

T-465-01, T-650-02, T-888-02, T-889-02
2005 FC 384

T-465-01, T-650-02, T-888-02, T-889-02
2005 CF 384

The Information Commissioner of Canada
(Applicant)

Le commissaire à l'information du Canada
(demandeur)

v.

c.

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

**Le Directeur exécutif du Bureau canadien d'enquête
sur les accidents de transport et de la sécurité des
transports et NAV CANADA** (défendeurs)

and

et

The Attorney General of Canada (Intervener)

Le procureur général du Canada (intervenant)

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

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

Federal Court, Snider J.—Ottawa, January 18; March
18, 2005.

Cour fédérale, juge Snider—Ottawa, 18 janvier; 18 mars
2005.

Access to Information — Judicial review of refusals to disclose tapes, transcripts of conversations between air traffic control and aircraft personnel (ATC communications) with respect to four airplane incidents — Executive Director of Canadian Transportation Accident Investigation and Safety Board (TSB) denying requests because considering ATC communications personal information as contemplated by Privacy Act, s. 3; concluding disclosure of information under Access to Information Act (ATIA), s. 19(2) not warranted — ATC communications constituting personal information — Head of government institution having discretion to disclose personal information under exceptions in ATIA, s. 19(2) — ATC communications not “publicly available” and not needing disclosure — Use of present tense in s. 19(2)(b) (i.e. if information “is” publicly available) requiring information to be in public domain at time of assessment — Use by journalists of previously released information not rendering information “publicly available” with one exception — TSB maintaining discretion to prohibit disclosure of ATC communications even if information previously released — S. 8 of Privacy Act providing head of institution with discretion to disclose personal information for purpose for which information obtained or for any purpose in accordance with federal legislation — While TSB using ATC communications for intended purposes, further disclosure not warranted — No evidence public interest in disclosure clearly outweighing invasion of privacy under Privacy Act, s. 8(2)(m)(i) — TSB correct in determination ATC communications material to be withheld and in refusing to exercise discretion for disclosure.

Accès à l'information — Contrôle judiciaire du refus de communiquer des enregistrements et des transcriptions de conversations entre le contrôle de la circulation aérienne et le personnel de vol (les communications ATC) concernant quatre accidents d'avion — Le directeur exécutif du Bureau canadien d'enquête sur les accidents de transport et de la sécurité des transports (le BST) a refusé les demandes parce que les communications ATC étaient selon lui des renseignements personnels au sens de l'art. 3 de la Loi sur la protection des renseignements personnels et parce que la communication des renseignements demandés ne se justifiait pas au regard de l'art. 19(2) de la Loi sur l'accès à l'information (LAI) — Les communications ATC sont des renseignements personnels — Le responsable d'une institution fédérale a le pouvoir discrétionnaire de communiquer des renseignements personnels visés par une exception prévue à l'art. 19(2) de la LAI — Les communications ATC ne sont pas des communications auxquelles le public « a accès » et elles n'ont pas à être divulguées — Étant donné que l'art. 19(2)(b) est rédigé au présent de l'indicatif (si le public « a » accès aux renseignements), il faut qu'au moment de l'examen, les renseignements appartiennent au domaine public — Sauf dans un cas, le fait que des journalistes aient fait usage de renseignements leur ayant été antérieurement communiqués n'implique pas que le public « a accès » aux renseignements — Le BST a le pouvoir discrétionnaire d'interdire la divulgation des communications ATC malgré qu'elles aient été divulguées par le passé — L'art. 8 de la Loi sur la protection des renseignements personnels confère au responsable d'une institution fédérale le pouvoir

discrétionnaire de communiquer des renseignements personnels aux fins auxquelles ils ont été recueillis ou à des fins qui sont conformes à la législation fédérale — Bien que le BST utilise les communications ATC aux fins auxquelles elles sont destinées, de nouvelles divulgations ne se justifiaient pas — Rien ne permettait de conclure que suivant l'art. 8(2)m(i) de la Loi sur la protection des renseignements personnels des raisons d'intérêt public justifieraient nettement une éventuelle violation de la vie privée — Le BST a eu raison de conclure que les communications ATC ne devaient pas être divulguées et, dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire qui lui est reconnu, de refuser la communication.

Privacy — Conversations between air traffic control, aircraft personnel (ATC communications) limited to safety, navigation of aircraft, general operation of aircraft, exchange of messages on behalf of public — Disclosure denied on ground containing personal information — Privacy Act, s. 3 defining "personal information" as "information about an identifiable individual that is recorded in any form" — Communications recordings — Analysis showing "about" individuals involved — Individuals sufficiently identifiable — Definition not requiring reasonable expectation of privacy — Communications not losing personal character merely because legal obligation to record conversations, provide tapes to Transportation Safety Board (TSB) if requested — ATC communications of confidential nature, generally not available except for investigative purposes — Interception using scanners possible, but contrary to Radiocommunication Act — S. 8 exception to general prohibition of disclosure of personal information — Permitting disclosure of personal information for purpose for which obtained or for any purpose in accordance with federal legislation, regulations — Disclosure of communications for use by other than TSB not for such purposes — Institution head may also disclose information where public interest in disclosure outweighing invasion of privacy interest — TSB taking into account wide range of factors — Not erring in refusing to exercise such discretion.

Protection des renseignements personnels — Les conversations entre le contrôle de la circulation aérienne et le personnel de vol (les communications ATC) doivent se limiter à la sécurité et à la navigation de l'aéronef, aux activités de l'appareil et à l'échange de messages pour le compte du public — La demande de communication a été refusée au motif qu'elle visait des renseignements personnels — Selon la définition qu'en donne l'art. 3 de la Loi sur la protection des renseignements, les « renseignements personnels » sont « des renseignements, quels que soient leur forme et leur support, concernant un individu identifiable » — Enregistrement de communications — L'analyse démontrait que les renseignements demandés « concernaient » les individus en cause — Ceux-ci étaient suffisamment identifiables — Suivant la définition que la loi donne du terme « renseignements personnels », il n'est pas nécessaire que les individus en question aient une expectative raisonnable de confidentialité — Les communications ne perdent pas leur caractère personnel du simple fait que la loi prévoit qu'elles seront enregistrées et que, sur demande, les bandes seront remises au BST — Les communications ATC sont confidentielles et, sauf pour les besoins d'une enquête, ne sont généralement pas accessibles — Il est possible d'intercepter les communications au moyen de scanners, mais une telle pratique est contraire à la Loi sur la radiocommunication — L'art. 8 constitue une exception à l'interdiction générale de communiquer des renseignements personnels — Il permet la communication des renseignements pour les fins auxquelles ils ont été recueillis ou aux fins qui sont conformes avec les lois fédérales ou ceux de leurs règlements qui autorisent cette communication — La communication des renseignements demandés, si ce n'est pour être utilisés par le BST, ne répondrait pas à ces objectifs — Le responsable d'une institution fédérale peut également communiquer un renseignement si des raisons d'intérêt public justifient nettement une éventuelle violation de la vie privée — Le BST a pris en compte un large éventail de facteurs — Il n'a pas commis d'erreur en refusant, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, de communiquer les renseignements demandés.

Constitutional Law — Charter of Rights — Fundamental Freedoms — Freedom of expression — Order sought

Droit constitutionnel — Charte des droits — Libertés fondamentales — Liberté d'expression — Demande visant à

declaring Radiocommunication Act, s. 9(2) infringing Charter, s. 2(b) — Radiocommunication Act, s. 9(2) prohibiting use, dissemination of radiocommunication aired on public frequencies — Judicial review not proper forum to determine constitutionality of provision — S. 9(2) not determinative factor in TSB's refusal to disclose ATC communications — Constitutional determination potentially affecting related definitions in other legislation (i.e. Interpretation Act, Criminal Code) — Evidentiary record before Court inadequate to make constitutional determination.

These were applications for judicial review of refusals by the Executive Director of the Canadian Transportation Accident Investigation and Safety Board (TSB) to disclose requested information consisting of tapes and transcripts of conversations between air traffic control (“ATC”) and aircraft personnel (“ATC communications”) and for an order declaring that subsection 9(2) of the *Radiocommunication Act* infringes paragraph 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The applications for access to information were made by journalists and counsel with respect to four separate airplane collisions or incidents. In each case, the TSB denied the requests on the ground that the ATC communications were personal information, as contemplated by section 3 of the *Privacy Act*, and that disclosure under subsection 19(2) of the *Access to Information Act* (ATIA) was not warranted. The issues were whether (1) the ATC communications constituted “personal information” as defined in section 3 of the *Privacy Act*, thus preventing their disclosure under subsection 19(1) of the ATIA; (2) whether the TSB erred in determining that disclosure of the ATC communications was not warranted by subsection 19(2) of the ATIA; and (3) whether subsection 9(2) of the *Radiocommunication Act* infringes paragraph 2(b) of the Charter.

Held, the applications should be dismissed.

The most critical question for determination was whether the ATC communications contained “personal information” as defined by section 3 of the *Privacy Act*, and as such, were exempt from disclosure under subsection 19(1) of the ATIA. “Personal information” is defined as “information about an identifiable individual that is recorded in any form” and has been given an expansive interpretation. The content of ATC communications is limited to the safety and navigation of aircraft, the general operation of the aircraft, and the exchange

obtenir une ordonnance déclarant que l'art. 9(2) de la Loi sur la radiocommunication porte atteinte à l'art. 2b) de la Charte — L'art. 9(2) de la Loi sur la radiocommunication interdit l'emploi ou la diffusion de radiocommunications diffusées sur les fréquences publiques — S'agissant d'une demande de contrôle judiciaire, la Cour n'a pas été adéquatement saisie de la question de savoir si cette disposition est constitutionnelle — L'art. 9(2) n'est pas un facteur ayant joué un rôle déterminant dans la décision du BST de refuser de divulguer les communications ATC — En l'espèce, une décision d'ordre constitutionnel risquerait d'avoir des répercussions sur des définitions connexes figurant dans d'autres lois (la Loi d'interprétation et le Code criminel) — La preuve au dossier ne permettait pas à la Cour de statuer sur la question constitutionnelle.

Il s'agissait de demandes de contrôle judiciaire concernant le refus du directeur exécutif du Bureau canadien d'enquête sur les accidents de transport et de la sécurité des transports (le BST) de communiquer les renseignements qui lui étaient demandés, à savoir des enregistrements et des transcriptions de conversations entre le contrôle de la circulation aérienne et le personnel de vol (les communications ATC), et visant à obtenir une ordonnance déclarant que le paragraphe 9(2) de la *Loi sur la radiocommunication* porte atteinte à l'alinéa 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Les demandes d'accès à l'information, qui concernaient quatre accidents d'avion, ont été présentées par des journalistes et par une avocate. Le BST a rejeté toutes les demandes d'accès au motif que les communications ATC étaient des renseignements personnels au sens de l'article 3 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* et que leur communication ne se justifiait pas au regard du paragraphe 19(2) de la *Loi sur l'accès à l'information* (LAI). La Cour était appelée à décider 1) si les communications ATC constituent des « renseignements personnels » au sens de l'article 3 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, dont la divulgation est interdite par le paragraphe 19(1) de la LAI; 2) si le BST a commis une erreur en jugeant que la divulgation des communications ATC ne se justifiait pas au regard du paragraphe 19(2) de la LAI et; 3) si le paragraphe 9(2) de la *Loi sur la radiocommunication* porte atteinte à l'alinéa 2b) de la Charte.

Jugement : les demandes doivent être rejetées.

La question essentielle était de savoir si les communications ATC contenaient des « renseignements personnels » au sens de l'article 3 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* et si à ce titre ces renseignements bénéficiaient d'une exemption au titre du paragraphe 19(1) de la LAI. Les « renseignements personnels » sont définis comme étant des « renseignements, quels que soient leur forme et leur support, concernant un individu identifiable », définition qui a reçu une interprétation

of messages on behalf of the public. The ATC communications become very important in the case of aviation accidents or incidents, in which case the tapes are used by the TSB in its investigations. The TSB must examine how individuals involved with the occurrence, such as air traffic controllers and aircraft personnel, performed their jobs and whether their actions contributed to the occurrence. The ATC communications in question were recordings, and an analysis showed that they were “about” the individuals involved. They consisted of aeronautical “transactions” between the ground and air crew. The evidence showed that the individuals involved in the ATC communications were sufficiently identifiable to meet the second requirement of section 3 of the definition. The definition of “personal information” does not require that the parties hold a reasonable expectation of privacy, an issue which may be considered subsequently in determining whether information, despite being personal, should nevertheless be disclosed under subsection 19(2) of the ATIA. The communications do not lose their character as personal communications merely because there is a legal obligation for the conversations to be recorded or for the tapes to be provided to the TSB if requested. The TSB does not obtain the information to distribute it to the public at large. Even if a particular recording meets the definition of personal information, it may lose protection by the operation of a number of provisions of both the *Privacy Act* and the ATIA. The record and international practices showed that the ATC communications are of a confidential nature and generally are not to be made available other than for investigative purposes. Even though the communications could be intercepted by the public through the use of scanners, their use or divulgence would be contrary to subsection 9(2) of the *Radiocommunication Act*. The TSB was correct in concluding that the communications were personal information.

While information may be personal and must not be released by the head of a government institution (subsection 19(1) of the ATIA), disclosure may be authorized if the record containing personal information falls within the three exceptions under subsection 19(2) of the ATIA: the individual to whom it relates consents to the disclosure; the information is publicly available; the disclosure is in accordance with section 8 of the *Privacy Act*. Only the last two exceptions were applicable in this case. The TSB concluded that the ATC communications were not “publicly available” under

large. Les communications ATC doivent se limiter à la sécurité et à la navigation de l’aéronef, aux activités de l’appareil et à l’échange de messages pour le compte du public. S’agissant de situations où le BST utilise les enregistrements pour faire ses enquêtes, les communications ATC revêtent de l’importance en cas d’accidents ou d’incidents liés à l’utilisation d’un aéronef. Le BST doit vérifier comment les individus en cause, dont les contrôleurs de la circulation aérienne et le personnel navigant, ont accompli leurs tâches et déterminer si leurs actions ont contribué à l’accident. En l’occurrence, les communications ATC étaient des enregistrements et le BST a conclu qu’elles « concernaient » les individus en cause. Il s’agissait de « transactions » entre le personnel au sol et le personnel navigant. Il ressort de la preuve que, vu le degré de précision avec lequel les individus ayant pris part aux communications ATC pouvaient être identifiés, le deuxième critère de la définition figurant à l’article 3 a été rempli. La définition que la Loi donne de « renseignements personnels » n’implique pas que les parties aient une expectative raisonnable de confidentialité, ce volet pouvant d’ailleurs être pris en compte subséquentement, soit lorsqu’il s’agit de décider si, malgré le caractère personnel des renseignements en cause, ceux-ci devraient néanmoins être communiqués au titre du paragraphe 19(2) de la LAI. Les communications ne perdent pas leur caractère personnel du simple fait que la loi prévoit qu’elles seront enregistrées et que, sur demande, elles seront remises au BST. Le BST ne se procure pas les renseignements afin de pouvoir les communiquer au public. Des renseignements qui sont au sens de la loi des renseignements personnels peuvent néanmoins ne pas être protégés en raison de diverses dispositions de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* et de la LAI. L’examen du dossier et des pratiques internationales indique qu’il s’agit de communications confidentielles et que, sauf pour les besoins d’une enquête, elles ne sont habituellement pas accessibles. Les communications auraient pu être interceptées par des membres du public au moyen de scanners, mais dans un tel cas leur utilisation ou leur divulgation seraient contraires au paragraphe 9(2) de la *Loi sur la radiocommunication*. Le BST a eu raison de conclure que les communications en cause constituaient des renseignements personnels.

Dans les cas où il s’agit de renseignements personnels qui ne doivent pas, en principe, être communiqués par le responsable d’une institution fédérale (paragraphe 19(1) de la LAI), il demeure possible de permettre la communication si le document contenant des renseignements personnels relève de l’une des trois exceptions prévues au paragraphe 19(2) de la LAI : l’individu qu’il concerne y consent; le public y a accès; la communication est conforme à l’article 8 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. Seules les deux dernières exceptions étaient pertinentes en l’espèce. Le BST

paragraph 19(2)(b) and therefore did not need to be released. Interception by third parties of the communications does not render them publicly available. For information to be in the public domain, it must be available on an ongoing basis for use by the "public". Furthermore, the use in paragraph 19(2)(b) of the present tense gives the head of a government institution discretion to disclose information if it "is" publicly available. Even if the ATC communications were "publicly available" at the time they were made, they were not available for review or in the public domain at the time of the hearing, with the exception of those relating to the air crash at Clarenville. The TSB had previously released the ATC communications regarding that incident to the journalists who had requested it and who used the information for public purposes and broadcasts. These earlier releases of those communications were made without any consideration of whether they contained personal information or whether they should be disclosed, and the TSB only subsequently concluded that the information was personal and should not be disclosed. The Clarenville communications therefore met the requirement of paragraph 19(2)(b) and were considered "publicly available." Despite this, the TSB was not obliged to disclose the information requested and retained its discretion to refuse disclosure. The word "may" in contraindication to the word "shall" in subsection 19(2) of the ATIA indicates a discretion and not a duty to exercise statutory power. Therefore, while the refusal to disclose regarding the previously released information could be of no practical effect, the TSB could not be ordered to do so.

