

T-638-91

T-638-91

Clayton Charles Ruby (*Applicant*)**Clayton Charles Ruby** (*requérant*)

v.

c.

The Solicitor General (*Respondent*)**Le Solliciteur Général** (*intimé*)**INDEXED AS: RUBY v. CANADA (SOLICITOR GENERAL)**
(T.D.)**RÉPERTORIÉ: RUBY c. CANADA (SOLLICITEUR GÉNÉRAL)**
(1^{re} INST.)Trial Division, Simpson J.—Ottawa, March 6 and
May 31, 1996.Section de première instance, juge Simpson—
Ottawa, 6 mars et 31 mai 1996.

Privacy — Act, s. 51 (providing for in camera and ex parte hearings in case of request for access to sensitive information) infringing right to freedom of press guaranteed in Charter, s. 2(b) — Infringement justified under Charter, s. 1.

Protection des renseignements personnels — L'art. 51 de la Loi (qui prévoit des auditions à huis clos et la présentation d'arguments en l'absence d'une autre partie en cas de demande d'accès à des renseignements délicats) contrevient au droit à la liberté de la presse garanti par l'art. 2b) de la Charte — Dérégation justifiée en vertu de l'art. premier de la Charte.

Constitutional law — Charter of Rights — Limitation clause — Privacy Act, s. 51 (providing for in camera and ex parte hearings in case of request for access to sensitive information) infringing right to freedom of press guaranteed in Charter, s. 2(b) — Infringement justified under Charter, s. 1 — Pressing and substantial objective — Meeting proportionality test.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Clause limitative — Loi sur la protection des renseignements personnels — L'art. 51 (qui prévoit des auditions à huis clos et la présentation d'arguments en l'absence d'une autre partie en cas de demande d'accès à des renseignements délicats) contrevient au droit à la liberté de la presse garanti par l'art. 2b) de la Charte — Dérégation justifiée en vertu de l'art. premier — Objectif urgent et important — Satisfaction du critère de proportionnalité.

Security intelligence — In context of request to CSIS for access to sensitive information under Privacy Act, s. 12 and exemption claims by CSIS under Act, ss. 19, 21, 22 and 26, constitutionality of Privacy Act, s. 51 challenged — S. 51 (providing for in camera and ex parte hearings in case of request for access to sensitive information) infringing right to freedom of press guaranteed in Charter, s. 2(b) but justified under Charter, s. 1.

Renseignement de sécurité — Dans le contexte d'une demande au SCRS visant l'accès à des renseignements délicats en vertu de l'art. 12 de la Loi sur la protection des renseignements personnels et les demandes d'exemption faites par le SCRS en vertu des art. 19, 21, 22 et 26 de la Loi, la constitutionnalité de l'art. 51 de la Loi sur la protection des renseignements personnels est contestée — L'art. 51 (qui prévoit des auditions à huis clos et la présentation d'arguments en l'absence d'une autre partie en cas de demande d'accès à des renseignements délicats) contrevient au droit à la liberté de la presse garanti par l'art. 2b) de la Charte mais se justifie en vertu de son art. premier.

The applicant made a request for information under subsection 12(1) of the *Privacy Act* to obtain access to documents containing his personal information in a CSIS counter terrorism data bank. CSIS claimed exemptions, *inter alia*, under sections 19 and 21 of the Act. When the applicant realized that his application for judicial review, brought pursuant to section 41 of the Act, would have to proceed in compliance with section 51 of the Act (*in camera* and *ex parte* hearings), he decided, as a preliminary question, to challenge the constitutionality of paragraph 51(2)(a) and subsection 51(3). The Court held that

Le requérant a déposé une demande de renseignements en application du paragraphe 12(1) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* pour avoir accès à des documents contenant des renseignements personnels le concernant et figurant dans une banque de données du SCRS sur l'antiterrorisme. Le SCRS a demandé d'en être dispensé en vertu, entre autres, des articles 19 et 21 de la Loi. Quand le requérant a compris que le contrôle judiciaire qu'il avait demandé conformément à l'article 41 de la Loi se ferait conformément à l'article 51 de la Loi (à huis clos et en l'absence d'une autre partie), il a décidé,

the impugned provisions infringed the right to freedom of the press guaranteed by paragraph 2(b) of the Charter.

The issue herein, left open by the first decision, was whether the impugned provisions could be saved under section 1 of the Charter.

Held, the applicant's challenge to the constitutionality of the impugned provisions should be dismissed.

Section 51 comes into play only when the exemptions claimed deal either with material received in confidence from foreign governments or international organizations of states, or with material which could injure international affairs or harm national security. When a review is governed by section 51, and when exemptions under paragraph 19(1)(a) or (b) or section 21 are among the exemptions claimed, a confidential affidavit must be accepted and *ex parte* evidence must be received. As well, the review must be held *in camera*.

