116.

[67] En de telles circonstances, le décideur doit exhiber une préoccupation non seulement pour la non-divulgaration, mais aussi pour la divulgation, en tenant compte, de façon complète et transparente, les arguments favorisant la divulgation. Il doit soupeser ces arguments en fonction des objectifs de la LAI. Ceci nécessite un effort intellectuel sérieux qui permet à l'observateur de constater que les arguments favorisant la divulgation ont vraiment été considérés.

## VI. ANALYSE

### A. Introduction

[68] Afin de répondre aux questions du présent dossier, il est important de bien situer le Programme de la protection des passagers (le PPP) et la Liste des personnes précisées (la LPP) qui en ressort dans le cadre factuel de la sécurité aéronautique canadienne.

[69] Par la suite, nous procéderons en deux étapes. En premier lieu, nous analyserons la qualification de

information with regard to any probable harm to the prevention or suppression of subversive or hostile activities. Given our agreement with the qualification of the information as being related to paragraph 15(1)(c) of the ATIA, we will then proceed with an analysis of the discretion exercised by the decision maker in arriving at the conclusion that the requested confidential information (RCI) should not be disclosed.

[70] To do this, I will consider the redacted information, the RCI, the submissions heard at the closed hearing, the parties' public records and their submissions presented at the public hearing. I will consider both the decision made by Transport Canada's ATIP Director on June 4, 2013, and the body of evidence, that is to say, all of the evidence presented since the initial access request was made on June 7, 2010. I also take into account the examinations on the affidavits and the evidence filed by the Commissioner.

[71] There is no need for confidential reasons, since the redacted facts speak for themselves. These grounds clearly explain the reasons for the present decision, while preserving the redacted evidence and the RCI.

[72] Let us now proceed to the analysis of the PPP and the SPL—essential to properly understanding the access requests, the current proceeding and its outcome.

#### B. *The PPP and the SPL*

[73] Let us recall that the PPP has existed since June 18, 2007. It was at this time that the first SPL was created and implemented. Based on the evidence, the SPL is constantly being revised and periodically modified. Until February 2011, the Minister of Transport was responsible for it, and since that time, the Minister of Public Safety has taken over. For the period in question (2007–2010), a Transport Canada advisory board composed of a senior representative from the Canadian Security and Intelligence Service (CSIS), the Royal Canadian Mounted Police (RCMP) and departmental representatives, as well as representatives from other interested government departments and agencies, created the list using CSIS and RCMP information.

l'information effectuée par le décideur en ce qui a trait au préjudice probable à la prévention ou à la répression d'activités hostiles ou subversives. Étant donné notre accord avec la qualification de l'information en tant qu'information liée à l'alinéa 15(1)c) de la LAI, nous procéderons, en deuxième lieu, à l'analyse de l'exercice de la discrétion que le décideur a suivi pour conclure que l'information confidentielle recherchée (l'ICR) ne devait pas être divulguée.

[70] Pour ce faire, j'ai à l'esprit l'information caviardée, l'ICR, les soumissions entendues à huis clos, les dossiers publics des parties et leurs soumissions présentées lors de l'audience publique. Je considère tant la décision du directeur d'accès à l'information du Ministère des Transports du 4 juin 2013 que l'entièreté de la preuve, soit celle émanant depuis la demande initiale d'accès le 7 juin 2010. Je tiens aussi compte des interrogatoires sur les affidavits et la preuve déposée par la commissaire.

[71] Il n'y a pas lieu à des motifs confidentiels puisque les faits caviardés parlent d'eux-mêmes. Les présents motifs explicitent bien les raisons de la présente décision tout en préservant la preuve caviardée et l'ICR.

[72] Passons maintenant à l'analyse du PPP et de la LPP, éléments essentiels pour bien comprendre les demandes d'accès, la présente procédure ainsi que son résultat.

#### B. *Le PPP et la LPP*

[73] À titre de rappel, le PPP existe depuis le 18 juin 2007. C'est à ce moment que la première LPP fut constituée et mise en vigueur. Selon la preuve, la LPP est constamment révisée et est modifiée périodiquement. Jusqu'en février 2011, le ministre des Transports était responsable de sa confection et depuis ce temps, le ministre de la Sécurité publique a pris la relève. Pour la période à l'étude, soit de 2007 à 2010, un groupe consultatif du Ministère des Transports formé d'un représentant sénior du Service canadien des renseignements de sécurité (le SCRS), de la Gendarmerie royale du Canada (la GRC) et de représentants du Ministère ainsi que d'autres ministères et agences gouvernementales intéressés confectionnent la liste en ayant recours

The group made recommendations to the Minister of Transport regarding specified persons to be added to the list.

[74] Specified persons, for the purposes of the SPL, are individuals identified by the advisory board as posing immediate threats to flight safety. The factors to be considered in identifying these persons are: any person who is or has been involved with a terrorist group and who might reasonably be suspected of endangering the safety of an airplane, an airport, or the public, or the passengers or crew of domestic or international flights. This list targets a specific class of individuals related to the disruption of flight safety for flights leaving Canada and arriving in Canada or elsewhere, and for flights arriving at Canadian airports.

[75] Individuals on the SPL will not be issued a boarding pass unless it is authorized by a person capable of granting this permission. Consequently, air carriers, secretly having access to this list, must also check their own passenger list, to see if any of them are on the SPL. An individual on the SPL cannot know that he or she is on the list unless he or she travels by air. Individuals on the SPL can contest their name's entry on the list by following set procedures.

[76] The PPP is one of the screening measures used to ensure the safety of passengers travelling to or from Canada by plane. The PPP's other precautionary measures include, but are not limited to: screening every passenger, associating passengers on board the airplane with checked luggage, etc. The SPL is a screening measure that, based on the evidence, is applied before passengers obtain their boarding passes and then again before they board the airplane. This twofold approach does not compare to the other screening tools used. It is an addition to these measures that cannot be replaced by the other means currently in force.

### C. *Other lists*

[77] There are other passenger lists that, according to the evidence presented, do not compare to the SPL. We

aux informations du SCRS et de la GRC. Le groupe recommande au ministre des Transports les personnes précisées à inscrire sur la liste.

[74] Les personnes précisées, aux fins de la LPP, sont des gens identifiés par le groupe consultatif comme étant des menaces immédiates à la sécurité aérienne. Les facteurs à considérer pour identifier ces personnes sont : toute personne qui est ou a été impliquée dans un groupe terroriste et qui peut être raisonnablement soupçonnée de mettre en danger la sécurité d'un avion, d'un aéroport, du public, des passagers ou de l'équipage des vols domestiques ou internationaux. Cette liste cible une catégorie de personnes précises reliées à la déstabilisation de la sécurité aérienne tant pour les vols quittant le Canada, à destination canadienne ou autres, que ceux qui arrivent dans un aéroport canadien.

[75] Une personne sur la LPP n'obtiendra pas sa carte d'embarquement à moins qu'elle soit autorisée par une personne pouvant accorder cette permission. En conséquence, les transporteurs aériens, ayant confidentiellement accès à cette liste, doivent vérifier à même leur propre liste de passagers si certains d'entre eux se retrouvent sur la LPP. Une personne sur la LPP ne peut savoir qu'elle est sur la liste à moins qu'elle utilise le transport aérien. Elle peut contester son inscription selon les procédures définies.

[76] Le PPP est l'une des mesures de contrôle utilisées pour assurer la protection des passagers voyageant du ou vers le Canada par avion. Parmi les autres précautions, on y retrouve, mais non de façon exhaustive, la vérification de chacun des passagers, l'association des passagers à bord de l'avion à une valise en consignment, etc. La LPP est une mesure de contrôle qui, selon la preuve, a effet avant d'obtenir la carte d'embarquement et, par la suite, avant d'embarquer à bord de l'avion. Ce facteur de double temporalité ne se compare pas aux autres outils de contrôle utilisés. Il s'agit d'un ajout aux mesures qui ne peut être remplacé par les autres moyens actuellement en vigueur.

### C. *Autres listes*

[77] Il existe d'autres listes de passagers qui, selon la preuve présentée, ne se comparent pas à la LPP. Nous

have already explored the criteria that might cause an individual to be placed on the SPL and concluded that the SPL targets a very specific group. Some other lists use some of these criteria as well, but in every case, these other lists also apply other criteria not used by the SPL.

(1) The U.S. “no-fly list”

[78] The U.S. “no-fly list” is a list containing information from a number of organizations, and it applies criteria that are much more general. According to the evidence, it includes more than 16 000 names and, of these, fewer than 500 are U.S. citizens (data from 2011). This U.S. “no-fly list” applies to all flights leaving Canada that will arrive at U.S. airports or that will pass over U.S. territory en route to a destination other than Canada. Flights departing from one Canadian airport to arrive at another Canadian airport after passing over U.S. territory received an exemption from U.S. authorities in March 2012.

(2) The UN List

[79] Another list is that of the United Nations (the UN List), created by the Security Council with the adoption of Resolution 1267 in 1999 [at its 4051st meeting on 15 October 1999]. Resolution 1267 aimed to encourage UN members to adopt measures against terrorist groups and individuals. The UN List includes approximately 222 names of individuals associated with Al-Qaida or other terrorist groups and approximately 66 designated groups. Each UN member country is responsible for enforcing the list. Although it targets individuals involved with terrorist groups, the UN List does not use the same criteria as the SPL for including names.

(3) Air carrier lists

[80] There are also other lists produced by air carriers, identifying persons that the carriers associate with flight safety based on their behaviour on board the plane or their background information. These lists, which belong

avons exploré ci-haut les critères pouvant amener une personne à se retrouver sur la LPP et constaté que la LPP vise un groupe bien ciblé. Certaines autres listes utilisent en partie ces critères, mais, dans tous les cas, en appliquent aussi d'autres non couverts par la LLP.

1) La « no-fly list » américaine

[78] La « no-fly list » américaine constitue une liste avec de l'information provenant de plusieurs organismes et appliquent des critères beaucoup plus généraux. L'on y retrouve, selon la preuve, plus de 16 000 noms et, sur ce nombre, on y retrouve moins de 500 citoyens américains (données de l'année 2011). Cette « no-fly list » américaine s'applique à toutes les envolées quittant le Canada en direction d'un aéroport américain ou encore qui, lors du transport, circulent en partie au-dessus du territoire américain en destination autre que le Canada. Les envolées quittant un aéroport canadien en direction d'un autre aéroport canadien, mais circulant en partie au-dessus du territoire américain ont reçu une exemption des autorités américaines en mars 2012.