Under paragraph 19(2)(c) of the ATIA, the TSB would have the authority to disclose the ATC communications if disclosure would be in accordance with section 8 of the *Privacy Act*. Under paragraphs 8(2)(a) and (b) of that Act, the head of an institution is authorized to disclose personal information for the purpose for which the information was obtained or for any purpose in accordance with federal legislation or regulations. While use of the ATC communications by the TSB and, if necessary, reference to them in the TSB reports is disclosure for the purposes for which they were obtained in the first place, further disclosure would not be for such purposes. Under subparagraph 8(2)(m)(i) of the *Privacy Act*, information may be disclosed where the head of the institution believes that the public

a conclu que le public n'a pas accès aux communications ATC au sens de l'alinéa 19(2)(b) et que par conséquent elles n'avaient pas à être divulguées. Ce n'est pas parce que des communications sont interceptées par des tiers que le public y a effectivement accès. Pour que des renseignements appartiennent au domaine public, il faut que le « public » y ait un accès permanent. De plus, étant donné que l'alinéa 19(2)(b) est rédigé au présent de l'indicatif, il confère au responsable de l'institution fédérale le pouvoir discrétionnaire de communiquer les renseignements si le public y « a » accès. Même si le public avait accès aux communications ATC à l'époque où elles se sont déroulées, ces communications, sauf pour celles qui concernaient l'écrasement d'avion à Clarenville, n'appartenaient pas au domaine public au moment où on les a écoutées. Le BST avait auparavant remis les communications ATC relatives à l'accident de Clarenville aux journalistes qui en avaient fait la demande et ceux-ci les avaient utilisées à des fins publiques et pour faire des émissions. L'enregistrement de ces communications avait été divulgué sans que l'on cherche à savoir s'il contenait ou non des renseignements personnels et s'il convenait ou non de les communiquer. Ce n'est qu'a posteriori que le BST a conclu qu'il s'agissait de renseignements personnels qui ne devraient pas être communiqués. Les communications ATC de Clarenville étaient donc visées par l'alinéa 19(2)(b) et il a été décidé qu'il s'agissait de renseignements auxquels le public « a accès ». Malgré cela, le BST n'était pas tenu de communiquer les renseignements demandés et, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, il a refusé la communication. Au paragraphe 19(2) de la LAI, le mot « peut », par opposition à l'expression « est tenu », indique que le responsable d'une institution fédérale a la faculté, et non l'obligation, d'exercer un pouvoir qu'il tient de la loi. Alors même que le refus de communiquer les renseignements antérieurement divulgués pourrait, sur le plan pratique, n'être d'aucun effet, il n'y a avait pas lieu d'ordonner au BST de communiquer lesdits renseignements.

Compte tenu de l'alinéa 19(2)(c) de la LAI, le BST pourrait divulguer les renseignements demandés si la communication s'avérait conforme à l'article 8 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. En vertu des alinéas 8(2)(a) et (b) de cette loi, le responsable d'une institution fédérale peut communiquer des renseignements si la communication sert les fins auxquelles ils ont été recueillis ou des fins qui sont conformes avec les lois fédérales ou ceux de leurs règlements qui autorisent la communication. L'emploi des communications ATC par le BST et, si nécessaire, leur citation dans les rapports du BST correspond aux buts ayant porté le BST à se procurer les communications au départ, mais de nouvelles divulgations ne répondraient aucunement à ces mêmes objectifs. Le sous-alinéa 8(2)(m)(i) de la *Loi sur la protection*

interest in disclosure clearly outweighs any invasion of privacy that could result from the disclosure. These exemptions require a factual determination that the material comes within the description of material potentially subject to being withheld from disclosure and a discretionary decision that the material should nevertheless be disclosed. The TSB was correct in determining that the ATC communications came within the description of materials that are subject to withholding. He also did not err in refusing to exercise his discretion regarding disclosure, taking into account a wide range of factors, none of which were irrelevant or extraneous to the statutory purpose.

The Commissioner alleged that subsection 9(2) of the *Radiocommunication Act*, which prohibits the use and/or dissemination of radiocommunication aired on public frequencies, infringes the freedom of expression under paragraph 2(b) of the Charter. Charter issues should not be decided where it is not necessary to do so and are to be decided on a proper evidentiary record. These proceedings were not the proper forum to argue the constitutional question raised. The present judicial review was based solely on an attack on the refusal of the TSB to disclose the ATC communications. There was no evidence indicating that subsection 9(2) was the determinative factor in the TSB's decision; it was but one of the factors considered. Moreover, since ATC communications fall within communication-related definitions in other legislation (i.e. *Interpretation Act*, *Criminal Code*), a constitutional determination of subsection 9(2) would have unintended consequences on other legislation and for the scope of any ruling made. The record on that issue before the Court was not adequate and a determination as to the constitutionality of subsection 9(2) should not be made.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1, ss. 19, 20(1), 25, 42(1)(a).
Canadian Aviation Regulations, SOR/96-433, Subpart 2.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 1, 2(b).
Canadian Transportation Accident Investigation and Safety Board Act, S.C. 1989, c. 3, ss. 2 "aviation occurrence", 7 (as am. by S.C. 1998, c. 20, s. 5).

des renseignements personnels prévoit que la communication est autorisée si, de l'avis du responsable de l'institution fédérale, des raisons d'intérêt public justifient nettement une éventuelle violation de la vie privée. Ces exceptions commandent que le responsable détermine si, sur une base factuelle, les renseignements en question appartiennent à une catégorie de renseignements susceptibles de ne pas être divulgués et si, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, il convient néanmoins de divulguer lesdits renseignements. Le BST a eu raison de décider que les communications ATC correspondent à la définition de documents qui n'ont pas à être divulgués. Il n'a pas non plus commis d'erreur en refusant, à la lumière d'un large éventail de facteurs, dont aucun ne peut être considéré comme dénué de pertinence ou étranger au but défini dans la loi, d'exercer son pouvoir discrétionnaire de communiquer les renseignements demandés.

Le Commissaire a fait valoir que le paragraphe 9(2) de la *Loi sur la radiocommunication*, qui interdit l'emploi ou la diffusion de radiocommunications diffusées sur les fréquences publiques, porte atteinte à la liberté d'expression que garantit l'alinéa 2b) de la Charte. Les questions relevant de la Charte ne doivent être tranchées que lorsque c'est nécessaire et au vu de preuves solides. La question constitutionnelle soulevée en l'occurrence n'avait pas sa place dans la présente affaire. Les demandes de contrôle judiciaire dont la Cour était saisie mettaient uniquement en cause le refus par le BST de divulguer des communications ATC. Le dossier ne contenait aucun élément donnant à penser que le paragraphe 9(2) a pu déterminer la décision du BST; ce n'est qu'un des facteurs dont le BST a tenu compte. De plus, étant donné que les communications ATC sont visées par des définitions connexes qui figurent dans d'autres lois (la *Loi d'interprétation* et le *Code criminel*), une décision relative à la constitutionnalité du paragraphe 9(2) produirait des conséquences inattendues en ce qui concerne d'autres lois et la portée du jugement de la Cour. La Cour ne disposait pas d'éléments suffisants pour se prononcer sur la constitutionnalité du paragraphe 9(2).

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

- Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 1, 2b).
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 183 « communication privée » (mod. par L.C. 1993, ch. 40, art. 1), « intercepter », 184(1).
Convention relative à l'aviation civile internationale, 7 décembre 1944, [1944] R.T. Can. n° 36.
Loi d'interprétation, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 35(1)

Civil Air Navigation Services Commercialization Act, S.C. 1996, c. 20, s. 2 (as am. by S.C. 1996, c. 20, s. 108(a); 2003, c. 22, ss. 150(E), 225(g)(E)).

Convention on International Civil Aviation, December 7, 1944, [1944] Can. T.S. No. 36.

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 183 "intercept", "private communication" (as am. by S.C. 1993, c. 40, s. 1), 184(1).

Interpretation Act, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 35(1) "radio or radiocommunication", "telecommunications" (as am. by S.C. 1993, c. 38, s. 87).

Privacy Act, R.S.C., 1985, c. P-21, ss. 3 "personal information", 8 (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 20, s. 13; S.C. 1994, c. 35, s. 39; 2000, c. 7, s. 26; 2004, c. 11, s. 37).

Radiocommunication Act, R.S.C., 1985, c. R-2, ss. 1 (as am. by S.C. 1989, c. 17, s. 2), 9 (as enacted *idem*, s. 6; 1991, c. 11, s. 83; 1993, c. 40, s. 24).

Radiocommunication Regulations, SOR/96-484, s. 6.

« radiocommunication ou radio », « télécommunication » (mod. par L.C. 1993, ch. 38, art. 87).

Loi sur l'accès à l'information, L.R.C. (1985), ch. A-1, art. 19, 20(1), 25, 42(1)a).

Loi sur la commercialisation des services de navigation aérienne civile, L.C. 1996, ch. 20, art. 2 (mod. par L.C. 1996, ch. 20, art. 108a); 2003, ch. 22, art. 150(A), 225(g)(A)).

Loi sur la protection des renseignements personnels, L.R.C. (1985), ch. P-21, art. 3 « renseignements personnels », 8 (mod. par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 20, art. 13; L.C. 1994, ch. 35, art. 39; 2000, ch. 7, art. 26; 2004, ch. 11, art. 37).

Loi sur la radiocommunication, L.R.C. (1985), ch. R-2, art. 1 (mod. par L.C. 1989, ch. 17, art. 2), 9 (édicte, *idem*, art. 6; 1991, ch. 11, art. 83; 1993, ch. 40, art. 24).

Loi sur le Bureau canadien d'enquête sur les accidents de transport et de la sécurité des transports, L.C. 1989, ch. 3, art. 2 « accident aéronautique », 7 (mod. par L.C. 1998, ch. 20, art. 5).

Règlement de l'aviation canadien, DORS/96-433, sous-partie 2.

Règlement sur la radiocommunication, DORS/96-484, art. 6.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Dagg v. Canada (Minister of Finance), [1997] 2 S.C.R. 403; (1997), 148 D.L.R. (4th) 385; 46 Admin. L.R. (2d) 155; 213 N.R. 161; *Kelly v. Canada (Solicitor General)* (1992), 6 Admin. L.R. (2d) 54; 53 F.T.R. 147 (F.C.T.D.); *affd* (1993), 13 Admin. L.R. (2d) 304; 154 N.R. 319 (F.C.A.); *Maple Lodge Farms Ltd. v. Government of Canada*, [1982] 2 S.C.R. 2; (1982), 137 D.L.R. (3d) 558; 44 N.R. 354.

CONSIDERED:

Timiskaming Indian Band v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs) (1997), 148 D.L.R. (4th) 356; 132 F.T.R. 106 (F.C.T.D.); *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Minister of Public Works and Government Services)*, [1997] 1 F.C. 164; (1996), 70 C.P.R. (3d) 37; 121 F.T.R. 1 (T.D.); *Sabourin Estate v. Watterodt Estate*, 2004 BCSC 243; [2004] B.C.J. No. 326 (QL).

REFERRED TO:

Canada (Information Commissioner) v. Canada (Commissioner of the Royal Canadian Mounted Police), [2003] 1 S.C.R. 66; (2003), 224 D.L.R. (4th) 1; 47 Admin. L.R. (3d) 1; 24 C.P.R. (4th) 129; 301 N.R. 41;

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Dagg c. Canada (Ministre des Finances), [1997] 2 R.C.S. 403; (1997), 148 D.L.R. (4th) 385; 46 Admin. L.R. (2d) 155; 213 N.R. 161; *Kelly c. Canada (Solliciteur général)* (1992), 6 Admin. L.R. (2d) 54; 53 F.T.R. 147 (C.F. 1^{re} inst.); *conf. par* (1993), 13 Admin. L.R. (2d) 304; 154 N.R. 319 (C.A.F.); *Maple Lodge Farms Ltd. c. Gouvernement du Canada*, [1982] 2 R.C.S. 2; (1982), 137 D.L.R. (3d) 558; 44 N.R. 354.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Bande indienne de Témiscamingue c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien) (1997), 148 D.L.R. (4th) 356; 132 F.T.R. 106 (C.F. 1^{re} inst.); *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux)*, [1997] 1 C.F. 164; (1996), 70 C.P.R. (3d) 37; 121 F.T.R. 1 (1^{re} inst.); *Sabourin Estate c. Watterodt Estate*, 2004 BCSC 243; [2004] B.C.J. n° 326 (QL).

DÉCISIONS CITÉES :

Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Commissaire de la Gendarmerie royale du Canada), [2003] 1 R.C.S. 66; (2003), 224 D.L.R. (4th) 1; 47 Admin. L.R. (3d) 1; 24 C.P.R. (4th) 129; 301 N.R. 41;

2003 SCC 8; *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326; (1989), 103 A.R. 321; 64 D.L.R. (4th) 577; [1990] 1 W.W.R. 577; 71 Alta. L.R. (2d) 273; 45 C.R.R. 1; 102 N.R. 321; *Phillips v. Nova Scotia (Commission of Inquiry into the Westray Mine Tragedy)*, [1995] 2 S.C.R. 97; (1995), 124 D.L.R. (4th) 129; 31 Admin. L.R. (2d) 261; 39 C.R. (4th) 141; 180 N.R. 1; *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668; (1999), 244 A.R. 201; 180 D.L.R. (4th) 1; [2000] 2 W.W.R. 180; 75 Alta. L.R. (3d) 1; 139 C.C.C. (3d) 321; 28 C.R. (5th) 207; 248 N.R. 101.

APPLICATIONS for judicial review of refusals by the Executive Director of the Canadian Transportation Accident Investigation and Safety Board to disclose requested information consisting of tapes and transcripts of conversations between air traffic control and aircraft personnel with respect to four separate airplane incidents. Applications dismissed.

APPEARANCES:

Daniel Brunet and Patricia Boyd for applicant.
Barbara A. McIsaac, Q.C. and Gregorios S. Tzemenakis for respondent Executive Director of the Canadian Transportation Accident Investigation and Safety Board.
Brian A. Crane, Q.C. and Graham Ragan for respondent NAV CANADA.
Christopher M. Rupar for intervener.

SOLICITORS OF RECORD:

Office of the Information Commissioner of Canada for applicant.
McCarthy Tétrault LLP, Ottawa, for respondent Executive Director of the Canadian Transportation Accident Investigation and Safety Board.
Gowling Lafleur Henderson LLP, Ottawa, for respondent NAV CANADA.
Deputy Attorney General of Canada for intervener.

The following are the reasons for order rendered in English by

2003 CSC 8; *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326; (1989), 103 A.R. 321; 64 D.L.R. (4th) 577; [1990] 1 W.W.R. 577; 71 Alta. L.R. (2d) 273; 45 C.R.R. 1; 102 N.R. 321; *Phillips c. Nouvelle-Écosse (Commission d'enquête sur la tragédie de la mine Westray)*, [1995] 2 R.C.S. 97; (1995), 124 D.L.R. (4th) 129; 31 Admin. L.R. (2d) 261; 39 C.R. (4th) 141; 180 N.R. 1; *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668; (1999), 244 A.R. 201; 180 D.L.R. (4th) 1; [2000] 2 W.W.R. 180; 75 Alta. L.R. (3d) 1; 139 C.C.C. (3d) 321; 28 C.R. (5th) 207; 248 N.R. 101.

DEMANDES de contrôle judiciaire concernant le refus du directeur exécutif du Bureau canadien d'enquête sur les accidents de transport et de la sécurité des transports de communiquer les renseignements qui lui étaient demandés, à savoir des enregistrements et des transcriptions de conversations entre le contrôle de la circulation aérienne et le personnel de vol concernant quatre accidents d'avion. Demandes rejetées.

ONT COMPARU :

Daniel Brunet et Patricia Boyd pour le demandeur.
Barbara A. McIsaac, c.r. et Gregorios S. Tzemenakis pour le défendeur, le Directeur exécutif du Bureau canadien d'enquête sur les accidents de transport et de la sécurité des transports.
Brian A. Crane, c.r. et Graham Ragan pour la défenderesse NAV CANADA.
Christopher M. Rupar pour l'intervenant.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Commissariat à l'information du Canada pour le demandeur.
McCarthy Tétrault S.E.N.C.R.L., s.r.l., Ottawa, pour le défendeur, le Directeur exécutif du Bureau canadien d'enquête sur les accidents de transport et de la sécurité des transports.
Gowling Lafleur Henderson s.r.l., Ottawa, pour la défenderesse NAV CANADA.
Le sous-procureur général du Canada pour l'intervenant

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

[1] SNIDER J.: In each of the four applications before me, the applicant, the Information Commissioner of Canada (the Commissioner), pursuant to paragraph 42(1)(a) of the *Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1 (the ATIA), seeks judicial review of a refusal by the respondent, the Executive Director of the Canadian Transportation Accident Investigation and Safety Board (the TSB), to disclose requested information. In addition, the Commissioner seeks an order declaring that subsection 9(2) [as enacted by S.C. 1989, c. 17, s. 6; 1993, c. 40, s. 24] of the *Radiocommunication Act*, R.S.C., 1985, c. R-2 [s. 1 (as am. *idem*, s. 2)] infringes paragraph 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* [being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] (the Charter).