The principles for a section 1 analysis described in the Supreme Court of Canada decision in *R. v. Oakes* still apply, but must be regarded as criteria or guidelines and not as rigid tests: *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*.

(1) The objective the impugned provisions are designed to achieve must be sufficiently pressing and substantial to warrant overriding the constitutionally protected right or freedom. The respondent's evidence (affidavits in respect of the operations of CSIS, the RCMP, the Department of National Defence and the Department of Foreign Affairs) indicates that the objective is to avoid the perception on the part of Canada's allies and information sources that an inadvertent disclosure of sensitive information might occur. This perception would jeopardize Canada's present level of access to information provided by foreign sources. Based on the evidence, the impugned provisions are directed to a significant objective of pressing and substantial importance.

(2) There was a rational connection between the impugned provisions and the objective. To have *in camera* proceedings with *ex parte* representations reduces the risk of an inadvertent disclosure of sensitive information. After reviewing the situation in Canada, Australia and the United States of America, the conclusion was that the impugned provisions represented a minimal impairment of the applicant's paragraph 2(b) Charter rights. The provisions met the overall proportionality test first stated in *Oakes* and restated by the Supreme Court of Canada in *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*: there must be

comme question préliminaire, de contester la constitutionnalité de l'alinéa 51(2)a) et du paragraphe 51(3). La Cour a conclu que les dispositions contestées portaient atteinte au droit à la liberté de la presse garanti par l'alinéa 2b) de la Charte.

La question en l'espèce, à laquelle n'a pas répondu la première décision, est celle de savoir si les dispositions contestées pouvaient se justifier au regard de l'article premier de la Charte.

Jugement: la contestation, par le requérant, de la constitutionnalité des décisions contestées, doit être rejetée.

L'article 51 ne joue que lorsque les exceptions demandées portent soit sur des renseignements qui sont reçus à titre confidentiel de gouvernements étrangers ou d'organisations internationales d'États, soit sur des renseignements qui porteraient éventuellement préjudice à la conduite des affaires internationales ou à la sécurité nationale. Lorsqu'un contrôle est régi par l'article 51 et que les exceptions prévues aux alinéas 19(1)a) ou b) ou à l'article 21 font partie de celles qui sont réclamées, un affidavit confidentiel doit être accepté et des preuves doivent être reçues en l'absence d'une autre partie. De même, le contrôle doit avoir lieu à huis clos.

Les principes relatifs à une analyse de l'article premier énoncés dans l'arrêt de la Cour suprême *R. c. Oakes* s'appliquent toujours mais doivent être considérés comme des critères ou des directives et non comme des impératifs: *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*.

(1) L'objectif que les dispositions contestées sont censées atteindre doit être suffisamment urgent et important pour justifier qu'on passe outre à un droit ou à une liberté protégée par la constitution. La preuve fournie par l'intimé (affidavits relatifs aux activités du SCRS, du ministère de la Défense nationale et du ministère des Affaires étrangères) montre que l'objectif consiste à éviter que les alliés du Canada et ses sources d'information ne recueillent l'impression qu'une divulgation de renseignements puisse, par inadvertance, survenir. Une telle impression compromettrait la position actuelle du Canada en matière d'accès aux sources de renseignements étrangères. D'après la preuve fournie, les dispositions contestées visent un objectif appréciable de nature importante et urgente.

(2) Il existe un lien rationnel entre les dispositions contestées et l'objectif. Une procédure à huis clos et des arguments présentés en l'absence d'une autre partie atténuent le risque de divulgation accidentelle d'une information délicate. Après avoir examiné la situation au Canada, en Australie et aux États-Unis, il faut conclure que les dispositions incriminées constituent une dérogation minimale au droit du requérant énoncé à l'alinéa 2b) de la Charte. Les dispositions répondent au critère énoncé pour la première fois dans l'arrêt *Oakes* et réaffirmé par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Dagenais c. Société*

a proportionality between the deleterious and the salutary effects of the measures.