2) La liste de l'ONU

[79] Une autre liste est celle de l'Organisation des Nations-Unies (la liste de l'ONU), créée par le Conseil de sécurité par adoption de la résolution 1267 en 1999 [à sa 4051<sup>e</sup> séance, le 15 octobre 1999]. La résolution 1267 vise encourager les membres de l'ONU à adopter des mesures à l'encontre de personnes et de groupes terroristes. On retrouve sur la liste de l'ONU environ 222 personnes associées à Al-Qaïda ou autres groupes terroristes et environ 66 groupes désignés. Chaque pays membre de l'ONU est responsable de la mise en vigueur de la liste. Bien qu'elle cible des personnes associées à des groupes terroristes, la liste de l'ONU n'utilise pas les mêmes critères que la LPP pour y inclure des noms.

3) Les listes des transporteurs aériens

[80] Il y a aussi d'autres listes confectionnées par les transporteurs aériens qui identifient les personnes que les transporteurs associent à la sécurité aérienne par leur comportement à bord de l'avion ou par leurs antécédents.

to each carrier, cannot be shared with other carriers. These lists, as we see, are not related to the SPL.

#### (4) The RCMP list

[81] There is one final list, produced by the RCMP, which contains approximately 90 names of persons allegedly planning to travel abroad to participate in combat for terrorist groups. The individuals on this list have a different objective than those included on the SPL.

#### D. *Conclusions regarding the SPL*

[82] Considering the evidence submitted, it is clear that the SPL is not comparable to the other lists mentioned above. The SPL has a specific purpose that is not reflected in the other lists.

[83] In a 2009 report, the Privacy Commissioner conducted a detailed study of the PPP, having access to all of the information, including the RCI and the names on the list. Evidently, her first concern was protecting the privacy of the persons involved. The Commissioner referred to the PPP as a secret program dealing with personal information obtained and used without the consent of the persons involved. The report reveals that, at that time, the PPP was centralized at Transport Canada's main office and approximately 20 people worked on it. In 2007, the cost of getting the program up and running was estimated at \$13.8 million for the first five years and after that, at a little under \$3 million annually.

[84] Considering that which is mentioned above as well as the evidence filed by the parties, it must be concluded that the PPP, as it was designed and implemented, works well and seems to meet the flight safety objectives for which it was created. The evidence submitted does not permit the undersigned to conclude that the list is badly designed or poorly managed or that it contains inconsistencies; in any case, that is not the

Ces listes, appartenant à chaque transporteur, ne peuvent pas être partagées avec d'autres transporteurs. Ces listes, comme on le voit, ne s'apparentent pas à la LPP.

#### 4) La liste de la GRC

[81] Il y a une dernière liste confectionnée par la GRC qui contient environ 90 noms de personnes à risque qui auraient l'intention de voyager à l'étranger afin de participer au combat pour le compte de groupes terroristes. Les personnes sur cette liste ont un objectif différent de celles inscrites sur la LPP.

#### D. *Conclusions sur la LPP*

[82] Tenant compte de la preuve soumise, on ne peut que constater que la LPP n'est pas comparable aux autres listes mentionnées ci-haut. La LPP a une vocation spécifique qui n'est pas reflétée dans les autres listes.

[83] Dans un rapport préparé en 2009, le commissaire à la vie privée a étudié le PPP de façon détaillée, ayant accès à toute l'information, y incluant l'ICR et les noms sur la liste. Évidemment, sa préoccupation première était la protection de la vie privée des personnes concernées. Le commissaire a qualifié le PPP de programme secret traitant de données personnelles obtenues et utilisées sans le consentement des personnes impliquées. Le rapport nous apprend que le PPP, à ce moment, était centralisé au bureau central du Ministère des Transports et environ 20 personnes y travaillaient. En 2007, l'on estimait que le coût pour mettre sur pied le programme serait de 13.8 \$ millions pour les cinq premières années et que, par la suite, il en coûterait un peu moins de 3 \$ millions annuellement.

[84] Tenant compte de ce qui est mentionné ci-haut et de la preuve déposée par les parties, force est de constater que le PPP, tel que conçu et mis en vigueur, fonctionne bien et semble rencontrer les objectifs de sécurité aérienne pour lesquels il fut créé. La preuve soumise ne permet pas au soussigné de constater si la liste est mal confectionnée, mal gérée ou encore souffre d'irrégularités; de toute façon, il ne s'agit pas de

purpose of this proceeding. The PPP's purpose is to protect passengers, and history shows that since its entry into force in 2007, it has fully achieved its goals.

[85] Before I launch into an analysis of the qualification, I would like to point out that the expression "national security" is not explicitly used in the ATIA. Nevertheless, it is evident that the concept of national security is implicit in exemption of subsection 15(1) of the ATIA since the definitions of "subversive or hostile activities" found in subsection 15(2) use the same vocabulary as that used in this field. The Supreme Court notably discussed at length the terminology related to national security in *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3, at paragraphs 80–99. The links between national security and "subversive or hostile activities" are evident. On the whole, I am of the opinion that it is perfectly acceptable to invoke the concepts and the case law from the field of national security if it is necessary and appropriate to do so in the circumstances at hand.

E. *The information qualification conducted by the decision maker*

[86] Would publishing the number of individuals and Canadian citizens on the SPL from 2007–2010 reasonably be expected to create probable harm to national security by facilitating the perpetration of acts of terrorism, specifically the hijacking of Canadian or foreign aircraft?

[87] This is the big question that we are asked to answer as a first step; we must therefore analyze the information qualification conducted by the decision maker. The question that this Court must answer is: "Was the decision maker's judgment reasonable when he concluded that subsection 15(1) and paragraph 15(1)(c) of the ATIA applied in this case?" Mr. Justice Rothstein—while he was with the Federal Court—stated, in the case of *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Prime Minister)* [cited above], at page 479:

l'objectif de la présente procédure. Le PPP a comme objectif de protéger les passagers et l'histoire démontre que, depuis sa mise en vigueur en 2007, il atteint pleinement ses objectifs.

[85] Avant de me lancer dans l'analyse de la qualification, je tiens à noter que l'expression « sécurité nationale » n'est pas explicitement utilisée dans la LAI. Toutefois, il est évident que le concept de sécurité nationale est implicite à l'exception du paragraphe 15(1) de la LAI puisque les définitions d'« activités hostiles ou subversives » trouvées au paragraphe 15(2) reprennent le même vocabulaire que celui trouvé dans ce domaine. La Cour suprême a notamment longuement discuté de la terminologie liée à la sécurité nationale dans l'arrêt *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3, aux paragraphes 80 à 99. Les liens entre la sécurité nationale et les « activités hostiles ou subversives » sont évidents. Somme toute, je suis d'avis qu'il est parfaitement acceptable d'invoquer des concepts et de la jurisprudence du domaine de la sécurité nationale s'il est nécessaire et approprié de le faire selon les circonstances en cause.

E. *La qualification de l'information effectuée par le décideur*

[86] Est-ce que publier le nombre de personnes et de citoyens canadiens sur la LPP de 2007 à 2010 risquerait vraisemblablement de créer un préjudice probable à la sécurité nationale en facilitant la perpétration d'actes de terrorisme, notamment des détournements d'aéronefs contre le Canada ou un État étranger?

[87] Ceci est la grande question que nous sommes appelés à répondre en première étape; il s'agit donc d'analyser la qualification de l'information effectuée par le décideur. La question à laquelle doit répondre la Cour est : « Est-ce que le décideur a, de façon raisonnable, motivé sa décision lorsqu'il a conclu que le paragraphe 15(1) et l'alinéa 15(1)(c) de la LAI s'appliquaient en l'espèce? » Le juge Rothstein alors qu'il était à la Cour fédérale, dans l'affaire *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Premier ministre)* [précité], indique à la page 479 :

.... Descriptions of possible harm, even in substantial detail, are insufficient in themselves. At the least, there must be a clear and direct linkage between the disclosure of specific information and the harm alleged. The Court must be given an explanation of how or why the harm alleged would result from disclosure of specific information. If it is self-evident as to how and why harm would result from disclosure, little explanation need be given. Where inferences must be drawn, or it is not clear, more explanation would be required. The more specific and substantiated the evidence, the stronger the case for confidentiality. The more general the evidence, the more difficult it would be for a court to be satisfied as to the linkage between disclosure of particular documents and the harm alleged.

In addition, allegations of harm from disclosure must be considered in light of all relevant circumstances. In particular, this includes the extent to which the same or similar information that is sought to be kept confidential is already in the public realm. While the fact that the same or similar information is public is not necessarily conclusive of the question of whether or not there is a reasonable expectation of harm from disclosure of the information sought to be kept confidential, the burden of justifying confidentiality would, in such circumstances, be more difficult to satisfy.

[88] In this same judgment, Rothstein J. also enumerates a series of very useful factors to consider when a Court must evaluate the qualification given by a decision maker (*Canada (Information Commissioner) v. Canada (Prime Minister)* [cited above], at pages 444–446):

The Canadian jurisprudence interpreting the *Access to Information Act* has established guidelines that can be useful in assessing whether or not there is a reasonable expectation of probable harm from disclosure in a given situation and the procedures to be followed. The following are not exhaustive:

1. The exemptions to access require a reasonable expectation of probable harm: *Canada Packers, supra*, at page 60.
2. The considered opinion of the Information Commissioner should not be ignored: *Rubin v.*

[...] Les descriptions de préjudice possible, même détaillées, ne suffisent pas en elles-mêmes. À tout le moins, il faut qu'il y ait un lien clair et direct entre la divulgation de tel ou tel renseignement et le préjudice invoqué. La partie intéressée doit expliquer à la Cour comment ou pourquoi le préjudice invoqué résulterait de la communication de tel ou tel renseignement. Si le comment ou le pourquoi de ce préjudice est évident, l'explication ne doit pas être bien longue. Mais si une déduction est nécessaire ou si le lien n'est pas clair, l'explication doit être plus longue. Plus les preuves et témoignages sont spécifiques et concluants, plus forte est la défense de la confidentialité. Plus les preuves et témoignages sont généraux, plus il serait difficile pour la Cour de conclure au lien entre la divulgation de documents donnés et le préjudice invoqué.

En outre, les allégations de préjudice résultant de la communication doivent être examinées à la lumière de tous les faits et circonstances de la cause. Ce qui s'entend notamment de la question de savoir dans quelle mesure les renseignements dont une partie tient à protéger la confidentialité ou des renseignements similaires sont déjà du domaine public. Certes, le fait que les mêmes renseignements ou des renseignements similaires soient déjà du domaine public ne règle pas nécessairement la question de savoir s'il y a un risque vraisemblable de risque résultant de la divulgation des renseignements dont la confidentialité est en cause, mais cette circonstance fait qu'il est plus difficile de se décharger du fardeau de la preuve justifiant la confidentialité.