[2] The information sought by the Commissioner consists of tapes and transcripts of conversations between air traffic control (ATC) and aircraft personnel (the ATC communications). The applications before me arose as a result of four separate airplane collisions or crashes. A brief description of the incidents, the requests for information and the relevant decisions of the TSB are as follows:

1. The Clarendville Occurrence

Court File T-465-01 relates to an application made by Mr. Peter Walsh, who works for CBC TV, to the TSB for access to:

All records regarding investigation into Kelner Airways, Pilatus PC-12 plane crash near Clarendville N.F., 19 May 1998, including final report with ministerial briefings, witness statement and audio tape copy of voice cockpit recorder conversations with air traffic control.

The final decision of the TSB to withhold the information was dated December 11, 2000, and confirmed the position of the TSB stated in its letter to the Commissioner dated September 20, 2000.

[1] LA JUGE SNIDER: Dans chacune des quatre demandes déposées devant la Cour, le demandeur, commissaire à l'information du Canada (le commissaire), sollicite, en vertu de l'alinéa 42(1)a) de la *Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), ch. A-1 (la LAI), le contrôle judiciaire de la décision par laquelle le défendeur, le directeur exécutif du Bureau canadien d'enquête sur les accidents de transport et de la sécurité des transports (le BST), a refusé de communiquer les renseignements qui lui étaient demandés. Le commissaire sollicite en outre de la Cour une ordonnance déclarant que le paragraphe 9(2) [édicte par L.C. 1989, ch. 17, art. 6; 1993, ch. 40, art. 24] de la *Loi sur la radiocommunication*, L.R.C. (1985), ch. R-2 [art. 1 (mod., *idem*, art. 2)], est contraire à l'alinéa 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* [qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]] (la Charte).

[2] Les renseignements dont le commissariat demande la communication se composent d'enregistrements et de transcriptions de conversations entre le contrôle de la circulation aérienne (ATC) et le personnel de vol (les communications ATC). Les demandes portées devant la Cour ont pour origine quatre accidents d'avion, collisions ou écrasements. Suit une brève description des incidents en cause, des demandes de renseignements et des décisions rendues à cet égard par le BST :

1. L'incident de Clarendville

Le dossier T-465-01 a trait à la demande déposée auprès du BST par M. Peter Walsh, collaborateur de CBC TV, qui sollicite l'accès à :

[TRADUCTION] Tous les documents concernant l'enquête sur l'écrasement d'un appareil Pilatus PC-12 de la Kelner Airways près de Clarendville (T.-N.), le 19 mai 1998, y compris le rapport final comprenant les notes d'information à l'intention du ministre, la déclaration du témoin et la copie audio des conversations avec le contrôle de la circulation aérienne, telles que captées par l'enregistreur de conversations du poste de pilotage.

Par une décision définitive en date du 11 décembre 2000, le BST rejetait la demande de renseignements et confirmait la position exposée par le BST, le 20 septembre 2000, dans une lettre au commissaire.

2. The Penticton Occurrence

Court File T-650-02 relates to an application made by Ms. Anna M. Feglarska, counsel for the underwriters, on behalf of the estate of the pilot of the Mooney M20 who was killed in the incident. The TSB refused the requester access to:

Tapes and transcripts of voice communications between Nav Canada and the pilots of the two aircraft [the Cessna 177RG (C-GWYY) and the Mooney M20 C (C-GAR)] involved in the mid-air collision in or near Penticton, British Columbia, on August 20, 1999.

The TSB's reasons for the refusal of this request and the requests made in Court files T-888-02 and T-889-02 are contained in the TSB's letter dated January 31, 2002.

3. The Fredericton Occurrence

Court File T-888-02 is based on an application to the TSB by the journalist, Mr. Dean Beeby. The TSB refused the requester access to:

Records of radio communications pertinent to the investigation into the landing of an Air-Canada-Canadian Airlines Fokker 28 aircraft at Fredericton Airport on Nov. 28, 2000, including communications involving Moncton ATC, the Fredericton tower and the pilots.

As noted above, the reasons for the TSB's refusal were contained in the TSB letter dated January 31, 2002. This position, in respect of this incident and the incident in Court File T-889-02 were confirmed in the TSB's refusal letter dated March 14, 2002.

4. The St. John's Occurrence

In Court File T-889-02, application is made with the consent of the requester, Mr. Dean Beeby. The TSB refused the requester access to:

All air traffic control tapes turned over to the board's investigation into the Aug. 1, 1999, accident at St. John's Nfld., airport in which an InterCanadian Fokker 28 overshot the runway.

2. L'incident de Penticton

Le dossier T-650-02 a trait à une demande déposée par M^{me} Anna M. Feglarska, avocate des assureurs intervenant au nom de la succession du pilote du Mooney M20 qui est mort dans l'accident. Le BST a refusé la demande d'accès qui lui était adressée et qui visait :

[TRADUCTION] Les bandes et transcriptions des communications en phonie entre Nav Canada et les pilotes des deux avions [le Cessna 177RG (C-GWYY) et le Mooney M20 C (C-GAR)] qui se sont heurtés en vol près de Penticton (Colombie-Britannique) le 20 août 1999.

Les motifs du refus que le BST a opposé à cette demande, ainsi que le texte des demandes déposées dans le cadre des dossiers T-888-02 et T-889-02 sont exposés dans une lettre du BST en date du 31 janvier 2002.

3. L'incident de Fredericton

Le dossier T-888-02 a trait à la demande transmise au BST par un journaliste, M. Dean Beeby. Le BST a refusé de donner accès aux :

[TRADUCTION] Enregistrements des communications radio en rapport avec l'enquête sur l'atterrissage d'un Fokker 28 de la compagnie Air Canada-Canadian à l'aéroport de Fredericton le 28 novembre 2000, y compris les communications entre l'ATC Moncton, la tour de contrôle de Fredericton et les pilotes.

Encore une fois, les motifs du refus opposé par le BST sont exposés dans une lettre du BST en date du 31 janvier 2002. La position du Bureau concernant cet incident ainsi que l'incident visé dans le dossier T-889-02 a été confirmée par une lettre du refus de BST en date du 14 mars 2002.

4. L'incident de St. John's

Dans le dossier T-889-02, la demande est déposée devant la Cour avec le consentement de M. Dean Beeby, auteur de la demande d'accès initiale. Le BST a refusé à celui-ci l'accès à :

[TRADUCTION] L'ensemble des enregistrements du contrôle de la circulation aérienne remis au Bureau dans le cadre de l'enquête sur l'accident survenu le 1^{er} août 1999 à l'aéroport de St. John's (Terre-Neuve), lorsqu'un appareil Fokker 28 des

In each case, the reasons given by the TSB were consistent. First, the TSB was of the view that the ATC communications were personal information as contemplated by section 3 of the *Privacy Act* [R.S.C., 1985, c. P-21]. Secondly, the TSB concluded that disclosure of the information pursuant to subsection 19(2) of the ATIA was not warranted.

ISSUES

[3] The issues raised by these applications are as follows:

1. Do the ATC communications constitute “personal information” as defined in section 3 of the *Privacy Act* thus preventing disclosure under subsection 19(1) of the ATIA?
2. Did the TSB err in determining that disclosure of the ATC communications was not warranted by subsection 19(2) of the ATIA?
3. Does subsection 20(1) of the ATIA prohibit the disclosure of the ATC communications?
4. Can the personal information in the ATC communications reasonably be severed from the remaining information pursuant to section 25 of the ATIA?
5. Does subsection 9(2) of the *Radiocommunication Act*, R.S.C., 1985, c. R-2, infringe paragraph 2(b) of the Charter which guarantees freedom of expression and, if so, is such an infringement justified under section 1 of the Charter?

THE STATUTORY SCHEME

[4] The principal issue in this case is whether the ATC communications contain “personal information” as defined by section 3 of the *Privacy Act* and, as such,

lignes InterCanadian, s’est présenté trop long sur la piste d’atterrissage.

Dans chacune de ces affaires, les motifs invoqués par le BST sont les mêmes. D’abord, le BST estime que les communications de l’ATC constituent des renseignements personnels au sens de l’article 3 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* [L.R.C. (1985), ch. P-21]. Deuxièmement, le BST estime que la communication des renseignements demandés ne se justifie pas au regard du paragraphe 19(2) de la LAI.

LES QUESTIONS EN LITIGE

[3] Voici les questions soulevées dans le cadre de ces demandes :

1. Les communications ATC constituent-elles des « renseignements personnels » au sens de l’article 3 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, dont la divulgation est interdite par le paragraphe 19(1) de la LAI?
2. Est-ce à tort que le BST a jugé que la divulgation des communications ATC ne se justifie pas au regard du paragraphe 19(2) de la LAI?
3. Le paragraphe 20(1) de la LAI interdit-il la divulgation des communications ATC?
4. Les renseignements personnels figurant dans les communications ATC peuvent-ils, sans problème sérieux, être prélevés des autres informations comme l’article 25 de la LAI en prévoit la possibilité?
5. Le paragraphe 9(2) de la *Loi sur la radiocommunication*, L.R.C. (1985), ch. R-2, porte-t-il atteinte à l’alinéa 2b) de la Charte qui garantit la liberté d’expression et, si oui, une telle atteinte est-elle justifiée au sens de l’article premier de la Charte?

LES DISPOSITIONS LÉGISLATIVES APPLICABLES

[4] Le litige porte essentiellement sur le point de savoir si les communications ATC contiennent des « renseignements personnels » selon la définition qu’en

were exempt from disclosure by virtue of subsection 19(1) of the ATIA. Section 3 defines “personal information” as follows:

3. . . .

“personal information” means information about an identifiable individual that is recorded in any form. . . .

[5] Subsection 19(1) of the ATIA is as follows:

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

[6] Subsection 19(2) of the ATIA sets out the circumstances in which the head of a government institution may disclose a record containing personal information:

19. . . .

(2) The head of a government institution may disclose any record requested under this Act that contains personal information if

(a) the individual to whom it relates consents to the disclosure;

(b) the information is publicly available; or

(c) the disclosure is in accordance with section 8 of the *Privacy Act*.

[7] Subparagraph 8(2)(m)(i) of the *Privacy Act* provides that personal information may be disclosed where, “in the opinion of the head of the institution, the public interest in disclosure clearly outweighs any invasion of privacy that could result from the disclosure.”

[8] The final provision to consider is section 25 of the ATIA, which contemplates categorizing the information into personal and non-personal categories and then severing the two, allowing disclosure of the non-personal information:

donne l’article 3 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, et si ces renseignements bénéficient d’une exemption au titre du paragraphe 19(1) de la LAI. Selon la définition qu’en donne l’article 3, il faut entendre par « renseignements personnels » :

3. [. . .]

« renseignements personnels » Les renseignements, quels que soient leur forme et leur support, concernant un individu identifiable [. . .]

[5] Voici le texte du paragraphe 19(1) de la LAI :

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

[6] Le paragraphe 19(2) de la LAI prévoit les circonstances dans lesquelles le responsable d’une institution fédérale peut communiquer des renseignements contenant des renseignements personnels :

19. [. . .]

(2) Le responsable d’une institution fédérale peut donner communication de documents contenant des renseignements personnels dans les cas où :

a) l’individu qu’ils concernent y consent;

b) le public y a accès;

c) la communication est conforme à l’article 8 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*.

[7] Selon le sous-alinéa 8(2)m)(i) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, des renseignements personnels peuvent être communiqués si, « de l’avis du responsable de l’institution, des raisons d’intérêt public justifieraient nettement une éventuelle violation de la vie privée ».

[8] Et enfin, l’article 25 de la LAI, qui prévoit que les renseignements visés peuvent être scindés en deux catégories, celle des renseignements personnels et celle des autres renseignements, ce qui permet de communiquer les renseignements ne revêtant aucun caractère personnel.

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

ANALYSIS

Issue No. 1: Are the ATC communications “personal information” within the meaning of section 3 of the *Privacy Act*?

[9] The parties agree that the issue of whether this is personal information is the most critical question for determination. They also agree that the TSB’s determination is to be reviewed on a standard of correctness (*Canada (Information Commissioner) v. Canada (Commissioner of the Royal Canadian Mounted Police)*, [2003] 1 S.C.R. 66, at paragraphs 14-19).

[10] Both the TSB and NAV CANADA argue that the ATC communications are personal information. The Commissioner submits that they are not. There is nothing that specifically covers this type of information in either the ATIA or the *Privacy Act*. Further, none of the jurisprudence referred to is directly on point. Accordingly, the determination of whether the ATC communications are personal information within the meaning of section 3 must be made on the application of general principles and a measure of common sense.

[11] Section 3 defines personal information as “information about an identifiable individual that is recorded in any form.” There are three components to the definition:

- the information must be “about” an individual;
- the individual must be identifiable; and

25. Le responsable d’une institution fédérale, dans les cas où il pourrait, vu la nature des renseignements contenus dans le document demandé, s’autoriser de la présente loi pour refuser la communication du document, est cependant tenu, nonobstant les autres dispositions de la présente loi, d’en communiquer les parties dépourvues des renseignements en cause, à condition que le prélèvement de ces parties ne pose pas de problèmes sérieux.

ANALYSE

Question n° 1 : Les communications ATC constituent-elles des « renseignements personnels » au sens de l’article 3 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*?

[9] Les parties conviennent que la question essentielle en l’espèce est celle de savoir si les renseignements en cause constituent effectivement des renseignements personnels. Elles conviennent également que la norme applicable à l’examen de la décision du BST est celle de son caractère correct (*Canada (Commissaire à l’information) c. Canada (Commissaire de la Gendarmerie royale du Canada)*, [2003] 1 R.C.S. 66, aux paragraphes 14 à 19).

[10] Le BST et NAV CANADA font tous deux valoir que les communications ATC constituent des renseignements personnels. Le commissaire estime par contre que ce n’est pas le cas. Aucune disposition de la LAI ou de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* ne s’applique de manière précise à ce genre de renseignements. Ajoutons qu’on ne trouve, dans la jurisprudence citée en l’espèce, rien qui porte directement sur la question. Par conséquent, la question de savoir si les communications ATC sont des renseignements personnels au sens de l’article 3 devra être tranchée au regard des principes généraux et d’une pointe de bon sens.

[11] Selon l’article 3, les renseignements personnels sont des « renseignements, quels que soient leur forme et leur support, concernant un individu identifiable ». Cette définition comporte trois éléments :

- les renseignements en question doivent « concerner » un individu;
- cet individu doit être identifiable; et

• the information must be recorded.

[12] Speaking for the minority, but supported in his views on the interpretation of section 3 by the majority of the Supreme Court of Canada, Justice La Forest in *Dagg v. Canada (Minister of Finance)*, [1997] 2 S.C.R. 403, at paragraphs 68-69, had the following to say about the definition:

On a plain reading, this definition is undeniably expansive. Notably, it expressly states that the list of specific examples that follows the general definition is not intended to limit the scope of the former. As this Court has recently held, this phraseology indicates that the general opening words are intended to be the primary source of interpretation. The subsequent enumeration merely identifies examples of the type of subject matter encompassed by the general definition; see *Schwartz v. Canada*, [1996] 1 S.C.R. 254, at pp. 289-91. Consequently, if a government record is captured by those opening words, it does not matter that it does not fall within any of the specific examples.

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

[13] These views of Justice La Forest were cited with approval by the Supreme Court of Canada in the recent decision in *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Commissioner of the Royal Canadian Mounted Police)*, [2003] 1 S.C.R. 66, at paragraph 23.

[14] Further, I note Justice La Forest’s view, at paragraph 94 of *Dagg*:

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

• l’information en question doit être consignée sous une forme ou sous une autre.

[12] Se prononçant au nom de la minorité de la Cour, mais soutenu dans son interprétation de l’article 3 par la majorité de la Cour suprême du Canada, dans l’arrêt *Dagg c. Canada (Ministre des Finances)*, [1997] 2 R.C.S. 403, aux paragraphes 68 et 69, le juge La Forest s’est exprimé en ces termes au sujet de la définition :

Selon son sens clair, cette définition est indéniablement large. En particulier, elle précise que la liste des exemples particuliers qui suit la définition générale n’a pas pour effet d’en limiter la portée. Comme l’a récemment jugé notre Cour, cette phraseologie indique que la disposition liminaire générale doit servir de principale source d’interprétation. L’énumération subséquente ne fait que donner des exemples du genre de sujets visés par la définition générale; voir *Schwartz c. Canada*, [1996] 1 R.C.S. 254, aux pp. 289 à 291. En conséquence, si un document de l’administration fédérale est visé par cette disposition liminaire, il importe peu qu’il ne relève d’aucun des exemples donnés.

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

[13] Cette opinion du juge La Forest a été citée avec approbation par la Cour suprême du Canada dans son récent arrêt *Canada (Commissaire à l’information) c. Canada (Commissaire de la Gendarmerie royale du Canada)*, [2003] 1 R.C.S. 66, au paragraphe 23.

