

**Clayton Charles Ruby** *Appellant*

v.

**Solicitor General of Canada** *Respondent*

and

**Privacy Commissioner of Canada  
and Robert Lavigne** *Interveners*

**INDEXED AS: RUBY v. CANADA (SOLICITOR  
GENERAL)**

**Neutral citation: 2002 SCC 75.**

File No.: 28029.

2002: April 24; 2002: November 21.

Present: McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour and LeBel JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF  
APPEAL

*Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Security of the person — Right to privacy — Privacy Act providing for mandatory in camera hearing and ex parte representations where government denies applicant's request for access to personal information on grounds of national security or maintenance of foreign confidences — Whether provisions infringe s. 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Privacy Act, R.S.C. 1985, c. P-21, s. 51(2)(a), (3).*

*Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of expression — Privacy Act providing for mandatory in camera hearing and ex parte representations where government denies applicant's request for access to personal information on grounds of national security or maintenance of foreign confidences — Provisions infringing freedom of expression — Whether infringement constitutional — Canadian Charter of Rights and*

**Clayton Charles Ruby** *Appellant*

c.

**Solliciteur général du Canada** *Intimé*

et

**Commissaire à la protection de la vie privée  
du Canada et Robert Lavigne** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : RUBY c. CANADA (SOLLICITEUR  
GÉNÉRAL)**

**Référence neutre : 2002 CSC 75.**

N° du greffe : 28029.

2002 : 24 avril; 2002 : 21 novembre.

Présents : Le juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Sécurité de la personne — Droit à la vie privée — Dispositions de la Loi sur la protection des renseignements personnels pourvoyant impérativement à la tenue d'audiences à huis clos et à la présentation d'arguments en l'absence d'une partie lorsque, pour des motifs liés à la sécurité nationale ou à la protection de renseignements confidentiels de source étrangère, l'institution fédérale concernée refuse de communiquer les renseignements personnels demandés — Ces dispositions portent-elles atteinte aux droits garantis par l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Loi sur la protection des renseignements personnels, L.R.C. 1985, ch. P-21, art. 51(2), (3).*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'expression — Dispositions de la Loi sur la protection des renseignements personnels pourvoyant impérativement à la tenue d'audiences à huis clos et à la présentation d'arguments en l'absence d'une partie lorsque, pour des motifs liés à la sécurité nationale ou à la protection de renseignements confidentiels de source étrangère, l'institution fédérale concernée refuse de communiquer*

*Freedoms, ss. 1, 2(b) — Privacy Act, R.S.C. 1985, c. P-21, s. 51(2)(a), (3).*

*Privacy — Access to personal information — Exemptions — Law enforcement and investigation — Whether exemption in s. 22(1)(b) of Privacy Act limited to current investigations — Whether notion of “injury” in s. 22(1)(b) to be extended to investigations in general — Privacy Act, R.S.C. 1985, c. P-21, s. 22(1)(b).*

*Privacy — Access to personal information — Review by Federal Court where access refused — Privacy Act providing for mandatory in camera hearing and ex parte representations where government denies applicant’s request for access to personal information on grounds of national security or maintenance of foreign confidences — Whether provisions constitutional — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b), 7, 8 — Privacy Act, R.S.C. 1985, c. P-21, s. 51(2)(a), (3).*

*Costs — Supreme Court of Canada — Constitutional issues — Constitutional issues raised by appellant serious, important and novel in context of access to information litigation — Appropriate in this case to award costs of proceedings in Supreme Court and courts below to appellant even though appeal only allowed in part — Supreme Court Act, R.S.C. 1985, c. S-26, s. 47.*

Pursuant to s. 12(1)(a) of the *Privacy Act*, R made a request to be given access to personal information contained in an information bank maintained by the Canadian Security Intelligence Service (“CSIS”). CSIS would neither confirm nor deny the existence of the information but, if such information did exist, refused to disclose the information claiming the exemptions under ss. 19, 21, 22 and 26 of the Act. Section 19 provides that a government institution shall refuse to disclose personal information that was obtained in confidence from the government of a foreign state or an international

*les renseignements personnels demandés — Dispositions portant atteinte à la liberté d’expression — Cette atteinte est-elle inconstitutionnelle? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b) — Loi sur la protection des renseignements personnels, L.R.C. 1985, ch. P-21, art. 51(2), (3).*

*Protection des renseignements personnels — Accès aux renseignements personnels — Exceptions — Enquêtes — L’exception prévue à l’art. 22(1)(b) de la Loi sur la protection des renseignements personnels ne vise-t-elle que les enquêtes en cours? — La portée du terme « nuire » utilisé à l’art. 22(1)(b) doit-elle être étendue aux enquêtes en général? — Loi sur la protection des renseignements personnels, L.R.C. 1985, ch. P-21, art. 22(1)(b).*

*Protection des renseignements personnels — Accès aux renseignements personnels — Recours en révision devant la Cour fédérale en cas de refus de communication — Dispositions de la Loi sur la protection des renseignements personnels pourvoyant impérativement à la tenue d’audiences à huis clos et à la présentation d’arguments en l’absence d’une partie lorsque, pour des motifs liés à la sécurité nationale ou à la protection de renseignements confidentiels de source étrangère, l’institution fédérale concernée refuse de communiquer les renseignements personnels demandés — Ces dispositions sont-elles constitutionnelles? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b), 7, 8 — Loi sur la protection des renseignements personnels, L.R.C. 1985, ch. P-21, art. 51(2), (3).*

*Dépens — Cour suprême du Canada — Questions constitutionnelles — Questions constitutionnelles soulevées par l’appelant comportant un caractère sérieux, important et nouveau dans le contexte d’un litige en matière d’accès à l’information — Il convient en l’espèce d’accorder à l’appelant les dépens devant la Cour suprême et devant les juridictions inférieures même si l’appel est accueilli en partie seulement — Loi sur la Cour suprême, L.R.C. 1985, ch. S-26, art. 47.*

L’appelant, R, a demandé, en vertu de l’al. 12(1)a) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, la communication de renseignements personnels contenus dans un fichier tenu par le Service canadien du renseignement de sécurité (le « SCRS »). Le SCRS n’a pas confirmé ou nié l’existence des renseignements, mais a indiqué que, à supposer que de tels renseignements existent, il refusait de les communiquer, appuyant son refus sur les exceptions prévues aux art. 19, 21, 22 et 26 de la Loi. L’article 19 précise que l’institution fédérale concernée doit refuser la communication de

organization, unless that government or organization agrees to the disclosure. Under s. 21, a government institution may refuse to disclose any personal information if such disclosure can reasonably be expected to be injurious to the conduct of international affairs or the defence of Canada. R made a complaint to the Privacy Commissioner and, after the results of the Commissioner's investigation were reported, filed an application in the Federal Court, Trial Division for a review of CSIS's refusal under s. 41 of the Act. Prior to the review hearing, R challenged the constitutionality of s. 51(2)(a) and (3) of the Act on the grounds that they violated ss. 2(b), 7, and 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Under the impugned provisions, where a government institution has claimed the "foreign confidences" or the "national security" exemption, it is mandatory for a reviewing court to hold the entire hearing of a judicial review application *in camera* (s. 51(2)(a)) and to accept *ex parte* submissions at the request of the government institution refusing disclosure (s. 51(3)). The motions judge ruled that s. 51(2)(a) and (3) infringed s. 2(b) of the *Charter* but that the infringement was justifiable under s. 1. She also ruled that the impugned provisions did not violate s. 7 of the *Charter*. The Federal Court of Appeal affirmed the decision. R appealed to this Court and the respondent cross-appealed on an issue of interpretation of s. 22(1)(b) of the Act.

*Held:* The appeal should be allowed in part. The cross-appeal should be allowed.

Sections 51(2)(a) and 51(3) of the *Privacy Act* do not violate s. 7 of the *Charter*. Assuming that R has suffered a deprivation of his liberty or security interest in this case, the s. 51(3) requirement that a court accept *ex parte* submissions on request of the government institution refusing to disclose information is not, in the context of this case, contrary to the principles of fundamental justice. As a general rule, a fair hearing must include an opportunity for the parties to know the opposing party's case so that they may address evidence prejudicial to their case and bring evidence to prove their position. This general rule, however, tolerates certain exceptions as some situations require a measure of secrecy. Fairness can be met through other procedural safeguards such as subsequent disclosure, judicial review and rights of appeal. Here, the

renseignements personnels qui ont été obtenus à titre confidentiel des gouvernements des États étrangers ou des organisations internationales, sauf si ceux-ci consentent à la communication ou rendent les renseignements publics. En vertu de l'art. 21, l'institution fédérale concernée peut refuser de communiquer des renseignements personnels dont la divulgation risquerait vraisemblablement de porter préjudice à la conduite des affaires internationales ou à la défense du Canada. R a porté plainte auprès du Commissaire à la protection de la vie privée et, après avoir pris connaissance des résultats de l'enquête de ce dernier, il a présenté à la Section de première instance de la Cour fédérale, en vertu de l'art. 41 de la Loi, une demande de révision de la décision du SCRS lui refusant la communication des renseignements sollicités. Avant l'audition de sa demande de révision, R a contesté, au regard des art. 7 et 8 et de l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, la constitutionnalité des par. 51(2) et (3) de la Loi. Selon les dispositions contestées, lorsque l'institution fédérale concernée invoque l'exception relative aux « renseignements confidentiels de source étrangère » ou à la « sécurité nationale », le tribunal saisi du recours en révision est impérativement tenu d'entendre toute la demande à huis clos (par. 51(2)) et, sur demande en ce sens de l'institution fédérale qui refuse la communication des renseignements demandés, de permettre à celle-ci de présenter des arguments en l'absence d'une partie (par. 51(3)). Le juge des requêtes a conclu que les par. 51(2) et (3) de la Loi portaient atteinte au droit garanti par l'al. 2b) de la *Charte*, mais que cette atteinte était justifiée au regard de l'article premier. Le juge des requêtes a également conclu que les dispositions contestées ne violaient pas l'art. 7 de la *Charte*. La Cour d'appel fédérale a confirmé ces décisions. R se pourvoit devant notre Cour et l'intimé se pourvoit de façon incidente relativement à l'interprétation de l'al. 22(1)b) de la Loi.

*Arrêt :* Le pourvoi est accueilli en partie. Le pourvoi incident est accueilli.

Les paragraphes 51(2) et (3) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* ne violent pas l'art. 7 de la *Charte*. À supposer que R ait subi une privation de son droit à la liberté ou à la sécurité de sa personne, l'obligation qu'a le tribunal, aux termes du par. 51(3), d'entendre sur demande les arguments de l'institution fédérale concernée en l'absence de l'autre partie n'est pas, dans le contexte de la présente affaire, contraire aux principes de justice fondamentale. En règle générale, le droit d'une partie d'obtenir une audience équitable emporte celui de prendre connaissance de la preuve de la partie adverse afin de pouvoir répondre à tout élément préjudiciable à sa cause et apporter des éléments de preuve au soutien de celle-ci. Toutefois, cette règle générale souffre certaines exceptions permettant de tenir

s. 7 challenge is very narrow and relates only to the lack of discretion of the court to decide whether a government institution that refuses to disclose information should be allowed to make *ex parte* submissions. Within the context of a valid statutory scheme that permits the government to refuse to disclose information when there is a legitimate exemption or to confirm or deny the existence of information, it can only follow that the government must have the capacity to proceed *ex parte*. When a government institution claims the exemptions in ss. 19(1)(a) and (b) and 21, Parliament has seen fit, through the mandatory *ex parte* provision in s. 51(3), to assert the special sensitive nature of the information involved and has provided added protection and assurance against inadvertent disclosure. Only in these exceptional and limited circumstances will the procedural regime in s. 51 be activated. Recourse to the “national security” and “foreign confidences” exemptions is also subject to two independent levels of scrutiny: the Privacy Commissioner and the Federal Court. They both have access to the information that is being withheld in order to determine whether an exemption has been properly claimed. In enacting s. 51, Parliament attempted to balance the interests in accessing personal information held by government institutions with the state’s significant and legitimate interest in national security and in maintaining foreign confidences. Given the statutory framework, the narrow basis of R’s constitutional challenge and the significant and exceptional state and social interest in the protection of information involved, the mandatory *ex parte* and *in camera* provisions do not fall below the level of fairness required by s. 7 of the *Charter*. Lastly, a judicial summary of the evidence prepared by the reviewing court would not assist R for it could not provide any further detail without compromising the very integrity of the information. Indeed, the use of such a summary would increase the risk of inadvertent disclosure of the information or its source.

R’s arguments presented under s. 8 of the *Charter* were entirely subsumed under s. 7 and need not be addressed independently.

compte de la confidentialité requise par certaines situations. L’équité peut être assurée par d’autres garanties procédurales telles que la communication subséquente de la preuve, le contrôle judiciaire et le droit d’appel. En l’espèce, la contestation fondée sur l’art. 7 a une portée très limitée et ne vise que l’absence de pouvoir discrétionnaire permettant au tribunal de décider si l’institution fédérale concernée devrait être autorisée à présenter des arguments en l’absence de l’autre partie. Vu l’existence d’un régime législatif valide autorisant l’État à refuser de communiquer des renseignements lorsqu’une exception légitime lui permet de le faire ou à refuser de confirmer ou de nier l’existence de renseignements, il s’ensuit nécessairement qu’il doit avoir la possibilité de présenter des arguments en l’absence de l’autre partie. Lorsque l’institution gouvernementale concernée invoque l’exception prévue à l’al. 19(1)a) ou b) ou à l’art. 21, le législateur a voulu, en établissant la procédure *ex parte* impérative prévue au par. 51(3), affirmer le caractère particulièrement délicat des renseignements en jeu et il a créé une garantie supplémentaire contre les risques de divulgation accidentelle. Ce n’est que dans ces circonstances exceptionnelles que s’applique le régime procédural établi par l’art. 51. Le bien-fondé des exceptions relatives aux « renseignements confidentiels de source étrangère » et à la « sécurité nationale » peut être contesté successivement devant deux juridictions indépendantes — le Commissaire à la protection de la vie privée et la Cour fédérale — qui ont accès aux renseignements dont la communication est refusée pour décider si l’exception est invoquée à bon droit. En édictant l’art. 51, le législateur a tenté de concilier le droit de l’appelant d’avoir accès aux renseignements personnels que détient à son sujet une institution fédérale et le droit important et légitime de l’État de veiller à la sécurité nationale et de protéger les renseignements de source étrangère obtenus à titre confidentiel. Vu le cadre législatif applicable, la portée restreinte de la question constitutionnelle soulevée par R et l’intérêt à la fois important et exceptionnel de l’État et de la société dans la protection des renseignements concernés, les dispositions impératives requérant la tenue d’audiences à huis clos et *ex parte* respectent l’obligation d’équité découlant de l’art. 7 de la *Charte*. Enfin, un résumé de la preuve préparé par le tribunal saisi du recours en révision ne serait pas utile à R, puisque le résumé ne pourrait donner de précisions supplémentaires sans compromettre l’intégrité même des renseignements. De fait, le recours à un tel résumé accroîtrait le risque de divulgation accidentelle des renseignements ou de leur provenance.

Les arguments invoqués par R sur le fondement de l’art. 8 de la *Charte* étant les mêmes que ceux fondés sur l’art. 7, il n’est pas nécessaire de les examiner séparément.

To the extent that the *in camera* provision in s. 51(2)(a) excludes both R and the public from the proceedings, it is clear that the provision violates s. 2(b) of the *Charter*. The provision cannot be saved by s. 1. While the protection of information which could reasonably be expected to be injurious to Canada's national security and the preservation of Canada's supply of intelligence information from foreign sources are pressing and substantial objectives, s. 51(2)(a) does not meet the proportionality test. The provision is rationally connected to the objective, as *in camera* hearings reduce the risk of an inadvertent disclosure of sensitive information, but it fails on the question of minimal impairment. Section 51(2)(a) mandates that the hearing be held *in camera* and does not limit the *in camera* requirement to only those parts of a hearing that involve the merits of an exemption. The requirement that the entire hearing of a s. 41 application or appeal therefrom be heard *in camera* is too stringent. The appropriate remedy is to read down s. 51(2)(a) so that it applies only to the *ex parte* submissions mandated by s. 51(3). A reviewing court retains the discretion, pursuant to s. 46, to conduct the remainder of the hearing or any portion thereof in public, or *in camera*, or *in camera* and *ex parte*.

The exemption in s. 22(1)(b) of the *Privacy Act* is not limited to current investigations or an identifiable prospective investigation. Since CSIS established a reasonable expectation of probable injury to investigations in general, it was justified in claiming the exemption based on s. 22(1)(b).