[88] Dans ce même jugement, le juge Rothstein énumère aussi une série de facteurs forts utiles à considérer lorsqu'une Cour évalue la qualification effectuée par un décideur (*Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Premier ministre)* [précité], aux pages 444 à 446) :

La jurisprudence canadienne portant interprétation de la *Loi sur l'accès à l'information* a défini des principes directeurs qui peuvent servir à déterminer si la communication risquerait vraisemblablement de causer un préjudice probable dans un cas donné; elle a aussi défini la marche à suivre en la matière. Voici les règles qui s'en dégagent, et la liste n'en est pas exhaustive :

1. Les exceptions au droit d'accès doivent être justifiées par un risque vraisemblable de préjudice probable; voir *Canada Packers (supra)*, à la page 60.
2. On doit tenir compte de l'avis mûrement réfléchi du Commissaire à l'information; voir *Rubin c. Canada*

- Canada (Canada Mortgage and Housing Corp.)*, [1989] 1 F.C. 265 (C.A.), at page 272.
- (Société canadienne d'hypothèques et de logement)*, [1989] 1 C.F. 265 (C.A.), à la page 272.
3. Use of the information is to be assumed in assessing whether its disclosure would give rise to a reasonable expectation of probable harm: *Air Atonabee Ltd. v. Canada (Minister of Transport)* (1989), 27 C.P.R. (3d) 180 (F.C.T.D.), at page 210.
  3. Il faut présumer que les renseignements demandés seront utilisés, lorsqu'il s'agit d'examiner si la divulgation risquerait vraisemblablement de causer un risque probable; voir *Air Atonabee Ltd. c. Canada (Ministre du Transport)* (1989), 27 C.P.R. (3d) 180 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), à la page 210.
  4. It is relevant to consider if the information sought to be kept confidential is available from sources otherwise available by the public and whether it could be obtained by observation or independent study by a member of the public acting on his or her own: *Air Atonabee*, *supra*, at page 202.
  4. Il convient d'examiner si les renseignements dont la communication est refusée peuvent être obtenus de sources auxquelles le public a normalement accès, ou peuvent être obtenus par observation ou par étude indépendante par un simple citoyen agissant de son propre chef; voir *Air Atonabee* (*supra*), à la page 202.
  5. Press coverage of a confidential record is relevant to the issue of expectation of probable harm from its disclosure: *Canada Packers*, *supra*, at page 63; *Ottawa Football Club v. Canada (Minister of Fitness and Amateur Sports)*, [1989] 2 F.C. 480 (T.D.), at page 488.
  5. La couverture par la presse d'un renseignement confidentiel est un facteur à prendre en considération dans l'examen du risque de préjudice probable résultant de la divulgation; voir *Canada Packers* (*supra*), à la page 63; *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 488.
  6. Evidence of the period of time between the date of the confidential record and its disclosure is relevant: *Ottawa Football Club*, *supra*, at page 488.
  6. Est admissible la preuve relative à l'intervalle séparant la date du renseignement confidentiel et celle de sa divulgation; voir *Ottawa Football Club* (*supra*), à la page 488.
  7. Evidence that relates to consequences that could ensue from disclosure that describe the consequences in a general way falls short of meeting the burden of entitlement to an exemption from disclosure: *Ottawa Football Club*, *supra*, at page 488; *Air Atonabee*, *supra*, at page 211.
  7. La preuve des conséquences susceptibles de découler de la divulgation, qui donne une description générale de ces conséquences, ne satisfait pas à la norme de preuve applicable à l'exemption de communication; voir *Ottawa Football Club* (*supra*), à la page 488; *Air Atonabee* (*supra*), à la page 211.
  8. Each distinct record must be considered on its own and in the context of all the documents requested for release, as the total contents of the release are bound to have considerable bearing on the reasonable consequences of its disclosure: *Canada Packers*, *supra*, at page 64.
  8. Chaque document distinct doit être considéré à part et dans le contexte de tous les documents demandés car la teneur totale d'une communication doit influencer énormément sur les conséquences vraisemblables de sa divulgation; voir *Canada Packers* (*supra*), à la page 64.
  9. Section 25 of the Act provides for severance of material in a record that can be disclosed from that which is protected from disclosure under an exemption provision. The severance must be reasonable. To disclose a few lines out of context would be worthless: *Montana Band of Indians v. Can. (Min. of Indian & Nor. Affairs)*, [1988] 5 W.W.R. 151 (F.C.T.D.), at page 166.
  9. L'article 25 de la Loi prévoit la possibilité de séparer dans un document les renseignements qui peuvent être divulgués de ceux qui sont protégés par une exception. Le prélèvement doit être raisonnable. Il ne servirait à rien de divulguer quelques lignes hors de contexte; voir *Bande indienne de Montana c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord)*, [1988] 5 W.W.R. 151 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), à la page 166.
  10. Exemptions from disclosure should be justified by affidavit evidence explaining clearly the rationale
  10. Le refus de communication doit être justifié au moyen de témoignages par affidavit expliquant clairement

exempting each record: *Ternette v. Canada (Solicitor General)*, [1992] 2 F.C. 75 (T.D.), at pages 109-110; and *Merck Frosst Canada Inc. v. Canada (Department of Health and Welfare Protection Branch)* (1988), 20 C.P.R. (3d) 177 (F.C.T.D.), at page 179.

[89] In light of this list of potentially useful factors, let us apply those factors that are relevant to the case at hand.

[90] The respondent maintains that Mr. O'Reilly, the decision maker, correctly concluded that disclosing the RCI could be injurious to the prevention or suppression of subversive or hostile activities, in compliance with paragraph 15(1)(c) of the ATIA.

[91] As seen earlier, in order to effectively render such a decision, the decision maker must show, in his or her reasons, that disclosing the RCI would reasonably be expected to be injurious to the detection, prevention or suppression of subversive or hostile activities. The possible harm to be established must be one that is probable based on the facts and must not be hypothetical or speculative. Nonetheless, the fact remains that the harm does not necessarily have to result from the disclosure, since it would be impossible to obtain evidence of this.

[92] We have already described the PPP, its purpose and its details. The PPP is one of the screening measures used to ensure the safety of passengers travelling to or from Canada by plane. In addition, the SPL is unique and is among the many screening measures essential to ensuring the safety of passengers, crews, and aircraft.

[93] The SPL contains the names of individuals who have been, by their past, linked to terrorist groups; who could be suspected of endangering the safety of persons travelling by plane; who have allegedly been found guilty of crimes threatening flight safety; or who have allegedly committed crimes endangering the lives of individuals and who could threaten flight safety. These criteria are specific and mainly target persons involved with terrorist groups and their potential links to air transport. This is a well-defined category. Mr. O'Reilly,

la raison de l'exemption de chaque document; voir *Ternette c. Canada (Solliciteur général)*, [1992] 2 C.F. 75 (1<sup>re</sup> inst.), aux pages 109 et 110 et *Merck Frosst Canada Inc. c. Canada (Ministère de la Santé et du Bien-être social, Division de la protection)* (1988), 20 C.P.R. (3d) 177 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), à la page 179.

[89] Suite à ce bref exposé de facteurs potentiellement utiles, appliquons les facteurs pertinents à la trame factuelle en cause.

[90] Le défendeur soutient que M. O'Reilly, le décideur, a correctement conclu que dévoiler l'ICR risquerait de causer un préjudice à la prévention ou suppression d'activités hostiles ou subversives en conformité avec l'alinéa 15(1)c) de la LAI.

[91] Comme vu précédemment, afin d'effectivement rendre une telle décision, le décideur doit démontrer, dans ses motifs, que la divulgation de l'ICR risquerait vraisemblablement de porter préjudice à la détection, à la prévention ou à la répression d'activités hostiles ou subversives. Le préjudice à établir doit en être un qui est probable selon les faits et ne doit pas être hypothétique ou spéculatif. Il demeure toutefois que le préjudice ne doit pas obligatoirement se matérialiser par la divulgation car avoir à faire une telle preuve est impossible.

[92] Nous avons déjà décrit le PPP, son objectif et ses particularités. Le PPP est une des mesures de contrôle qui assure la protection des passagers voyageant du ou vers le Canada par avion. De plus, la LPP est unique en son genre et fait partie des plusieurs mesures de contrôle essentielles afin d'assurer la sécurité des passagers, des équipages et des aéronefs.

[93] La LPP contient le nom des personnes qui ont, par leur passé, été liées à des groupes terroristes, qui pourraient être soupçonnées de mettre en danger la sécurité des personnes voyageant par avion, qui auraient été condamnées de crimes contre la sécurité aérienne ou encore qui auraient commis des crimes mettant en péril la vie des gens et qui pourraient mettre en péril la sécurité aérienne. Ces critères sont spécifiques et visent principalement les personnes impliquées avec des groupes terroristes et à leurs liens possibles au transport aérien.

the decision maker, recognizes this fact in his June 2013 letter, when he writes:

Upon implementation of these guidelines, specified persons have consistently been individuals, terrorists, and members of terrorists groups who have recorded or historical involvement in acts targeting aviation; have the capability to target aviation; and/or who have a stated intent to target aviation.

[94] The applicants maintain that the alleged harm is less probable since the RCMP initially claimed to be indifferent to the Transport Canada decision maker's invocation of paragraph 15(1)(c) of the ATIA and then changed its mind after communicating with Mr. Free. I am not of the opinion that the RCMP's change of opinion is relevant, since it is just one piece of information among so many others at the decision maker's disposal.

[95] It is also important to note that the SPL, as constituted, is not comparable to the other lists of travellers prohibited from travelling by plane. As I have already mentioned, the U.S. "no-fly list" and the UN List do not use the same selection criteria as the SPL. Therefore, the SPL, as part of the PPP, serves a unique and specific purpose and cannot be replaced by the other lists that prohibit certain individuals from travelling by plane.

[96] For the purposes of this analysis, and with the goal of clearly understanding the decision maker's decision, I take into consideration the communications exchanged between the Office of the Information Commissioner and Transport Canada. It is evident that the decision maker's main justification for refusing to disclose the RCI is the loss of the deterrent effect of the SPL. According to the decision maker, this loss meets the requirement of the existence of harm necessary to qualify the information under the aegis of paragraph 15(1)(c). In both the November 17, 2011 letter and the June 2013 letter, Mr. O'Reilly, the decision maker, explains in detail that revealing the RCI would provide the keen observer with information that he or she could use for his or her own purposes. In the modern global

Il s'agit donc d'une catégorie bien définie. Ce fait est reconnu par le décideur, M. O'Reilly, dans sa lettre de juin 2013 lorsqu'il écrit :

[TRADUCTION]

Depuis la mise en œuvre de ces lignes directrices, les personnes précisées ont toujours été des individus, des terroristes et des membres de groupes terroristes qui ont effectué des actes de terrorisme contre l'aviation ou ont déjà pris part à ces actes, ont la capacité de commettre ces actes, ou ont l'intention d'en commettre.