[14] Je relève en outre qu’au paragraphe 94 de l’arrêt *Dagg*, le juge La Forest précise que :

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

[15] An expansive interpretation of section 3 does not necessarily mean that every utterance of an individual is protected from disclosure under the *Privacy Act*. Even if a particular recording meets the definition of personal information, it may lose protection by the operation of a number of provisions of both the *Privacy Act* and the ATIA. For example, information that falls within the description of paragraph 3(j), (k), (l) or (m) of the definition (none of which is relevant here) is not considered personal information for certain purposes of the ATIA. In addition, despite information being personal, disclosure may be authorized pursuant to section 19 of the ATIA.

[16] In my view, the legislative scheme provides a balance that is sensible and workable. Parliament has recognized the importance of individual privacy at the same time as it has provided a framework for weighing those privacy concerns against the important needs, at times, for disclosure. The public interest is well served by taking a broad view of what is “personal information” and then considering, under an equally expansive scheme, whether that information should, nevertheless, be disclosed.

[17] With these principles in mind, I turn to the facts of this case. There is no question that the ATC communications were recorded. The views differ on the other two aspects of the definition. I will consider each in turn.

Are the ATC communications about an individual?

[18] The Commissioner submits that the ATC communications are merely an exchange of information relating to the provision of services. They are, in his view, “transactions” recorded in a system designed to

[15] L'interprétation large de l'article 3 n'entraîne pas nécessairement que la *Loi sur la protection des renseignements personnels* s'oppose à la communication du moindre propos tenu par un individu. Même si dans un cas précis le renseignement en question correspond à la définition de renseignements personnels, il se peut néanmoins qu'il ne soit pas protégé en raison de diverses dispositions tant de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* que de la LAI. Ainsi, les renseignements qui relèvent de la description figurant aux alinéas 3j), k), l) ou m) de la définition (qui ne nous concernent pas en l'espèce) ne sont pas, au regard de certaines dispositions de la LAI, considérés comme des renseignements personnels. Ajoutons que bien qu'ils soient personnels, certains renseignements peuvent néanmoins être communiqués en vertu de l'article 19 de la LAI.

[16] Je considère que les dispositions législatives applicables établissent un équilibre qui est à la fois judicieux et pratique. Le législateur a reconnu le besoin de protéger la vie privée des personnes, définissant en même temps un certain nombre d'éléments permettant de parvenir à un équilibre entre le souci de protéger la vie privée et le besoin, parfois important, d'autoriser dans certains cas la communication des renseignements en question. L'intérêt public est bien servi si l'on interprète largement ce qu'il convient d'entendre par « renseignements personnels » et que l'on s'interroge, avec une même largeur de vue, sur la question de savoir si le renseignement en question devrait néanmoins être communiqué.

[17] C'est en tenant compte de ces principes que j'en arrive maintenant aux faits de l'affaire. Il n'y a aucun doute que les communications ATC ont fait l'objet d'enregistrements. Les parties s'opposent sur les deux autres éléments de la définition. Je vais les examiner tour à tour.

Les communications ATC concernent-elles un individu?

[18] Selon le commissaire, les communications ATC ne sont qu'un simple échange de renseignements concernant une prestation de services. Il s'agit, d'après lui, de « transactions » enregistrées dans un système

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

[19] The Commissioner points out that the records contain information about the status of the aircraft, weather conditions, matters associated with air traffic control and the utterances of the pilots and controllers. Only a very few lines in one of the communications contain direct references to names or other information that the Commissioner acknowledges is personal.

[20] I agree with the Commissioner that these are recordings of “transactions” and that the information is almost exclusively technical. However, in my view, the ATC communications, when viewed in context, are also much more. The fact that they are a record of transactions and contain factual information does not preclude them from being personal information or information about the individuals.

[21] In this case, there are two different types of individuals involved; the ground crew of air traffic controllers and flight specialists and the air crew. To establish the nature of the communications, I look to the purpose for which they are made and used.

[22] Canada is a signatory to the *Convention on International Civil Aviation* signed at Chicago, Illinois

conçu pour que l’on puisse les retrouver. Les communications ATC assurées par NAV CANADA sont, quant à leur contenu, réglementées par l’article 2 [mod. par L.C. 1996, ch. 20, art. 108a); 2003, ch. 22, art. 150(A), 225q)(A)] de la *Loi sur la commercialisation des services de navigation aérienne civile*, L.C. 1996, ch. 20, ainsi que par l’article 6 du *Règlement sur la radiocommunication*, DORS/96-484. Les communications elles-mêmes doivent se limiter à la sécurité et à la navigation de l’aéronef, aux activités de l’appareil et à l’échange de messages pour le compte du public. Ces messages sont très strictement réglementés et transmis sur des fréquences réservées au service aéronautique. Ceux qui utilisent ces fréquences sont tenus, aux termes de la loi, de ne pas s’identifier nommément. Tout cela est exact.

[19] Le commissaire fait remarquer que les documents en cause contiennent des renseignements relatifs à la situation de l’aéronef, aux conditions météorologiques, à diverses questions concernant le contrôle de la circulation aérienne, les propos tenus par les pilotes et les contrôleurs. Dans l’une des communications en cause, quelques lignes seulement comportent la mention de noms ou d’autres renseignements qui, de l’aveu du commissaire, revêtent effectivement un caractère personnel.

[20] J’estime, comme le commissaire, que les enregistrements sont effectivement des « transactions » et que les renseignements en cause sont de nature presque exclusivement technique. Je considère, cependant, que les communications ATC, prises dans le contexte qui leur est propre, ne se limitent cependant pas à cela. Le fait qu’il s’agisse de transactions, et que les communications contiennent des données factuelles, n’exclut pas qu’il puisse s’agir de renseignements personnels ou de renseignements concernant des individus.

[21] En l’occurrence, deux catégories d’individus sont en cause : l’équipe des contrôleurs de la circulation aérienne et les spécialistes de l’information de vol qui travaillent à terre, et le personnel naviguant. Afin de préciser la nature des communications en question, je me suis penchée sur leur objet.

[22] Le Canada est signataire de la *Convention relative à l’aviation civile internationale* signée à

on December 7, 1944 [[1944] Can. T.S. No. 36] (the ICAO Convention). Included in Annex 10, Volume II to the ICAO Convention is a provision which mandates the logging of ATC communications. These standards are incorporated into Part VIII—Subpart 2 of the *Canadian Aviation Regulations*, SOR /96-433.

[23] Most of the time—thankfully—any given flight takes place without incident. In those cases, the tapes are kept for 30 days and are then destroyed. However, in a very few cases there may be an “aviation occurrence”, which is defined in section 2 the TSB Act [*Canadian Transportation Accident Investigation and Safety Board Act*, S.C. 1989, c. 3] as:

2. . . .

“aviation occurrence”

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

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

[24] In such an event, the ATC communications become very important indeed. NAV CANADA will notify the TSB of the incident. The TSB may commence an investigation of the occurrence, as happened with each of the occurrences that are the subject of these proceedings. The relevant ATC tapes are then provided to the TSB investigators. In the hands of the TSB, these tapes become much more than a “transaction”; they are used as part of the TSB investigation. As stated in the TSB Act [section 7 (as am. by S.C. 1998, c. 20, s. 5)]:

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

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

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

Chicago (Illinois) le 7 décembre 1944 [[1944] R.T. Can. n° 36] (la Convention de l'OACI). L'on trouve à l'annexe 10, volume II de la Convention de l'OACI, une disposition qui prévoit la consignation des communications ATC. Ces normes sont reprises à la partie VIII—sous-partie 2 du *Règlement de l'aviation canadien*, DORS /96-433.

[23] La plupart du temps—heureusement—les vols se déroulent sans incident. Dans ces cas, les enregistrements sont conservés pendant 30 jours, puis détruits. Dans de très rares cas, cependant, il peut se produire un « événement aéronautique » c'est-à-dire, selon la définition prévue à l'article 2 de la Loi sur le BST [*Loi sur le Bureau canadien d'enquête sur les accidents de transport et de la sécurité des transports*, L.C. 1989, ch. 3] :

2. [. . .]

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

[24] En pareilles circonstances, les communications ATC revêtent une très grande importance. NAV CANADA signale l'incident au BST. Le BST peut alors entamer une enquête au sujet de l'incident, ce qui est effectivement le cas pour chacun des incidents en cause dans la présente affaire. Les enregistrements ATC ayant trait à ces incidents sont alors remis aux enquêteurs du BST. Aux mains du BST, ces enregistrements deviennent quelque chose de plus que de simples « transactions »; ils sont en effet utilisés par le BST aux fins de son enquête. Aux termes mêmes de la Loi sur le BST [art. 7 (mod. par L.C. 1998, ch. 20, art. 5)] :

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

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

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

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

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

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

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

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

Are the individuals identifiable?

[27] The Commissioner submits that controllers cannot be identified unless a person has access to NAV CANADA's shift log books. Neither common sense nor the evidence before me bears out this assertion. ATC communications only come to the attention of the TSB when there has been an unfortunate event. When an airplane crash or near miss occurs, significant interest by the press and the public will almost certainly follow. It is simply unrealistic to expect that pilots or, in some cases, traffic controllers will not be identified as being connected with an accident.

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

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

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

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

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

Les individus en cause sont-ils identifiables?

[27] Le commissaire fait valoir que les contrôleurs ne peuvent pas être identifiés à moins que quelqu'un ait accès aux registres de NAV CANADA. Cela, cependant, n'est confirmé ni par le bon sens ni par les éléments de preuve produits devant la Cour. Ce n'est qu'en cas d'incident malencontreux que le BST se penche sur les communications ATC. Lorsqu'un avion s'écrase ou évite de peu une collision, la presse et le public s'intéressent en général de près à l'incident. Il est peu réaliste de penser qu'en pareil cas personne ne fera le lien entre les pilotes ou, dans certains cas, les contrôleurs de l'air et l'accident.

[28] The practice of air traffic controllers is to not refer to persons by name. However, this is not the only way in which the persons can be identified. Ms. Kathleen Fox, Assistant Vice-President of Air Traffic Services at NAV Canada, has 30 years of experience in the area of air traffic control. In her affidavit and in cross-examination on her affidavit, she opined that listening to the ATC tapes would allow identification of the aircraft, the location and operating initials of the specific controller. Further, the voices of the individual controller and pilot may be heard and identified. When asked, during cross-examination on her affidavit, whether there were other identifiers which could lead a person to discover or locate the individuals, Ms. Fox stated:

Well, there's the aircraft identification itself. The civil registration or the flight number. There's the way the speaker identifies themselves as the [name of tower]. And there's also the use of operating initials by the individual controllers or specialists in conducting interphone conversations. There's certainly the voice of those—for those who may know that individual, who would recognize the voice. Especially if they knew where they worked and the date and time of the occurrence. So all of those things can lead to identification of the individuals involved.

[29] In the context of a request for information for ATC communications for an earlier incident involving the tragic crash of Swiss Air 111 off the coast of Nova Scotia, the Commissioner himself stated:

In my view, the voices, along with the tonal and emotive characteristics constitute personal information of the three air traffic controllers and the two pilots. Disclosure would link the information to identifiable individuals. It would also link the content contained in the public transcript to identifiable individuals. [Emphasis added.]

[30] Further evidence that controllers are identifiable was provided by Mr. Ron Brown, whose father was killed in the crash of a small plane in British Columbia (not one of the occurrences at issue in these

[28] Selon la pratique en cours, les contrôleurs de l'air n'utilisent pas, dans leurs communications, de noms propres. Mais le nom n'est pas la seule manière d'identifier quelqu'un. M^{me} Kathleen Fox, vice-présidente adjointe des services de la circulation aérienne à NAV CANADA, travaille depuis 30 ans dans le domaine du contrôle de la circulation aérienne. Dans son affidavit et lors de son contre-interrogatoire sur cet affidavit, elle a déclaré que l'écoute des bandes ATC permettrait d'identifier l'aéronef, ainsi que le lieu de travail et le sigle professionnel du contrôleur en question. Rappelons que les voix du contrôleur et du pilote peuvent également être entendues, et donc identifiées. Lors du contre-interrogatoire sur son affidavit, on lui a demandé si d'autres indices permettraient d'identifier ou de situer les personnes en cause. M^{me} Fox a répondu que :

[TRADUCTION] D'abord, il y a l'identification de l'avion. Son numéro d'immatriculation ou le numéro du vol. Il y a également la manière dont l'interlocuteur s'identifie en tant que [le nom de la tour de contrôle]. Puis il y a également les initiales du contrôleur ou du spécialiste qui communique par interphone. Il y a, bien sûr, la voix, et ceux qui connaissent la personne vont reconnaître sa voix. Cela est particulièrement vrai si les gens savent où la personne en cause travaillait et quel jour et à quelle date l'incident a eu lieu. Tous ces éléments peuvent permettre d'identifier les individus concernés.

[29] À l'occasion d'une demande de renseignements ayant trait aux communications ATC lors d'un accident antérieur, en l'occurrence la perte tragique du vol 111 de la Swiss Air au large des côtes de la Nouvelle-Écosse, le commissaire avait lui-même déclaré :

[TRADUCTION] Je considère que les voix, ainsi que les traits caractéristiques liés au ton et à l'émotion des communications constituent des renseignements en ce qui concerne les trois contrôleurs de la circulation aérienne et les deux pilotes. La divulgation de ces renseignements établirait un lien entre les renseignements et des individus identifiables. Cela établirait également un lien entre le contenu du compte rendu qui a été publié et des individus identifiables. [Non souligné dans l'original.]

[30] Le fait que les contrôleurs peuvent être identifiés a été confirmé par M. Ron Brown, dont le père a été tué lors de l'écrasement d'un petit avion en Colombie-Britannique (dans un accident n'ayant rien à voir avec

proceedings). In a letter to NAV CANADA seeking access to the tapes of the accident, Mr. Brown identified the controller on duty.

[31] I am persuaded that the individuals involved in the ATC communications are identifiable. Perhaps not with 100% accuracy but sufficiently to meet the requirement of section 3 of the *Privacy Act*.

Do the individuals have a reasonable expectation of privacy?

[32] The Commissioner submits that, according to the analysis of Justice La Forest in *Dagg*, to be personal information, the individuals whose words are in issue must have a reasonable expectation of privacy. Building on this belief, the Commissioner argues that the controllers can have no expectation of privacy since they must be aware that: (a) the TSB may use and release the information contained in the ATC communications in the course of its investigation and report on an occurrence; and (b) parties are able to lawfully listen on scanners to the conversations in real time.

[33] There are two reasons why I do not accept the arguments of the Commissioner on this point. The first is that the Commissioner is reading words into both section 3 and the analysis of Justice La Forest. The definition of “personal information” does not include the requirement that the parties hold a reasonable expectation of privacy. Further, Justice La Forest in *Dagg*, at paragraph 71, in considering “the reasonable expectation of privacy” principle, stated that it was not strictly necessary for his analysis. The question of whether someone holds an expectation of privacy may well enter into a subsequent analysis of whether, in spite of information being personal, it should be disclosed pursuant to subsection 19(2) of the ATIA. But, it is not relevant for a determination of whether information is “personal information” as contemplated by section 3.

les quatre dont il s’agit ici). Dans une lettre écrite à NAV CANADA pour demander accès aux enregistrements, M. Brown a identifié le contrôleur en service au moment de l’accident.

[31] Je suis convaincue que les individus ayant pris part aux communications ATC sont identifiables. Ils ne peuvent peut-être pas être identifiés avec une parfaite précision, mais de manière suffisamment précise pour répondre à la définition de l’article 3 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*.

Les individus en question avaient-ils une expectative raisonnable de confidentialité?

[32] Le commissaire affirme que, selon la démarche retenue par le juge La Forest dans l’arrêt *Dagg*, pour que des renseignements soient considérés comme personnels, il faut que les individus qui ont tenu les propos en cause aient eu une expectative raisonnable de confidentialité. Partant de cette idée, le commissaire fait valoir que les contrôleurs ne sauraient avoir d’expectative de confidentialité étant donné qu’ils savent sûrement que : a) le BST pourra utiliser et rendre publics les renseignements contenus dans les communications ATC, soit dans le cadre de son enquête soit dans le rapport d’accident; et que b) les personnes équipées de scanners peuvent, de manière parfaitement licite, capter en temps réel les communications qui ont lieu.

[33] Sur ce point, il convient d’écarter les arguments avancés par le commissaire, et cela pour deux raisons. La première est que le commissaire ajoute, tant à son interprétation de l’article 3 qu’à celle de son analyse des propos du juge La Forest, des mots qui ne s’y trouvent pas. En effet, la définition que la Loi donne de « renseignements personnels » ne prévoit aucunement l’exigence que les parties aient, en matière de vie privée, une attente raisonnable. De plus, au paragraphe 71 de l’arrêt *Dagg*, le juge La Forest déclare, au sujet de cette « attente raisonnable en matière de vie privée », que ce concept n’est pas un élément strictement nécessaire à son analyse. La question de savoir si quelqu’un entretient, en ce qui concerne des renseignements qui lui sont personnels, certaines attentes concernant le respect de ce caractère personnel, peut très bien être prise en compte subséquemment, lorsqu’il s’agit de décider si,

[34] The second reason for rejecting this argument is that, even if this is a requirement, in the circumstances, I am satisfied that the air traffic controllers and the pilots—the parties to the communications—would not expect strangers to have access to the ATC communications in the manner sought by the Commissioner. Certainly, both the controllers and the pilots would know and expect that any mishap would be investigated, that the ATC communications would be carefully examined as part of that investigation and that the results of an investigation could make reference to (or even include) the ATC communications. However, this is a far cry from an admission that there is no expectation of confidentiality.