### Cases Cited

**Applied:** *Lavigne v. Canada (Office of the Commissioner of Official Languages)*, [2002] 2 S.C.R. 773, 2002 SCC 53; **referred to:** *Attorney General of Manitoba v. National Energy Board*, [1994] 2 F.C. 502; *Royal Bank v. W. Got & Associates Electric Ltd.*, [1994] 5 W.W.R. 337, aff'd [1997] 6 W.W.R. 715, aff'd [1999] 3 S.C.R. 408; *R. v. Dymont*, [1988] 2 S.C.R. 417; *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387; *B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 S.C.R. 315; *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411; *Knight v. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 S.C.R. 653; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817; *Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 711; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation*

*Dans la mesure où la disposition du par. 51(2) prescrivant le huis clos exclut à la fois R et le public, elle viole de toute évidence l'al. 2b) de la Charte. La validité de cette disposition ne peut être sauvegardée par l'article premier. Bien que la protection des renseignements dont la divulgation risquerait vraisemblablement de porter préjudice à la sécurité nationale du Canada et la préservation des sources étrangères de renseignements du Canada soient des préoccupations urgentes et réelles, le par. 51(2) ne respecte pas le critère de la proportionnalité. Comme la tenue d'audiences à huis clos diminue le risque de divulgation accidentelle de renseignements délicats, il existe un lien rationnel entre la disposition et l'objectif qu'elle vise. Toutefois, la disposition ne résiste pas à l'analyse fondée sur l'atteinte minimale. Le paragraphe 51(2) exige le huis clos pendant toute l'audience et non pas seulement pendant l'audition des arguments relatifs au bien-fondé des exceptions invoquées. L'obligation exigeant que l'audition du recours en révision prévu à l'art. 41 et de tout appel s'y rapportant ait entièrement lieu à huis clos est trop rigoureuse. La réparation convenable consiste à donner une interprétation atténuante du par. 51(2), de façon qu'il ne s'applique qu'aux audiences *ex parte* prescrites par le par. 51(3). Le tribunal saisi d'un recours en révision dispose, aux termes de l'art. 46, du pouvoir discrétionnaire de poursuivre tout ou partie du reste de l'audition en audience publique, à huis clos ou encore à huis clos et en l'absence d'une partie.*

L'exception prévue à l'al. 22(1)(b) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* ne s'applique pas uniquement aux enquêtes déjà en cours ou prévues. Ayant établi que la divulgation des renseignements risquerait vraisemblablement de nuire à ses activités d'enquête en général, le SCRS était justifié d'invoquer l'exception prévue par l'al. 22(1)(b).

### Jurisprudence

**Arrêt appliqué :** *Lavigne c. Canada (Commissariat aux langues officielles)*, [2002] 2 R.C.S. 773, 2002 CSC 53; **arrêts mentionnés :** *Procureur général du Manitoba c. Office national de l'énergie*, [1994] 2 C.F. 502; *Royal Bank c. W. Got & Associates Electric Ltd.*, [1994] 5 W.W.R. 337, conf. par [1997] 6 W.W.R. 715, conf. par [1999] 3 R.C.S. 408; *R. c. Dymont*, [1988] 2 R.C.S. 417; *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387; *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315; *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411; *Knight c. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 R.C.S. 653; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *Chiarelli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 711; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches*,

*and Research, Restrictive Trade Practices Commission*), [1990] 1 S.C.R. 425; *R. v. Brown*, [2002] 2 S.C.R. 185, 2002 SCC 32; *R. v. McClure*, [2001] 1 S.C.R. 445, 2001 SCC 14; *Winnipeg Child and Family Services v. K.L.W.*, [2000] 2 S.C.R. 519, 2000 SCC 48; *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326; *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 480; *Ternette v. Canada (Solicitor General)*, [1992] 2 F.C. 75; *Rubin v. Canada (Minister of Transport)*, [1998] 2 F.C. 430.

### Statutes and Regulations Cited

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 1, 2(b), 7, 8.  
*Privacy Act*, R.S.C. 1985, c. P-21, ss. 11, 12(1), 16(1), (2), 19-28, 19, 21, 22(1)(a), (b), (3), 26, 29 [am. 1992, c. 21, s. 37], 34(2), 41, 45, 46, 47, 49, 51, 52.  
*Supreme Court Act*, R.S.C. 1985, c. S-26, s. 47.

### Authors Cited

*Alberta Code of Professional Conduct*. Calgary: Law Society of Alberta, 1995 (loose-leaf revised December 1999).  
 de Smith, Stanley A. *Judicial Review of Administrative Action*, 5th ed. By Lord Woolf and Jeffrey Jowell. London: Sweet & Maxwell, 1995.  
 Jones, David Phillip. *Principles of Administrative Law*, 3rd ed. By D. P. Jones and Anne S. de Villars. Scarborough, Ont.: Carswell, 1999.  
 Wade, Sir William. *Administrative Law*, 8th ed. By Sir William Wade and Christopher Forsyth. New York: Oxford University Press, 2000.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal, [2000] 3 F.C. 589, 187 D.L.R. (4th) 675, 256 N.R. 278, 6 C.P.R. (4th) 289, [2000] F.C.J. No. 779 (QL), upholding the decisions of Simpson J. (1994), 22 C.R.R. (2d) 324, 80 F.T.R. 81, [1994] F.C.J. No. 789 (QL), and [1996] 3 F.C. 134, 113 F.T.R. 13, 136 D.L.R. (4th) 74, [1996] F.C.J. No. 748 (QL), affirming the constitutionality of s. 51 of the *Privacy Act*. Appeal allowed in part.

CROSS-APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal, [2000] 3 F.C. 589, 187 D.L.R. (4th) 675, 256 N.R. 278, 6 C.P.R. (4th) 289, [2000] F.C.J. No. 779 (QL), reversing the decision of MacKay J., [1998] 2 F.C. 351, 140 F.T.R. 42, 11 Admin. L.R. (3d) 132, [1997] F.C.J. No. 1750 (QL),

*Commission sur les pratiques restrictives du commerce*), [1990] 1 R.C.S. 425; *R. c. Brown*, [2002] 2 R.C.S. 185, 2002 CSC 32; *R. c. McClure*, [2001] 1 R.C.S. 445, 2001 CSC 14; *Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg c. K.L.W.*, [2000] 2 R.C.S. 519, 2000 CSC 48; *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326; *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 480; *Ternette c. Canada (Solliciteur général)*, [1992] 2 C.F. 75; *Rubin c. Canada (Ministre des Transports)*, [1998] 2 C.F. 430.

### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 2b), 7, 8.  
*Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, ch. S-26, art. 47.  
*Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. 1985, ch. P-21, art. 11, 12(1), 16(1), (2), 19-28, 19, 21, 22(1)a), b), (3), 26, 29 [mod. 1992, ch. 21, art. 37], 34(2), 41, 45, 46, 47, 49, 51, 52.

### Doctrine citée

*Alberta Code of Professional Conduct*. Calgary : Law Society of Alberta, 1995 (loose-leaf revised December 1999).  
 de Smith, Stanley A. *Judicial Review of Administrative Action*, 5th ed. By Lord Woolf and Jeffrey Jowell. London : Sweet & Maxwell, 1995.  
 Jones, David Phillip. *Principles of Administrative Law*, 3rd ed. By D. P. Jones and Anne S. de Villars. Scarborough, Ont. : Carswell, 1999.  
 Wade, Sir William. *Administrative Law*, 8th ed. By Sir William Wade and Christopher Forsyth. New York : Oxford University Press, 2000.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, [2000] 3 C.F. 589, 187 D.L.R. (4th) 675, 256 N.R. 278, 6 C.P.R. (4th) 289, [2000] A.C.F. No. 779 (QL), qui a confirmé les décisions du juge Simpson (1994), 22 C.R.R. (2d) 324, 80 F.T.R. 81, [1994] A.C.F. No. 789 (QL), et [1996] 3 C.F. 134, 113 F.T.R. 13, 136 D.L.R. (4th) 74, [1996] A.C.F. No. 748 (QL), confirmant la constitutionnalité de l'art. 51 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. Pourvoi accueilli en partie.

POURVOI INCIDENT contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, [2000] 3 C.F. 589, 187 D.L.R. (4th) 675, 256 N.R. 278, 6 C.P.R. (4th) 289, [2000] A.C.F. No. 779 (QL), qui a infirmé la décision du juge MacKay, [1998] 2 C.F. 351, 140 F.T.R. 42, 11 Admin. L.R. (3d) 132, [1997] A.C.F. No. 1750

regarding the interpretation of s. 22(1)(b) of the *Privacy Act*. Cross-appeal allowed.

*Marlys A. Edwardh and Breese Davies*, for the appellant.

*Barbara A. McIsaac, Q.C., Gregorios S. Tzemenakis and Christopher Rugar*, for the respondent.

*Dougald E. Brown and Steven J. Welchner*, for the intervener the Privacy Commissioner of Canada.

*Robert Lavigne*, on his own behalf.

The judgment of the Court was delivered by

ARBOUR J. — This appeal involves a constitutional challenge to a procedural section of the *Privacy Act*, R.S.C. 1985, c. P-21, that provides for mandatory *in camera* and *ex parte* proceedings where the government denies an applicant's request for access to personal information on the grounds of national security or the maintenance of foreign confidences. Specifically, the issue is whether ss. 51(2)(a) and 51(3) of the Act infringe or deny the appellant's rights and freedoms as guaranteed in ss. 2(b) and 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

The constitutional challenge in this case is in fact very narrow. For the purposes of this appeal, the appellant does not challenge the right of a government institution to refuse to confirm or deny the existence of personal information. Nor does the appellant challenge the right of a government institution to refuse to disclose information on the basis of the exemptions enumerated in the Act. The appellant only attacks the procedural requirement under the Act that in certain narrow circumstances it is mandatory for a reviewing court to hold the entire hearing of a judicial review application *in camera* and to accept *ex parte* submissions at the request of the government institution refusing disclosure. To be clear, the appellant only challenges the

(QL), relative à l'interprétation de l'al. 22(1)b) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. Pourvoi incident accueilli.

*Marlys A. Edwardh et Breese Davies*, pour l'appelant.

*Barbara A. McIsaac, c.r., Gregorios S. Tzemenakis et Christopher Rugar*, pour l'intimé.

*Dougald E. Brown et Steven J. Welchner*, pour l'intervenant le Commissaire à la protection de la vie privée du Canada.

*Robert Lavigne*, en son propre nom.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE ARBOUR — L'appelant conteste la constitutionnalité d'une disposition procédurale impérative de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. 1985, ch. P-21, qui prévoit la tenue d'audiences à huis clos et en l'absence d'une partie lorsque, pour des motifs liés à la sécurité nationale ou à la protection de renseignements confidentiels de source étrangère, l'institution fédérale concernée refuse de communiquer les renseignements personnels demandés. Plus précisément, il s'agit de décider si les par. 51(2) et (3) de la Loi ont pour effet de violer ou nier les droits et libertés garantis à l'appelant par l'al. 2b) et l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

La question constitutionnelle qui se pose en l'espèce a en fait une portée très limitée. Dans le présent pourvoi, l'appelant ne conteste pas le droit d'une institution fédérale de refuser de confirmer ou de nier l'existence de renseignements personnels, ni le droit d'une telle institution de refuser de communiquer des renseignements personnels sur le fondement des exceptions prévues par la Loi. Il attaque seulement l'exigence procédurale selon laquelle, dans certaines circonstances bien précises, le tribunal de révision doit impérativement entendre à huis clos toute la demande de contrôle judiciaire et, sur demande en ce sens de l'institution fédérale concernée, entendre certains arguments en l'absence de l'autre partie. En clair, il ne s'en prend qu'au caractère impératif de

1

2

mandatory nature of this provision and not the discretionary regime that applies for all other exemptions allowing a reviewing court to order a hearing *in camera* and accept *ex parte* submissions.

3 For reasons that I will expand upon below, I conclude that it is constitutional, within this statutory scheme, for the *Privacy Act* to require a reviewing court to accept submissions *ex parte* from the government institution refusing disclosure. However, the *in camera* requirement found in s. 51(2)(a) is overly broad. The provision must be read down to require only the *ex parte* submissions to be held *in camera*, with the reviewing court's retaining the discretion to order the hearing or portions thereof *in camera*.

#### I. Legislative Scheme

4 An understanding of the legislative framework of the *Privacy Act* is essential in order to understand this case. I have reproduced all the relevant provisions of the Act as an Appendix to these reasons. I will cite them as necessary in the course of my analysis.

5 First, a brief overview of the Act. Persons have a right to access personal information held about them by a government institution by virtue of s. 12 of the Act. A government institution may refuse to disclose personal information if able to claim one of the exemptions contained in ss. 19 through 28, inclusive. Section 19 is a mandatory exemption. A government institution shall refuse to disclose personal information requested under s. 12(1) that was obtained in confidence from the government of a foreign state or an international organization, unless that government or organization agrees to the disclosure or makes the information public. This exemption is commonly referred to as the "foreign confidences" exemption. Section 21 is a discretionary exemption. A government institution may refuse to disclose any personal information requested under s. 12(1) if such disclosure can reasonably be

la disposition, et non au régime discrétionnaire qui s'applique à toutes les autres exceptions autorisant le tribunal à ordonner la tenue de l'audience à huis clos et à entendre certains arguments en l'absence de l'autre partie.

Pour des raisons que je vais préciser plus loin, je conclus à la constitutionnalité, dans le présent cadre législatif, de la disposition de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* qui oblige le tribunal de révision à entendre les arguments de l'institution fédérale concernée en l'absence de l'autre partie. Toutefois, l'obligation de huis clos prévue par le par. 51(2) a une portée excessive. Cette disposition doit recevoir une interprétation atténuante, de façon que seuls les arguments présentés en l'absence de l'autre partie soient entendus à huis clos, le tribunal conservant le pouvoir discrétionnaire d'ordonner que le reste de l'audience se déroule en totalité ou en partie à huis clos.

#### I. Le régime législatif

Pour bien saisir la question que soulève le présent pourvoi, il est essentiel de connaître le cadre établi par la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. J'ai reproduit, dans une annexe jointe aux présents motifs, toutes les dispositions pertinentes de la Loi, que je vais citer au besoin dans le cours de mon analyse.

Faisons d'abord un survol de la Loi. L'article 12 de celle-ci confère à tout citoyen le droit de se faire communiquer les renseignements personnels qu'une institution fédérale détient à son sujet. L'institution fédérale concernée peut en refuser la communication si elle est en mesure d'invoquer l'une des exceptions prévues aux art. 19 à 28 inclusivement. L'exception établie à l'art. 19 a un caractère impératif. En effet, l'institution fédérale concernée doit refuser la communication de renseignements personnels qui ont été obtenus à titre confidentiel des gouvernements des États étrangers ou des organisations internationales, sauf si ceux-ci consentent à la communication ou rendent les renseignements publics. Il s'agit de l'exception relative aux « renseignements confidentiels de source étrangère ». L'exception prévue à l'art. 21 est de nature discrétionnaire. L'institution fédérale concernée peut



expected to be injurious to “the conduct of international affairs, the defence of Canada or any state allied or associated with Canada . . . or the efforts of Canada toward detecting, preventing or suppressing subversive or hostile activities”. This exemption is commonly referred to as the “national security” exemption.

The Act provides for two levels of independent review when a government institution refuses a request for access to personal information: the Privacy Commissioner and the Federal Court of Canada. The Privacy Commissioner has broad powers to carry out investigations. Upon completing an investigation, if the Privacy Commissioner finds that the complaint is well-founded, the Commissioner may recommend that the information be disclosed. The Commissioner does not, however, have the power to compel disclosure. Where the Privacy Commissioner has completed an investigation and a government institution continues to refuse to disclose the personal information, the individual who has been refused access may apply to the Federal Court for judicial review of the refusal. Pursuant to s. 46(1), the reviewing judge must take every reasonable precaution to avoid the disclosure of information that, in the end, may be found to be appropriately withheld. Accordingly, s. 46(1) gives the reviewing judge the discretion to receive representations *ex parte* and to conduct hearings *in camera*.

Section 51 changes the discretionary regime of s. 46 to a mandatory one in circumstances where a government institution has claimed an exemption under s. 19(1)(a) or (b) or s. 21 (the “foreign confidences” and the “national security” exemptions). When an exemption has been claimed under these provisions, s. 51(2)(a) mandates that the Federal Court hear the judicial review application or an appeal therefrom *in camera*. Section 51(3) provides that on the request of the head of the government institution that has refused access to material on the basis of one of these provisions, the court must receive submissions from the government institution on an *ex parte* basis.

refuser de communiquer des renseignements personnels 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 ses efforts de détection, de prévention ou de répression d’activités hostiles ou subversives ». Il s’agit de l’exception relative à la « sécurité nationale ».

La Loi a établi deux paliers de révision indépendante auxquels l’intéressé peut s’adresser en cas de refus de l’institution fédérale concernée de communiquer les renseignements personnels demandés : le Commissaire à la protection de la vie privée (« Commissaire ») et la Cour fédérale du Canada. Le Commissaire est investi de vastes pouvoirs d’enquête. Lorsque, à l’issue d’une enquête, le Commissaire conclut au bien-fondé de la plainte, il peut recommander à l’institution fédérale de communiquer les renseignements demandés, mais non la contraindre à le faire. Lorsque le Commissaire a terminé son enquête et que l’institution fédérale maintient son refus de communiquer les renseignements personnels demandés, le plaignant peut demander la révision de cette décision à la Cour fédérale. Conformément au par. 46(1), le juge chargé de la révision prend alors toutes les précautions possibles pour éviter que ne soient divulgués des renseignements dont la communication pourrait en définitive avoir à juste titre été refusée. Ce paragraphe accorde donc au juge le pouvoir discrétionnaire d’entendre des arguments en l’absence d’une partie et de tenir des audiences à huis clos.