[94] Les demanderesse soutiennent que le préjudice allégué est moins vraisemblable puisque la GRC s'est d'abord prononcée comme indifférente à l'invocation de l'alinéa 15(1)c) de la LAI par le décideur chez Transports Canada puis s'est ravisée suite aux communications avec M. Free. Je ne suis pas d'avis que le changement d'opinion de la GRC est pertinent puisqu'il ne s'agit que d'une donnée parmi tant d'autres à la disposition du décideur.

[95] Il est aussi important de noter que la LLP, telle que constituée, n'est pas comparable aux autres listes de voyageurs prohibés de voyager par avion. Comme j'ai déjà relaté, la « no-fly list » américaine et celle de l'ONU n'utilisent pas les mêmes critères de sélection que la LPP. Cette dernière a donc, dans le cadre du PPP, une vocation unique et particulière qui ne peut être remplacée par les autres listes prohibant certaines personnes à voyager par avion.

[96] Aux fins de la présente analyse et dans le but de bien comprendre la décision du décideur, je prends en considération l'échange de communications entre le Bureau de la commissaire et Transports Canada. Il est évident que la justification principale du décideur pour refuser la divulgation de l'ICR est la perte de l'effet dissuasif de la LPP. Selon le décideur, cette perte répond à l'exigence de l'existence d'un préjudice nécessaire afin de qualifier l'information sous l'égide de l'alinéa 15(1)c). Que ce soit dans la lettre du 17 novembre 2011 ou encore dans celle de juin 2013, le décideur, M. O'Reilly, explique de façon détaillée que révéler l'ICR donnerait à un observateur averti de l'information qu'il pourrait utiliser pour ses propres fins. Dans le contexte mondial moderne où la menace d'attentats violents est

context where the threat of violent plots is significant, information and its collection are very important. It is well known that certain groups use information, analyze it and then plan their future actions, at least in part, on this basis.

[97] I am well aware that Canada is a known target for civil aviation terror plots, as history shows: Air India (flight 182); the explosion at Narita International Airport in Japan; the 2006 terrorist plot involving two planes flying from London to Montréal and Toronto; the Underwear Bomber and the flight on Christmas Day 2009, which passed over Canadian airspace; and the 2013 interception of an individual in possession of explosives at Pierre Elliott Trudeau Airport. In addition, the evidence establishes that Canada remains a target of interest for terrorist groups like Al-Qaida, among others. These groups develop new sophisticated methods for circumventing screening measures.

[98] The SPL is one screening measure among many, which cannot be replaced by another. As already seen, the SPL plays a unique role among all of the screening measures. It is the only Canadian safety precaution that applies to flights coming to Canada from abroad. For foreign airports that do not use the same pre-boarding screening measures as Canada, the SPL is the only obligatory Canadian measure used to screen travellers coming from abroad.

[99] It was proposed that the fact that the United States disclosed the number of names on its list (along with the percentage of American citizens on it) should justify disclosing the Canadian RCI. I disagree. The PPP is a separate program from that of the United States and was not developed to address the same objectives. These two lists cannot be compared. As for the UN List, it does not have the same objectives either: it addresses just one category of individuals associated with Al-Qaida or similar groups. It cannot be compared to the SPL either, since the SPL has its unique role among the many screening measures in place in Canada. The RCMP list does not target the same type of individuals. Indeed, the RCMP list targets individuals who might leave Canada

appréciable, l'information et sa collecte sont très importantes. Il est reconnu que certains groupes utilisent l'information, l'analysent et déterminent en conséquence leurs actions à venir, au moins en partie, sur cette base.

[97] Je suis bien conscient que le Canada est une cible reconnue d'attentats terroristes contre l'aviation civile, tel que le passé le démontre : Air India (vol 182); l'explosion à l'aéroport de Narita au Japon; le complot terroriste de 2006 visant deux avions venant de Londres vers Montréal et Toronto; l'Underwear Bomber et le vol de Noël 2009 passant en partie au-dessus de l'espace aérien canadien; et l'interception d'un individu en 2013 en possession d'explosifs à l'aéroport Pierre Elliott Trudeau. En plus, la preuve établit que le Canada demeure une cible d'intérêt pour les groupes terroristes, entre autres Al-Qaïda. Ces groupes développent de nouveaux moyens sophistiqués pour détourner les mesures de contrôle.

[98] La LPP est une mesure de contrôle parmi plusieurs, qui ne peut être remplacée par une autre. Comme vu précédemment, la LPP joue un rôle particulier dans le cadre de l'ensemble des mesures de contrôle. Elle est la seule mesure de sécurité canadienne qui s'applique aux vols provenant de l'étranger à destination du Canada. Pour les aéroports à l'étranger qui n'appliquent pas les mêmes mesures de contrôle de pré-embarquement que le Canada, la LPP est la seule mesure canadienne obligatoire qui touche les voyageurs provenant de l'étranger.

[99] On a tenté de prétendre que le fait que les États-Unis dévoilent le nombre de noms sur leur liste ainsi que le pourcentage de citoyens américains sur celle-ci justifie la divulgation de l'ICR canadienne. Je ne suis pas d'accord. Le PPP est un programme distinct de celui des États-Unis et il n'a pas été conceptualisé pour répondre aux mêmes objectifs. On ne peut pas comparer ces deux listes. Quant à la liste de l'ONU, elle aussi n'a pas les mêmes objectifs : elle ne vise qu'une catégorie de personnes reliées à Al-Qaïda ou à des groupes semblables. Encore là, on ne peut la comparer à la LPP, qui elle trouve sa vocation particulière dans l'ensemble des mesures de contrôle en vigueur au Canada. Pour ce qui est de la liste de la GRC, elle ne cible pas le même type

to participate in terrorist combat abroad. These lists cannot be compared to the SPL either. The same goes for the lists held by various air carriers, targeting individuals that the carriers do not want on board, each for individual specific reasons.

[100] Paragraph 15(1)(c) of the ATIA aims specifically to protect information that would be useful to those wishing to engage in subversive or hostile activities such as activities directed toward the commission of terrorist acts, including hijacking, in or against Canada or foreign states.

[101] In his June 2013 letter, on pages 2 and 3, the decision maker explains in a reasonable manner that publicizing the RCI would provide the keen observer with some very useful information:

Without deterrence, terrorists would view targeting Canadians or Canadian Bound Aircrafts as soft targets, increasing the likelihood of attack.

[102] Such a statement is not speculation or a hypothesis: disclosing the RCI, namely the total number of individuals and the number of Canadian citizens on the SPL, would allow the keen observer to obtain additional data that he or she could use for his or her own ends. For this observer, in the current state of the matter, this is relevant and useful information. On this basis, I conclude that disclosing the RCI would create a reasonable risk of probable harm; the how and the why of the harm are evident. In the interest of Canadians and in particular those who travel by air, it is not appropriate to create this probable risk.

[103] In arriving at this conclusion, I have also taken into account the Commissioner's arguments regarding the exemption found in paragraph 15(1)(c). I cannot agree with them for the above-mentioned reasons. However, I add that my conclusion with regard to the qualification was arrived at based on the specific facts in the case at hand. If the facts change in the future, these findings may also change.

de personnes. En effet, la liste de la GRC concerne les personnes qui pourraient quitter le Canada pour se joindre au combat terroriste à l'étranger. On ne peut comparer ces listes à la LPP non plus. Il va de même pour les listes des différents transporteurs qui visent les personnes que les transporteurs ne veulent pas à bord pour des raisons propres à chacun d'eux.

[100] L'alinéa 15(1)c) de la LAI vise spécifiquement à protéger l'information qui serait utile pour ceux qui voudraient commettre des activités hostiles ou subversives telles que des actes de terrorisme, ce qui inclut les détournements de moyens de transport contre le Canada, contre un État étranger ou sur leur territoire.

[101] Dans sa lettre de juin 2013, aux pages 2 et 3, le décideur explique de façon raisonnable que publiciser l'ICR donnerait de l'information fort utile à l'observateur averti :

Sans dissuasion, les terroristes auraient l'impression que les Canadiens et les avions à destination du Canada sont des proies faciles, ce qui accroîtrait la probabilité d'attaques.

[102] Une telle affirmation n'est pas de la spéculation ou une hypothèse : divulguer l'ICR, soit le nombre de personnes total et le nombre de Canadiens sur la LPP, permettrait à l'observateur averti d'obtenir de nouvelles données qu'il évaluera pour avancer ses fins. Pour cet observateur, dans l'état actuel du dossier, il s'agit d'informations pertinentes et utiles. Sur cette base, je conclus que dévoiler l'ICR créerait un risque vraisemblable de préjudice probable; le comment et le pourquoi du préjudice est évident. Dans l'intérêt des Canadiens et en particulier de ceux et celles qui voyagent par voie aérienne, il n'y a pas lieu de créer ce risque probable.

[103] Pour en arriver à cette conclusion, j'ai aussi pris en considération les arguments de la commissaire concernant l'exception trouvée à l'alinéa 15(1)c). Je ne peux les retenir pour les raisons mentionnées ci-haut. Toutefois, j'ajoute que ma conclusion quant à la qualification est faite sur la base des données particulières à l'affaire en instance. Si les données changent à l'avenir, il se pourrait que le présent constat change aussi.

[104] I would like to clarify that such a culmination of the qualification stage is not a determining factor with regard to the following stage, namely the analysis of the reasonableness of the decision maker's exercise of discretion. Indeed, paragraph 211 of the *Bronskill* case states: "The conferral of discretion by the Act is the embodiment of a clear legislative intent that some information may well be disclosed despite an alleged injury."

F. *The decision maker's exercise of discretion*

[105] As a reminder, section 15 of the ATIA grants the decision maker the right to disclose the RCI or not, according to his or her assessment. As explored earlier in the section "Specific legal principles" (see paragraphs 63 and 64), after analyzing a corpus of case law, I indicated that the Court must consider the grounds for justification invoked by the decision maker, transparency, and the intelligibility of the decisional path with regard to the facts in evidence. In addition, when the Commissioner is a party to the proceedings, the Court must consider the Commissioner's arguments and suggestions and analyze how the decision maker discusses them and takes them into consideration. In making his or her decision, the decision maker must show that he or she is familiar with the access requests, that he or she understand the arguments in favour of disclosure and that he or she has carefully considered these arguments, all while taking into account the objectives of the ATIA.

[106] It is also plausible for the judge to add factors if the matter requires it. Although the factors put forth by Rothstein J. deal with qualification (see paragraph 88 above), they may also be useful in analyzing the reasonableness of the exercise of discretion.