[35] This use of the ATC communications falls within the type of information that was referred to by Justice La Forest in *Dagg*, at paragraph 75:

In determining whether an individual has a reasonable expectation of privacy in a particular piece of information, it is important to have regard to the purpose for which the information was divulged; see *Dyment*, *supra*, at pp. 429-30, *per* La Forest J.; *R. v. Plant*, [1993] 3 S.C.R. 281, at pp. 292-93. Generally speaking, when individuals disclose information about themselves they do so for specific reasons. Sometimes, information is revealed in order to receive a service or advantage. At other times, persons will release information because the law requires them to do so. In either case, they do not expect that the information will be broadcast publicly or released to third parties without their consent. As I stated in *Dyment*, *supra*, at pp. 429-30, “situations abound where the reasonable expectations of the individual that the information shall remain confidential to the persons to whom, and restricted to the purposes for which it is divulged, must be protected”. [Emphasis added.]

[36] The ATC communications do not lose their character as personal communications merely because there is a legal obligation for the conversations to be

malgré le caractère personnel des renseignements en cause, ceux-ci devraient néanmoins être communiqués au titre du paragraphe 19(2) de la LAI. Il n'est cependant pas nécessaire d'en tenir compte pour décider si un renseignement donné est effectivement un « renseignement personnel » au sens de l'article 3.

[34] La seconde raison d'écarter l'argument est que, même si cette attente raisonnable constituait une exigence en l'espèce, j'estime que les contrôleurs de la circulation aérienne et les pilotes—c'est-à-dire les parties aux communications en cause—ne s'attendraient aucunement à ce que des étrangers aient accès aux communications ATC comme le souhaite le commissaire. Il est clair que tant les contrôleurs que les pilotes savent et acceptent que tout incident va faire l'objet d'une enquête, que les communications ATC vont, dans le cadre de cette enquête, être examinées de près et que les résultats de l'enquête pourraient faire allusion aux communications ATC, et même les citer. Mais on est loin d'admettre ainsi l'absence de toute attente au niveau de la confidentialité de ces communications.

[35] Une telle utilisation des communications ATC relève du genre de renseignements évoqués par le juge La Forest dans l'arrêt *Dagg*, au paragraphe 75 :

Pour déterminer si un particulier a une attente raisonnable en matière de vie privée relativement à un renseignement donné, il est important de tenir compte du but dans lequel ce renseignement a été divulgué; voir *Dyment*, précité, aux pp. 429 et 430, le juge La Forest; *R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281, aux pp. 292 et 293. En général, lorsqu'une personne divulgue des renseignements la concernant, elle le fait pour des raisons précises. Dans certains cas, on le fait pour recevoir un service ou bénéficier d'un avantage. Dans d'autres cas, on le fait parce qu'on est légalement tenu de le faire. Dans aucun de ces cas ne s'attend-on à ce que les renseignements divulgués soient rendus publics ou communiqués à des tiers sans qu'on y consente. Comme je l'ai fait remarquer dans *Dyment*, précité, aux pp. 429 et 430, « les cas abondent où on se doit de protéger les attentes raisonnables de l'individu que ces renseignements seront gardés confidentiellement par ceux à qui ils sont divulgués, et qu'ils ne seront utilisés que pour les fins pour lesquelles ils ont été divulgués ». [Non souligné dans l'original.]

[36] Les communications ATC ne perdent pas leur caractère personnel du simple fait que la loi prévoit leur enregistrement et la remise des bandes à la demande du

recorded or for the tapes to be provided to the TSB if requested. The controllers and pilots have every right, in my view, to expect that use by the TSB of the ATC communications will be restricted to the purposes for which they were obtained. The information was not obtained by the TSB for the purposes of distributing it to the public at large; the TSB is not a publishing house for ATC communications.

[37] As a review of the record before me demonstrates, there are many indicators of the confidential nature of the ATC communications.

- The consistent policy of NAV CANADA has been to protect the ATC communications and to not make them available to the public.
- The collective agreements governing the relationship between the unions and NAV CANADA contain a clause prohibiting use of the tapes beyond what is required by law. NAV CANADA training manuals require that such communications be treated as confidential.
- The policy of the TSB (discussed in more detail below, beginning at paragraph 59) has been to keep the ATC communications confidential.
- As noted earlier, the ICAO Convention guides the investigation of aviation occurrences. Section 5.12 of the Convention provides that the State conducting the investigation shall not make ATC communications available for purposes other than the accident or incident investigation except in certain circumstances where the public interest outweighs the interest in non-disclosure. To a large degree, the TSB investigation mandate provided in its enabling legislation tracks precisely the relevant provisions of the ICAO Convention.
- A review of international practices demonstrates that non-disclosure of information of this nature is the norm.

[38] The Commissioner made much of the fact that third parties may listen to the ATC communications

BST. Les contrôleurs et les pilotes sont, selon moi, tout à fait en droit de s'attendre à ce que le BST n'utilise les communications ATC qu'aux fins prévues au moment de leur remise. Le BST ne s'est pas procuré les renseignements en question afin de pouvoir les communiquer au public; le BST n'est pas une maison d'édition chargée de publier les communications ATC.

[37] L'examen du dossier fait ressortir de nombreux indices du caractère confidentiel des communications ATC.

- Selon sa politique constante, NAV CANADA préserve le caractère confidentiel des communications ATC et n'en permet pas l'accès au public.
- Les conventions collectives régissant les rapports entre les syndicats et NAV CANADA contiennent une clause interdisant tout emploi des bandes magnétiques dépassant ce qui est prévu par la loi. Les manuels de formation de NAV CANADA exigent le respect du caractère confidentiel de ces communications.
- La politique du BST (comme nous le verrons de manière plus détaillée un peu plus loin, à partir du paragraphe 59) est de maintenir la confidentialité des communications ATC.
- Comme nous l'avons vu, les enquêtes sur les accidents d'avion se déroulent selon la procédure définie par la convention de l'OACI. Selon l'article 5.12 de la Convention, les États procédant à l'enquête ne doivent pas, sauf dans certaines circonstances où l'intérêt public doit l'emporter sur la confidentialité, donner accès aux communications ATC à des fins autres que celles de l'enquête. Dans une large mesure, la mission d'enquête confiée au BST aux termes mêmes de la loi habilitante de cet organisme, reprend les termes des dispositions pertinentes de la Convention de l'OACI.
- Un examen de la pratique internationale en la matière montre que c'est la non-divulgaration de ce genre de renseignements qui est la norme.

[38] Le commissaire a beaucoup insisté sur le fait qu'avec un scanner, toute personne peut capter les

through the use of scanners. There appears to be a significant interest by a small community of persons in following the conversations between ground personnel and air crews. However, under subsection 9(2) of the *Radiocommunication Act*, “no person shall intercept and make use of, or intercept and divulge” the ATC communications. Even if I accept that third parties may lawfully listen to the ATC conversations (an assumption with which I have considerable difficulty), further use or divulgence of the ATC communications would be contrary to subsection 9(2). This reinforces the expectation that the conversations will be kept confidential.

[39] In conclusion on this point, this is not, as stated by the Commissioner, “a sound track of public business information.” Rather the ATC communications exist for disclosure in a limited and controlled way. Thus, I am satisfied that the parties to the ATC communications have a reasonable expectation that their privacy will be respected.

Conclusion

[40] With respect to this issue, I am satisfied that the TSB was correct in concluding that the ATC communications are personal information within the meaning of section 3 of the *Privacy Act*.

Issue No. 2: Should this personal information be disclosed?

[41] A conclusion that information is personal information does not end the analysis. Although subsection 19(1) of the ATIA prohibits the head of a government institution from disclosing any record that contains personal information, subsection 19(2) of the ATIA describes certain situations in which the head has the authority to release the information. Briefly, the exceptions provided in subsection 19(2) are the following:

communications ATC. On trouve des personnes, en effet, qui semblent s'intéresser de près aux conversations entre le personnel au sol et le personnel naviguant. Rappelons cependant qu'aux termes du paragraphe 9(2) de la *Loi sur la radiocommunication* « il est interdit d'intercepter et soit d'utiliser, soit de communiquer » les communications ATC. Même si j'admets que des tiers peuvent de manière parfaitement licite capter les conversations ATC (hypothèse que j'ai du mal à admettre), tout autre usage de ces communications ou leur divulgation entraînerait une violation du paragraphe 9(2). Cela renforce l'attente que la confidentialité de ces conversations sera préservée.

[39] Disons pour conclure que, à l'inverse de ce qu'affirme le commissaire, il ne s'agit aucunement en l'espèce de [TRADUCTION] « bande sonore de renseignements relatifs à des affaires d'intérêt public ». Au contraire, toute divulgation des communications ATC ne doit se faire que de manière limitée et contrôlée. J'estime par conséquent que les parties aux communications ATC peuvent raisonnablement s'attendre à voir respecter le caractère confidentiel de ces conversations.

Conclusion

[40] Sur ce point, je considère que c'est avec raison que le BST a décidé que les communications ATC constituent des renseignements personnels au sens de l'article 3 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*.

Question n° 2 : Les renseignements personnels en cause devraient-ils être communiqués?

[41] Conclure que les renseignements en cause constituent des renseignements personnels n'épuise cependant l'analyse. Bien que le paragraphe 19(1) de la LAI interdise au responsable d'une institution fédérale de donner communication de documents contenant des renseignements personnels, le paragraphe 19(2) de la LAI prévoit un certain nombre de situations dans lesquelles ce responsable est autorisé à communiquer les renseignements en cause. Voici, en résumé, les exceptions prévues au paragraphe 19(2) :

- the individual to whom it relates consents to the disclosure (paragraph 19(2)(a));
 - the information is publicly available (paragraph 19(2)(b)); or
 - the disclosure is in accordance with section 8 [as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 20, s. 13; S.C. 1994, c. 35, s. 39; 2000, c. 7, s. 26; 2004, c. 11, s. 37] of the *Privacy Act* (paragraph 19(2)(c)).
- l'individu que les renseignements concernent y consent (alinéa 19(2)a));
 - le public a accès aux renseignements en question (alinéa 19(2)b)); ou
 - la divulgation est conforme à l'article 8 [mod. par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 20, art. 13; L.C. 1994, ch. 35, art. 39; 2000, ch. 7, art. 26; 2004, ch. 11, art. 37], de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* (alinéa 19(2)c)).

[42] Should any one of these exceptions exist, subsection 19(2) provides that the head of the government institution may disclose the information. In this case, the first of these exceptions is not applicable and was not argued before me.

[42] Dans chacun de ces cas, le paragraphe 19(2) prévoit que le responsable d'une institution fédérale peut donner communication des renseignements en cause. En l'espèce, la première des exceptions prévues ne s'applique pas, et n'a d'ailleurs pas été plaidée devant la Cour.

Is paragraph 19(2)(b) applicable?

[43] The second situation in which the TSB would have the authority to release personal information is where the information is publicly available (ATIA, paragraph 19(2)(b)). The parties agree that the standard of review of this determination is one of correctness; that is, I must be satisfied that the TSB was correct in concluding that the ATC communications were not "publicly available," within the meaning of paragraph 19(2)(b) of the ATIA. The Commissioner submits that the ATC communications are publicly available and thus meet the requirement of paragraph 19(2)(b).

L'alinéa 19(2)b) est-il applicable en l'espèce?

[43] Le second cas où le BST serait autorisé à communiquer des renseignements personnels est lorsque le public y a déjà accès (alinéa 19(2)b) de la LAI). Les parties conviennent en l'occurrence que la norme de contrôle applicable est celle du caractère correct de la décision, c'est-à-dire que je dois être persuadée que c'est à juste titre que le BST a conclu que le public n'a pas accès aux communications ATC au sens de l'alinéa 19(2)b) de la LAI. Le commissaire affirme au contraire que le public y a accès et qu'on se trouve dans le cas de figure prévu à l'alinéa 19(2)b).

[44] To ascertain whether paragraph 19(2)(b) would operate to authorize the TSB to release the information, I begin with the question of whether the ATC communications that are the subject of these applications are "publicly available."

[44] Pour décider si l'alinéa 19(2)b) autorise en l'occurrence le BST à communiquer les renseignements en question, je dois d'abord chercher à savoir si, en ce qui concerne les communications ATC ici en cause, « le public y a accès ».

[45] I will consider first the argument of the Commissioner that, because parties may intercept or listen to the communications, they are publicly available. Once again, I will put aside the Commissioner's argument that listening to the ATC communications through the use of scanners is a legal activity.

[45] Considérons d'abord l'argument avancé par le commissaire lorsqu'il affirme que le public a effectivement accès aux communications en question étant donné que certaines personnes sont en mesure de les intercepter ou de les capter. Je vais, encore une fois, faire abstraction de la thèse du commissaire selon laquelle il est parfaitement licite de capter les communications ATC en utilisant des scanners.

[46] To begin, I am not even aware that anyone listened to these particular communications by way of radiocommunication scanners. While I was presented with evidence that demonstrates that the use of scanners is widespread, I have no evidence to show that the ATC communications in this case (other than the Clarenville ATC communications that are discussed below) were heard by anyone.

[47] Further, even if the ATC communications in this case had been intercepted, I do not believe that a one-time listening by one or more individuals brings the information into the public domain. It appears to me that, for information to be in the public domain, it must be available on an ongoing basis for use by the “public.” For example, in *Timiskaming Indian Band v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)* (1997), 148 D.L.R. (4th) 356 (F.C.T.D.), at paragraph 34, this Court [former Federal Court—Trial Division] stated that documents that had not been disclosed before were in the public domain because “they have been available to the public who attend at the Registry and conduct searches and make specific requests for them under the existing Registry system.” In these cases, there is no public registry or repository where a member of the public can search for these recordings or find the transcripts of these ATC communications. Thus, it is my view that information that is listened to once is not, without evidence of further and ongoing availability, in the public domain or publicly available.

[48] Next, I note that the words of the section use the present tense. That is, the provision allows the head of a government institution to disclose information if the information “is” publicly available. The ATC communications, even if I conclude that they were “publicly available” at the time they were made, are not now available for review or in the public domain. This applies to all of the ATC communications, except perhaps for those relating to the Clarenville occurrence.

[46] Je précise d’abord que j’ignore si quelqu’un a capté les communications en question à l’aide de scanners radio. On a produit devant la Cour des preuves démontrant l’emploi assez répandu de scanners, mais rien ne démontre que les communications ATC ici en cause (autres que les communications ATC de Clarenville, comme nous le verrons un peu plus loin) aient été captées.

[47] J’ajoute que même si en l’espèce les communications ATC avaient été captées, je ne pense pas que le fait qu’un ou plusieurs individus aient écouté ces communications alors même qu’elles se déroulaient, suffise à faire tomber ces communications dans le domaine public. D’après moi, pour que des renseignements appartiennent au domaine public, il faut que le « public », justement, y ait un accès permanent. Ainsi, dans l’affaire *Bande indienne de Témiscamingue c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)* (1997), 148 D.L.R. (4th) 356 (C.F. 1^o inst.), au paragraphe 34 [[1997] A.C.F. n^o 676 (QL)], la Cour a jugé que des documents qui n’avaient jamais été divulgués auparavant appartenaient au domaine public étant donné qu’« ils ont été à la disposition du public qui fréquente le Registre, y effectue des recherches et y présente des demandes précises en vertu du système qui existe depuis l’établissement du Registre ». Or, dans les affaires soumises en l’occurrence à la Cour, il n’est aucunement question de registre ou de dépôt où le public est admis pour examiner ces enregistrements ou la transcription des communications ATC. J’estime donc que des renseignements qui ont été écoutés une seule fois, sans que l’on puisse démontrer qu’ils puissent être écoutés à plusieurs reprises ou en permanence, ne font pas partie du domaine public et que le public n’y a pas accès.

[48] Je relève, ensuite, que l’article en question est rédigé au présent de l’indicatif. En effet, la disposition permet au responsable d’une institution fédérale de communiquer des renseignements si le public y « a » accès. Même si je devais décider que, en ce qui concerne les communications ATC, le public y avait accès à l’époque où elles se sont déroulées, on ne peut pas dire qu’il y ait actuellement accès ou que ces communications soient tombées dans le domaine public. Cela vaut pour l’ensemble des communications ATC, à

[49] The situation with respect to the Clarenville occurrence is different. The ATC audio recording and transcript were disclosed twice by the TSB upon receipt of ATIA requests. The request that is the subject of this application was the third request for the ATC communications.