Sous l’effet de l’art. 51, le régime de nature discrétionnaire établi à l’art. 46 prend un caractère impératif dans les cas où l’institution fédérale concernée invoque l’exception prévue à l’al. 19(1)a) ou b) (« renseignements confidentiels de source étrangère ») ou à l’art. 21 (« sécurité nationale »). Dans un tel cas, le par. 51(2) oblige alors la Cour fédérale, en premier ressort ou en appel, à tenir l’audience à huis clos. Suivant le par. 51(3), si le responsable de l’institution fédérale concernée demande à présenter des arguments en l’absence d’une autre partie, la cour doit accéder à sa demande.

6

7

## II. Facts

8 The analysis and outcome of this case do not turn on the facts. However, the facts are useful in order to understand the history of this particular litigation and also as an example of access to information litigation in general.

9 On March 22, 1988 the appellant, Clayton Ruby, requested access to personal information held in personal information bank SIS/P-PU-010 (“Bank 010”) maintained by the Canadian Security Intelligence Service (“CSIS”). The request was made pursuant to s. 12(1)(a) of the Act. The request to CSIS was only one of a number of access to information requests made by the appellant to the Royal Canadian Mounted Police (“RCMP”) and the Department of External Affairs. Only CSIS named ss. 19 and 21 as exemptions and therefore the constitutional challenge to s. 51 involves only the request to CSIS. In the original application the respondent filed an affidavit of Robert Ian MacEwan, Director General, Counter Terrorism, CSIS. In order to describe the information contained in Bank 010, the affidavit reproduced the Personal Information Index published in 1987 in accordance with s. 11 of the Act:

This bank contains information on individuals whose activities may, on reasonable grounds, be suspected of directly relating to espionage or sabotage that is against or is detrimental to the interests of Canada; or, activities directed toward or in support of such activity; foreign influenced activities within or relating to Canada that are detrimental to the interests of Canada, and are clandestine or deceptive, or involve a threat to any person; activities within or relating to Canada directed toward or in support of the threat or use of acts of serious violence against persons or property for the purpose of achieving a political objective within Canada or a foreign state; and, activities directed toward undermining by covert unlawful acts, or directed toward or intended ultimately to lead to the destruction or overthrow by violence of the constitutionally established system of government in Canada. This bank may also contain personal information that, in relation to the defence of Canada or to the conduct of the international affairs of Canada, pertains to the capabilities, intentions; or activities of any foreign state or group of foreign states; of any person other than a Canadian citizen or permanent resident; or, any corporation except

## II. Les faits

Bien que l’issue du pourvoi et l’analyse requise ne soient pas tributaires des faits, ceux-ci permettent toutefois de comprendre l’origine du présent litige et d’illustrer le genre de différends auxquels donnent lieu les demandes d’accès à l’information en général.

Le 22 mars 1988, l’appelant, Clayton Ruby, a demandé la communication de renseignements personnels contenus dans le fichier SRS/P-PU-010 (le « fichier 010 ») du Service canadien du renseignement de sécurité (« SCRS »). Cette demande, présentée en vertu de l’al. 12(1)a) de la Loi, s’ajoutait à celles adressées à la Gendarmerie royale du Canada (« GRC ») et au ministère des Affaires étrangères. Le SCRS ayant été le seul organisme à invoquer les exceptions prévues aux art. 19 et 21, la contestation de la constitutionnalité de l’art. 51 ne vise que la demande présentée à cette institution. Dans le cadre de l’instance initiale, l’intimé a produit un affidavit établi par le directeur général de l’antiterrorisme au SCRS, Robert Ian MacEwan. Pour décrire le contenu du fichier 010, l’affidavit reproduisait l’extrait suivant du Répertoire de renseignements personnels publié en 1987 conformément à l’art. 11 de la Loi :

Ce fichier renferme des renseignements sur des [personnes] dont les activités peuvent être, suivant des motifs raisonnables, directement reliées à l’espionnage ou au sabotage visant le Canada ou préjudiciables à ses intérêts, ainsi que les activités tendant à favoriser ce genre d’espionnage ou de sabotage; les activités influencées par l’étranger qui touchent le Canada ou s’y déroulent et sont préjudiciables à ses intérêts et qui sont d’une nature clandestine ou trompeuse ou comportent des menaces de violence contre des personnes ou des biens dans le but d’atteindre un objectif politique au Canada ou dans un État étranger; les activités qui, par des actions cachées et illicites, visent à saper le régime de gouvernement constitutionnellement établi au Canada ou dont le but immédiat ou ultime est sa destruction ou son renversement, par la violence. Ce fichier peut également renfermer des renseignements personnels qui, en ce qui a trait à la défense du Canada ou à la conduite des affaires internationales du Canada, portent sur les ressources, les intentions ou les activités d’un État étranger ou d’un groupe d’États, de personnes qui ne sont ni citoyens canadiens ni résidents du Canada ou de sociétés, sauf celles qui sont

one incorporated pursuant to the laws of Canada or of any province. Information is also held in respect to CSIS providing advice relating to the *Citizenship or Immigration Acts*.

Although the appellant's access request was with respect to personal information contained in Bank 010, CSIS took the liberty of also searching personal information bank SIS/P-PU-015 ("Bank 015"). Bank 015 is described in the Personal Information Index published in 1987 as containing information similar in nature to that in Bank 010 but of a less current and less sensitive nature.

CSIS responded to the appellant's request by letter dated August 12, 1988. With respect to Bank 010 CSIS would neither confirm nor deny the existence of information but if such information did exist CSIS refused to disclose the information claiming the exemptions in ss. 19, 21, 22, and 26 of the Act. With respect to information in Bank 015, CSIS disclosed 41 pages, portions of which were excised and claimed as exempt under ss. 21 and 26. CSIS disclosed a further 71 pages from a different source, or portions therefrom, claiming exemptions under s. 21 of the Act for the excised portions.

The appellant filed a complaint with the federal Privacy Commissioner pursuant to s. 29 of the Act regarding the refusal of CSIS to disclose information in Banks 010 and 015. Subsequent to the complaint the appellant was informed by CSIS that two more documents containing personal information about him existed in Bank 015 but were being claimed as exempt pursuant to ss. 19, 21, 22(1)(a)(iii), 22(1)(b) and 26. CSIS later amended the exemption to s. 22(1)(a)(ii) as opposed to s. 22(1)(a)(iii). As a result of the investigations by the Privacy Commissioner, CSIS disclosed an additional four pages, portions of which were excised claiming exemptions under ss. 21 and 26 of the Act.

The Acting Privacy Commissioner conducted an investigation and concluded that CSIS's refusal to

constituées aux termes des lois du Canada ou d'une province canadienne. Le SCRS peut communiquer des renseignements qui serviront à préparer des évaluations de sécurité nationales ou étrangères ou lorsqu'il donne des conseils en vertu de la *Loi sur la citoyenneté* et de la *Loi sur l'immigration*.

Bien que la demande de l'appellant portât sur des renseignements personnels contenus dans le fichier 010, le SCRS s'est permis de consulter également le fichier SRS/P-PU-015 (le « fichier 015 »). Selon le Répertoire de renseignements personnels publié en 1987, le fichier 015 renferme des renseignements semblables à ceux du fichier 010, mais de nature moins courante et délicate.

Le SCRS a répondu à la demande de l'appellant dans une lettre datée du 12 août 1988. Relativement au fichier 010, le SCRS n'a pas confirmé ou nié l'existence de renseignements, mais il a indiqué que, à supposer que de tels renseignements existent, il refusait de les communiquer, appuyant son refus sur les exceptions prévues aux art. 19, 21, 22 et 26 de la Loi. En ce qui a trait au fichier 015, le SCRS a communiqué 41 pages dont certaines parties avaient été retranchées en vertu des exceptions prévues aux art. 21 et 26. Le SCRS a communiqué 71 autres pages provenant d'une autre source, après en avoir retranché certaines parties sur le fondement de l'art. 21 de la Loi.

En vertu de l'art. 29 de la Loi, l'appellant a déposé auprès du Commissaire une plainte concernant le refus du SCRS de lui communiquer des renseignements contenus dans les fichiers 010 et 015. Le SCRS a par la suite informé l'appellant que le fichier 015 renfermait deux autres documents contenant des renseignements personnels à son sujet, mais qu'on invoquait à leur égard les exceptions prévues aux art. 19, 21 et 26, au sous-al. 22(1)(a)(iii) et à l'al. 22(1)(b). Le SCRS a ultérieurement apporté une correction, invoquant le sous-al. 22(1)(a)(ii) plutôt que le sous-al. 22(1)(a)(iii). À l'issue de l'enquête du Commissaire, le SCRS a communiqué quatre pages supplémentaires, dont certaines parties avaient été retranchées en application des art. 21 et 26 de la Loi.

Au terme de son enquête, le Commissaire intérimaire a conclu que le refus du SCRS de confirmer

10

11

12

13

neither confirm or deny the existence of information in Bank 010 was within the requirements of s. 16(2) of the Act and thus the complaint in regard to this refusal was not well-founded. In regards to the exemptions claimed in respect of information held in Bank 015, the Privacy Commissioner concluded that, with the exception of two documents, the undisclosed material was properly exempted under the Act. The Privacy Commissioner asked the Solicitor General to disclose two documents but the request was refused. The Commissioner informed the appellant that this was the first case in which a Minister had refused to accept a recommendation that information be disclosed. The documents were subsequently disclosed, with portions excised, after the judicial review proceeding was initiated.

14 Three years after the original access request, the appellant filed an application in the Federal Court, Trial Division under s. 41 of the Act for a review of CSIS's refusal to disclose the information. Section 41 provides that where a person has requested access to information, has been denied, and has filed a complaint with the Privacy Commissioner, he or she may then apply to the Federal Court for a judicial review of the refusal.

15 CSIS released additional documents to the appellant in July 1992. CSIS disclosed 211 pages, portions of which were excised claiming exemptions under ss. 19, 21, 22(1)(a), 22(1)(b) and 26 of the Act. CSIS maintains its position of non-disclosure with respect to all documents contained in Bank 010 and the remainder of documents in Bank 015, including the excised portions therefrom, based on disclosure exemptions in ss. 19, 21, 22 and 26 of the Act.

16 Prior to the commencement of the judicial review hearing, the appellant filed notice of intent to challenge the s. 51 mandatory procedure provision under ss. 7, 8 and 2(b) of the *Charter*.

17 In the application, CSIS submitted a secret affidavit of an officer of CSIS, filed on order of the court.

ou de nier l'existence de renseignements dans le fichier 010 respectait les exigences du par. 16(2) de la Loi et que la plainte s'y rapportant n'était en conséquence pas fondée. Relativement aux exceptions prévues par la Loi invoquées à l'égard de l'information se trouvant dans le fichier 015, le Commissaire a estimé que la communication des éléments avait à bon droit été refusée, sauf pour deux documents. Le Commissaire a demandé au solliciteur général de communiquer les deux documents en question, mais sa demande a été rejetée. Le Commissaire a informé l'appellant que c'était la première fois qu'un ministre refusait de donner suite à une telle recommandation de sa part. Les documents — amputés toutefois de certaines parties — ont par la suite été communiqués à l'appellant, après le dépôt de sa demande de révision judiciaire.

Trois ans après la demande de communication initiale, l'appellant a présenté à la Section de première instance de la Cour fédérale, en vertu de l'art. 41 de la Loi, une demande de révision de la décision du SCRS lui refusant la communication des renseignements sollicités. L'article 41 dispose que la personne qui s'est vue refuser la communication de renseignements et qui a déposé une plainte auprès du Commissaire peut exercer un recours en révision devant la Cour fédérale.

En juillet 1992, le SCRS a communiqué d'autres documents à l'appellant. Il lui a fait parvenir 211 pages, dont il avait retranché certaines parties sur le fondement des exceptions prévues par les art. 19, 21 et 26, et les al. 22(1)a) et b) de la Loi. Invoquant les exceptions établies aux art. 19, 21, 22 et 26 de la Loi, le SCRS maintient son refus de communiquer tous les documents contenus dans le fichier 010 et le reste des documents que renferme le fichier 015, y compris les parties retranchées des documents déjà communiqués.

Avant le début de l'audition de la demande de révision, l'appellant a signifié son intention de contester, au regard des art. 7 et 8 et de l'al. 2b) de la *Charte*, la constitutionnalité de la procédure impérative prévue à l'art. 51.

Durant l'instance devant la Cour fédérale, le SCRS a produit un affidavit secret établi par un

The affidavit informed the court whether personal information about the appellant existed in Bank 010 and if it did exist, the documents were provided with an explanation of the claimed exemptions for examination by the court. The undisclosed information that was contained in Bank 015 was also provided for examination by the court with an explanation of the exemption claimed.

Both the Trial Division and appellate level of the Federal Court ruled that s. 51(2)(a) and (3) violated s. 2(b) of the *Charter* but that they were saved by s. 1. Both levels of the Federal Court also found that the mandatory procedure in s. 51 did not violate s. 7, however they differed with respect to their characterizations of a right to privacy under s. 7.

The appellant appeals to this Court on the issues as to whether s. 7 of the *Charter* is engaged by s. 51(3), whether the violation of s. 2(b) is justifiable under s. 1 and costs. The Solicitor General cross-appeals on an issue of interpretation of s. 22(1)(b) of the Act and whether “injury” contemplated in that section is restricted to injury to current ongoing or identifiable prospective investigations.

### III. Judgments Below

The constitutional validity of s. 51 and the merits of the exemptions claimed by CSIS were determined separately in the Federal Court, Trial Division. The Court of Appeal consolidated the appeals on the constitutional question and the merits of the exemptions.

A. *Federal Court, Trial Division* (1994), 80 F.T.R. 81 and [1996] 3 F.C. 134

Simpson J. ruled in the preliminary proceeding on the constitutional validity of s. 51. She held that any privacy rights protected by the *Charter* were not engaged by s. 51. She did, however, find that

de ses agents et déposé par suite d’une ordonnance de la Cour fédérale. L’affidavit indiquait à cette dernière s’il y avait ou non des renseignements personnels sur l’appellant dans le fichier 010 et, lorsque de tels renseignements existaient, les documents étaient communiqués à la cour, accompagnés d’explications concernant les exceptions invoquées. Les renseignements qui figuraient dans le fichier 015 et que le SCRS avait refusé de communiquer ont également été remis à la cour, avec des explications à l’égard de l’exception revendiquée.

Tant la Section de première instance de la Cour fédérale que la Cour d’appel fédérale ont jugé que les par. 51(2) et (3) de la Loi portaient atteinte au droit garanti par l’al. 2b) de la *Charte*, mais que leur validité était sauvegardée par l’article premier. Toutes deux ont en outre conclu que la procédure impérative prévue par l’art. 51 ne violait pas l’art. 7, mais elles ont qualifié différemment le droit à la protection de la vie privée que protégerait l’art. 7.

L’appelant demande à la Cour de décider si le par. 51(3) de la Loi fait intervenir l’art. 7 de la *Charte* et si la violation de l’al. 2b) est justifiable au regard de l’article premier. Il nous demande en outre de statuer sur les dépens. Le solliciteur général se pourvoit de façon incidente quant à l’interprétation de l’al. 22(1)b) de la Loi et à la question de savoir si le terme « nuire » qui y est employé ne vise que les enquêtes en cours ou prévues.

### III. Les décisions des juridictions inférieures

La Section de première instance de la Cour fédérale a statué séparément sur la constitutionnalité de l’art. 51 et sur le bien-fondé des exceptions invoquées par le SCRS. La Cour d’appel a réuni les appels interjetés relativement aux deux questions.

A. *Section de première instance de la Cour fédérale* (1994), 80 F.T.R. 81 et [1996] 3 C.F. 134

Dans la procédure préliminaire, madame le juge Simpson s’est prononcée sur la constitutionnalité de l’art. 51. Elle a conclu que cette disposition ne soulevait aucun droit à la protection de la vie privée

18

19

20

21

s. 51 was contrary to s. 2(b) of the *Charter* but that such violation was saved by s. 1.

B. *Federal Court of Appeal*, [2000] 3 F.C. 589

22

The Federal Court of Appeal held that the mandatory *in camera* and *ex parte* provisions did not engage the liberty interest enshrined in s. 7. The court agreed with the decision of Simpson J. that the provisions are procedural in nature and do not interfere with the right of access granted by the *Privacy Act*. The Solicitor General did not appeal Simpson J.'s finding that the mandatory provisions in s. 51 violate s. 2(b). The Court of Appeal held that the provisions were saved by s. 1.