[107] With respect to the matter before the Court today, the principles that are relevant in analyzing the reasonableness of the exercise of discretion can be synthesized into three central questions:

[104] Je tiens à préciser qu'un tel aboutissement à l'étape de la qualification n'est pas déterminant en ce qui a trait à l'étape suivante, soit l'analyse de la raisonnable de l'exercice de la discrétion effectué par le décideur. Effectivement, la cause *Bronskill*, au paragraphe 211 indique : « L'octroi du pouvoir discrétionnaire par la Loi est la concrétisation d'une intention législative claire à savoir que certains renseignements peuvent très bien être communiqués, en dépit d'un préjudice allégué. »

F. *L'exercice de la discrétion effectué par le décideur*

[105] À titre de rappel, l'article 15 de la LAI permet au décideur de dévoiler l'ICR ou non selon l'évaluation qu'il effectue. Tel qu'exploré plus haut dans la section « Principes juridiques spécifiques » (voir paragraphes 63 et 64), suite à l'analyse d'un corpus de jurisprudence, j'ai indiqué que la Cour doit prendre en compte les motifs de justification invoqués par le décideur; la transparence; et l'intelligibilité du cheminement décisionnel à l'égard des faits en preuve. En plus, lorsque la commissaire est une partie à l'instance, la Cour se doit de prendre en compte les arguments et les suggestions de la commissaire ainsi que d'analyser de quelle façon le décideur en discute et les prend en considération. Lorsqu'il décide, le décideur doit démontrer qu'il connaît bien les demandes d'accès, qu'il comprend les arguments en faveur d'une divulgation et qu'il considère soigneusement ces arguments tout en tenant compte des objectifs de la LAI.

[106] Il est aussi loisible pour le juge d'ajouter des facteurs si le dossier le requiert. Bien que traitant de la qualification, les facteurs mis de l'avant par le juge Rothstein (voir paragraphe 88 ci-haut) peuvent aussi être d'une certaine utilité lorsque l'on analyse la raisonnable de l'exercice de la discrétion.

[107] Par rapport au dossier devant la Cour aujourd'hui, les principes pertinents en ce qui a trait à l'analyse de la raisonnable de l'exercice de la discrétion peuvent être synthétisés en trois questions essentielles :

- |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Are the grounds supporting the exercise of discretion sufficient?</li> <li>2. Do the grounds address the arguments raised by the Commissioner and applicant Cameron, specifically the public interest?</li> <li>3. Is the decision as a whole intelligible and justifiable according to its conclusions?</li> </ol> | <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Les motifs à l'appui de l'exercice de la discrétion sont-ils suffisants?</li> <li>2. Les motifs répondent-ils aux arguments soulevés par la commissaire et la demanderesse Cameron, notamment l'intérêt public?</li> <li>3. La décision, dans son ensemble, est-elle compréhensible et justifiable selon ses conclusions?</li> </ol> |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|

[108] At the step of analyzing the reasonableness of the exercise of discretion, the Commissioner, being fully aware of the matter, bears the burden of establishing the unreasonableness of the decision maker's decision. Being fully informed, the Commissioner can put forward all of the arguments she feels appropriate. The Commissioner and applicant Cameron raise the following points regarding the exercise of discretion:

[108] À l'étape de l'analyse de la raisonabilité de l'exercice de la discrétion, la commissaire, ayant connaissance entière du dossier, a le fardeau d'établir la déraisonabilité de la décision du décideur. Pleinement informée, la commissaire peut avancer tous les arguments qu'elle estime appropriés. La commissaire et la demanderesse Cameron soulèvent les points suivants concernant l'exercice de la discrétion :

- |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                         |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                   |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <ol style="list-style-type: none"> <li>1. The passage of time and the historical nature of the requested information;</li> <li>2. The public interest in knowing the RCI;</li> <li>3. The decision maker's reliance on other people's opinions;</li> <li>4. The June 2007 statement made by former Transport Minister, Lawrence Cannon;</li> <li>5. International relations.</li> </ol> | <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Le passage du temps et le caractère historique des renseignements demandés;</li> <li>2. L'intérêt du public à connaître l'ICR;</li> <li>3. Le décideur se fie à l'opinion d'autres personnes;</li> <li>4. La déclaration du ministre des Transports Lawrence Cannon en juin 2007;</li> <li>5. Les relations internationales.</li> </ol> |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|

(1) The passage of time and the historical nature of the requested information

1) Le passage du temps et le caractère historique des renseignements

[109] The passage of time and the historical nature of the requested information are relevant factors, both in assessing the harm and in the exercise of discretion, as indicated in *Bronskill*, at paragraph 218:

[109] Le passage du temps et le caractère historique des renseignements sont des facteurs pertinents tant lors de l'évaluation du préjudice que lors de l'exercice de la discrétion, tel qu'indiqué dans la décision *Bronskill*, au paragraphe 218 :

.... While the passage of time is to be considered in the assessment of the injury resulting from disclosure (*Canada (Information Commissioner) v. Canada (Prime Minister)*, above), it is also to be considered under the prism of whether discretion should be exercised. This has been alluded to as *obiter* by Chief Justice Lutfy in *Kitson*,

[...] Bien que le passage du temps soit pris en compte dans l'évaluation du préjudice résultant de la communication (*Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Premier ministre)*, précitée), il doit également être pris en compte au regard de la question de savoir si le pouvoir discrétionnaire devrait être exercé. Le juge en chef Lutfy

above, at paragraph 40, in qualifying the Court's refusal to grant the ATI request: "It may be that the outcome would be different if the request were made some time after the CF are no longer engaged in Afghanistan. However, this decision is not one to be made today." As such, if injury is present, yet at a lower end of the spectrum, the passage of time may be an important factor. This is the case because as the times change, so do the bases of "reasonable expectation of probable harm", save for the protection of human sources, current operational interests and similar issues. Justice Strayer also commented on the passage of time in the case of *X v. Canada (Minister of National Defence)*, above, at paragraph 8:

... I can only say that it appears to me quite unreasonable to conclude that the information in these documents which all bear dates of 1941 or 1942 and relate to a time when Canada was engaged in a world war, could reveal anything pertinent to the conduct of Canada's international relations and its national defence over 50 years later in time of peace.

[110] Rothstein J. also mentions the passage of time in his decision *Canada v. Prime Minister*, above, in paragraphs 34 and 88 of the present case. However, I note that paragraph 219 of *Bronskill* indicates that the passage of time adjusts according to the factual circumstances and that it remains one factor among others:

The passage of time is a factor, among others. It could well be that the passage of time in regards to the identity of human sources is different, as counsel has acknowledged publicly that there is a "timeframe for confidential sources". And so, indeed, as it is argued by the respondent, there is no "magic number" for the passage of time, and section 15 provides no direct guidance as to what passage of time is sufficient. This highlights the importance of a considered and thorough analysis of the reasonable expectation of probable harm under section 15 as well as the residual discretion to disclose.

y a fait allusion dans une opinion incidente dans l'affaire *Kitson*, précitée, au paragraphe 40, lorsqu'il a qualifié le refus de la Cour d'accueillir la demande d'accès à l'information : « Il se peut que le résultat eût été différent si la demande avait été faite quelque temps après que les FC eurent quitté l'Afghanistan. Toutefois, cette décision n'est pas de celles qui peuvent être rendues aujourd'hui. » Par conséquent, en présence d'un préjudice, toutefois à l'extrémité inférieure du spectre, le passage du temps peut être un facteur important. Cela est le cas parce que, au fil de l'évolution du temps, les fondements du « risque vraisemblable de préjudice probable », à l'exception de la protection des sources humaines, des intérêts opérationnels actuels et de questions comparables, évoluent également. Le juge Strayer a également fait des observations sur le passage du temps dans l'affaire *X c. Canada (Ministre de la Défense nationale)*, précitée, au paragraphe 8 :

[...] je peux dire seulement que, à mon avis, il est tout à fait déraisonnable de conclure que les renseignements figurant dans ces documents, qui portent tous les dates de 1941 ou de 1942 et qui se rapportent à une époque où le Canada était engagé dans une guerre mondiale, pourraient révéler quelque chose qui a trait à la conduite des affaires internationales du Canada et à sa défense nationale cinquante ans plus tard en temps de paix.

[110] Le juge Rothstein mentionne aussi le passage du temps dans sa décision *Canada c. Premier ministre*, précité, aux paragraphes 34 et 88 des présents motifs. Toutefois, je note que le paragraphe 219 de la décision *Bronskill* indique que le passage du temps s'ajuste en fonction des circonstances factuelles et qu'il reste un facteur parmi tant d'autres :

Le passage du temps est un facteur, entre autres. Il se peut fort bien que le passage du temps en ce qui a trait à l'identité des sources humaines soit différent, puisque le conseil a reconnu publiquement qu'il existe un [TRADUCTION] « échéancier concernant les sources confidentielles ». Par conséquent, en fait, tel qu'il est allégué par le défendeur, il n'y a pas de [TRADUCTION] « nombre magique » pour le passage du temps, et l'article 15 ne fournit aucune directive directe quant à savoir en quoi consiste un passage du temps suffisant. Cela souligne l'importance d'une analyse bien pesée et complète du risque vraisemblable de préjudice probable aux termes de cet article, ainsi que du pouvoir discrétionnaire résiduel de divulguer.

[111] When applied to this case, I note that the passage of time and the historical nature of the requested information are barely addressed in the decision drafted by Mr. O'Reilly in June 2013, except to note that this type of information has always been protected by the respondent (see page 3 of the decision maker's letter dated June 4, 2013). In short, no specific reason is given for this argument. It is hard to consider this an intelligible explanation under such circumstances.

[112] As for the argument that this type of information has always been protected, this in no way responds to the argument that time has passed and that this type of information no longer holds the same importance it initially did. I note that the first access to information application dates from March 17, 2010, that the first decision after the complaint was filed with the Commissioner dates from November 17, 2011, and that the second decision dates from June 4, 2013. The first information requested is from 2007, namely six years prior to the June 2013 decision.

[113] The passage of time is important for such a request. In this case, the decision maker essentially did not take this into account. If he did, the minimal analysis of and references to this factor are completely inadequate. In the review to come, the passage of time will be even more marked.

## (2) The public interest in knowing the RCI

[114] The interest of the Canadian public in knowing the requested information also goes nearly unmentioned in the decision maker's June 2013 letter. In the communications exchanged, the decision maker states that a lot of information regarding the PPP has already been disclosed to the public and that the public has [TRANSLATION] "enough information".

[115] This response does not justify the refusal to disclose the RCI and does not sufficiently take into account the public's interest in knowing this information.

[116] On this topic, applicant Cameron, in her July 2010 complaint, explains how the public's interest in

[111] Appliqué à la cause présente, je constate que le passage du temps et le caractère historique des renseignements demandés sont presque absents de commentaires dans la décision rédigée par M. O'Reilly en juin 2013, sauf pour maintenir que ce genre d'information a toujours été protégé par le défendeur (voir page 3 de la lettre du décideur du 4 juin 2013). Bref, aucun motif précis ne discute de cet argument. Il est difficile d'y percevoir une explication compréhensible dans de telles circonstances.