[50] The parties who received the Clarenville information are journalists. One of the journalists, a producer and director of the CTV news documentary programme *W-Five*, based a segment of a broadcast, in part, on the ATC communications, and the other journalist included some of the information in a published book. Thus, with respect to the Clarenville ATC communications, dissemination of the information in the tapes and transcripts has been widespread. While, to date, neither of the journalists has played the entire contents of the tapes or printed the complete transcripts, it is possible that they still retain copies and could release those at any time. It is difficult, therefore, to conclude that the Clarenville ATC communications are not publicly available. For these reasons, I am satisfied that the Clarenville ATC communications are publicly available and, therefore, that the requirement of paragraph 19(2)(b) is met.

[51] If I am correct in this assessment of the Clarenville ATC communications, the TSB had the authority to release the ATC communications upon request. The next question is whether the TSB was required to exercise this authority and release the information.

[52] The Commissioner relies on the decision of this Court [former Federal Court—Trial Division] in *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Minister of Public Works and Government Services)*, [1997] 1 F.C. 164 (T.D.), at paragraphs 43-44 (*Public Works*) to argue that, once public availability has been established, the TSB has no discretion to refuse to

l'exception peut-être de celles qui concernent l'accident de Clarenville.

[49] Le cas de l'accident de Clarenville est à coup sûr différent. À deux reprises, en effet, le BST, en réponse à une demande déposée en vertu de la LAI, a communiqué les enregistrements audio et la transcription des communications ATC. La demande de communication dont la Cour est saisie en l'espèce était la troisième demande visant la divulgation de communications ATC.

[50] Les parties auxquelles ont été communiqués les renseignements concernant l'accident de Clarenville sont des journalistes. Un des journalistes, producteur et directeur du programme d'actualités *W-Five*, diffusé par la chaîne CTV, a fondé une séquence d'émission en partie sur les communications ATC et l'autre journaliste a repris certains de ces renseignements dans un livre qu'il a publié. En ce qui concerne les communications ATC de Clarenville, les renseignements figurant dans les bandes magnétiques et la transcription des communications ont fait l'objet d'une large diffusion. Si ni l'un ni l'autre de ces deux journalistes n'a jusqu'ici diffusé dans leur intégralité les bandes magnétiques ou les transcriptions, il est possible qu'ils en aient conservé des copies et que celles-ci puissent à tout moment être divulguées. On ne saurait donc conclure, en ce qui concerne les communications ATC de Clarenville, que le public n'y a pas accès. J'estime pour cela que le public a effectivement accès aux communications ATC de Clarenville et que celles-ci correspondent donc au cas prévu à l'alinéa 19(2)b).

[51] Si mon appréciation des communications ATC à Clarenville est juste, le BST pouvait à bon droit donner suite à la demande de divulgation des communications ATC. Il convient maintenant de se demander si le BST était tenu d'exercer cette faculté et de communiquer les renseignements demandés.

[52] Invoquant le jugement rendu par la Cour [autrefois la Cour fédérale, première instance] dans l'affaire *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux)*, [1997] 1 C.F. 164 (1^{re} inst.), aux paragraphes 43 et 44 (*Travaux publics*), le commissaire soutient que, à partir du moment où il est démontré que

disclose the information. Specifically, the Commissioner refers to the words of Justice Richard (as he then was) as follows:

The purpose of the Act not only calls for “a right of access to information”, but states “that necessary exceptions to the right of access should be limited and specific.” In this case, it is not clear why Parliament in these circumstances would grant a residual discretion to withhold information. Indeed, why should the Minister have an overriding concern in information that is in the public domain and that has been consented to be released? There is no public policy objective to be served by giving a discretion to refuse to disclose information which is publicly available or which has been consented to. Therefore, there is no purpose to be served by interpreting paragraphs 19(2)(a) and (b) as discretionary. The *Access Act* is replete with exemptions. Information from foreign states, commercial information and national security are just some of the exemptions contained in the *Access Act*. I see no reason to add one more.

Conversely, if subsection 19(2) is discretionary then why would the legislators use the superfluous language in paragraphs (a) and (b)? Why not just say the head of the government institution may disclose any record if the disclosure is in accordance with the public interest? Indeed, if paragraphs 19(2)(a) and (b) are discretionary then why discuss them at all? . . . Parliament must have intended a useful purpose by including paragraphs 19(2)(a) and (b).

I find the purpose of these two paragraphs to be directive. If the interested party consents to the release of information, or if information is in the public domain, then the head of a government institution is directed to disclose that information. [Underlining added; footnote omitted.]

[53] These comments are sensible and, at first blush, appear to be applicable to this case. If I follow this decision, the Commissioner tells me that I would be required to find that paragraph 19(2)(b) obligates the TSB to disclose those records. In other words, I am

le public a accès à certains renseignements, le BST n'a aucun pouvoir discrétionnaire de refuser la communication des renseignements en cause. Le commissaire cite plus particulièrement les propos du juge Richard (plus tard juge en chef) :

La Loi vise non seulement à reconnaître l'existence d'un droit d'accès à l'information, mais énonce que « les exceptions indispensables à ce droit doivent être précises et limitées ». Dans la présente affaire, il est difficile de savoir pourquoi le Parlement, dans ces circonstances, accorderait un pouvoir discrétionnaire résiduel de refuser de communiquer les renseignements. Effectivement, pourquoi le ministre devrait-il avoir un intérêt prépondérant à l'égard de renseignements qui font partie du domaine public et dont la communication a fait l'objet d'un consentement? L'octroi du pouvoir discrétionnaire de refuser de communiquer des renseignements auxquels le public a accès ou qui ont fait l'objet d'un consentement ne dessert aucun intérêt public. En conséquence, il n'est pas utile d'interpréter les exemptions des alinéas 19(2)a) et b) comme des exemptions discrétionnaires. La *Loi sur l'accès à l'information* renferme une panoplie d'exemptions. Les renseignements provenant des États étrangers, les renseignements commerciaux et les renseignements liés à la sécurité nationale ne sont que quelques exemples de renseignements faisant l'objet d'une exemption aux termes de la *Loi sur l'accès à l'information* et je ne vois aucune raison d'en ajouter d'autres.

À l'inverse, si le paragraphe 19(2) est de nature discrétionnaire, pourquoi le législateur aurait-il utilisé le langage superflu qui se trouve aux alinéas a) et b)? Pourquoi n'aurait-il pas dit simplement que le responsable d'une institution fédérale peut donner communication de tout document lorsque la communication est conforme à l'intérêt public? Effectivement, si les alinéas 19(2)a) et b) sont de nature discrétionnaire, pourquoi les commenter? [. . .] Le Parlement visait certainement une fin utile lorsqu'il a inclus les alinéas 19(2)a) et b).

À mon avis, l'objet de ces deux dispositions est d'obliger : elles visent à obliger le responsable de l'institution fédérale concernée à donner communication des renseignements lorsque la partie intéressée y consent ou que lesdits renseignements font partie du domaine public. [Soulignement ajouté; note de bas de page omise.]

[53] Ces observations sont sensées, et me semble, de prime abord, s'appliquer en l'espèce. Selon le commissaire, si je m'en tiens à cet arrêt il me faudra conclure que l'alinéa 19(2)b) oblige effectivement le BST à communiquer les documents en question.

urged to conclude that the “may” in paragraph 19(2)(b) is directive.

[54] However, I do not think that this would be a just result in this situation. The earlier releases of the Clarenville ATC communications were made without any consideration of whether they contained personal information or whether they should be disclosed. Indeed, the subsequent analysis and conclusion by the TSB of these questions was that this information was personal information that should not be released. If correct in its subsequent decision, the first two releases should never have been made. Should the TSB be forced to compound that error by releasing the information again? In my view, this is a situation in which the TSB could reasonably exercise the discretion given it by inclusion of the word “may” in subsection 19(2) and refuse to disclose the tapes and transcripts again. Further, in interpreting the “may” in paragraph 19(2)(b) as discretionary, I note the words of Justice La Forest in *Dagg*, at paragraph 108, where he stated that:

Of course, s. 19(2) of the *Access to Information Act* provides that the head of a government institution may disclose information in certain circumstances. Generally speaking, the use of the word “may”, especially when it is used, as in this case, in contraindication to the word “shall”, indicates that an administrative decision maker has the discretion and not the duty, to exercise a statutory power . . . [Underlining added.]

[55] Thus, while it may well be that the refusal to disclose could be of no practical effect if the journalists themselves decide to release the tapes and transcripts, I am not prepared, in these circumstances, to order the TSB to do so.

[56] On this matter, one further observation was made by the Commissioner. The ATC communications in respect of the Penticton occurrence appear to have been before the Supreme Court of British Columbia in *Sabourin Estate v. Watterodt Estate*, 2004 BCSC 243.

Autrement dit, on demande à la Cour de donner au mot « peut », employé à l’alinéa 19(2)b), valeur de directive.

[54] Je ne pense pas, cependant, que ce serait un résultat qu’il convienne de retenir en l’espèce. L’enregistrement des communications ATC de Clarenville avait été remis sans que l’on cherche à savoir s’il contenait ou non des renseignements personnels et s’il convenait ou non de les communiquer. Rappelons que le BST avait conclu *a posteriori* qu’il s’agissait effectivement de renseignements personnels qui n’auraient pas dû être communiqués. Si la conclusion à laquelle le BST est parvenu ultérieurement est juste, les deux premières divulgations n’auraient jamais dû avoir lieu. Convierait-il d’obliger le BST à ajouter à son erreur initiale en divulguant à nouveau les renseignements? Je considère qu’en l’occurrence le BST pouvait exercer raisonnablement le pouvoir discrétionnaire qu’il tient de l’emploi du mot « peut » au paragraphe 19(2) et refuser de communiquer à nouveau les enregistrements et transcriptions. Interprétant le mot « peut » employé à l’alinéa 19(2)b) comme indice d’un pouvoir discrétionnaire, je rappelle comment, au paragraphe 108 de l’arrêt *Dagg*, le juge La Forest s’est exprimé sur la question :

Bien entendu, le par. 19(2) de la *Loi sur l’accès à l’information* prévoit que le responsable d’une institution fédérale peut divulguer des renseignements personnels dans certains cas. En général, l’emploi du terme « peut », en particulier lorsqu’il s’oppose, comme en l’espèce, à l’expression « est tenu de », indique qu’une instance décisionnelle administrative a la faculté, et non l’obligation, d’exercer un pouvoir qu’elle tient de la loi [. . .] [Soulignement ajouté.]

[55] Alors même que le refus de communiquer les renseignements en question pourrait, sur le plan pratique, n’être d’aucun effet dans l’hypothèse où les journalistes décideraient eux-mêmes de divulguer les enregistrements magnétiques et les transcriptions, je ne suis pas disposée, compte tenu des circonstances, à ordonner au BST de le faire.

[56] Sur cette question, le commissaire a livré une autre observation. Les communications ATC concernant l’accident de Penticton semblent avoir été produites devant la Cour suprême de Colombie-Britannique dans le cadre de l’affaire *Sabourin Estate v. Watterodt Estate*,

In that case, the Court was considering issues of liability arising from the incident. Excerpts from the transcript are included in the judgment. In my view, this does not lead to a conclusion that the ATC communications are “publicly available”. Personal information is almost always available, through various means, to assist the courts in civil and criminal law cases. Further, in this case, the Commissioner provided me with no details of how the evidence was introduced or dealt with in the Supreme Court of British Columbia. While reference to and selective quotations from the ATC communications are included in the judgment, it may well be that the audio recording and transcripts themselves are subject to a confidentiality order. It would be regrettable if otherwise private information subject to non-disclosure obligations becomes “publicly available” and subject to mandatory disclosure merely because it has been referenced in a civil law suit.

Is paragraph 19(2)(c) of the ATIA applicable?

[57] In the circumstances of this case, the final way in which the TSB would have the authority to disclose the ATC communications is if disclosure of the information would be in accordance with section 8 of the *Privacy Act*. The Commissioner presents arguments based on two different aspects of this section.

1. Are paragraphs 8(2)(a) and (b) of the *Privacy Act* applicable?

[58] The Commissioner first argues that paragraphs 8(2)(a) and (b) apply to these facts. Pursuant to these provisions, the head of an institution is authorized to disclose personal information:

(a) for the purpose for which the information was obtained or compiled by the institution or for a use consistent with that purpose;

2004 BCSC 243. La Cour dans cette affaire se penchait sur la question de la responsabilité découlant de l'incident. Le jugement rendu contient des extraits de la transcription des communications. J'estime, cependant, que cela ne permet pas de conclure qu'en ce qui concerne les communications ATC le public « y a accès ». Dans le cadre d'actions civiles ou pénales, les tribunaux ont presque toujours accès, de diverses manières, aux renseignements personnels pertinents. J'ajoute qu'en l'occurrence le commissaire n'a fourni à la Cour aucun détail concernant la manière dont ces éléments de preuve ont été produits devant la Cour suprême de Colombie-Britannique, ni quant à la manière dont la Cour en a tenu compte. Certes, le jugement en question fait allusion aux communications ATC et en cite certains passages, mais il se peut très bien que les enregistrements audio, voire les transcriptions, fassent l'objet d'une ordonnance de confidentialité. Il serait regrettable que, s'agissant de renseignements revêtant un caractère personnel et soumis à une obligation de non-divulgence, le public y ait accès, la divulgation en étant enjointe simplement parce que les renseignements en cause ont été cités dans le cadre d'une action civile.

L'alinéa 19(2)c) de la LAI est-il applicable en l'espèce?

[57] Vu les circonstances de la présente affaire, la seule chose permettant au BST de divulguer les communications ATC serait si cette divulgation pouvait se fonder sur l'article 8 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. À cet égard, le commissaire fait valoir des arguments fondés sur deux aspects de cette disposition.

1. Les alinéas 8(2)a) et b) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* sont-ils applicables en l'espèce?

[58] Le commissaire soutient d'abord que les alinéas 8(2)a) et b) s'appliquent effectivement aux faits de la cause. Aux termes de ces dispositions, le responsable d'une institution peut communiquer des renseignements personnels :

a) aux fins auxquelles ils ont été recueillis ou préparés par l'institution de même que pour les usages qui sont compatibles avec ces fins;

(b) for any purpose in accordance with any Act of Parliament or any regulation made thereunder that authorizes its disclosure.

[59] The essence of the Commissioner's argument on this point is that, since the TSB may disclose the information during the course of its investigation or in its report on any occurrence, disclosure by the TSB would be authorized under either of these provisions. The Commissioner points to earlier practices of the TSB to release similarly situated ATC communications as confirmation that such disclosure falls within these exceptions. I do not agree.

[60] It is not disputed that the TSB may include the ATC communications in its investigative reports. Such a release would be directly authorized by either paragraph 8(2)(a) or (b). However, the Commissioner leaps to the conclusion that a statutory provision giving a government institution the authorization to disclose information for the purposes of its enabling legislation obligates the institution to release the information to the public at large. This simply does not follow. In fact, in my view, the words of these provisions carefully and specifically define the boundaries of any disclosure. Use of the ATC communications by the TSB and, if necessary, reference to them in the TSB reports is disclosure for the purposes for which they were obtained by the TSB in the first place. Further disclosure would not be for such purposes.

[61] Secondly, the Commissioner argues that the policy of the TSB was, up until the transfer of the air traffic controllers and their functions to NAV CANADA, to release the ATC communications. The submission appears to be that, if the earlier release was made, it must have been consistent with the use for which they were obtained. Once again, I find this to be a leap in logic that cannot be supported. In any event, the record does not establish that release of the information obtained from NAV CANADA is, or ever was, a policy.

b) aux fins qui sont conformes avec les lois fédérales ou ceux de leurs règlements qui autorisent cette communication.

[59] Sur ce point, le commissaire fait essentiellement valoir que dans la mesure où le BST peut communiquer les renseignements en cause dans le cadre de son enquête, ou du rapport rédigé sur un accident donné, la communication des renseignements par le BST est autorisée aussi bien par l'une que par l'autre de ces deux dispositions. Le commissaire cite une pratique antérieure du BST qui consistait à divulguer les communications ATC enregistrées dans des conditions analogues, y trouvant confirmation qu'une telle divulgation relève effectivement des deux exceptions prévues. Je ne suis pas de cet avis.

[60] Nul ne conteste que le BST peut faire état des communications ATC dans ses rapports d'enquête. Dans ce cas-là, la divulgation est directement autorisée par l'alinéa 8(2)a) ou b). Le commissaire s'empresse de conclure qu'une disposition législative autorisant une institution fédérale à communiquer des renseignements dans le cadre de la mission qui lui est confiée par son texte habilitant, oblige l'institution à communiquer les renseignements en question au public en général. Une telle conclusion ne s'impose aucunement. Je dirais même que le libellé de ces deux dispositions cerne de manière très précise les limites d'une telle divulgation. L'emploi des communications ATC par le BST et, si nécessaire, leur citation dans les rapports du BST correspond aux buts ayant porté le BST à se procurer les communications au départ. De nouvelles divulgations ne répondraient aucunement à ces mêmes objectifs.