#### IV. Constitutional Questions

23

The following constitutional questions were stated by Order of this Court on June 21, 2001:

1. Do ss. 51(2)(a) and 51(3) of the *Privacy Act*, R.S.C. 1985, c. P-21, as amended, infringe or deny the appellant's rights or freedoms guaranteed by s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
2. If the answer to Question 1 is in the affirmative, are ss. 51(2)(a) and 51(3) of the *Privacy Act* reasonable limits, prescribed by law, that can be demonstrably justified in a free and democratic society, pursuant to s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
3. Does s. 51(3) of the *Privacy Act* infringe or deny the appellant's rights and freedoms guaranteed by s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
4. If the answer to Question 3 is in the affirmative, is s. 51(3) of the *Privacy Act* a reasonable limit, prescribed by law, that can be demonstrably justified in a free and democratic society, pursuant to s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

garanti par la *Charte*. Elle a cependant jugé que l'art. 51 contrevient à l'al. 2b) de la *Charte*, mais que sa validité était sauvegardée par l'article premier.

B. *Cour d'appel fédérale*, [2000] 3 C.F. 589

La Cour d'appel fédérale a estimé que les dispositions impératives concernant la tenue d'audiences à huis clos et en l'absence d'une partie ne mettaient pas en jeu le droit à la liberté constitutionnalisé à l'art. 7. Elle a souscrit à l'opinion de madame le juge Simpson selon laquelle ces dispositions ont un caractère procédural et ne portent pas atteinte au droit d'accès à l'information reconnu par la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. Le solliciteur général n'a pas appelé de la conclusion du juge Simpson selon laquelle les dispositions impératives de l'art. 51 violent l'al. 2b). La Cour d'appel a jugé que la validité de ces dispositions était sauvegardée par l'article premier.

#### IV. Les questions constitutionnelles

Le 21 juin 2001, la Cour a formulé, par voie d'ordonnance, les questions constitutionnelles suivantes :

1. Les paragraphes 51(2) et (3) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. 1985, ch. P-21, et ses modifications, portent-ils atteinte aux droits et libertés que l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* garanti à l'appelant?
2. Si la réponse à la première question est affirmative, les par. 51(2) et (3) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* constituent-ils des limites raisonnables prescrites par une règle de droit, dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
3. Le paragraphe 51(3) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* porte-t-il atteinte aux droits et libertés que l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* garanti à l'appelant?
4. Si la réponse à la question 3 est affirmative, le par. 51(3) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* constitue-t-il une limite raisonnable prescrite par une règle de droit, dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

## V. Analysis

It is important to clarify at the outset the meaning and effect of the mandatory *in camera* and *ex parte* provisions. Section 51 reads:

**51.** (1) Any application under section 41 or 42 relating to personal information that the head of a government institution has refused to disclose by reason of paragraph 19(1)(a) or (b) or section 21 . . . shall be heard and determined by the Associate Chief Justice of the Federal Court or by such other judge of the Court as the Associate Chief Justice may designate to hear the applications.

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

(a) be heard *in camera*; and

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

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

Section 51 requires a court, in an application for judicial review brought under s. 41 of the Act, to hear the application or any appeal therefrom *in camera*. Simpson J., in her s.1 analysis, noted that there was a judicial practice of reading down s. 51 as requiring only those portions of the hearing in which the *ex parte* submissions are received to be *in camera*. I will discuss this practice later in my reasons. Suffice it to say, at this point, however, that such an interpretation cannot be reasonably supported on a plain reading of the Act. The provision is clear that the entire hearing and any appeal therefrom, are to be held *in camera*.

*Ex parte*, in a legal sense, means a proceeding, or a procedural step, that is taken or granted at the instance of and for the benefit of one party only, without notice to or argument by any adverse party:

## V. L'analyse

Il importe au départ de clarifier le sens et l'effet des dispositions impératives concernant la tenue d'audiences à huis clos et en l'absence d'une partie. Voici le texte de l'art. 51 :

**51.** (1) Les recours visés aux articles 41 ou 42 et portant sur les cas où le refus de donner communication de renseignements personnels est lié aux alinéas 19(1)a) ou b) ou à l'article 21 [. . .] sont exercés devant le juge en chef adjoint de la Cour fédérale ou tout autre juge de cette Cour qu'il charge de leur audition.

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

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

Aux termes de l'art. 51, le tribunal saisi d'une demande de révision présentée en vertu de l'art. 41 de la Loi doit, en premier ressort ou en appel, entendre la demande à huis clos. Dans son analyse relative à l'article premier, madame le juge Simpson a souligné que la Cour fédérale a pour pratique de donner une interprétation atténuante de l'art. 51 et de n'ordonner le huis clos que pendant l'audition des arguments en l'absence de l'autre partie. Je vais examiner cette pratique plus loin dans mes motifs. Qu'il suffise pour l'instant de dire que la simple lecture de la Loi ne saurait raisonnablement appuyer une telle interprétation. Le texte de la disposition pertinente indique clairement que l'audition de la demande et de tout appel s'y rapportant doit se dérouler entièrement à huis clos.

En droit, l'expression *ex parte* (« en l'absence d'une partie ») s'entend d'une procédure ou d'une étape de la procédure qui se déroule à la demande et au bénéfice d'une seule partie, sans avis à la partie

*Attorney General of Manitoba v. National Energy Board*, [1974] 2 F.C. 502 (T.D.). The circumstances in which a court will accept submissions *ex parte* are exceptional and limited to those situations in which the delay associated with notice would result in harm or where there is a fear that the other party will act improperly or irrevocably if notice were given. For instance, temporary injunctions are often issued *ex parte* in order to preserve the *status quo* for a short period of time before both parties can be heard (to prevent the demolition of a building, for example).

adverse ou présentation d'arguments de sa part : *Procureur général du Manitoba c. Office national de l'énergie*, [1974] 2 C.F. 502 (1<sup>re</sup> inst.). Les tribunaux n'entendent des arguments de cette façon qu'à titre exceptionnel, lorsque le délai occasionné par la signification d'un avis serait préjudiciable ou que l'on craint que l'autre partie n'agisse de façon irrégulière ou irrévocable si un avis lui est donné. Par exemple, il arrive souvent qu'une injonction provisoire soit décernée en l'absence de l'autre partie afin de maintenir brièvement le statu quo, jusqu'à ce que les deux parties puissent être entendues (afin de prévenir la démolition d'un immeuble par exemple).

26

*Ex parte* proceedings need not be held *in camera*. Indeed, *ex parte* submissions are often made in open court (in interlocutory matters, for example). In fact, an order will still be considered *ex parte* where the other party happens to be present at the hearing but does not make submissions (for instance, because of insufficient notice): *Royal Bank v. W. Got & Associates Electric Ltd.*, [1994] 5 W.W.R. 337 (Alta. Q.B.), at para. 10, aff'd [1997] 6 W.W.R. 715 (Alta. C.A.), aff'd (without reference to this point) [1999] 3 S.C.R. 408. On the other hand, other *ex parte* proceedings are, by necessity, not held in public. An application for a wiretap authorization, for instance, must be made both *ex parte* and *in camera*.

Une instance *ex parte* ne se déroule pas nécessairement à huis clos. De fait, des arguments présentés *ex parte* sont souvent entendus dans le cadre d'une audience publique (en matière interlocutoire par exemple). En fait, une ordonnance est considérée rendue *ex parte* lorsque l'autre partie assiste à l'audience mais ne présente pas d'arguments (en raison, par exemple, d'un avis insuffisant) : *Royal Bank c. W. Got & Associates Electric Ltd.*, [1994] 5 W.W.R. 337 (B.R. Alb.), par. 10, conf. par [1997] 6 W.W.R. 715 (C.A. Alb.), conf. (sans mention de cette question) par [1999] 3 R.C.S. 408. Par contre, d'autres procédures *ex parte* se déroulent nécessairement à huis clos, notamment les demandes d'autorisation d'écoute électronique, qui sont entendues à la fois *ex parte* et à huis clos.

27

In all cases where a party is before the court on an *ex parte* basis, the party is under a duty of utmost good faith in the representations that it makes to the court. The evidence presented must be complete and thorough and no relevant information adverse to the interest of that party may be withheld: *Royal Bank*, *supra*, at para. 11. Virtually all codes of professional conduct impose such an ethical obligation on lawyers. See for example the *Alberta Code of Professional Conduct*, c. 10, r. 8.

La partie qui plaide *ex parte* devant un tribunal a l'obligation de présenter ses arguments avec la bonne foi la plus absolue. Elle doit offrir une preuve complète et détaillée, et n'omettre aucune donnée pertinente qui soit défavorable à son intérêt : *Royal Bank*, précité, par. 11. Presque tous les codes de déontologie professionnelle applicables aux avocats leur font cette obligation. Voir, par exemple, l'*Alberta Code of Professional Conduct*, ch. 10, règle 8.

28

Section 51 of the *Privacy Act* contemplates the following: where a "foreign confidence" or "national security" exemption is claimed by a government institution, the hearing must be held *in camera* (s. 51(2)(a)). This means that the hearing is not open to the public but the applicant is not

L'article 51 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* envisage la situation suivante : lorsqu'une institution fédérale invoque l'exception relative à un « renseignement confidentiel de source étrangère » ou à la « sécurité nationale », l'audience doit se dérouler à huis clos (par. 51(2)). Cela signifie



excluded and may participate. In the course of that *in camera* hearing, the government institution may request that the applicant be excluded and, in such a case, the court must hear the government *ex parte* (s. 51(3)) (and, of course, still *in camera*). Therefore it is only through the operation of ss. 51(2)(a) and 51(3) together that the appellant is excluded from the proceeding.

Properly understood, the constitutional challenge on the basis of s. 7 relates essentially to the appellant's exclusion from the hearing as a result of the operation of ss. 51(2)(a) and 51(3) together, resulting in portions of the government's submissions being *ex parte* and *in camera* and therefore unavailable to the appellant. It is the exclusion of the appellant from portions of the government's submissions that is alleged to be contrary to the principles of fundamental justice. As for the s. 2(b) challenge, it relates to the statutory requirement that the entire hearing be *in camera*, inclusive of the *ex parte* submissions. It is the mandatory exclusion of the public and the media, (of which the appellant is a member) from the proceedings that the appellant alleges violates s. 2(b) of the *Charter*.

#### A. Section 7

In addition to his claim under s. 7, the appellant also argued a violation of s. 8 of the *Charter*. The arguments presented under s. 8 are entirely subsumed under s. 7 and need not be addressed independently.

The appellant argues that the right to security of the person protected by s. 7 of the *Charter* protects the right to privacy in a biographical core of information to which an individual would wish to control access. This biographical core of information includes information which tends to reveal intimate details of lifestyle and individual personal or political choices. This right to privacy is said to include a concomitant right of access to personal information in the hands of government in order that an individual may know what information the government possesses. This, in turn, will ensure that government action in the collection of personal information can

que le public ne peut assister à l'audience, mais le demandeur n'en est pas pour autant exclu et il peut y prendre part. Pendant cette audience à huis clos, l'institution fédérale peut demander l'exclusion du demandeur et, en pareil cas, le tribunal doit entendre l'institution en l'absence du demandeur (par. 51(3)) (et toujours à huis clos, bien sûr). En conséquence, ce n'est que par l'application successive des par. 51(2) et (3) que l'appelant est exclu de la salle d'audience.

En définitive, la contestation constitutionnelle fondée sur l'art. 7 vise essentiellement l'exclusion de l'appelant de l'audience résultant de l'application combinée des par. 51(2) et (3), situation qui a pour effet que certains des arguments de l'État sont alors présentés à la fois *ex parte* et à huis clos et sont, de ce fait, inconnus de l'appelant. De prétendre l'appelant, c'est son exclusion de cette partie de l'instance qui est contraire aux principes de justice fondamentale. L'argument fondé sur l'al. 2b) concerne l'obligation faite par la Loi au tribunal de tenir toute l'audience à huis clos, y compris durant la présentation d'arguments en l'absence de l'autre partie. Selon l'appelant, c'est l'exclusion impérative du public et des médias (dont il fait partie) qui viole l'al. 2b) de la *Charte*.

#### A. L'article 7

L'appelant a plaidé qu'il y avait atteinte non seulement à l'art. 7 mais également à l'art. 8 de la *Charte*. Ses arguments étant les mêmes dans les deux cas, il n'est pas nécessaire de les examiner séparément.

L'appelant soutient que le droit à la sécurité de la personne garanti à l'art. 7 de la *Charte* protège le droit de l'individu au respect de sa vie privée relativement à un ensemble de renseignements personnels auxquels il pourrait vouloir restreindre l'accès. Cet ensemble comprend des renseignements tendant à dévoiler des détails intimes sur le mode de vie de l'intéressé, ainsi que sur ses choix personnels ou politiques. Ce droit à la vie privée emporterait corollairement pour le citoyen le droit d'accès aux renseignements personnels que l'État détient à son sujet afin de pouvoir en connaître la teneur. Grâce à ce droit d'accès, les mesures gouvernementales de

29

30

31

be scrutinized and inaccuracies in the information collected may be corrected. Any limit on this right to access must accord with the principles of fundamental justice. Following this argument, the appellant submits that the procedural provisions in s. 51 directly affect an individual's ability to "control such information in the hands of the state" and for that reason the procedural unfairness created by s. 51 violates s. 7 of the *Charter*.

32

The Federal Court of Appeal, citing *R. v. Dymont*, [1988] 2 S.C.R. 417, *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387, *B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 S.C.R. 315, and *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411, observed that there is an emerging view that the liberty interest in s. 7 of the *Charter* protects an individual's right to privacy. They accepted the appellant's view that in order for the right to informational privacy to have any substantive meaning it must be concerned both with the acquisition and the subsequent use of personal information. Recognizing that one has a legitimate interest in ensuring that information has been properly collected and is being used for the proper purpose, the Court of Appeal held that the right to privacy includes the ability to control the dissemination of personal information obtained by the government. To this end the court stated (at para. 169):

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

33

In my view, it is unnecessary to the disposition of this case to decide whether a right to privacy comprising a corollary right of access to personal information triggers the application of s. 7 of the *Charter*. Assuming, for the purposes of this analysis, that the appellant has suffered a deprivation of his liberty or security of the person interest, that deprivation is not contrary to the principles of fundamental justice. In

collecte de renseignements personnels pourraient être contrôlées et toute inexactitude des renseignements recueillis pourrait être corrigée. Toute restriction de ce droit d'accès devrait respecter les principes de justice fondamentale. L'appelant soutient en conséquence que les dispositions procédurales prévues par l'art. 51 affectent directement la capacité d'une personne de [TRADUCTION] « vérifier quels renseignements se trouvent en la possession de l'État » et que, pour cette raison, l'iniquité procédurale créée par l'art. 51 viole l'art. 7 de la *Charte*.

Se référant aux arrêts *R. c. Dymont*, [1988] 2 R.C.S. 417, *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387, *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315, et *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411, la Cour d'appel fédérale a signalé qu'il se dégage une tendance reconnaissant que le droit à la liberté garanti aux individus par l'art. 7 de la *Charte* protège le droit de ceux-ci au respect de leur vie privée. Elle a retenu l'argument de l'appelant portant que, pour avoir un sens concret, le droit à la vie privée en matière de renseignements personnels doit viser tant leur acquisition que leur utilisation subséquente. Reconnaisant qu'une personne a le droit légitime de s'assurer que les renseignements la concernant ont été recueillis de façon régulière et qu'ils sont utilisés à des fins licites, la Cour d'appel a conclu que le droit à la vie privée suppose la capacité de contrôler la diffusion des renseignements personnels recueillis par l'État (au par. 169) :

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

À mon avis, il est inutile pour trancher le présent pourvoi de décider si un droit à la vie privée assorti corollairement d'un droit d'accès à l'information personnelle déclenche l'application de l'art. 7 de la *Charte*. À supposer, pour les besoins de l'analyse, que l'appelant subisse une privation de son droit à la liberté ou à la sécurité de sa personne, cette privation n'est pas contraire aux principes de justice

order to determine whether an alleged deprivation of the right to life, liberty and security of the person is or is not in accordance with the principles of fundamental justice, it is necessary to appreciate the exact nature of the deprivation. Here, without deciding if there is a deprivation of a liberty or security interest, we can take the alleged deprivation to be as stated by the appellant: he claims that he has a right to access personal information already in the hands of government in order to correct inaccurate information and ensure that the information was collected lawfully. He then asserts that this component of his liberty and security interest is infringed by the mandatory secrecy of some of the government's submissions.

The appellant stresses that it is the mandatory nature of s. 51(3) that does not comply with the principles of fundamental justice. Because the provisions are mandatory, the court does not have the discretion to control what information should be provided to an applicant in order to enable him or her to challenge effectively the government's refusal to disclose information and the legitimacy of the exemption claimed. The appellant submits that a provision permitting *ex parte* and *in camera* proceedings must contain a judicial discretion to provide the applicant with sufficient information in order to answer the government's case effectively. This could be accomplished, the appellant submits, through the use of judicial summaries similar to those that are used in wiretap proceedings.