[112] Quant à l'argument que ce genre d'information a toujours été protégé, ceci ne répond en rien à l'argument que le temps passe et que ce genre d'information n'a plus l'importance qu'il avait initialement. Je note que la première demande d'accès à l'information date du 17 mars 2010, que la première décision suite au dépôt de la plainte à la commissaire date du 17 novembre 2011 et que la deuxième décision date du 4 juin 2013. La première information demandée est celle de 2007, soit six ans avant la décision de juin 2013.

[113] Le passage du temps est important lors d'une telle demande. Dans le présent cas, le décideur n'en a essentiellement pas tenu compte. S'il en a traité, les références et l'analyse minimale à ce facteur sont complètement inadéquates. Lors de la révision à venir, le passage du temps sera encore plus marqué.

## 2) L'intérêt du public à connaître l'ICR

[114] L'intérêt du public canadien à connaître l'information demandée est aussi presque passé sous silence dans la lettre du décideur de juin 2013. Dans l'échange de communications, le décideur indique que beaucoup d'information concernant le PPP a déjà été dévoilée au public et que le public dispose « d'assez d'information ».

[115] Cette réponse ne justifie pas le refus de divulguer l'ICR et ne tient pas suffisamment compte de l'intérêt du public à connaître cette information.

[116] À ce sujet, la demanderesse Cameron, dans sa plainte de juillet 2010, explique comment l'intérêt du

knowing the RCI justifies her request: [TRANSLATION] “I feel that the Canadian taxpayers who pay for this program, as well as the readers of *La Presse*, have the right to know how many people are included on this list”.

[117] The decision maker is silent regarding the alleged relevance of the RCI in response to the arguments invoked by the applicant. It seems to me that, at the very least, the decision maker should have explained why this public interest was not valid and appropriate under the circumstances.

(3) The decision maker relies on other people’s opinions

[118] Applicant Cameron alleges that it was inappropriate for Mr. O’Reilly, the decision maker, to rely on the opinions of Mr. Christopher Free and Mr. John Davies. I disagree with that. Mr. Free is a civil servant specializing in aviation safety for Transport Canada, and Mr. Davies works for the Minister of Public Safety. Under such circumstances, a decision maker needs to be able to rely on the knowledge of staff within the departments involved, in order to render appropriate decisions. In this case, the decision maker benefitted from the opinions of knowledgeable persons; this does not render his decision invalid. I note, however, that the decision maker must not blindly follow all of the advice given to him. Indeed, the Supreme Court, in *Telezone*, at paragraphs 35 and 36, upholds that it is acceptable for the decision maker to rely on the experience of specialists to guide his decisional exercise without, however, abdicating his responsibility. He may consult, but remains the master of his own decision:

Second, turning to the expertise of the decision-maker, I acknowledge that, like other institutional heads handling access requests, the Minister of Industry has available the experience of the members of a specialized departmental unit who regularly have to interpret and apply the *Access to Information Act* in the course of their work. Further, the Minister and his advisers are well placed to assess whether, if government is to operate effectively to advance the public interest, it is necessary for the effective working of the internal processes of government to maintain a measure of secrecy for communications

public à connaître l’ICR justifie sa demande : « Je suis d’avis que les contribuables Canadiens qui paient pour ce programme ainsi que les lecteurs de *La Presse* ont droit de savoir combien de personnes figurent sur cette liste ».

[117] Le décideur est silencieux quant à la pertinence alléguée de l’ICR face aux arguments invoqués par la demanderesse. Il me semble qu’au minimum, le décideur aurait dû expliquer pourquoi cet intérêt du public n’était pas valable et approprié dans les circonstances.

3) Le décideur se fie à l’opinion d’autres personnes

[118] La demanderesse Cameron plaide qu’il était inapproprié que le décideur, M. O’Reilly, se soit fié aux opinions de M. Christopher Free et de M. John Davies. Je ne suis pas d’accord. M. Free est un fonctionnaire spécialisé en sécurité aéronautique œuvrant chez Transports Canada et M. Davies œuvre au Ministère de la Sécurité publique. En de telles circonstances, un décideur se doit d’avoir recours aux connaissances du personnel au sein des ministères concernés afin de rendre les décisions appropriées. Dans le présent cas, le décideur a bénéficié des opinions de personnes connaitantes; cela ne rend pas sa décision caduque. Je note toutefois que le décideur ne doit pas aveuglément suivre tous conseils qu’on lui prodigue. Effectivement, la Cour suprême, dans l’arrêt *Telezone*, aux paragraphes 35 et 36, confirme qu’il est acceptable pour le décideur d’avoir recours à l’expérience de spécialistes afin de guider son exercice décisionnel sans toutefois que le décideur abdique ses responsabilités. Il peut consulter mais demeure maître de sa décision :

Si on examine maintenant l’expertise du décideur, je reconnais que, comme les autres responsables des institutions traitant des demandes de communication, le ministre de l’Industrie peut avoir recours à l’expérience des membres d’un service ministériel spécialisé qui, dans le cadre de leurs fonctions, ont régulièrement à interpréter et à appliquer la *Loi sur l’accès à l’information*. De plus, le ministre et ses conseillers sont bien placés pour évaluer si, pour permettre au gouvernement de fonctionner efficacement afin de promouvoir l’intérêt public, il est nécessaire pour assurer le fonctionnement efficace

between officials, and between officials and the Minister, in the course of developing policy.

However, this expertise must be balanced against the primary purpose of the Act, namely, the provision of a public right of access to government records, albeit one that is limited by other considerations, and the creation of mechanisms for independent review as the means by which the statutory purpose is pursued. The key to interpreting the scope of the right of access and of the exemptions is to be found in striking an appropriate balance between the competing legislative policies that underlie them, a function for which a body independent of the Executive is better suited than the institution resisting the request for access. As counsel for the Information Commissioner pithily put it in the course of argument, if the Court were to confine its duty under section 41 to review ministerial refusals of access requests by deferring to ministerial interpretations and applications of the Act, it would, in effect, be putting the fox in charge of guarding the henhouse.

[119] To this effect, a simple read-through of the letter dated June 4, 2013, shows that Mr. O'Reilly has a certain knowledge, a mastery of the information, as well as the ability to make this decision independently.

(4) The statement made by Transport Minister Lawrence Cannon

[120] On June 18, 2007, the date upon which the PPP came into force, the Transport Minister at the time, the Honourable Lawrence Cannon, was quoted in a *Globe and Mail* article as stating that there were between 500 and 2000 individuals who met the criteria for inclusion in the SPL. The Commissioner suggests that this statement could be considered a disclosure “*fait accompli*” or even that Mr. O'Reilly's decision not to disclose the RCI is an attempt to prevent some kind of embarrassment (see *Bronskill*, above, at paragraph 131).

[121] The Transport Minister's statement could be problematic and the decision maker barely discussed it, except to minimize it by saying that the numbers were approximate and six years old, and that he would only be making assumptions if he tried to infer as to the Minister's intention:

interne du gouvernement de préserver un certain degré de confidentialité dans les communications entre les fonctionnaires ainsi qu'entre les fonctionnaires et le ministre dans l'élaboration des politiques.

Toutefois, il faut trouver un équilibre entre cette expertise et le principal objectif de la Loi, savoir conférer au public un droit d'avoir accès aux documents de l'administration fédérale, bien que ce droit soit limité par d'autres considérations, et créer des mécanismes indépendants de révision permettant d'atteindre cet objectif. La clé pour interpréter la portée du droit d'accès et des exceptions consiste à établir un juste équilibre avec les principes opposés consacrés par la loi qui les sous-tendent, une fonction qu'un organisme indépendant du pouvoir exécutif est plus apte à remplir que l'institution opposant son refus à une demande de communication. Comme l'avocat du Commissaire à l'information l'a exprimé avec concision au cours des débats, si la Cour devait limiter l'obligation qui lui est imposée par l'article 41 à la révision des demandes de communication refusées par le ministre en se fondant sur les interprétations et les applications de la Loi faites par le Ministère, cela équivaldrait à confier la garde du poulailler au renard.

[119] À cet effet, une simple lecture de la lettre du 4 juin 2013 démontre que M. O'Reilly possède un certain savoir, une maîtrise de l'information ainsi que la capacité de prendre cette décision de façon autonome.

4) La déclaration du ministre des Transports Lawrence Cannon

[120] Le 18 juin 2007, soit le jour de la mise en vigueur du PPP, le ministre des Transports de l'époque, l'honorable Lawrence Cannon, est cité dans un article du *Globe and Mail* déclarant qu'entre 500 et 2 000 personnes satisfont aux critères d'inscription à la LPP. La commissaire suggère qu'il est possible que cette déclaration soit une « divulgation accomplie » ou encore que la décision de M. O'Reilly de ne pas divulguer l'ICR vise à protéger un embarras quelconque (voir *Bronskill*, précité, au paragraphe 131).

[121] La déclaration du ministre des Transports peut être problématique et le décideur n'en a que très peu discuté, sauf pour la minimiser en mentionnant qu'il s'agit de chiffres approximatifs, vieux de six ans et qu'il se livrerait à des conjectures s'il tirait des inférences quant à l'intention du ministre :

You have asserted that the Ministry of Transport previously disclosed the approximate number of individuals on the list in 2007. This information is based on a *Globe and Mail* article. It would be conjecture on our part to reply as to the accuracy of the report, the circumstances that led to the *Globe's* quote, or the overall context in which the alleged statement was made. Moreover, the alleged disclosure to which you refer is 6 years old and since the implementation of the list in 2007 the Department of Transport has consistently protected the information sought from public disclosure.

[122] To be honest, this appears to me to be a complete abdication of the decision maker's obligation to clarify the situation under such circumstances. The Minister was quoted by the newspapers in an article from the *Canadian Press* on the same day as the PPP came into force, explicitly stating that there were between 500 and 2000 individuals on the list. This statement was made by a Minister of Transport, the person ultimately responsible for the program, who presumably knew what he was talking about. The decision maker refuses to clarify this statement, claiming that it was an unverifiable, six-year-old statement. The statement specifically addresses an element of the RCI; namely, the number of individuals on the list, and the decision maker feels that it is not appropriate to discuss it. This is unacceptable; this constitutes a flagrant lack of transparency and reasonableness in the exercise of discretion, given the circumstances.

#### (5) International relations

[123] In light of the evidence submitted, I am puzzled by the argument that our international relations will be affected if the RCI is disclosed. I am addressing this at this stage because the argument is used in a general sense to justify the refusal to disclose the information. It is not being used to demonstrate that another exemption applies.