[61] Deuxièmement, le commissaire fait valoir que, jusqu'à l'époque où les contrôleurs de la circulation aérienne et les fonctions qu'ils exercent ont été transférées à NAV CANADA, le BST avait pour politique de divulguer les communications ATC. L'argument semble tenir pour acquis que les divulgations antérieures étaient conformes au but ayant à l'origine motivé leur obtention. J'estime, encore une fois, qu'il y a là un saut de logique qui ne se justifie pas. Quoi qu'il en soit, il ne ressort pas du dossier que c'est actuellement, ou que cela ait jamais été, la politique du

[62] Concerning the practice of the TSB, Mr. Kenneth Johnson, the former Executive Director of the TSB, had the following to say during cross-examination on his affidavit:

But generally, things are not shared more widely than on a need to know basis. And even in the operation of the Board itself, in the 20 years or so that I was there, I think maybe two or three times the Board heard cockpit voice recordings. And two or three times maybe read in a Board meeting a transcript of an air traffic control recording. But the things are kept very, very tight and close to those who need to know, generally speaking.

[T]here were public inquiries in the Aviation Safety Board prior to 1984, from 1984 to 1990. There were several public inquiries. And I don't recall any real difficulty with air traffic control recordings at that time. And the Board has the discretion to release what it needs to release in the interests of safety. . . . So, if it needed to, it could, or could have.

[A]long the way we developed a understanding, that we later determined to be an incorrect understanding, that the air traffic controllers . . . were public servants. And the protections that apply to other people are not the same for public servants and had to talk about what they would do. And they [the ATC Communications] appeared to be releasable when they were asked for under [ATIA].

So we changed our practice a bit towards the end. And that's partly what led to the amendments in 19—was it 1998. And when the air traffic controllers moved out to NAV Canada the employees were no longer public servants and what we had been operating changed again. So it became personal information that wasn't subject to that release.

Q. 227 So, you are telling me that from [*sic*] prior to the amendment of 1998, the Transportation Safety Board had a practice to release the air traffic control communications?

A. Towards the end. Towards the end.

BST de divulguer les informations obtenues de NAV CANADA.

[62] Quant à la pratique du BST, M. Kenneth Johnson, ancien directeur exécutif du BST, contre-interrogé sur son affidavit, s'est exprimé en ces termes :

[TRADUCTION] Mais, d'une manière générale, la diffusion des renseignements se limite aux personnes qui sont, de par leurs fonctions, appelées à en prendre connaissance. Même au niveau du fonctionnement du Bureau, je dois dire que dans les 20 ans que j'y ai passés, le Bureau n'a écouté les enregistrements des conversations dans les postes de pilotage que deux ou trois fois. Et il s'est produit aussi deux ou trois fois que, lors d'une réunion du Bureau, on donne lecture de la transcription d'un enregistrement des communications du contrôle de la circulation aérienne. En effet, d'une manière générale, la diffusion de ces renseignements est très restreinte et limitée à ceux qui ont besoin d'en prendre connaissance.

Avant 1984, et de 1984 à 1990, plusieurs enquêtes publiques ont été menées au Bureau de la sécurité aérienne. Je ne me souviens pas qu'à l'époque les enregistrements de communications du contrôle de la circulation aérienne aient soulevé des problèmes. C'est en fonction de considérations de sécurité que le Bureau peut décider, en vertu de son pouvoir discrétionnaire, de divulguer certains renseignements [. . .] En cas de besoin, il le pouvait, ou il aurait pu.

Chemin faisant, nous en étions venus à penser que les contrôleurs de la circulation aérienne étaient des fonctionnaires mais, plus tard, nous nous sommes aperçus que c'était faux. Les garanties dont ils bénéficient ne sont pas les mêmes que celles dont bénéficient les fonctionnaires, et la question s'est effectivement posée. Il nous semblait que les communications ATC pouvaient être divulguées dans le cadre d'une demande fondée sur la LAI.

Vers la fin de cette période, nous avons donc un petit peu modifié notre pratique. C'est en partie ce qui a entraîné les modifications adoptées en 1998. Lorsque les contrôleurs de la circulation aérienne sont passés à NAV CANADA, les employés n'étaient plus des fonctionnaires et nous avons dû, encore une fois, changer notre mode de fonctionnement. Les communications devenaient alors des renseignements personnels qui n'avaient pas à être divulgués.

Q. 227 Selon vous, donc, avant la modification apportée en 1998, la pratique en vigueur au Bureau de la sécurité aérienne était de divulguer les communications du contrôle de la circulation aérienne?

R. Vers la fin. Vers la fin.

[63] As I understand Mr. Johnson's testimony, disclosure of ATC communications has been the exception and not the rule. While there may have been a short-lived practice to release ATC communications prior to the establishment of NAV CANADA, when the air traffic controllers were public servants, the current policy is that the tapes and transcripts are personal information that is not subject to release.

[64] In summary, I am satisfied that neither paragraph 8(2)(a) or (b) is applicable to authorize release of the information in the circumstances before me.

2. Was the discretion under subparagraph 8(2)(m)(i) of the Privacy Act properly exercised?

[65] The Commissioner further submits that the TSB failed to properly exercise his discretion under subparagraph 8(2)(m)(i) of the *Privacy Act*. As noted, this provision allows the TSB to disclose the information where, in the opinion of the TSB, "the public interest in disclosure clearly outweighs any invasion of privacy that could result from the disclosure."

[66] Justice Strayer in *Kelly v. Canada (Solicitor General)* (1992), 6 Admin. L.R. (2d) 54 (F.C.T.D.), at paragraphs 5-7 (aff'd (1993), 13 Admin. L.R. (2d) 304 (F.C.A.)) outlined the task to be undertaken by a reviewing judge in this situation.

It will be seen that these exemptions require two decisions by the head of an institution: first, a factual determination as to whether the material comes within the description of material potentially subject to being withheld from disclosure; and second, a discretionary decision as to whether that material should nevertheless be disclosed.

The first type of factual decision is one which, I believe, the Court can review and in respect of which it can substitute its own conclusion. This is subject to the need, I believe, for a measure of deference to the decisions of those whose institutional responsibilities put them in a better position to judge the matter. . . .

[63] Si j'ai bien compris la déposition de M. Johnson, la divulgation des communications ATC était non pas la règle mais l'exception. S'il est possible qu'avant la création de NAV CANADA on ait, pendant quelque temps, eu pour pratique de divulguer les communications ATC, à une époque où les contrôleurs de la circulation aérienne étaient des fonctionnaires, à l'heure actuelle, selon la politique en vigueur, les bandes et les transcriptions constituent des renseignements personnels qui n'ont pas à être divulgués.

[64] Bref, j'estime que, compte tenu des circonstances de cette affaire, ni l'alinéa 8(2)a) ni l'alinéa b) n'autorise la divulgation des renseignements en question.

2. Le pouvoir discrétionnaire prévu au sous-alinéa 8(2)m)(i) de la Loi sur la protection des renseignements personnels a-t-il été correctement exercé?

[65] Le commissaire fait en outre valoir que le BST n'a pas correctement exercé le pouvoir discrétionnaire que lui reconnaît le sous alinéa 8(2)m)(i) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. Rappelons que cette disposition autorise le BST à communiquer des renseignements lorsque, à son avis, « des raisons d'intérêt public justifieraient nettement une éventuelle violation de la vie privée ».

[66] Se prononçant dans le cadre de l'affaire *Kelly c. Canada (Solliciteur général)* (1992), 6 Admin. L.R. (2d) 54 (C.F. 1^{re} inst.), aux paragraphes 5 à 7 (conf. par (1993), 13 Admin. L.R. (2d) 304 (C.A.F.)), le juge Strayer a précisé le travail auquel doit se livrer le juge dans le cadre du contrôle judiciaire exercé dans ce genre de situation [[1992] A.C.F. n° 302 (QL)].

Comme on peut le voir, ces exemptions exigent que le responsable d'un établissement prenne deux décisions : 1) une décision de fait sur la question de savoir si les renseignements en question correspondent à la description de renseignements susceptibles de ne pas être divulgués; et 2) une décision discrétionnaire sur la question de savoir s'il convient néanmoins de divulguer lesdits renseignements.

Le premier type de décision est, je crois, révisable par la Cour et celle-ci peut y substituer sa propre conclusion, sous réserve, à mon avis, de la nécessité de faire preuve d'une certaine déférence envers les décisions des personnes qui, de par les responsabilités institutionnelles qu'elles assument, sont mieux placées pour juger la question [. . .]

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

[67] In the case before me, I have concluded that the TSB was correct in determining that the ATC communications come within the description of materials that are subject to withholding. That is, the first decision referred to by Justice Strayer has been made. My analysis now turns to the second decision made by the TSB that he should not exercise his discretion to disclose this personal information.

[68] This approach to reviewing the exercise of discretion under subparagraph 8(2)(m)(i) of the *Privacy Act* was endorsed by Justice La Forest in *Dagg*, at paragraph 110. As pointed out by Justice La Forest, at paragraph 109 of *Dagg*, “[i]t is difficult to imagine statutory language setting out a broader discretion.” That, of course, does not mean that the decision is free from judicial oversight. However, as described in *Maple Lodge Farms Ltd. v. Government of Canada*, [1982] 2 S.C.R. 2, at pages 7-8, I should only intervene where:

- the discretion was not exercised in good faith;
- the discretion was not exercised in accordance with the principles of natural justice; or
- reliance was placed upon considerations irrelevant or extraneous to the statutory purpose.

[69] The Commissioner does not submit that the TSB acted in bad faith or that the tribunal breached the principles of natural justice. The thrust of his argument appears to be that the TSB did not take into account the following:

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

[67] Je conclus en l'occurrence que c'est à juste titre que le BST a décidé que les communications ATC correspondent à la définition de documents qui n'ont pas à être divulgués. Cela règle la première question évoquée par le juge Strayer. Je passe maintenant à la deuxième décision prise par le BST qui, dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire qui lui est reconnu, a estimé ne pas devoir divulguer les renseignements personnels en question.

[68] Au paragraphe 110 de l'arrêt *Dagg*, le juge La Forest souscrit à cette approche du contrôle judiciaire de l'exercice du pouvoir discrétionnaire prévu au sous-alinéa 8(2)m(i) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. Comme le juge La Forest le fait remarquer au paragraphe 109 de l'arrêt *Dagg*, « [i]l est difficile d'imaginer un texte législatif qui énonce un pouvoir discrétionnaire plus général ». Cela ne veut bien sûr pas dire que cette décision échappe à tout contrôle judiciaire. Aux termes de l'arrêt *Maple Lodge Farms Ltd. c. Gouvernement du Canada*, [1982] 2 R.C.S. 2, aux pages 7 et 8, je ne dois cependant intervenir que lorsque :

- le pouvoir discrétionnaire accordé par la loi n'a pas été exercé de bonne foi;
- ce pouvoir discrétionnaire n'a pas été exercé conformément aux principes de justice naturelle;
- on s'est fondé sur des considérations inappropriées ou étrangères à l'objet de la loi.

[69] Le commissaire ne prétend pas que le BST ait agi de mauvaise foi ou que le tribunal ait enfreint les principes de justice naturelle. Il semble plutôt affirmer que le BST n'a pas tenu compte des aspects suivants :

- There is no “privacy interest” in the ATC communications because the communications are carried over public airwaves, they do not contain personal information and the parties are aware that the communications are subject to potential disclosure by the TSB; and

- There is significant public interest in disclosure of such communications, as evidenced by the record and by the disclosure practices of other jurisdictions.

[70] To determine what was taken into account by the TSB, I turn to the various letters of the TSB setting out his reasons for refusing disclosure and to the affidavit of Mr. David Kinsman, the Executive Director of the TSB, who was the person responsible for making the decisions in question. Mr. Kinsman stated that, in exercising his discretion pursuant to paragraph 19(2)(c), he took the following factors into account:

(a) the fact that the TSB Act invests ATC communications with a “degree of privilege”;

(b) the international treatment of ATC communications pursuant to international agreements and as practised by other countries;

(c) the mandate of the TSB;

(d) the fact that the TSB has the discretion, in the context of an investigation, to disclose information which it deems necessary, and that it can refer directly to the contents of the tapes or transcripts, summarize the ATC communications or “even reproduce all or a part of an ATC tape if it is of the view that such is warranted”;

(e) the fact that communications are carried on public radio frequencies and that it is possible to listen in to what is being said;

(f) section 9 [as enacted by S.C. 1989, c. 17, s. 6; 1991, c. 11, s. 83; 1993, c. 40, s. 24] of the *Radiocommuni-*

- Le fait que les communications ATC ne comportent aucun « droit à la vie privée » étant donné que ces communications sont transmises par les ondes publiques, qu’elles ne contiennent aucun renseignement personnel et que les parties en cause savent que ces communications peuvent éventuellement être divulguées par le BST; et

- Le public a manifesté un intérêt sensible pour la divulgation de ces communications, comme permettent de le constater aussi bien le dossier que les pratiques adoptées en ce domaine dans d’autres juridictions.

[70] Afin de savoir quels sont au juste les éléments dont le BST a tenu compte, j’ai examiné les diverses lettres envoyées par le Bureau pour expliquer son refus de communiquer les renseignements en cause, ainsi que l’affidavit de M. David Kinsman, directeur exécutif du BST à qui revenait les décisions en question. M. Kinsman affirme que, dans l’exercice du pouvoir discrétionnaire qui lui reconnaît l’alinéa 19(2)c), il a tenu compte des facteurs suivants :

a) le fait que la Loi sur le BST accorde aux communications ATC un [TRADUCTION] « certain degré de confidentialité »;

b) la pratique internationale en matière de communications ATC, aux termes des conventions internationales et de ce qui se fait dans les autres pays;

c) la mission du BST;

d) le fait que le BST a, dans le cadre d’une enquête, le pouvoir discrétionnaire de divulguer des renseignements lorsqu’il le juge nécessaire, et peut faire directement état du contenu même des enregistrements ou des transcriptions, résumer les communications ATC ou [TRADUCTION] « même reproduire en tout ou en partie un enregistrement des communications ATC s’il estime qu’il y a lieu de le faire »;

e) le fait que les communications sont effectivement transmises sur des fréquences radio publiques et qu’il est possible de les capter;

f) l’article 9 [édicte par L.C. 1989, ch. 17, art. 6; 1991, ch. 11, art. 83; 1993, ch. 40, art. 24] de la *Loi sur la*

cation Act which makes it an offence to make use of or divulge the ATC communications that are intercepted; and,

(g) the confidentiality provisions in the collective agreement between NAV CANADA and its employees.

[71] Taking those factors into account, the TSB concluded that:

(a) the public interest in respect of aircraft safety and the safety of air transportation is addressed by the investigation and report made by the TSB pursuant to its mandate under the TSB Act;

(b) a release of the ATC communications would be some invasion of privacy of the individuals whose voices and words are on the tapes and in the transcripts; and,

(c) “on balance, the public interest in the disclosure of the information in question did not clearly outweigh the invasion of privacy.”

[72] In summary, the TSB took into account a wide range of factors, none of which can be said to be irrelevant or extraneous to the statutory purpose. For example, the TSB was aware of and considered the availability of the information to persons listening with scanners. The TSB was aware of and considered the practices in other jurisdictions. The TSB took into account that it could, if the need arose, disclose all of the ATC communications in the context of an investigation.

[73] In effect, the Commissioner is asking me to reweigh the evidence before the TSB. I decline to do so. I see no need to intervene in the decision of the TSB to refuse to exercise his discretion under paragraph 19(2)(c) of the ATIA.

radiocommunication, qui érige en infraction le fait d'utiliser ou de divulguer des communications ATC qui ont été interceptées; et

g) les dispositions de la convention collective conclue entre NAV CANADA et ses employés et portant sur la confidentialité de ces communications.

[71] Compte tenu de ces divers facteurs, le BST a conclu que :

a) en ce qui concerne la sécurité des aéronefs et des transports aériens, l'intérêt public est sauvegardé par l'enquête et le rapport rédigé par le BST conformément à la mission qui lui est confiée aux termes de la Loi sur le BST;

b) la divulgation des communications ATC comporterait une certaine atteinte à la vie privée des individus dont la voix et les propos figurent sur les enregistrements et les transcriptions; et

c) « compte tenu des divers facteurs, en ce qui concerne la divulgation des renseignements en cause, l'intérêt public ne l'emporte pas nettement sur l'atteinte à la vie privée ».

[72] Bref, le BST a tenu compte de tout un éventail de facteurs, dont aucun ne peut être considéré comme dénué de pertinence ou étranger au but défini dans la loi. Ainsi, le BST était au courant, et a tenu compte du fait que les personnes équipées de scanners avaient accès aux renseignements en cause. Le BST était au courant des pratiques retenues en ce domaine dans d'autres juridictions, et en a tenu compte. Le BST a tenu compte du fait qu'en cas de besoin, il lui était loisible de divulguer l'intégralité des communications ATC dans le cadre d'une enquête.

[73] En fait, le commissaire me demande maintenant de jauger à nouveau les éléments de preuve sur lesquels le BST s'est fondé. Je m'y refuse. Il n'y a d'après moi pas lieu d'intervenir dans la décision par laquelle le BST a refusé d'exercer le pouvoir discrétionnaire que lui confère l'alinéa 19(2)c) de la LAI.

Issue No. 3: Does subsection 20(1) of the ATIA prohibit the disclosure of the ATC communications?