I agree with the view expressed by the Federal Court of Appeal that there is a disharmony between the appellant's proposed solution of judicial summaries and the alleged *Charter* violation brought about by the mandatory *ex parte* submissions at the request of a government institution. Section 46 of the Act provides a court with the authority to receive representations *ex parte* and conduct hearings *in camera* in order to guard against the inadvertent disclosure of information the government institution may have legitimately refused to confirm exists, as

fondamentale. Pour juger si la prétendue privation du droit d'un individu à la vie, à la liberté ou à la sécurité de sa personne est conforme ou non aux principes de justice fondamentale, il est nécessaire d'apprécier la nature exacte de la privation. En l'espèce, sans pour autant décider s'il y a violation du droit à la liberté ou à la sécurité, nous pouvons néanmoins examiner la prétendue privation telle qu'elle a été énoncée par l'appelant : il prétend qu'il a le droit de consulter les renseignements personnels le concernant que détient déjà l'État afin de faire corriger toute information inexacte et de s'assurer que ces renseignements ont été recueillis légalement. Il poursuit en affirmant que le caractère impérativement secret de la procédure par laquelle l'État présente certains arguments porte atteinte à cet aspect de son droit à la vie et à la sécurité de sa personne.

L'appelant souligne que c'est le caractère impératif du par. 51(3) qui est incompatible avec les principes de justice fondamentale. En raison du caractère impératif de ces dispositions, le tribunal est privé du pouvoir discrétionnaire de décider quels renseignements devraient être communiqués au demandeur pour lui permettre de contester effectivement le refus de l'institution fédérale et la légitimité de l'exception invoquée par cette dernière. L'appelant fait valoir qu'une disposition autorisant la tenue d'audiences *ex parte* et à huis clos doit conférer au tribunal le pouvoir discrétionnaire de faire en sorte que le demandeur dispose de suffisamment d'information pour être vraiment en mesure de répondre aux prétentions de l'État. À cette fin, il préconise l'établissement de résumés judiciaires semblables à ceux utilisés dans le cadre des demandes d'autorisation d'écoute électronique.

À l'instar de la Cour d'appel fédérale, j'estime qu'il y a absence de connexité entre la solution proposée par l'appelant, savoir le recours à des résumés judiciaires, et la violation de la *Charte* qu'entraînerait le fait que des arguments de l'institution fédérale sont impérativement entendus *ex parte* sur demande en ce sens de cette dernière. L'article 46 de la Loi habilite le tribunal à entendre des arguments en l'absence d'une partie et à tenir des audiences à huis clos afin de prévenir la divulgation accidentelle de renseignements dont l'institution fédérale a

34

35

well as information that may be found to be properly exempted:

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

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

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

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

When a court exercises its discretion under s. 46 to receive evidence *ex parte*, either through a confidential affidavit or otherwise, there is no obligation to provide the applicant with a judicial summary. The *Privacy Act* does not impose an obligation on a court to prepare a judicial summary of evidence in any circumstance. The appellant has not challenged the discretionary power of a court to accept *ex parte* submissions under s. 46. The alternative to the mandatory *in camera* and *ex parte* provisions in s. 51 is therefore the discretion conferred on the court under s. 46 to order proceedings *in camera* or accept submissions *ex parte*.

pu légitimement refuser de confirmer l'existence ou qui pourraient être jugés valablement soustraits à la communication :

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

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

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

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

Lorsque, en application de l'art. 46, le tribunal exerce son pouvoir discrétionnaire d'entendre des arguments en l'absence d'une partie, notamment par l'examen d'un affidavit confidentiel, il n'est pas tenu de remettre un résumé judiciaire au demandeur. En aucun cas la *Loi sur la protection des renseignements personnels* n'oblige le tribunal à établir un résumé de la preuve. L'appelant n'a pas contesté le pouvoir discrétionnaire que l'art. 46 accorde au tribunal d'entendre des arguments en l'absence d'une partie. La solution de rechange aux dispositions impératives de l'art. 51 touchant la tenue d'audiences à huis clos et *ex parte* résiderait donc dans le pouvoir discrétionnaire que l'art. 46 reconnaît au tribunal d'ordonner le huis clos ou d'entendre des arguments en l'absence d'une partie.

Quoi qu'il en soit, je ne vois pas en quoi un résumé judiciaire de la preuve serait utile à l'appelant. Dans le cas où l'institution fédérale refuse de confirmer ou de nier l'existence de renseignements, un résumé judiciaire ne convient tout simplement pas. Lorsque l'appelant connaît l'existence des renseignements,

In any event, I fail to see how a judicial summary of the evidence would assist the appellant. Where the institution body has refused to confirm or deny the existence of information a judicial summary is simply inappropriate. Where the existence of information is known to the appellant, the use of

judicial summaries would not appreciably increase the amount of information already available to the appellant through the public affidavits. The public affidavits outline the purpose of the exemption, its importance and the risk associated with disclosure. The secret affidavit and the *ex parte* submissions directly involve the information exempted, if any exists. I accept the respondent's claim that a judicial summary could not provide any further detail without compromising the very integrity of the information.

Furthermore, the use of judicial summaries would increase the risk of inadvertent disclosure of the information or its source. Parliament has seen fit, in those cases involving national security or foreign confidences, to provide for the maximum protection against disclosure. For a court to embark upon preparing summaries of confidential information would imperil confidentiality without adding much to the transparency requested by the appellant.

It remains to determine whether the requirement in s. 51(3) that a court accept *ex parte* submissions on request of the government institution refusing to disclose information is contrary to the principles of fundamental justice. As I have already noted, the circumstances in which a court will accept *ex parte* submissions are exceptional. The circumstances in which a court will be obliged to hear *ex parte* submissions at the request of one party are even more exceptional. The question is whether, in the context of this case, such a provision is consistent with the principles of fundamental justice. I believe that it is.

The principles of fundamental justice are informed in part by the rules of natural justice and the concept of procedural fairness. What is fair in a particular case will depend on the context of the case: *Knight v. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 S.C.R. 653, at p. 682; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999]

le recours à un résumé judiciaire n'augmentera pas sensiblement la quantité des renseignements dont il dispose déjà grâce aux affidavits publics. Ces derniers font état de la raison pour laquelle l'exception est invoquée, de son importance et du risque que comporte la divulgation des renseignements demandés. L'affidavit secret et les arguments présentés en l'absence de l'autre partie portent directement sur les renseignements inconsultables, à supposer qu'ils existent. J'accepte l'argument de l'intimé selon laquelle un résumé judiciaire ne pourrait donner de précisions supplémentaires sans compromettre l'intégrité même des renseignements.

De plus, le recours à un résumé judiciaire accroît le risque de divulgation accidentelle des renseignements ou de leur provenance. Dans les situations mettant en jeu la sécurité nationale ou des renseignements confidentiels de source étrangère, le législateur a jugé bon de protéger au maximum ce type d'information contre la divulgation. Si les tribunaux étaient appelés à résumer des renseignements confidentiels, une telle mesure compromettrait la confidentialité de ceux-ci sans favoriser beaucoup la transparence recherchée par l'appellant.

Reste la question de savoir si l'obligation qu'a le tribunal, aux termes du par. 51(3), d'entendre sur demande les arguments de l'institution fédérale concernée en l'absence de l'autre partie est contraire aux principes de justice fondamentale. Comme je l'ai signalé précédemment, ce n'est que dans des circonstances exceptionnelles qu'un tribunal entend des arguments en l'absence d'une partie. Les cas dans lesquels un tribunal est tenu de le faire à la demande de l'une des parties sont encore plus rares. La question qui se pose est de savoir si, dans le contexte de la présente affaire, la disposition prescrivant une telle obligation est compatible avec les principes de justice fondamentale. Je crois que oui.

Les règles de justice naturelle et la notion d'équité procédurale font partie des principes de justice fondamentale. Ce qui est équitable dans une affaire donnée dépend du contexte de cette affaire : *Knight v. Indian Head School Division No.19*, [1990] 1 R.C.S. 653, p. 682; *Baker v. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2

37

38

39

2 S.C.R. 817, at para. 21; *Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 711, at p. 743. As stated by La Forest J. for the majority in *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309, at p. 361, and quoted with approval in *Chiarelli, supra*, at p. 743:

It is clear that, at a minimum, the requirements of fundamental justice embrace the requirements of procedural fairness (see, e.g., the comments to this effect of Wilson J. in *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177, at pp. 212-13). It is also clear that the requirements of fundamental justice are not immutable; rather, they vary according to the context in which they are invoked. Thus, certain procedural protections might be constitutionally mandated in one context but not in another.

In assessing whether a procedure accords with the principles of fundamental justice, it may be necessary to balance the competing interests of the state and individual: *Chiarelli, supra*, at p. 744, citing *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425, at p. 539. It is also necessary to consider the statutory framework within which natural justice is to operate. The statutory scheme may necessarily imply a limit on disclosure. “The extent of the disclosure required by natural justice may have to be weighed against the prejudice to the scheme of the Act which disclosure may involve”: W. Wade and C. Forsyth, *Administrative Law* (8th ed. 2000), at p. 509. See also *Baker, supra*, at para. 24.

R.C.S. 817, par. 21; *Chiarelli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 711, p. 743. Comme l'a dit le juge La Forest au nom des juges majoritaires de la Cour dans *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, p. 361 (cité avec approbation dans *Chiarelli*, précité, p. 743) :

Évidemment, les exigences de la justice fondamentale englobent tout au moins l'équité en matière de procédure (voir par, par exemple, les observations dans ce sens faites par le juge Wilson dans l'arrêt *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177, aux pp. 212 et 213). Il est également clair que les exigences de la justice fondamentale ne sont pas immuables; elles varient selon le contexte dans lequel on les invoque. Ainsi, certaines garanties en matière de procédure pourraient être requises par la Constitution dans une situation donnée et ne pas l'être dans une autre.

Pour juger si une procédure est conforme à la justice fondamentale, il peut être nécessaire de soulever les intérêts opposés de l'État et du particulier : *Chiarelli*, précité, p. 744, citant *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425, p. 539. Il est également nécessaire d'examiner le cadre législatif dans lequel doivent être appliquées les règles de justice naturelle. Ce cadre peut, par nécessité, impliquer la restriction de la communication de la preuve : [TRADUCTION] « L'étendue de la communication de la preuve requise par la justice naturelle peut devoir être appréciée au regard du préjudice que la communication est susceptible de causer au régime établi par la Loi » : W. Wade et C. Forsyth, *Administrative Law* (8<sup>e</sup> éd. 2000), p. 509. Voir également l'arrêt *Baker*, précité, par. 24.

40

As a general rule, a fair hearing must include an opportunity for the parties to know the opposing party's case so that they may address evidence prejudicial to their case and bring evidence to prove their position: see generally Wade and Forsyth, *supra*, at p. 506; S. A. de Smith, J. Jowell and H. Woolf, *Judicial Review of Administrative Action* (5th ed. 1995), at p. 441; D. P. Jones and A. S. de Villars, *Principles of Administrative Law* (3rd ed. 1999), at p. 261. The exclusion of the appellant from portions of the government's submissions is an exceptional departure from this general rule. The

En règle générale, le droit d'une partie à une audience équitable emporte celui de prendre connaissance de la preuve de la partie adverse afin de pouvoir répondre à tout élément préjudiciable à sa cause et apporter des éléments de preuve au soutien de celle-ci : voir, généralement, Wade et Forsyth, *op. cit.*, p. 506; S. A. de Smith, J. Jowell et H. Woolf, *Judicial Review of Administrative Action* (5<sup>e</sup> éd. 1995), p. 441; D. P. Jones et A. S. de Villars, *Principles of Administrative Law* (3<sup>e</sup> éd. 1999), p. 261. L'exclusion de l'appelant pendant l'audition de certains arguments de l'État constitue une

appellant operates in an informational deficit when trying to challenge the legitimacy of the exemptions claimed by the government. However, the general rule does tolerate certain exceptions. As indicated earlier, some situations require a measure of secrecy, such as wiretap and search warrant applications. In such circumstances, fairness is met through other procedural safeguards such as subsequent disclosure, judicial review and rights of appeal. In other cases, for instance where a privilege is successfully asserted, the content of the disputed information may never be revealed (see *R. v. Brown*, [2002] 2 S.C.R. 185, 2002 SCC 32; *R. v. McClure*, [2001] 1 S.C.R. 445, 2001 SCC 14).

The context of this case is therefore critical. As I indicated earlier, the constitutional challenge is very narrow. The s. 7 challenge relates only to the lack of discretion of the court to decide whether a government institution which refuses to disclose information should be allowed to make *ex parte* submissions. Section 51(3) requires a court to hear submissions *ex parte* at the request of a government institution. The appellant is not challenging the right of a government institution, when faced with an access to information request under s. 12 of the Act, to refuse to disclose certain information on the basis of the exemptions enumerated in the Act. The appellant also does not challenge the right of the government under s. 16(2) to refuse to confirm or deny the existence of personal information when claiming an exemption. Within the context of a valid statutory scheme that permits the government to refuse to confirm or deny the existence of information (we must assume that it is valid since it is not challenged) and where the judicial review may conclude that the information was properly withheld and must therefore not be disclosed, it necessarily follows that a government institution must be able to make submissions *ex parte*. Accepting that it is appropriate for the government to refuse to disclose information when there is a legitimate exemption and accepting that it is not inappropriate for the government, when claiming an exemption, to refuse to confirm or deny the existence of information, it can only follow that

dérogation exceptionnelle à cette règle générale. L'appelant se trouve de ce fait désavantagé, étant privé de données susceptibles de servir à contester la légitimité des exceptions invoquées. Toutefois, la règle générale souffre certaines exceptions. Comme je l'ai dit précédemment, le secret s'impose parfois, notamment en cas de demandes d'autorisation d'écoute électronique ou de mandat de perquisition. En pareils cas, l'équité est assurée par d'autres garanties procédurales telles que la communication subséquente de la preuve, le contrôle judiciaire et le droit d'appel. Dans d'autres situations, par exemple lorsque le secret professionnel est invoqué avec succès, la teneur des renseignements en litige peut ne jamais être dévoilée (voir *R. c. Brown*, [2002] 2 R.C.S. 185, 2002 CSC 32; *R. c. McClure*, [2001] 1 R.C.S. 445, 2001 CSC 14).

Le contexte est donc crucial en l'espèce. Comme je l'ai indiqué plus tôt, la question constitutionnelle a une portée très limitée. La contestation fondée sur l'art. 7 ne vise que l'absence de pouvoir discrétionnaire permettant au tribunal de décider si l'institution fédérale concernée devrait être autorisée à présenter des arguments en l'absence de l'autre partie. Le paragraphe 51(3) oblige le tribunal, lorsque l'institution fédérale concernée le demande, à entendre ses arguments en l'absence de l'autre partie. L'appelant ne conteste pas le droit d'une institution fédérale à laquelle une demande de communication est présentée en application de l'art. 12 de la Loi de refuser de communiquer certains renseignements en invoquant les exceptions prévues par la Loi. Il ne conteste pas non plus le droit que le par. 16(2) reconnaît à l'institution de refuser de confirmer ou de nier l'existence de renseignements personnels lorsqu'il invoque une exception. Vu l'existence d'un régime législatif valide autorisant l'État à refuser de confirmer ou de nier l'existence de renseignements (nous devons en effet supposer sa validité puisqu'il n'est pas contesté) et le fait que le tribunal saisi d'un recours en révision peut conclure que la communication des renseignements demandés a à bon droit été refusée et que, de ce fait, ceux-ci ne doivent pas être divulgués, il s'ensuit nécessairement qu'une institution fédérale doit avoir la possibilité de présenter des arguments en l'absence de l'autre partie. Si l'on reconnaît, d'une part, que l'État peut

the government must have the capacity to proceed *ex parte*.

à juste titre refuser de communiquer des renseignements lorsqu'une exception légitime lui permet de le faire et, d'autre part, qu'il n'est pas déraisonnable que l'État, lorsqu'il invoque l'application d'une exception, refuse de confirmer ou de nier l'existence de renseignements, il s'ensuit nécessairement qu'il doit avoir la possibilité de présenter des arguments en l'absence de l'autre partie.

42

For all the exemptions in the Act other than s. 19(1)(a) or (b) or s. 21 the government's ability to make *ex parte* submissions is subject to the discretion of the reviewing court. Through the mandatory *ex parte* provision in s. 51(3), Parliament has seen fit to assert the special sensitive nature of the information involved and has provided added protection and assurance against inadvertent disclosure. Even though the adversarial challenge to the claim of exemptions in such cases is limited, recourse to the Privacy Commissioner and to two levels of court who will have access to the information sought and to the evidence supporting the claimed exemption is sufficient, in my view, to meet the constitutional requirements of procedural fairness in this context.

Pour toutes les exceptions prévues par la Loi, sauf celles établies par l'al. 19(1)a) ou b) ou l'art. 21, la possibilité pour l'État de présenter des arguments en l'absence de l'autre partie dépend de l'exercice par le tribunal de révision de son pouvoir discrétionnaire à cet égard. En établissant la procédure *ex parte* impérative prévue au par. 51(3), le législateur a voulu affirmer le caractère particulièrement délicat des renseignements en jeu et il a créé une garantie supplémentaire contre les risques de divulgation accidentelle. Même si le débat contradictoire est limité lorsque la légitimité des exceptions invoquées est contestée dans des affaires de cette nature, l'existence d'un recours devant le Commissaire et les deux sections de la Cour fédérale — juridictions qui auront toutes accès aux renseignements demandés et à la preuve présentée pour justifier l'exception invoquée — permet, à mon avis, de satisfaire en l'espèce aux exigences constitutionnelles en matière d'équité procédurale.