[124] To establish the risk of potential harm, the respondent maintains (at the qualification stage) that international relations between Canada and its key partners will be damaged if the RCI is disclosed. I am of the opinion that this argument is, in fact, more relevant at the discretion analysis stage, given the factual

Vous avez affirmé que le ministère des Transports a divulgué en 2007 le nombre approximatif de personnes sur la liste. Cette information est basée sur un article du journal *Globe and Mail*. Nous nous livrerions à des conjectures si nous formulions une réponse à l'égard de l'exactitude du rapport, des circonstances qui ont mené à la citation dans le journal *Globe and Mail*, ou encore du contexte global dans lequel la présumée déclaration a été faite. De plus, la présumée divulgation à laquelle vous faites référence date de six ans et, depuis l'entrée en vigueur de la liste en 2007, le ministère des Transports a toujours protégé les renseignements sollicités contre la divulgation au public.

[122] À vrai dire, ceci m'apparaît être une renonciation totale à l'obligation du décideur de clarifier la situation en de telles circonstances. Le ministre est cité dans les journaux par un article de la Presse canadienne le jour même de la mise en vigueur du PPP, explicitant qu'il y avait entre 500 et 2 000 personnes sur la liste. Il s'agit d'une déclaration d'un ministre des Transports, la personne ultimement responsable du programme qui, présumément, parlait en connaissance de cause. Le décideur refuse de clarifier cette déclaration, prétendant qu'il s'agit d'une déclaration non vérifiable vieille de six ans. La déclaration concerne exactement un élément de l'ICR, soit le nombre de personnes sur la liste, et le décideur estime qu'il n'est pas approprié d'en parler. Ceci n'est pas acceptable; il s'agit d'un manque flagrant de transparence et de raisonabilité à l'exercice de la discrétion en de telles circonstances.

#### 5) Les relations internationales

[123] À la lumière de la preuve soumise, je suis perplexe quant à l'argument que nos relations internationales seront affectées si l'ICR est dévoilée. J'en discute à ce stade-ci puisque l'argument est utilisé de façon générale afin de justifier le refus de divulguer l'information. L'on ne l'utilise pas pour démontrer qu'une autre exception s'applique.

[124] Le défendeur soutient que les relations internationales entre le Canada et ses partenaires clés seront endommagées par la divulgation de l'ICR à l'étape de la qualification afin d'établir l'existence d'un préjudice. Je suis d'avis que cet argument est en fait surtout pertinent à l'étape d'analyse de la discrétion étant donné les

circumstances. The applicants allege that the evidence, particularly the cross-examinations of Mr. O'Reilly and Mr. Free, does not establish this alleged harm.

[125] The explanation given by the respondent to support this point and demonstrate adequate exercise of discretion seems defective and inappropriate to me. Allow me to explain: on page 6 of the decision dated June 4, 2013, it is indicated that disclosing the RCI could suggest to our U.S. and other allies a decrease in the effectiveness of the PPP, and thus have negative repercussions on our relations with these allies. It is also mentioned that Canada is exempt from the U.S. "Secure Flight Program" and the U.S. "no-fly list" for flights departing from one Canadian airport to arrive at another Canadian airport after passing over U.S. territory.

[126] The Commissioner maintains that the respondent failed to prove that this is truly the case, based on the evidence. The questioning of Mr. O'Reilly and Mr. Free attest to this, since neither of them were able to demonstrate any concrete concern, American or otherwise, in this regard. On the contrary, their responses seemed to indicate that they were extrapolating or speculating to this end.

[127] During his cross-examination, Mr. O'Reilly agreed to produce a letter from the U.S. government establishing that the United States was concerned about disclosing the RCI in question.

[128] However, on November 18, 2014, the decision maker's attorney replied that no response to the commitment had been found:

[TRANSLATION] "This is a follow-up to the examination of Shawn O'Reilly, on October 10, 2014, during which the following commitment was made by affidavit: "Undertaking no. 1: To provide the letter from the United States government re: concerns of releasing the information on the no-fly."

Our client searched diligently through its records and was unable to find any letter from the United States government.

circonstances factuelles. Les demanders allèguent que la preuve, particulièrement les contre-interrogatoires de M. O'Reilly et M. Free, n'établit pas ce préjudice allégué.

[125] L'explication donnée par le défendeur pour soutenir ce point et démontrer l'exercice adéquat de la discrétion m'apparaît défectueuse et inappropriée. Je m'explique : à la page 6 de la décision du 4 juin 2013, il est indiqué que dévoiler l'ICR pourrait signaler à nos alliés américains et autres une diminution de l'efficacité du PPP et ainsi avoir des conséquences négatives sur nos relations avec ces alliés. Il est aussi mentionné que le Canada est exempté de l'« U.S. Secure Flight Program » et de la « no-fly list » américaine lorsque des envolées d'un aéroport canadien se dirigent vers un autre aéroport canadien, mais circulent en partie au-dessus du territoire américain.

[126] La commissaire soutient que le défendeur n'a pas démontré que tel est véritablement le cas selon la preuve. Les interrogatoires de M. O'Reilly et de M. Free le démontrent puisque les deux n'ont pu démontrer une préoccupation concrète, américaine ou autre, à ce sujet. Au contraire, leurs réponses semblent indiquer qu'ils extrapolaient ou spéculaient à ce sujet.

[127] Durant son contre-interrogatoire, M. O'Reilly a souscrit à un engagement de produire une lettre du gouvernement des États-Unis établissant que les États-Unis s'inquiètent de la divulgation de l'ICR en question.

[128] Toutefois, le 18 novembre 2014, la procureure du décideur répond qu'aucune réponse à l'engagement n'a été trouvée :

« La présente fait suite à l'interrogatoire de Shawn O'Reilly du 10 octobre 2014, lors duquel l'engagement suivant a été pris par l'affiant : « Undertaking no. 1 : To provide the letter from the United States government re: concerns of releasing the information on the no-fly ».

Notre cliente a procédé à une recherche diligente de ses dossiers et n'a pas pu retrouver de lettre du gouvernement des États-Unis.

Consequently, Mr. O'Reilly believes he was mistaken when he stated: "I recall from another file that there was communication with the US on this question."

Conséquemment, M. O'Reilly croit qu'il s'est trompé lorsqu'il a indiqué : « I recall from another file that there was communication with the US on this question. »

[129] For his part, Mr. Free stated in his affidavit:

[129] Quant à lui, M. Free a indiqué dans son affidavit :

"Disclosing the number of individuals and/or the number of Canadian citizens on the Specified Persons List XXXXREDACTEDXXXX and adversely affect our relationship with key allies, and especially in the U.S."

[TRADUCTION] « La divulgation du nombre de personnes ou du nombre de citoyens canadiens sur la Liste de personnes précisées XXXXREDACTEDXXXX aurait des conséquences négatives sur les relations avec nos alliés clés, surtout ceux aux États-Unis. »

[130] Yet in his cross-examination, Mr. Free could not confirm his statement:

[130] Or, lors de son contre-interrogatoire, M. Free ne peut confirmer sa déclaration :

"Q. That is your own opinion? You don't have any concrete facts? You don't have basis to make that statement? Like you said, international partners never express concern over the releasing of the information.

[TRADUCTION]

« Q. Cela est votre opinion? Vous ne disposez pas de faits concrets? Vous ne disposez pas des fondements requis pour faire cette déclaration? Comme vous l'avez déclaré, les partenaires internationaux n'expriment jamais de préoccupations à l'égard de la divulgation des renseignements.

A. I believe I said I don't – I am not privy to those discussions." (CI Free page 78, paragraph 175)

R. Je crois avoir répondu non. Je ne suis pas au courant de ces discussions. » (CI Free page 78, paragraphe 175)

"Q. If Canada goes ahead and discloses the information on the no-fly list, you are not aware of any international partner raising concern about that?

« Q. Si le Canada divulguait l'information sur la liste d'interdiction de vol, vous n'êtes pas au courant d'un partenaire international qui exprimerait ses inquiétudes à cet égard?

A. No, nor would I expect to be in my position."

R. Non. Je ne m'attends pas non plus à ce que mon poste me donne accès à ce type d'information. »

[131] For his part, Mr. O'Reilly attempted to describe the harm that would jeopardize international relations, as follows:

[131] De son côté, M. O'Reilly tente de décrire le préjudice que subiraient les relations internationales de la façon suivante :

"Q. And explain to me how, because you are actually referring in your affidavit to the negative impact of releasing the information on the international partners. How would the U.S. react if the number were to be released?

[TRADUCTION]

« Q. Veuillez me fournir une explication, puisque vous faites mention dans votre affidavit des répercussions négatives de la divulgation de l'information sur les partenaires internationaux. Quelle serait la réaction des États-Unis si le nombre de personnes sur la liste était divulgué?

A. I don't know how they would react. But I do know from partnerships that I've had that you rely on each

R. Je ne sais pas quelle serait la réaction des États-Unis. Mais je sais, d'après les partenariats que j'ai déjà établis

other to maintain discretion, to a certain degree of discretion, and I would expect that they would react negatively in some way.”

[132] I repeat that the Americans have disclosed the information regarding their list. Nonetheless, it is important to take into account that, according to the witnesses’ cross-examinations, the RCI is unknown to U.S. authorities. The quality of the evidence regarding this point is mediocre, so I cannot give it much weight.

[133] All U.S. air carriers whose flights arrive at or depart from Canadian airports receive the Canadian SPL so that they can apply it. Thus, the evidence reveals that U.S. carriers are aware of the number of persons on the list. The parties have not presented any evidence establishing that U.S. authorities are unaware of that which is known to U.S. air carriers. When I re-read the decision maker’s notes on this point, on pages 6 and 7 of his June 2013 decision, I note that he did not really address the topic, except to comment on it in an alarmist fashion. The decision maker does not render its nuances appropriately. I do not consider this to be an adequate demonstration of reasonableness in exercising his discretion, as is required in such circumstances.

[134] On the contrary, the treatment of this topic is another factor that gives the impression that discretion was not reasonably exercised.

#### *G. Conclusions on the exercise of discretion*

[135] For the above reasons, I do not believe that discretion was reasonably exercised. Some of the decision maker’s arguments are supported by little or no evidence, or have almost no grounds. In addition, when the decision maker stated the reasons for his decision, he did not address the arguments raised by the applicants. For example, the argument regarding the Minister’s statement was addressed, but in an incomplete fashion and without truly responding to the applicants’ arguments on the topic.

avec d’autres, qu’il est important que les parties maintiennent un certain niveau de discrétion. Voilà pourquoi je m’attendrais à ce que les États-Unis aient en quelque sorte une réaction négative. »

[132] Je répète que les Américains ont dévoilé l’information concernant leur liste. Toutefois, il est important de prendre en compte que, selon les contre-interrogatoires des témoins, l’ICR n’est pas connue des autorités américaines. La qualité de la preuve sur ce point est médiocre, je ne peux donc qu’y donner peu de poids.