[74] Paragraph 20(1)(b) of the ATIA requires a government institution to refuse to disclose a record from a third party that contains “financial, commercial, scientific or technical information that is confidential information supplied to a government institution by a third party and is treated consistently in a confidential manner by the third party”.

[75] NAV CANADA submits that the ATC communications satisfy the criteria in paragraph 20(1)(b) of the ATIA, either as commercial or technical information, and as such are not subject to disclosure. The Commissioner disagrees. I have concluded that the TSB was correct in its determination that the information is personal information and that there was no error in the exercise of discretion under subsection 19(2). It follows that the ATC communications need not be disclosed. Accordingly, there is no need to consider this issue.

Issue No. 4: Can the personal information in the ATC communications be severed pursuant to section 25 of the ATIA?

[76] The Commissioner argues that certain of the information could be severed from the ATC communications pursuant to section 25 of the ATIA. My conclusion on the issues that have proceeded this one are that ATC communications are personal information by their nature. Accordingly, there is nothing that could be severed and no need to address this issue.

Issue No. 5: Does subsection 9(2) of the Radiocommunication Act infringe paragraph 2(b) of the Charter?

[77] The Commissioner alleges that subsection 9(2) of the *Radiocommunication Act* infringes paragraph 2(b) of the Charter. He filed with this Court and served a

Question n° 3 : Le paragraphe 20(1) de la LAI interdit-il la divulgation des communications ATC?

[74] Selon l’alinéa 20(1)b) de la LAI, une institution fédérale doit refuser de communiquer un document émanant d’un tiers si ce document contient « des renseignements financiers, commerciaux, scientifiques ou techniques fournis à une institution fédérale par un tiers, qui sont de nature confidentielle et qui sont traités comme tels de façon constante par ce tiers ».

[75] NAV CANADA fait valoir que les communications ATC correspondent aux critères prévus à l’alinéa 20(1)b) de la LAI, en tant qu’information commerciale ou technique, et que ces renseignements n’ont donc pas à être divulgués. Le commissaire ne partage pas cet avis. J’ai conclu que c’est à bon droit que le BST a décidé qu’il s’agit en l’espèce de renseignements personnels et que le Bureau n’a donc commis aucune erreur dans l’exercice du pouvoir discrétionnaire qui lui reconnaît le paragraphe 19(2). Par conséquent, les communications ATC n’ont pas à être divulguées. J’estime qu’il n’y a donc pas lieu de nous arrêter sur la question.

Question n° 4 : Les renseignements personnels contenus dans les communications ATC peuvent-ils être prélevés des autres renseignements, comme le prévoit l’article 25 de la LAI?

[76] Le commissaire soutient que certains des renseignements pourraient être prélevés sur les communications ATC comme l’article 25 de la LAI en prévoit la possibilité. En ce qui concerne les questions précédentes, j’ai conclu que les communications ATC sont, par leur nature même, des renseignements personnels. Aucune partie de ces renseignements ne saurait donc être prélevée et il n’y a pas lieu d’examiner la question.

Question n° 5 : Le paragraphe 9(2) de la Loi sur la radiocommunication porte-t-il atteinte à l’alinéa 2b) de la Charte?

[77] Selon le commissaire, le paragraphe 9(2) de la *Loi sur la radiocommunication* est contraire à l’alinéa 2b) de la Charte. Il a déposé auprès de la Cour et notifié

notice of constitutional question on all of the parties and the Attorneys General of all the provinces and territories. The essence of the Commissioner's submission on this point is as follows:

- Paragraph 2(b) of the Charter encompasses the right to freedom of thought, belief, opinion and expression—including the freedom of the press. Cory J. in *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney-General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326, at page 1336 said that “a democracy cannot exist without that freedom to express new ideas and to put forward opinions about the functioning of public institutions.”

- Expression consists of any activity or communication that conveys or attempts to convey meaning and the public has the right to receive that information and to comment upon it or evaluate the accuracy of it.

- Subsection 9(2) of the *Radiocommunication Act* prohibits the use and/or dissemination of radiocommunication aired on public frequencies. Such communications clearly impart meaning. Thus subsection 9(2) clearly infringes an individual's right to freely inform others of what they have learned through a non-prohibited public source.

[78] The Supreme Court has cautioned that Charter issues should not be decided where it is not necessary to do so and has stressed that Charter issues are to be decided on a proper evidentiary record. See, for example, *Phillips v. Nova Scotia (Commissioner of Inquiry into the Westray Mine Tragedy)*, [1995] 2 S.C.R. 97, at paragraphs 6-12 for authority that unnecessary issues of law should not be decided (particularly constitutional issues) and *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668, at paragraph 38 for authority as to the importance of a proper factual foundation to support the determination of the constitutionality of legislative provisions.

[79] In my view, the constitutional issue raised is not properly the object of these proceedings. The present

à l'ensemble des parties et aux procureurs généraux des provinces et des territoires un avis de question constitutionnelle. Sur ce point, le commissaire fait essentiellement valoir que :

- L'alinéa 2b) de la Charte englobe la liberté de penser, de croyance, d'opinion et d'expression—y compris la liberté de la presse. Dans l'arrêt *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326, à la page 1336, le juge Cory a rappelé qu'« il ne peut y avoir de démocratie sans la liberté d'exprimer de nouvelles idées et des opinions sur le fonctionnement des institutions publiques ».

- Or, la liberté d'expression comprend toute activité ou communication qui transmet ou tente de transmettre une signification et le public a le droit d'avoir accès à ces informations, de les commenter ou d'en apprécier l'exactitude.

- L'article 9(2) de la *Loi sur la radiocommunication* interdit l'emploi ou la diffusion de radiocommunications diffusées sur les fréquences publiques. De telles communications transmettent de toute évidence une signification. Ainsi, le paragraphe 9(2) porterait manifestement atteinte au droit qu'a tout individu d'informer librement les autres de ce qu'il a pu apprendre d'une source publique non interdite.

[78] Selon une mise en garde formulée par la Cour suprême, les questions relevant de la Charte ne doivent être tranchées que lorsque c'est nécessaire, la Cour insistant en outre sur le fait que ce genre de question doit être tranché au vu de preuves solides. Voir, par exemple, *Phillips c. Nouvelle-Écosse (Commission d'enquête sur la tragédie de la mine Westray)*, [1995] 2 R.C.S. 97, aux paragraphes 6 à 12, où il est rappelé que l'on ne doit pas se prononcer sur des points de droit lorsque cela n'est pas nécessaire (s'agissant particulièrement des questions d'ordre constitutionnel), et l'arrêt *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668, au paragraphe 38, où la Cour rappelle l'importance d'un fondement factuel lorsqu'il s'agit de se prononcer sur la constitutionnalité d'une disposition législative.

[79] J'estime que la question constitutionnelle soulevée en l'occurrence n'a pas vraiment sa place dans

judicial reviews are based solely on an attack on the refusal of the TSB to disclose the ATC communications. That decision did not require the TSB to apply the statutory provision in question. There is no evidence before me that indicates that the operation of subsection 9(2) was the determinative factor in the TSB's decision. Indeed, it appears that the role of subsection 9(2) in the decisions is minor; it is but one of the factors that the TSB considered when it concluded that the information ought not to be disclosed.

[80] Further, I note the interaction of subsection 9(2) with the provisions of the *Interpretation Act* [R.S.C., 1985, c. I-21]. ATC communications fall within both the definition of a "radiocommunication" and the definition of a "telecommunication" as set out in the *Interpretation Act* [subsection 35(1) "radio or radiocommunication", "telecommunications" (as am. by S.C. 1993, c. 38, s. 87)]:

35. (1) In every enactment,

...

"radio" or "radiocommunication" means any transmission, emission or reception of signs, signals, writing, images, sounds or intelligence of any nature by means of electromagnetic waves of frequencies lower than 3 000 GHz propagated in space without artificial guide.

...

"telecommunications" means the emission, transmission or reception of signs, signals, writing, images, sounds or intelligence of any nature by any wire, cable, radio, optical or other electromagnetic system, or by any similar technical system;

[81] This link was not pointed out by the Commissioner. I am left pondering whether a determination of the constitutionality of subsection 9(2) would have unintended consequences for this definition and for the scope of any ruling that I might make.

la présente affaire. Les demandes de contrôle judiciaire dont la Cour est saisie mettent uniquement en cause le refus par le BST de divulguer des communications ATC. Cette décision n'exigeait aucunement du BST qu'il applique la disposition en question. Le dossier ne contient rien qui me porte à penser que le paragraphe 9(2) a pu déterminer la décision du BST. Il semble même que dans les décisions en question, le paragraphe 9(2) ait joué un rôle tout à fait mineur; ce n'est qu'un des facteurs dont le BST a tenu compte pour conclure qu'il n'y avait pas lieu de divulguer les renseignements en cause.

[80] Je constate en outre une interaction entre le paragraphe 9(2) et certaines dispositions de la *Loi d'interprétation* [L.R.C. (1985), ch. I-21]. Les communications ATC relèvent à la fois de la définition d'une « radiocommunication » et de la définition d'une « télécommunication » inscrites dans la *Loi d'interprétation* [art. 35(1) « radiocommunication ou radio », « télécommunication » (mod. par L.C. 1993, ch. 38, art. 87)] :

35. (1) [. . .]

[. . .]

« radiocommunication » ou « radio » Toute transmission, émission ou réception de signes, de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de renseignements de toute nature, au moyen d'ondes électromagnétiques de fréquences inférieures à 3 000 GHz transmises dans l'espace sans guide artificiel.

[. . .]

« télécommunication » La transmission, l'émission ou la réception de signes, signaux, écrits, images, sons ou renseignements de toute nature soit par système électromagnétique, notamment par fil, câble ou système radio ou optique, soit par tout procédé technique semblable.

[81] Ce rapport n'a pas été évoqué par le commissaire. Je m'interroge sur la question de savoir si une décision relative à la constitutionnalité du paragraphe 9(2) n'aurait pas des conséquences inattendues au niveau de cette définition et de la portée du jugement rendu par la Cour.

[82] In addition, where the content of ATC communications have been found to be “personal information”, intended only for the parties of the communication, it appears that such information would also fall within the definition of a “private communication” set out in Part VI, section 183 [as am. by S.C. 1993, c. 40, s. 1] of the *Criminal Code* [R.S.C., 1985, c. C-46]:

183. . . .

“private communication” means any oral communication, or any telecommunication, that is made by an originator who is in Canada or is intended by the originator to be received by a person who is in Canada and that is made under circumstances in which it is reasonable for the originator to expect that it will not be intercepted by any person other than the person intended by the originator to receive it, and includes any radio-based telephone communication that is treated electronically or otherwise for the purpose of preventing intelligible reception by any person other than the person intended by the originator to receive it;

[83] Part VI, section 183 of the *Criminal Code* also includes the definition of the word “intercept” and that definition includes merely listening:

183. . . .

“intercept” includes listen to, record or acquire a communication or acquire the substance, meaning or purport thereof;

[84] Finally, Part VI, subsection 184(1) of the *Criminal Code* stipulates that the interception of a private communication constitutes an offence:

184. (1) Every one who, by means of any electro-magnetic, acoustic, mechanical or other device, wilfully intercepts a private communication is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding five years.

[85] By rendering unconstitutional subsection 9(2) of the *Radiocommunication Act*, would I also—albeit unintentionally—be affecting these provisions of the *Criminal Code*? I suspect that I would. However, I do not have an adequate record before me to deal with these broader issues. In my view, the constitutionality of subsection 9(2) should only be assessed by the Court

[82] D’ailleurs, dans les cas où les communications ATC ont été considérées comme des « renseignements personnels » uniquement destinés aux personnes ayant pris part à la communication, il semble que de telles informations correspondent également de la définition de « communication privée » figurant à la partie VI, article 183 [mod. par L.C. 1993, ch. 40, art. 1] du *Code criminel* [L.R.C. (1985), ch. C-46]:

183. [. . .] :

« communication privée » Communication orale ou télécommunication dont l’auteur se trouve au Canada, ou destinée par celui-ci à une personne qui s’y trouve, et qui est faite dans des circonstances telles que son auteur peut raisonnablement s’attendre à ce qu’elle ne soit pas interceptée par un tiers. La présente définition vise également la communication radiotéléphonique traitée électroniquement ou autrement en vue d’empêcher sa réception en clair par une personne autre que celle à laquelle son auteur la destine.

[83] La partie VI, article 183 du *Code criminel* comprend également la définition du mot « intercepter », cette définition englobant le fait d’écouter simplement :

183. [. . .]

« intercepter » S’entend notamment du fait d’écouter, d’enregistrer ou de prendre volontairement connaissance d’une communication ou de sa substance, son sens ou son objet.

[84] Et enfin, la partie VI, paragraphe 184(1) du *Code criminel* incrimine le fait d’intercepter une communication privée :

184. (1) Est coupable d’un acte criminel et passible d’un emprisonnement maximal de cinq ans quiconque, au moyen d’un dispositif électromagnétique, acoustique, mécanique ou autre, intercepte volontairement une communication privée.

[85] En déclarant inconstitutionnel le paragraphe 9(2) de la *Loi sur la radiocommunication*, ne risquerais-je pas—sans le vouloir—d’affecter ces dispositions du *Code criminel*? Il me semble que oui. Je ne dispose pas en l’occurrence d’éléments suffisants pour me prononcer sur ces questions plus vastes. Je considère que la Cour ne pourrait porter un jugement sur la valeur

when the issue is directly and completely before the Court.

[86] For these reasons, I conclude that these proceedings are not the proper forum to argue this constitutional question.

SUMMARY

[87] In summary, I conclude that:

1. The TSB was correct in determining that the ATC communications at issue in these applications are personal information as meant by section 3 of the *Privacy Act* and are thus precluded from disclosure pursuant to subsection 19(1) of the ATIA.
2. Other than the ATC communications relating to the Clarendville occurrence, the ATC communications are not publicly available.
3. The TSB was not in error to refuse to disclose the Clarendville communications on the basis of the discretion that exists in subsection 19(2) that provides that the head of a government institution may disclose information that is publicly available.
4. The TSB properly exercised its discretion when he considered whether subparagraph 8(2)(m)(i) authorized him to release the ATC communications.
5. Given these conclusions, it is unnecessary for me to consider:
 - (a) whether the ATC communications are commercial or technical information within the meaning of paragraph 20(1)(b) of the ATIA;
 - (b) whether any of the information can reasonably be severed from the remaining information pursuant to section 25 of the ATIA.
6. On the basis that the constitutional question is not properly or adequately before me, I decline to consider whether subsection 9(2) of the *Radiocommunication Act* infringes paragraph 2(b) of the Charter.

constitutionnelle du paragraphe 9(2) que si elle était saisie directement de la question.

[86] Pour ces motifs, je considère qu'il n'y a pas lieu de plaider cette question constitutionnelle dans le cadre de la présente affaire.

RÉSUMÉ

[87] En résumé, je conclus que :

1. C'est à juste titre que le BST a décidé que les communications ATC ici en cause sont des renseignements personnels au sens de l'article 3 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* et qu'elles ne peuvent donc pas être divulguées en vertu du paragraphe 19(1) de la LAI.
2. Hormis les communications ATC relatives à l'accident de Clarendville, le public n'a pas accès aux communications ATC.
3. Le BST n'a commis aucune erreur en refusant de divulguer les communications de Clarendville, en vertu du pouvoir discrétionnaire reconnu au responsable d'une institution fédérale par le paragraphe 19(2) qui prévoit que ce dernier peut communiquer les documents auxquels le public a accès.
4. Le BST a correctement exercé son pouvoir discrétionnaire pour décider si le sous-alinéa 8(2)m(i) l'autorisait à divulguer les communications ATC.
5. Compte tenu de ces conclusions, il n'y a pas lieu pour moi d'examiner les questions de savoir :
 - a) si les communications ATC sont des informations commerciales ou techniques au sens de l'alinéa 20(1)b) de la LAI;
 - b) si certaines des informations pourraient être prélevées des autres informations en vertu de l'article 25 de la LAI.
6. La Cour n'ayant pas été adéquatement saisie de la question constitutionnelle, il n'y a pas lieu pour moi de me pencher sur le point de savoir si le paragraphe 9(2) de la *Loi sur la radiocommunication* porte atteinte aux garanties inscrites à l'alinéa 2b) de la Charte.

[88] Orders will issue denying the applications of the Commissioner in each of the cases.

[89] Parties will have until April 8, 2005, to attempt to reach an agreement on the issue of costs. If unable to agree, parties may make written submissions on costs, not to exceed three pages in length, to this Court on or before that date. Parties will then have until April 15, 2005, to respond, if they choose.

[88] Des ordonnances seront rendues rejetant les demandes du commissaire dans chacun de ces dossiers.

[89] Les parties auront jusqu'au 8 avril 2005 pour tenter de parvenir à un accord sur la question des dépens. Au cas où elles ne parviendraient pas à s'entendre, les parties pourront au plus tard à cette date présenter sur ce point des observations à la Cour, celles-ci ne devant toutefois pas dépasser trois pages. Les parties auront alors jusqu'au 15 avril 2005 pour répondre si elles le souhaitent.