43

The purpose of the exemption contained in s. 19(1)(a) and (b) is to prevent an inadvertent disclosure of information obtained in confidence from foreign governments or institutions. This provision is directly aimed at the state's interest in preserving Canada's present supply of intelligence information received from foreign sources. Section 21 is aimed at Canada's national security interests. The appellant acknowledges that the state's legitimate interest in protection of information which, if released, would significantly injure national security is a pressing and substantial concern. This Court recognized the interest of the state in protecting national security and the need for confidentiality in national security matters in *Chiarelli*, *supra*, at p. 745.

L'exception prévue aux al. 19(1)a) et b) vise à prévenir la divulgation accidentelle de renseignements obtenus à titre confidentiel de gouvernements ou d'organismes étrangers. Elle vise directement l'intérêt de l'État à maintenir ses sources étrangères de renseignements. L'article 21 tend à protéger les intérêts du Canada en matière de sécurité nationale. L'appelant reconnaît que l'intérêt légitime de l'État à protéger des renseignements qui, s'ils étaient divulgués, porteraient sensiblement atteinte à la sécurité nationale est une préoccupation urgente et réelle. Dans l'arrêt *Chiarelli*, précité, p. 745, la Cour a reconnu l'intérêt de l'État à protéger la sécurité nationale ainsi que la nécessité de protéger le secret dans les affaires touchant à celle-ci.

44

The mandatory *ex parte in camera* provision is designed to avoid the perception by Canada's allies

Les dispositions impératives pourvoyant à la tenue d'audiences *ex parte* et à huis clos ont pour



and intelligence sources that an inadvertent disclosure of information might occur, which would in turn jeopardize the level of access to information that foreign sources would be willing to provide. In her reasons, Simpson J. reviewed five affidavits filed by the respondent from CSIS, the RCMP, the Department of National Defence (“DND”), and two from the Department of External Affairs (“DEA”). These affidavits emphasize that Canada is a net importer of information and the information received is necessary for the security and defence of Canada and its allies. The affidavits further emphasize that the information providers are aware of Canada’s access to information legislation. If the mandatory provisions were relaxed, all predict that this would negatively affect the flow and quality of such information. This extract from one of the affidavits from the DEA is typical:

Canada is not a great power. It does not have the information gathering and assessment capabilities of, for instance, the United States, the United Kingdom or France. Canada does not have the same quantity or quality of information to offer in exchange for the information received from the countries which are our most important sources. If the confidence of these partners in our ability to protect information is diminished, the fact that we are a relatively less important source of information increases our vulnerability to having our access to sensitive information cut off.

. . . Without these extra procedural protections [the mandatory *in camera* nature of the hearing and the right to make *ex parte* representations provided for in s. 51] the substantive protections in sections 19 and 21 are greatly diminished in value. The confidence in foreign states would be diminished because, while the Government of Canada could give assurances that a request for such information could and would be refused under Canadian law, it could not give assurances that it would necessarily be protected from inadvertent disclosure during a hearing.

In her reasons Simpson J. provided a brief overview of the affidavit evidence. The affidavit from CSIS stated that sensitive information is received

objet d’éviter que les alliés et les sources de renseignements du Canada aient l’impression qu’une divulgation accidentelle pourrait survenir et que, pour cette raison, ils soient moins disposés à communiquer des renseignements à notre pays. Dans ses motifs, madame le juge Simpson a examiné cinq affidavits déposés par l’intimé, trois ayant été établis par le SCRS, la GRC et le ministère de la Défense nationale (« MDN ») respectivement, et deux par le ministère des Affaires étrangères (« MAE »). Les auteurs de ces affidavits insistent sur le fait que le Canada est un importateur net d’information et que l’information recueillie est nécessaire à la sécurité et à la défense du Canada et de ses alliés. Ils ajoutent que les sources de renseignements connaissent les dispositions législatives canadiennes en matière d’accès à l’information. Tous affirment que l’assouplissement des dispositions impératives aurait un effet néfaste sur la circulation des renseignements et la qualité de ceux-ci. L’extrait suivant de l’un des affidavits du MAE est représentatif :

[TRADUCTION] Le Canada n’est pas une grande puissance. Il n’a pas la même capacité de recueillir et d’évaluer l’information que les États-Unis, le Royaume-Uni ou la France, par exemple. Il ne peut offrir en échange le même volume et la même qualité de renseignements qu’il obtient des pays qui sont sa principale source d’information. Si la confiance de ces partenaires dans notre aptitude à protéger ces renseignements venait à être ébranlée, le fait que nous soyons une source d’information relativement moins importante que d’autres accroît le risque que les portes d’accès aux renseignements délicats nous soient fermées.

. . . À défaut de ces sauvegardes supplémentaires d’ordre procédural [la tenue obligatoire d’une audience à huis clos et le droit de présenter des arguments en l’absence d’une autre partie, prévus à l’art. 51], les protections [substantielles qui font l’]objet des articles 19 et 21 de la Loi perdraient largement de leur valeur. La confiance des gouvernements étrangers ne serait plus la même, car si le Canada peut donner l’assurance qu’une demande visant à obtenir ce genre d’information pourrait être et serait rejetée en vertu de la loi canadienne, il ne pourrait garantir que l’information serait nécessairement protégée contre une divulgation involontaire survenant au cours d’une audition.

Dans ses motifs, madame le juge Simpson a donné un aperçu de la preuve par affidavit. Le SCRS dit qu’on lui communique des renseignements

on the understanding that neither the source nor the information will be disclosed unless the provider consents. The affidavit from the RCMP representative discussed the agreements, as for example with Interpol, which operate on the basis that information will be kept confidential. The DND affidavit predicts that increasing the number of persons with access to information during the legal review process would “almost certainly restrict, if not completely eliminate” the possibility of Canada receiving information in the future. One of the affidavits from DEA observed that international convention and practice dictates that such information is received in confidence unless there is an express agreement to the contrary. The other DEA affidavit noted first that confidentiality is necessary to protect information critical to diplomacy, intelligence, and security. This affidavit acknowledged that whether the predicted drying up of information would actually occur if the mandatory protections were loosened would be hard to know since “you don’t know what you are not getting”, but he stressed his belief that under a different calculation of risks and benefits, foreign sources would likely screen information passed to Canada for fear that it would be compromised.

délicats pour autant que ni les renseignements non plus que leur origine ne seront dévoilés sans le consentement de la source. L’affidavit du représentant de la GRC fait état d’ententes conclues, par exemple avec Interpol, et fondées sur le principe que les renseignements échangés demeureront confidentiels. Pour sa part, le représentant du MDN estime que l’accroissement du nombre de personnes ayant accès aux renseignements dans le cadre d’un recours en révision aurait [TRADUCTION] « pour conséquence quasi certaine de restreindre, sinon d’écarter complètement » la possibilité que le Canada obtienne des renseignements à l’avenir. Dans un des affidavits du MAE, l’auteur signale que la pratique et l’usage internationaux prescrivent que de tels renseignements soient obtenus sous le sceau de la confidentialité, sauf entente expresse à l’effet contraire. L’auteur du second affidavit du MAE souligne d’abord que la confidentialité est nécessaire à la protection d’informations cruciales en matière de diplomatie, de renseignement et de sécurité. Il reconnaît qu’il est impossible de prédire avec certitude qu’il y aurait tarissement des sources de renseignements du Canada si les dispositions de la Loi étaient assouplies, car [TRADUCTION] « on ne connaît pas ce que l’on n’obtient pas ». Il dit cependant estimer que, après réévaluation des risques et des avantages, les sources étrangères communiqueraient vraisemblablement moins de renseignements au Canada de crainte qu’ils ne soient divulgués.

46

In the *Privacy Act* Parliament has recognized and attempted to balance the interests of the appellant in accessing personal information held by government institutions with the significant and legitimate interest of the state in national security and in maintaining foreign confidences. Only in the exceptional and limited circumstance where a government institution is claiming an exemption on the basis that the information involves national security and foreign confidences will the procedural regime in s. 51 requiring *ex parte in camera* proceedings be activated. The principles of fundamental justice do not require that the applicant have the most favourable proceedings. They do require that the proceedings be fair: *Lyons, supra*, at p. 362; *Winnipeg Child and Family Services v. K.L.W.*, [2000] 2 S.C.R. 519,

En adoptant la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, le législateur a reconnu le droit de l’appelant d’avoir accès aux renseignements personnels que détient à son sujet une institution fédérale et le droit important et légitime de l’État de veiller à la sécurité nationale et de protéger les renseignements de source étrangère obtenus à titre confidentiel, et il a tenté d’établir un équilibre entre les deux. Ce n’est que dans le cas exceptionnel et bien précis où une institution fédérale refuse de communiquer des renseignements au motif qu’ils touchent à la sécurité nationale ou à des renseignements confidentiels de source étrangère que s’applique la procédure établie à l’art 51, savoir la tenue obligatoire d’audiences *ex parte* et à huis clos. Les principes de justice fondamentale n’exigent pas que

2000 SCC 48, at para. 130; *B. (R.)*, *supra*, at para. 101.

The *Privacy Act* includes alternative procedural protections in order to protect the interests of applicants. The government does not have unrestrained use of the exemptions. The government bears the burden of establishing that the information is properly exempted (s. 47). As mentioned before, when making *ex parte* submissions to the reviewing court, the government institution is under a duty to act in utmost good faith and must make full, fair and candid disclosure of the facts, including those that may be adverse to its interest. I also stress again that recourse to these exemptions is subject to two independent levels of scrutiny: the Privacy Commissioner and the Federal Court on a judicial review application under s. 41. Both the Privacy Commissioner and the reviewing court have access to the information that is being withheld (ss. 34(2) and 45) in order to determine whether an exemption has been properly claimed. In addition, the Federal Court has the power to order the release of the personal information if the court determines that the material was not received in confidence from a foreign source or is not within the bounds of the national security exemption.

The appellant argues that the provision for discretion in other contexts involving national security, such as those at issue in *Chiarelli*, *supra*, shows that there is neither the need, nor the constitutional justification for the mandatory rule in s. 51 of the Act. It is true that s. 51(3) grants no discretion to the reviewing court to receive submissions *ex parte*. However, in order to determine whether the procedure accords with the principles of fundamental justice, in this case, it must be considered in the specific context in which it arises.

le demandeur bénéficie de la procédure la plus favorable, mais ils requièrent que la procédure soit équitable : *Lyons*, précité, p. 362; *Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg c. K.L.W.*, [2000] 2 R.C.S. 519, 2000 CSC 48, par. 130; *B. (R.)*, précité, par. 101.

La *Loi sur la protection des renseignements personnels* comporte d'autres garanties procédurales visant à protéger les droits des personnes demandant l'accès à des renseignements. L'État ne peut invoquer les exceptions à son gré. La charge d'établir le bien-fondé du refus de communication des renseignements demandés lui incombe (art. 47). Comme je l'ai mentionné précédemment, l'institution fédérale qui présente des arguments en l'absence de l'autre partie devant le tribunal de révision est tenue d'agir avec la bonne foi la plus absolue et d'exposer les faits de manière complète, franche et impartiale, y compris ceux qui pourraient lui être défavorables. Je rappelle également que le bien-fondé d'une exception peut être contesté successivement devant deux juridictions indépendantes : le Commissaire et, au moyen du recours prévu à l'art. 41, la Cour fédérale. Tant le Commissaire que la Cour fédérale ont accès aux renseignements dont la communication est refusée (par. 34(2) et art. 45) pour décider si l'exception est invoquée à bon droit. De plus, la Cour fédérale peut ordonner la communication des renseignements personnels lorsqu'elle estime qu'ils n'ont pas été obtenus à titre confidentiel d'une source étrangère ou qu'ils ne relèvent pas de l'exception relative à la sécurité nationale.

L'appelant plaide que l'existence du pouvoir discrétionnaire accordé dans d'autres contextes touchant la sécurité nationale, par exemple les circonstances de l'arrêt *Chiarelli*, précité, démontre que la règle impérative prévue par l'art. 51 de la Loi n'est ni nécessaire ni justifiée du point de vue constitutionnel. Il est vrai que, aux termes du par. 51(3), le tribunal de révision n'a pas le pouvoir discrétionnaire de décider de l'opportunité d'entendre des arguments en l'absence de l'autre partie. Toutefois, pour déterminer si, en l'espèce, la procédure est conforme aux principes de justice naturelle, il faut l'examiner eu égard au contexte précis dans lequel elle s'applique.

47

48

49 I agree with the observations of both Simpson J. and the Federal Court of Appeal that if the statutory scheme in s. 51 were discretionary as opposed to mandatory, it is virtually certain that a reviewing court would exercise its discretion to hear the matter *in camera* and accept submissions *ex parte* whenever the government presented appropriate evidence that the undisclosed material was received in confidence from foreign sources or involved national security.

50 It is also important to understand that the information withheld from an applicant under these exemptions may be quite innocuous to the applicant but, rather, reveal the interest of a government institution in other persons or groups or reveal the source of information, as in the case of information received from foreign sources. Section 19 protects information received in confidence from foreign sources regardless of how innocuous it may be as it relates to the applicant.

51 In this case, given the statutory framework, the narrow basis of the appellant's constitutional challenge and the significant and exceptional state and social interest in the protection of information involved, I find that the mandatory *ex parte* and *in camera* provisions do not fall below the level of fairness required by s. 7.

#### B. Section 2(b)

52 The respondent did not appeal the finding of the motions judge (Simpson J.) that the mandatory nature of ss. 51(2)(a) and 51(3) infringe the appellant's rights and freedoms as guaranteed by s. 2(b). Simpson J. held that the appellant's rights as a reader were directly affected if the hearing was held *ex parte* and *in camera*. In such situations, members of the public, including the press, are excluded. As a member of the reading public the appellant was entitled to raise s. 2(b) to challenge the mandatory *ex parte* and *in camera* provision in s. 51. In support of this, Simpson J. cited *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326, for the

À l'instar de madame le juge Simpson et de la Cour d'appel fédérale, j'estime que si la procédure établie à l'art. 51 était discrétionnaire plutôt qu'imperative, il est à peu près certain que le tribunal de révision exercerait son pouvoir discrétionnaire de tenir l'audience à huis clos et d'entendre des arguments en l'absence de l'autre partie dans tous les cas où l'État établit que les renseignements dont la communication est refusée sont des renseignements confidentiels de source étrangère ou des renseignements touchant à la sécurité nationale.

Il importe également de comprendre que les renseignements dont la communication est refusée sur le fondement de ces exceptions peuvent être tout à fait inoffensifs pour le demandeur, mais avoir pour effet soit de révéler l'intérêt que porte l'institution fédérale à d'autres personnes ou à d'autres groupes soit de dévoiler la source de l'information, comme dans le cas de renseignements émanant de l'étranger. L'article 19 protège les renseignements de source étrangère obtenus à titre confidentiel, aussi inoffensifs soient-ils pour le demandeur.

Dans la présente affaire, vu le cadre législatif applicable, la portée restreinte de la question constitutionnelle soulevée par l'appellant, de même que l'intérêt à la fois important et exceptionnel de l'État et de la société dans la protection des renseignements concernés, j'estime que les dispositions impératives requérant la tenue d'audiences à huis clos et *ex parte* respectent l'obligation d'équité découlant de l'art. 7 de la *Charte*.

#### B. L'alinéa 2b)

L'intimé n'a pas interjeté appel de la conclusion du juge des requêtes (madame le juge Simpson) voulant que le caractère impératif des par. 51(2) et (3) porte atteinte aux droits et libertés garantis à l'appellant par l'al. 2b). Madame le juge Simpson a conclu que les droits de l'appellant en tant que lecteur étaient directement touchés si l'audience se déroulait *ex parte* et à huis clos. En pareil cas, le public, y compris la presse, serait exclu. En tant que membre du public lecteur, l'appellant pouvait contester, sur le fondement de l'al. 2b), les dispositions de l'art. 51 imposant la tenue d'audiences *ex parte* et à huis clos. Au soutien de cette con-

principle that freedom of expression in s. 2(b) protects both listeners and readers.

The concept of open courts is deeply embedded in our common law tradition and has found constitutional protection in s. 2(b) of the *Charter*. This Court confirmed in *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 480, the importance of this principle, which is inextricably linked to the rights guaranteed by s. 2(b). As stated by La Forest J. at para. 23:

Openness permits public access to information about the courts, which in turn permits the public to discuss and put forward opinions and criticisms of court practices and proceedings. While the freedom to express ideas and opinions about the operation of the courts is clearly within the ambit of the freedom guaranteed by s. 2(b), so too is the right of members of the public to obtain information about the courts in the first place. Cory J. in *Edmonton Journal* described the equally important aspect of freedom of expression that protects listeners as well as speakers and ensures that this right to information about the courts is real and not illusory. At pages 1339-40, he states:

That is to say as listeners and readers, members of the public have a right to information pertaining to public institutions and particularly the courts. Here the press plays a fundamentally important role. It is exceedingly difficult for many, if not most, people to attend a court trial. Neither working couples nor mothers or fathers house-bound with young children, would find it possible to attend court. Those who cannot attend rely in large measure upon the press to inform them about court proceedings — the nature of the evidence that was called, the arguments presented, the comments made by the trial judge — in order to know not only what rights they may have, but how their problems might be dealt with in court. It is only through the press that most individuals can really learn of what is transpiring in the courts. They as “listeners” or readers have a right to receive this information. Only then can they make an assessment of the institution. Discussion of court cases and constructive criticism of court proceedings is dependent upon the receipt by the public of information as to what transpired in court.

clusion, le juge Simpson a cité l’arrêt *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326, où la Cour a dit que la liberté d’expression garantie par l’al. 2b) protège tant l’auditeur que le lecteur.