[133] Tous les transporteurs aériens américains dont les envolées quittent en direction d’un aéroport canadien, ou encore d’un aéroport canadien, reçoivent la LPP canadienne afin de l’appliquer. Ainsi, la preuve révèle que le nombre de personnes sur la liste est connu des transporteurs américains. Les parties n’ont présenté aucune preuve établissant que les autorités américaines ne sont pas au courant de ce que les transporteurs américains connaissent. Lorsque je relis ce que le décideur écrit à ce sujet, aux pages 6 et 7 de sa décision de juin 2013, je constate qu’il n’a pas véritablement traité du sujet sauf en le commentant de façon alarmiste. Le décideur n’y apporte point les nuances appropriées. Je considère que ceci n’est pas l’exemple d’une démonstration adéquate de la raisonabilité de l’exercice de sa discrétion exigée en de telles circonstances.

[134] Au contraire, le traitement donné à ce sujet est un autre facteur qui donne une impression que l’exercice de la discrétion n’a pas été exercé de façon raisonnable.

#### *G. Conclusions sur l’exercice de la discrétion*

[135] Pour les motifs mentionnés ci-haut, je ne crois pas que l’exercice de la discrétion ait été effectué de façon raisonnable. Certains arguments mis de l’avant par le décideur ne sont supportés par aucune, ou presque aucune preuve, ou encore presque aucun motif. De plus, lorsque le décideur a motivé sa décision, il ne répondait pas aux arguments soulevés par les demanderesse. À titre d’exemple, l’argument concernant la déclaration du ministre a été abordé, mais de façon incomplète et sans vraiment répondre aux arguments des demanderesse à ce sujet.

[136] The argument alleging potential damage to international relations between Canada and its allies seems to have been conceived in such a way as to impress the reader. In addition, the grounds cited by the decision maker are based on the premise that the RCI is unknown to the U.S. authorities, which was not established in a convincing manner by the evidence; in fact, quite the opposite. The grounds put forth on this topic are not supported by the evidence and do not hold up under examination.

[137] There are therefore three reasons why the exercise of discretion is unreasonable: as determined, there are few grounds for addressing the passage of time, a refusal to seriously address the Minister of Transport's statement, and finally a total lack of evidence to support the argument that international relations with the United States and others would be negatively affected.

[138] For these reasons, I return the file to another decision maker, so that he or she may exercise the necessary discretion and arrive at an informed conclusion. Not having the power to require a new decision within a defined period, I express the wish that this be done within a short time frame (90 days). These applications were made in 2010—nearly six years ago. Applicant Cameron is entitled to costs, given the result. The Commissioner did not request costs.

#### JUDGMENT

##### THE COURT ORDERS AS FOLLOWS:

1. The applications for judicial review are allowed in part because the exemption invoked (namely, paragraph 15(1)(c) of the ATIA) in not disclosing the information requested is justified;
2. However, the exercise of discretion pursuant to subsection 15(1) is declared unreasonable and the file is returned to another decision maker so that he or she may exercise the discretion set out according to the guidelines hereby issued;

[136] L'argument invoquant des dommages possibles aux relations internationales entre le Canada et ses alliés semble avoir été conçu de façon à impressionner le lecteur. En plus, les motifs invoqués par le décideur se basent sur la prémisse que l'ICR n'est pas connue des autorités américaines, ce qui n'a pas été établi de façon convaincante par la preuve, bien au contraire. Les motifs mis de l'avant à ce sujet ne sont pas appuyés par la preuve et ne survivent pas à son examen.

[137] Il y a donc trois raisons qui rendent l'exercice de la discrétion déraisonnable : tel que déterminé, il a très peu de motifs traitant du passage du temps, un refus de traiter de façon sérieuse la déclaration du ministre des Transports, et enfin un total manque de preuve pour appuyer l'argument que les relations internationales avec les États-Unis et autres seraient négativement affectées.

[138] Pour ces raisons, je retourne le dossier à un autre décideur afin qu'il exerce la discrétion nécessaire et en arrive à une conclusion de façon informée. N'ayant pas le pouvoir d'exiger une nouvelle décision dans une période définie, j'exprime le souhait que ce soit fait à court terme (90 jours). Ces demandes furent faites en 2010, il y a presque six ans. La demanderesse Cameron a droit aux dépens étant donné le résultat. La commissaire à l'information n'a pas demandé de dépens.

#### JUGEMENT

##### LA COUR ORDONNE CE QUI SUIT :

1. Les demandes de contrôle judiciaire sont accordées en partie puisque l'exception invoquée afin de ne pas communiquer l'information recherchée, soit l'alinéa 15(1)c) de la LAI, est justifiée;
2. Toutefois, l'exercice de la discrétion prévue au paragraphe 15(1) est déclarée déraisonnable et le dossier est retourné à un autre décideur afin qu'il exerce à nouveau la discrétion prévue selon les directives émises par la présente;

3. All with costs in favour of applicant Cameron, against the respondent.

3. Le tout avec dépens en faveur de la demanderesse Cameron, contre le défendeur.

#### APPENDIX – RELEVANT LEGISLATION

*Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1

##### International affairs and defence

**15 (1)** The head of a government institution may refuse to disclose any record requested under this Act that contains information the disclosure of which could reasonably be expected to be injurious to the conduct of international affairs, the defence of Canada or any state allied or associated with Canada or the detection, prevention or suppression of subversive or hostile activities, including, without restricting the generality of the foregoing, any such information

...

(c) relating to the characteristics, capabilities, performance, potential, deployment, functions or role of any defence establishment, of any military force, unit or personnel or of any organization or person responsible for the detection, prevention or suppression of subversive or hostile activities;

...

##### Definitions

(2) In this section,

*defence of Canada or any state allied or associated with Canada* includes the efforts of Canada and of foreign states toward the detection, prevention or suppression of activities of any foreign state directed toward actual or potential attack or other acts of aggression against Canada or any state allied or associated with Canada; (*défense du Canada ou d'États alliés ou associés avec le Canada*)

*subversive or hostile activities* means

(a) espionage against Canada or any state allied or associated with Canada,

(b) sabotage,

(c) activities directed toward the commission of terrorist acts, including hijacking, in or against Canada or foreign states,

#### ANNEXE – LÉGISLATION PERTINENTE

*Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), ch. A-1

##### Affaires internationales et défense

**15 (1)** Le responsable d'une institution fédérale peut refuser la communication de documents contenant des renseignements dont la divulgation risquerait vraisemblablement de porter préjudice à la conduite des affaires internationales, à la défense du Canada ou d'États alliés ou associés avec le Canada ou à la détection, à la prévention ou à la répression d'activités hostiles ou subversives, notamment :

[...]

c) des renseignements concernant les caractéristiques, les capacités, le rendement, le potentiel, le déploiement, les fonctions ou le rôle des établissements de défense, des forces, unités ou personnels militaires ou des personnes ou organisations chargées de la détection, de la prévention ou de la répression d'activités hostiles ou subversives;

[...]

##### Définitions

(2) Les définitions qui suivent s'appliquent au présent article.

*activités hostiles ou subversives*

a) L'espionnage dirigé contre le Canada ou des États alliés ou associés avec le Canada;

b) le sabotage;

c) les activités visant la perpétration d'actes de terrorisme, y compris les détournements de moyens de transport, contre le Canada ou un État étranger ou sur leur territoire;

d) les activités visant un changement de gouvernement au Canada ou sur le territoire d'États étrangers par l'emploi de moyens criminels, dont la force ou la violence, ou par l'incitation à l'emploi de ces moyens;

(d) activities directed toward accomplishing government change within Canada or foreign states by the use of or the encouragement of the use of force, violence or any criminal means,

(e) activities directed toward gathering information used for intelligence purposes that relates to Canada or any state allied or associated with Canada, and

(f) activities directed toward threatening the safety of Canadians, employees of the Government of Canada or property of the Government of Canada outside Canada. (*activités hostiles ou subversives*)

e) les activités visant à recueillir des éléments d'information aux fins du renseignement relatif au Canada ou aux États qui sont alliés ou associés avec lui;

f) les activités destinées à menacer, à l'étranger, la sécurité des citoyens ou des fonctionnaires fédéraux canadiens ou à mettre en danger des biens fédéraux situés à l'étranger. (*subversive or hostile activities*)

*défense du Canada ou d'États alliés ou associés avec le Canada* Sont assimilés à la défense du Canada ou d'États alliés ou associés avec le Canada les efforts déployés par le Canada et des États étrangers pour détecter, prévenir ou réprimer les activités entreprises par des États étrangers en vue d'une attaque réelle ou éventuelle ou de la perpétration d'autres actes d'agression contre le Canada ou des États alliés ou associés avec le Canada. (*defence of Canada or any state allied or associated with Canada*)

...

[...]

**Order of Court where no authorization to refuse disclosure found**

**49** Where the head of a government institution refuses to disclose a record requested under this Act or a part thereof on the basis of a provision of this Act not referred to in section 50, the Court shall, if it determines that the head of the institution is not authorized to refuse to disclose the record or part thereof, order the head of the institution to disclose the record or part thereof, subject to such conditions as the Court deems appropriate, to the person who requested access to the record, or shall make such other order as the Court deems appropriate.

**Order of Court where reasonable grounds of injury not found**

**50** Where the head of a government institution refuses to disclose a record requested under this Act or a part thereof on the basis of section 14 or 15 or paragraph 16(1)(c) or (d) or 18(d), the Court shall, if it determines that the head of the institution did not have reasonable grounds on which to refuse to disclose the record or part thereof, order the head of the institution to disclose the record or part thereof, subject to such conditions as the Court deems appropriate, to the person who requested access to the record, or shall make such other order as the Court deems appropriate.

**Ordonnance de la Cour dans les cas où le refus n'est pas autorisé**

**49** La Cour, dans les cas où elle conclut au bon droit de la personne qui a exercé un recours en révision d'une décision de refus de communication totale ou partielle d'un document fondée sur des dispositions de la présente loi autres que celles mentionnées à l'article 50, ordonne, aux conditions qu'elle juge indiquées, au responsable de l'institution fédérale dont relève le document en litige d'en donner à cette personne communication totale ou partielle; la Cour rend une autre ordonnance si elle l'estime indiqué.

**Ordonnance de la Cour dans les cas où le préjudice n'est pas démontré**

**50** Dans les cas où le refus de communication totale ou partielle du document s'appuyait sur les articles 14 ou 15 ou sur les alinéas 16(1)(c) ou d) ou 18d), la Cour, si elle conclut que le refus n'était pas fondé sur des motifs raisonnables, ordonne, aux conditions qu'elle juge indiquées, au responsable de l'institution fédérale dont relève le document en litige d'en donner communication totale ou partielle à la personne qui avait fait la demande; la Cour rend une autre ordonnance si elle l'estime indiqué.