Le principe de la publicité des débats judiciaires est profondément enraciné dans notre tradition de common law, et il est protégé constitutionnellement par l’al. 2b) de la *Charte*. Dans *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 480, la Cour a confirmé l’importance de ce principe, qui est inextricablement lié aux droits garantis par l’al. 2b). Comme l’a dit le juge La Forest au par. 23 :

Grâce à ce principe [la publicité des débats en justice], le public a accès à l’information concernant les tribunaux, ce qui lui permet ensuite de discuter des pratiques des tribunaux et des procédures qui s’y déroulent, et d’émettre des opinions et des critiques à cet égard. La liberté d’exprimer des idées et des opinions sur le fonctionnement des tribunaux relève clairement de la liberté garantie à l’al. 2b), mais en relève également le droit du public d’obtenir au préalable de l’information sur les tribunaux. Dans *Edmonton Journal*, le juge Cory a décrit l’autre aspect tout aussi important de la liberté d’expression qui protège à la fois ceux qui s’expriment et ceux qui les écoutent, et qui garantit que ce droit à l’information sur les tribunaux est réel et non illusoire. Aux pages 1339 et 1340, il a dit ceci :

C’est donc dire que, comme ensemble d’auditeurs et de lecteurs, le public a le droit d’être informé de ce qui se rapporte aux institutions publiques et particulièrement aux tribunaux. La presse joue ici un rôle fondamental. Il est extrêmement difficile pour beaucoup, sinon pour la plupart, d’assister à un procès. Ni les personnes qui travaillent ni les pères ou mères qui restent à la maison avec de jeunes enfants ne trouveraient le temps d’assister à l’audience d’un tribunal. Ceux qui ne peuvent assister à un procès comptent en grande partie sur la presse pour être tenus au courant des instances judiciaires — la nature de la preuve produite, les arguments présentés et les remarques faites par le juge du procès — et ce, non seulement pour connaître les droits qu’ils peuvent avoir, mais pour savoir comment les tribunaux se prononceraient dans leur cas. C’est par l’intermédiaire de la presse seulement que la plupart des gens peuvent réellement savoir ce qui se passe devant les tribunaux. À titre d’« auditeurs » ou de lecteurs, ils ont droit à cette information. C’est comme cela seulement qu’ils

Practically speaking, this information can only be obtained from the newspapers or other media.

That the right of the public to information relating to court proceedings, and the corollary right to put forward opinions pertaining to the courts, depend on the freedom of the press to transmit this information is fundamental to an understanding of the importance of that freedom. The full and fair discussion of public institutions, which is vital to any democracy, is the *raison d'être* of the s. 2(b) guarantees. Debate in the public domain is predicated on an informed public, which is in turn reliant upon a free and vigorous press. The public's entitlement to be informed imposes on the media the responsibility to inform fairly and accurately. This responsibility is especially grave given that the freedom of the press is, and must be, largely unfettered. [Emphasis added by La Forest J.]

To the extent that the *in camera* provision excludes both the appellant and the public from the proceedings it is clear that the provision violates s. 2(b). The respondent did not appeal the finding of Simpson J. that the mandatory nature of ss. 51(2)(a) and 51(3) infringe the appellant's rights and freedoms as guaranteed by s. 2(b). The respondent has not challenged the appellant's standing to challenge the provision under s. 2(b). I therefore assume, without comment, that he has standing to do so.

54

It remains to determine whether the *in camera* provision in s. 51(2)(a) can be saved by s. 1 as a reasonable limit that can be demonstrably justified in a free and democratic society. I conclude that it cannot. In relation to s. 21, the appellant concedes that the protection of information which could reasonably be expected to be injurious to Canada's national security is a pressing and substantial concern. In reference to s. 19(1)(a) and (b) I agree with Simpson J. that the preservation of Canada's supply of intelligence information from foreign sources is also a pressing and substantial objective. *In camera* hearings reduce the risk of an

peuvent évaluer l'institution. L'analyse des décisions judiciaires et la critique constructive des procédures judiciaires dépendent des informations que le public a reçues sur ce qui se passe devant les tribunaux. En termes pratiques, on ne peut obtenir cette information que par les journaux et les autres médias.

L'idée que le droit du public à l'information concernant les procédures judiciaires et le droit correspondant d'émettre des opinions sur les tribunaux sont tributaires de la liberté de la presse de communiquer cette information est fondamentale pour bien comprendre l'importance de cette liberté. La raison d'être des garanties de l'al. 2b) est de permettre des discussions complètes et impartiales sur les institutions publiques, condition vitale à toute démocratie. Le débat au sein du public suppose que ce dernier est informé, situation qui à son tour dépend de l'existence d'une presse libre et vigoureuse. Le droit du public d'être informé impose aux médias la responsabilité d'informer de façon exacte et impartiale. Cette responsabilité est particulièrement lourde, étant donné que la liberté de la presse s'exerce et doit s'exercer en grande partie sans entrave. [Soulignement du juge La Forest.]

Dans la mesure où la disposition prescrivant le huis clos exclut à la fois l'appelant et le public, elle viole de toute évidence l'al. 2b). L'intimé n'a pas appelé de la conclusion du juge Simpson portant que la nature obligatoire des par. 51(2) et (3) porte atteinte aux droits et libertés garantis à l'appelant par l'al. 2b). Comme l'intimé n'a pas plaidé que l'appelant n'avait pas qualité pour contester la disposition au regard de l'al. 2b), je présume en conséquence, sans commenter ce point davantage, que ce dernier a la qualité requise pour le faire.

Il reste maintenant à décider si le par. 51(2), qui prescrit la tenue de l'audience à huis clos, constitue une restriction raisonnable dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique et si, de ce fait, sa validité peut être sauvegardée par l'article premier. Je conclus que non. Relativement à l'art. 21, l'appelant reconnaît que la protection des renseignements dont la divulgation risquerait vraisemblablement de porter préjudice à la sécurité nationale du Canada est une préoccupation urgente et réelle. En ce qui a trait aux al. 19(1)a) et b), je souscris à l'opinion de madame le juge Simpson que la préservation des sources

inadvertent disclosure of sensitive information and thus the provision is rationally connected to the objective.

The provision fails, however, on the question of minimal impairment. Simpson J. identified a judicial practice of reading down s. 51 as requiring only those portions of the hearing in which the *ex parte* submissions are received to be *in camera*. Indeed, it is evident from her reasons that the Solicitor General consented to proceeding on such a basis in this case ((1994), 80 F.T.R. 81, at para. 5). As an example of this judicial practice Simpson J. cited *Ternette v. Canada (Solicitor General)*, [1992] 2 F.C. 75 (T.D.).

*Ternette* was an application under s. 41 of the Act for a review of a refusal to disclose personal information pursuant to s. 21. Although the respondent Solicitor General filed a notice of motion in advance of the hearing for the hearing to be conducted *in camera*, at the commencement of the hearing the Solicitor General proposed, with the consent of the applicant and the intervener Privacy Commissioner, that the hearing proceed in open court with the exception that the *ex parte* submissions would be made *in camera*. The motions judge acknowledged that s. 51(2) provides that in an application such as the one before him, where the refusal to disclose personal information is based on s. 21, the hearing “shall be heard *in camera*” (emphasis added). Despite this, he ordered that the hearing proceed in public, as proposed, with the opportunity for the Solicitor General to make submission *ex parte* and *in camera*. He explained the reason for his order as follows (at p. 89):

That order was based on the principle that the Court’s proceedings are open and public unless there be a particular ground urged by a party that is deemed to warrant exceptional proceedings *in camera* or *ex parte*. Such a ground exists by virtue of subsections 51(2) and (3). That provision is intended for the protection of public and private interests in information. If it is not seen as

étrangères de renseignements du Canada constitue également un objectif urgent et réel. Comme la tenue d’audiences à huis clos diminue le risque de divulgation accidentelle de renseignements délicats, il existe un lien rationnel entre la disposition et l’objectif qu’elle vise.

Toutefois, la disposition ne résiste pas à l’analyse fondée sur l’atteinte minimale. Madame le juge Simpson a signalé que les tribunaux ont pour pratique de donner une interprétation atténuante de l’art. 51 et de n’ordonner le huis clos que pendant l’audition d’arguments en l’absence de l’autre partie. De fait, il ressort de ses motifs que le solliciteur général a en l’espèce consenti à ce que la procédure se tienne ainsi ((1994), 80 F.T.R. 81, par. 5). À titre d’exemple de cette pratique, madame le juge Simpson a mentionné l’affaire *Ternette c. Canada (Solliciteur général)*, [1992] 2 C.F. 75 (1<sup>re</sup> inst.).

Dans *Ternette*, l’intéressé avait exercé un recours en révision en vertu de l’art. 41 de la Loi après s’être vu refuser la communication de renseignements personnels sur le fondement de l’art. 21. Malgré le fait qu’il avait produit au préalable un avis de requête sollicitant la tenue de l’audience à huis clos, le solliciteur général intimé avait proposé, au début de l’audience, avec le consentement du demandeur et de l’intervenant, le Commissaire, que les débats soient publics, sauf pendant l’audition des arguments en l’absence de l’autre partie. Le juge des requêtes avait reconnu que, suivant le par. 51(2), les recours visant un refus fondé sur l’art. 21 « [font] [. . .] l’objet d’une audition à huis clos » (je souligne). Il avait néanmoins ordonné que l’audience se déroule publiquement, comme on le proposait, mais que le solliciteur général ait la possibilité de présenter à huis clos des arguments en l’absence de l’autre partie. Il a expliqué sa décision de la manière suivante (à la p. 89) :

Cette ordonnance est fondée sur le principe selon lequel les procédures de la Cour ont lieu en public à moins qu’une partie n’invoque un motif particulier qui est réputé justifier exceptionnellement une audience à huis clos ou en l’absence d’une partie. Pareil motif découle des paragraphes 51(2) et (3). Cette disposition est destinée à protéger les intérêts public et privé.

55

56

necessary for protection of those interests for the entire proceedings but only for a portion of them to be held *in camera*, by counsel representing the head of the government institution concerned, by the applicant, or by the Privacy Commissioner, in my view it would be contrary to the longstanding tradition of our judicial system and the Rules of this Court (*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663) for the Court *ex proprio motu* to direct that the hearing be fully *in camera*.

57

In our case, counsel for the Solicitor General informed the Court during oral argument that the hearing in this case before MacKay J. with respect to the merits of the exemptions claimed, was heard *in camera*. On the other hand, the hearings before Simpson J. on the constitutional questions were conducted in public. Counsel for the Solicitor General further represented to the Court that the Department of Justice has interpreted s. 51 narrowly, limiting the *in camera* requirement only to those portions of a hearing that concern the merits of the exemptions claimed under s. 19(1)(a) or (b) or s. 21 but allowing the Crown to consent to “collateral” issues (i.e., constitutional or procedural issues) being heard in open court.

58

Aside from the constitutional issue, the Solicitor General’s interpretation of s. 51(2)(a) is not one that the statute can reasonably bear. Section 51(2)(a) mandates that the hearing of an application under s. 41 and an appeal therefrom relating to personal information that a government institution has refused to disclose by reason of s. 19(1)(a) or (b) or s. 21 be heard *in camera*. Contrary to the apparent practice referred to by the Solicitor General, the statute does not limit the *in camera* requirement to only those parts of a hearing that involve the merits of an exemption. It is not open to the parties, even on consent, to bypass the mandatory *in camera* requirements of s. 51. Nor is open to a judge to conduct a hearing in open court in direct contradiction to the requirements of the statute, regardless of the proposal put forth by the parties. Unless the mandatory requirement is found to be unconstitutional and the section is “read down” as a constitutional

Si l’avocat représentant le responsable de l’institution fédérale concernée, le requérant ou le Commissaire à la protection de la vie privée n’estiment pas nécessaire, en vue de la protection de ces intérêts, que l’audience au complet soit tenue à huis clos, mais qu’une partie seulement se déroule ainsi, la Cour irait, à mon avis, à l’encontre de la tradition établie depuis longtemps dans notre régime judiciaire et dans les Règles de la Cour (*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., chap. 663) si elle ordonnait *ex proprio motu* que l’audience au complet soit tenue à huis clos.

Dans la présente affaire, les avocats du solliciteur général ont, pendant les plaidoiries, informé la Cour que le juge MacKay avait entendu à huis clos les arguments relatifs au bien-fondé des exceptions invoquées, alors que les questions constitutionnelles avaient été débattues devant madame le juge Simpson dans le cadre d’audiences publiques. Ils ont en outre fait valoir que le ministère de la Justice avait interprété l’art. 51 de manière restrictive, n’exigeant le huis clos que pendant l’audition des arguments relatifs au bien-fondé des exceptions invoquées en application de l’al. 19(1)a) ou b) ou de l’art. 21 et autorisant ses représentants à consentir à l’audition publique des questions « incidentes » (de nature constitutionnelle ou procédurale par exemple).

Abstraction faite de la question constitutionnelle, cette interprétation du par. 51(2) ne peut raisonnablement s’appuyer sur le texte de la loi. Le paragraphe 51(2) prescrit l’audition à huis clos, en premier ressort et en appel, de tout recours en révision exercé en vertu de l’art. 41 à la suite du refus d’une institution fédérale, sur le fondement de l’al. 19(1)a) ou b) ou de l’art. 21, de communiquer des renseignements personnels. Contrairement à la pratique qui, selon le solliciteur général, aurait cours devant les tribunaux, la Loi ne limite pas l’application de l’obligation relative au huis clos uniquement à l’audition des arguments portant sur le bien-fondé d’une exception. En effet, il n’est pas loisible aux parties, même si elles y consentent toutes, d’écarter les dispositions impératives de l’art. 51 relatives au huis clos. Il n’est pas non plus loisible au tribunal de tenir une audience publique et, de ce fait, de contrevenir directement à la loi, quoi que puissent proposer les parties à cet égard. À moins que la disposition créant l’exigence



remedy, it cannot otherwise be interpreted to bypass its mandatory nature.

The existence of this judicial practice makes clear, though, that the requirement that the entire hearing of a s. 41 application or appeal therefrom be heard *in camera*, as is required by s. 51(2)(a), is too stringent. The practice endorsed by the Solicitor General and courts alike demonstrates that the section is overbroad in closing the court to the public even where no concern exists to justify such a departure from the general principle of open courts.

I have already concluded that the *Privacy Act* validly obliges a reviewing court to accept *ex parte* submissions from a government institution, on request, in order to prevent the inadvertent disclosure of sensitive information. It follows, for the same reasons, that these *ex parte* submissions must be received *in camera*. The appropriate remedy is therefore to read down s. 51(2)(a) so that it applies only to the *ex parte* submissions mandated by s. 51(3). A reviewing court retains the discretion, pursuant to s. 46, to conduct the remainder of the hearing or any portion thereof, either in public, or *in camera*, or *in camera* and *ex parte*.

## VI. Cross-Appeal

Subsequent to the decision of Simpson J. in respect of the constitutionality of the provisions, MacKay J. ruled on the applicability of the various exemptions claimed. The cross-appeal concerns the decisions of MacKay J. ([1998] 2 F.C. 351) and the Federal Court of Appeal ([2000] 3 F.C. 589) with regards to the exemption in s. 22(1)(b) specifically. MacKay J. held that CSIS was justified in claiming the exemption based on s. 22(1)(b) as they had established a reasonable expectation of probable

impérative ne soit jugée inconstitutionnelle et que, à titre de réparation d'ordre constitutionnel, on ne lui donne une interprétation « atténuante », elle ne saurait être interprétée d'une manière permettant de faire abstraction de son caractère impératif.

L'existence de cette pratique des tribunaux fait toutefois ressortir la rigueur excessive de l'obligation que l'audition du recours en révision prévu à l'art. 41 et de tout appel s'y rapportant ait entièrement lieu à huis clos. La pratique susmentionnée — à laquelle souscrivent le solliciteur et les tribunaux — démontre que le par. 51(2) a une portée excessive en ce qu'il exclut le public de l'audience, même en l'absence de crainte justifiant une telle dérogation au principe général de la publicité des débats en justice.

J'ai conclu, plus tôt, à la constitutionnalité des dispositions de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* qui, sur demande en ce sens de l'institution fédérale concernée, obligent le tribunal saisi d'un recours en révision à entendre les arguments de cette institution en l'absence de l'autre partie, afin de prévenir toute divulgation accidentelle de renseignements délicats. Il s'ensuit, pour les mêmes motifs, que ces arguments doivent également être entendus à huis clos. La réparation convenable consiste donc à donner une interprétation atténuante du par. 51(2), de façon qu'il ne s'applique qu'aux audiences *ex parte* prescrites par le par. 51(3). Le tribunal saisi d'un recours en révision dispose, aux termes de l'art. 46, du pouvoir discrétionnaire de poursuivre tout ou partie du reste de l'audition en audience publique, à huis clos ou encore à huis clos et en l'absence d'une partie.

## VI. Le pourvoi incident

Après le prononcé de la décision de madame le juge Simpson sur la constitutionnalité des dispositions, le juge MacKay a statué sur l'applicabilité des différentes exceptions invoquées. Le pourvoi incident vise les décisions du juge MacKay ([1998] 2 C.F. 351) et de la Cour d'appel fédérale ([2000] 3 C.F. 589) concernant l'exception prévue à l'al. 22(1)(b). Le juge MacKay a estimé que le SCRS avait invoqué à bon droit cette exception, puisque l'organisme avait établi que la divulgation des ren-

59

60

61

injury to investigations in general. MacKay J. commented that the only evidence on the public record before him was the public affidavit filed by CSIS. The evidence was uncontradicted and strengthened by CSIS's secret affidavit.

62 Soon after MacKay J. issued his reasons on the merits of the exemptions, the Federal Court of Appeal released its decision in *Rubin v. Canada (Minister of Transport)*, [1998] 2 F.C. 430. *Rubin* involved the interpretation of s. 16(1)(c) of the *Access to Information Act*, R.S.C. 1985, c. A-1, a similar, almost identical, provision to s. 22(1)(b) of the Act. The court in *Rubin* held that the exemption involved was limited to circumstances where a reasonable expectation of harm could be established to a current specific investigation or identifiable prospective investigation. The Federal Court of Appeal cited *Rubin* with approval and held that MacKay J. should not have extended the notion of injury in s. 22(1)(b) to investigations in general. The material was ordered sent back for a new review.

63 In light of this Court's decision in *Lavigne v. Canada (Office of the Commissioner of Official Languages)*, [2002] 2 S.C.R. 773, 2002 SCC 53, the cross-appeal must be allowed and the decision of the motions judge restored. The motions judge interpreted s. 22(1)(b) in a manner consistent with this Court's ruling in *Lavigne*. The exemption in s. 22(1)(b) is not limited to current investigations or an identifiable prospective investigation. The appellant, respondent on cross appeal, did not challenge the finding of the motions judge that the Solicitor General had established a reasonable expectation of harm. The decision of MacKay J. is therefore restored.

## VII. Costs

64 The appellant requested but was not awarded costs of his original application for a declaration that s. 51 was unconstitutional. Nor was he awarded costs on his appeal to the Federal Court of Appeal dealing with the constitutionality of s. 51. He asks this Court to award him costs on this appeal, the original constitutional application before Simpson J. of

seignements risquerait vraisemblablement de nuire à ses activités d'enquête en général. Il a fait observer que le seul élément de preuve dans le dossier public dont il disposait était l'affidavit public produit par le SCRS. Cet élément de preuve n'a pas été contredit et il était étayé par l'affidavit secret du SCRS.

Peu après que le dépôt des motifs du juge MacKay quant au bien-fondé des exceptions, la Cour d'appel fédérale a rendu jugement dans l'affaire *Rubin c. Canada (Ministre des Transports)*, [1998] 2 C.F. 430, qui portait sur l'interprétation de l'al. 16(1)c) de la *Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. 1985, ch. A-1, disposition quasi identique à l'al. 22(1)b) de la Loi. La cour a jugé que l'exception concernée ne pouvait être invoquée que lorsqu'il était établi que la divulgation risquerait vraisemblablement de nuire à une enquête particulière déjà en cours ou prévue. En l'espèce, la Cour d'appel fédérale a cité et approuvé l'arrêt *Rubin* concluant que le juge MacKay n'aurait pas dû étendre aux enquêtes en général la notion de préjudice prévue à l'al. 22(1)b). Elle a ordonné le renvoi des documents à la Section de première instance en vue d'une nouvelle révision.

Eu égard à l'arrêt de la Cour *Lavigne c. Canada (Commissariat aux langues officielles)*, [2002] 2 R.C.S. 773, 2002 CSC 53, le pourvoi incident doit être accueilli et la décision du juge des requêtes rétablie. Le juge des requêtes a interprété l'al. 22(1)b) d'une manière compatible avec cet arrêt. L'exception prévue à l'al. 22(1)b) ne s'applique pas qu'aux enquêtes déjà en cours ou prévues. L'appelant/intimé au pourvoi incident n'a pas contesté la conclusion du juge des requêtes selon laquelle le solliciteur général avait établi l'existence d'un risque vraisemblable de préjudice. La décision du juge MacKay est en conséquence rétablie.

## VII. Les dépens

L'appelant a réclamé sans succès les dépens afférents à sa demande initiale visant à faire déclarer l'art. 51 inconstitutionnel. Il n'a pas non plus eu droit aux dépens en Cour d'appel fédérale sur cette question. L'appelant demande à la Cour de lui accorder les dépens afférents au présent pourvoi ainsi qu'à la contestation constitutionnelle devant

the Federal Court, Trial Division and on the appeal of the constitutional issue to the Federal Court of Appeal.

Although routinely costs follow the outcome of a case, this Court has the discretion, pursuant to s. 47 of the *Supreme Court Act*, R.S.C. 1985, c. S-26, to award costs on an appeal regardless of the outcome. It also has the discretion to order the payment of costs of the proceedings in the courts below.

The *Privacy Act* specifically contemplates an award of costs to an unsuccessful party where an important and novel issue has been raised.

#### 52. . . .

(2) Where the Court is of the opinion that an application for review under section 41 or 42 has raised an important new principle in relation to this Act, the Court shall order that costs be awarded to the applicant even if the applicant has not been successful in the result.

The spirit and purpose of s. 52(2) is a relevant consideration for this Court in the exercise of its discretion. The constitutional issues raised by the appellant in this case were serious, important and novel in the context of access to information litigation.

#### VIII. Conclusion

The appeal is allowed in part. I am of the opinion that it is appropriate in this case to award costs of the proceedings, here and in the courts below, to the appellant. The cross-appeal is allowed with costs to the respondent, appellant on the cross-appeal. The constitutional questions are answered as follows:

1. Do ss. 51(2)(a) and 51(3) of the *Privacy Act*, R.S.C. 1985, c. P-21, as amended, infringe or deny the appellant's rights or freedoms guaranteed by s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: Yes, as was conceded by the respondent.

madame le juge Simpson de la Section de première instance de la Cour fédérale et à l'appel de cette question devant la Cour d'appel fédérale.

Bien que les dépens suivent habituellement l'issue de la cause, l'art. 47 de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, ch. S-26, donne à la Cour le pouvoir discrétionnaire d'ordonner le paiement des dépens quelle que soit l'issue de l'affaire. La Cour peut également ordonner le paiement des dépens des juridictions inférieures.

La *Loi sur la protection des renseignements personnels* indique expressément que la partie déboutée de son recours peut se voir accorder les frais et dépens lorsque l'objet du recours a soulevé un principe important et nouveau :

#### 52. . . .

(2) Dans les cas où elle estime que l'objet du recours a soulevé un principe important et nouveau quant à la présente loi, la Cour accorde les frais et dépens à la personne qui a exercé le recours devant elle, même si cette personne a été déboutée de son recours.

L'esprit et l'objet de cette disposition constituent, pour la Cour, une considération pertinente dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire. Les questions constitutionnelles soulevées par l'appelant en l'espèce revêtaient un caractère sérieux, important et nouveau dans le contexte d'un litige en matière d'accès à l'information.

#### VIII. Conclusion

Le pourvoi est accueilli en partie. Je suis d'avis qu'il convient, dans la présente affaire, d'accorder à l'appelant les dépens devant la Cour et devant les juridictions inférieures. Le pourvoi incident est accueilli avec dépens en faveur de l'intimé/appelant au pourvoi incident. Les réponses aux questions constitutionnelles sont les suivantes :

1. Les paragraphes 51(2) et (3) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. 1985, ch. P-21, et ses modifications, portent-ils atteinte aux droits et libertés que l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* garantit à l'appelant?

Réponse : Oui, comme l'a concédé l'intimé.

65

66

67

2. If the answer to Question 1 is in the affirmative, are ss. 51(2)(a) and 51(3) of the *Privacy Act* reasonable limits, prescribed by law, that can be demonstrably justified in a free and democratic society, pursuant to s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No. Section 51(2)(a) is read down to apply to subsection (3) only.

3. Does s. 51(3) of the *Privacy Act* infringe or deny the appellant's rights and freedoms guaranteed by s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: Assuming without deciding that s. 7 applies, the answer is no.

4. If the answer to Question 3 is in the affirmative, is s. 51(3) of the *Privacy Act* a reasonable limit, prescribed by law, that can be demonstrably justified in a free and democratic society, pursuant to s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: This question need not be answered.

## APPENDIX

### Relevant Constitutional and Statutory Provisions

#### *Canadian Charter of Rights and Freedoms*

1. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

2. Everyone has the following fundamental freedoms:

. . .

(b) freedom of thought, belief, opinion and expression, including freedom of the press and other media of communication;

. . .

2. Si la réponse à la première question est affirmative, les par. 51(2) et (3) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* constituent-ils des limites raisonnables prescrites par une règle de droit, dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Non. Le paragraphe 51(2) fait l'objet d'une interprétation atténuante de façon qu'il ne s'applique qu'au par. (3).

3. Le paragraphe 51(3) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* porte-t-il atteinte aux droits et libertés que l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* garantit à l'appelant?

Réponse : En supposant que l'art. 7 s'applique, sans pour autant trancher la question, la réponse est non.

4. Si la réponse à la question 3 est affirmative, le par. 51(3) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* constitue-t-il une limite raisonnable prescrite par une règle de droit, dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Il n'y a pas lieu de répondre à cette question.

## ANNEXE

### Les dispositions constitutionnelles et législatives pertinentes

#### *Charte canadienne des droits et libertés*

1. La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

2. Chacun a les libertés fondamentales suivantes :

. . .

b) liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression, y compris la liberté de la presse et des autres moyens de communication;

. . .

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

8. Everyone has the right to be secure against unreasonable search or seizure.

*Privacy Act*, R.S.C. 1985, c. P-21

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

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

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

. . .

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

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

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

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

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

. . .

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

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

8. Chacun a droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives.

*Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. 1985, ch. P-21

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

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

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

. . .

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

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

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

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

. . .

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

- (a) the government of a foreign state or an institution thereof;
- (b) an international organization of states or an institution thereof;
- (c) the government of a province or an institution thereof; or
- (d) a municipal or regional government established by or pursuant to an Act of the legislature of a province or an institution of such a government.

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

- (a) consents to the disclosure; or
- (b) makes the information public.

. . . .

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

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

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

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

- a) des gouvernements des États étrangers ou de leurs organismes;
- b) des organisations internationales d'États ou de leurs organismes;
- c) des gouvernements provinciaux ou de leurs organismes;
- d) des administrations municipales ou régionales constituées en vertu de lois provinciales ou de leurs organismes.

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

- a) consent à la communication;
- b) rend les renseignements publics.

. . . .

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

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

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

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

of the *Canadian Security Intelligence Service Act*,

la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*;

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

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

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

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

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

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

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

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

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

. . .

. . .

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

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

(a) pertains to the administration or enforcement of an Act of Parliament;

a) se rapporte à l'application d'une loi fédérale;

(b) is authorized by or pursuant to an Act of Parliament; or

b) est autorisée sous le régime d'une loi fédérale;

(c) is within a class of investigations specified in the regulations.

c) fait partie d'une catégorie d'enquêtes précisée dans les règlements.

. . .

. . .

**34.** . . .

**34.** . . .

(2) Notwithstanding any other Act of Parliament or any privilege under the law of evidence, the Privacy Commissioner may, during the investigation of any complaint under this Act, examine any information recorded in any form under the control of a government institution, other than a confidence of the Queen's Privy Council for Canada to which subsection 70(1) applies, and no information that the Commissioner may examine under this subsection may be withheld from the Commissioner on any grounds.

(2) Nonobstant toute autre loi fédérale ou toute immunité reconnue par le droit de la preuve, le Commissaire à la protection de la vie privée a, pour les enquêtes qu'il mène en vertu de la présente loi, accès à tous les renseignements, quels que soient leur forme et leur support, qui relèvent d'une institution fédérale, à l'exception des renseignements confidentiels du Conseil privé de la Reine pour le Canada auxquels s'applique le paragraphe 70(1); aucun des renseignements auxquels il a accès en vertu du présent paragraphe ne peut, pour quelque motif que ce soit, lui être refusé.

. . .

. . .

**41.** Any individual who has been refused access to personal information requested under subsection 12(1) may, if a complaint has been made to the Privacy

**41.** L'individu qui s'est vu refuser communication de renseignements personnels demandés en vertu du paragraphe 12(1) et qui a déposé ou fait déposer une plainte

Commissioner in respect of the refusal, apply to the Court for a review of the matter within forty-five days after the time the results of an investigation of the complaint by the Privacy Commissioner are reported to the complainant under subsection 35(2) or within such further time as the Court may, either before or after the expiration of those forty-five days, fix or allow.

45. Notwithstanding any other Act of Parliament or any privilege under the law of evidence, the Court may, in the course of any proceedings before the Court arising from an application under section 41, 42 or 43, examine any information recorded in any form under the control of a government institution, other than a confidence of the Queen's Privy Council for Canada to which subsection 70(1) applies, and no information that the Court may examine under this section may be withheld from the Court on any grounds.

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

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

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

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

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

à ce sujet devant le Commissaire à la protection de la vie privée peut, dans un délai de quarante-cinq jours suivant le compte rendu du Commissaire prévu au paragraphe 35(2), exercer un recours en révision de la décision de refus devant la Cour. La Cour peut, avant ou après l'expiration du délai, le proroger ou en autoriser la prorogation.

45. Nonobstant toute autre loi fédérale ou toute immunité reconnue par le droit de la preuve, la Cour a, pour les recours prévus aux articles 41, 42 ou 43, accès à tous les renseignements, quels que soient leur forme et leur support, qui relèvent d'une institution fédérale, à l'exception des renseignements confidentiels du Conseil privé de la Reine pour le Canada auxquels s'applique le paragraphe 70(1); aucun des renseignements auxquels la Cour a accès en vertu du présent article ne peut, pour quelque motif que ce soit, lui être refusé.

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

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

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

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

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



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

**51.** (1) Any application under section 41 or 42 relating to personal information that the head of a government institution has refused to disclose by reason of paragraph 19(1)(a) or (b) or section 21 . . . shall be heard and determined by the Associate Chief Justice of the Federal Court or by such other judge of the Court as the Associate Chief Justice may designate to hear the applications.

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

(a) be heard *in camera*; and

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

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

**52.** (1) Subject to subsection (2), the costs of and incidental to all proceedings in the Court under this Act shall be in the discretion of the Court and shall follow the event unless the Court orders otherwise.

(2) Where the Court is of the opinion that an application for review under section 41 or 42 has raised an important new principle in relation to this Act, the Court shall order that costs be awarded to the applicant even if the applicant has not been successful in the result.

*Appeal allowed in part with costs to the appellant.  
Cross-appeal allowed with costs to the respondent.*

*Solicitors for the appellant: Ruby & Edwardh,  
Toronto.*

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

**51.** (1) Les recours visés aux articles 41 ou 42 et portant sur les cas où le refus de donner communication de renseignements personnels est lié aux alinéas 19(1)a) ou b) ou à l'article 21 [. . .] sont exercés devant le juge en chef adjoint de la Cour fédérale ou tout autre juge de cette Cour qu'il charge de leur audition.

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

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

**52.** (1) Sous réserve du paragraphe (2), les frais et dépens sont laissés à l'appréciation de la Cour et suivent, sauf ordonnance contraire de la Cour, le sort du principal.

(2) Dans les cas où elle estime que l'objet du recours a soulevé un principe important et nouveau quant à la présente loi, la Cour accorde les frais et dépens à la personne qui a exercé le recours devant elle, même si cette personne a été déboutée de son recours.

*Pourvoi accueilli en partie, avec dépens en faveur de l'appelant. Pourvoi incident accueilli, avec dépens en faveur de l'intimé.*

*Procureurs de l'appelant : Ruby & Edwardh,  
Toronto.*

*Solicitors for the respondent: McCarthy Tétrault, Ottawa; The Deputy Attorney General of Canada, Ottawa.*

*Solicitors for the intervener the Privacy Commissioner of Canada: Nelligan O'Brien Payne, Ottawa.*

*Procureurs de l'intimé : McCarthy Tétrault, Ottawa; le sous-procureur général du Canada, Ottawa.*

*Procureurs de l'intervenant le Commissaire à la protection de la vie privée du Canada : Nelligan O'Brien Payne, Ottawa.*