Radio-Canada, à savoir qu'il doit y avoir un lien de proportionnalité entre les conséquences néfastes et les conséquences salutaires des mesures.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Access to Information Act, R.S.C., 1985, c. A-1, s. 15.
Archives Act 1983, No. 79, 1983 (Aust.), ss. 44, 47.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 1, 2(b), 7.
Canadian Security Intelligence Service Act, R.S.C., 1985, c. C-23, ss. 12, 13 (as am. by S.C. 1995, c. 5, s. 25), 14, 15, 16 (as am. *idem*), 17 (as am. *idem*), 18, 19 (as am. *idem*), 20, 39(1).
 Exec. Order No. 12958, 60 Fed. Reg. 19825 (1995) (U.S.).
Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 57 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 19).
Freedom of Information Act, 5 U.S.C. § 552 (1994).
Privacy Act, R.S.C., 1985, c. P-21, ss. 12(1), 16(2), 19, 21, 22, 23, 24 (as am. by S.C. 1994, c. 26, s. 56), 25, 26, 27, 28, 41, 46(1), 51, 52.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General), [1995] 3 S.C.R. 199; (1995), 127 D.L.R. (4th) 1; 100 C.C.C. (3d) 449; 62 C.P.R. (3d) 417; 31 C.R.R. (2d) 189; 187 N.R. 1; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; (1986), 26 D.L.R. (4th) 200; 24 C.C.C. (3d) 321; 50 C.R. (3d) 1; 19 C.R.R. 308; 14 O.A.C. 335; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; (1994), 120 D.L.R. (4th) 12; 94 C.C.C. (3d) 289; 34 C.R. (4th) 269; 25 C.R.R. (2d) 1; 175 N.R. 1; 76 O.A.C. 81.

DISTINGUISHED:

R. v. Durette, [1994] 1 S.C.R. 469; (1994), 28 C.R. (4th) 1.

AUTHORS CITED

Access and Privacy: The Steps Ahead. Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1987.

Australia. Parliamentary Joint Committee on the Australian Security Intelligence Organization. *ASIO and the Archives Act: The Effect on ASIO of the*

LOIS ET RÈGLEMENTS

Archives Act 1983, No. 79, 1983 (Aust.), art. 44, 47.
Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 1, 2b), 7.
 Exec. Order No. 12958, 60 Fed. Reg. 19825 (1995) (U.S.).
Freedom of Information Act, 5 U.S.C. § 552 (1994).
Loi sur l'accès à l'information, L.R.C. (1985), ch. A-1, art. 15.
Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 57 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 19).
Loi sur la protection des renseignements personnels, L.R.C. (1985), ch. P-21, art. 12(1), 16(2), 19, 21, 22, 23, 24 (mod. par L.C. 1994, ch. 26, art. 56), 25, 26, 27, 28, 41, 46(1), 51, 52.
Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité, L.R.C. (1985), ch. C-23, art. 12, 13 (mod. par L.C. 1995, ch. 5, art. 25), 14, 15, 16 (mod., *idem*), 17 (mod., *idem*), 18, 19 (mod., *idem*), 20, 39(1).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général), [1995] 3 R.C.S. 199; (1995), 127 D.L.R. (4th) 1; 100 C.C.C. (3d) 449; 62 C.P.R. (3d) 417; 31 C.R.R. (2d) 189; 187 N.R. 1; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; (1986), 26 D.L.R. (4th) 200; 24 C.C.C. (3d) 321; 50 C.R. (3d) 1; 19 C.R.R. 308; 14 O.A.C. 335; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; (1994), 120 D.L.R. (4th) 12; 94 C.C.C. (3d) 289; 34 C.R. (4th) 269; 25 C.R.R. (2d) 1; 175 N.R. 1; 76 O.A.C. 81.

DISTINCTION FAITE AVEC:

R. c. Durette, [1994] 1 R.C.S. 469; (1994), 28 C.R. (4th) 1.

DOCTRINE

Accès et renseignements personnels: Les prochaines étapes. Ottawa: Ministère des Approvisionnements et Services Canada, 1987.

Australie. Parliamentary Joint Committee on the Australian Security Intelligence Organization. *ASIO and the Archives Act: The Effect on ASIO of the*

Operation of the Access Provisions of the Archives Act. April 1992.

Canada. House of Commons. Standing Committee on Justice and Legal Affairs. *Minutes of Proceedings and Evidence*, Issue No. 94 (8 June 1982).

Canada. House of Commons. Standing Committee on Justice and Solicitor General on the Review of the Access to Information Act and the Privacy Act. *Report: Open and Shut: Enhancing the Right to Know and the Right to Privacy*. Ottawa: Queen's Printer, 1987.

United States. Department of Justice. *Guide to the Freedom of Information Act*. U.S.G.P.O., 1995.

CONSTITUTIONAL QUESTION — In the context of an application for judicial review of a refusal of a request to CSIS for information under the *Privacy Act*, stage two (Charter, section 1 analysis) of the question of the constitutional validity of paragraph 51(2)(a) and subsection 51(3) of the *Privacy Act*, which were found, in a first stage (*Ruby v. Canada (Solicitor General)* (1994), 22 C.R.R. (2d) 324; 80 F.T.R. 81 (F.C.T.D.)), to infringe the right to freedom of the press guaranteed in paragraph 2(b) of the Charter. Challenge to the constitutional validity of the impugned provisions dismissed.

COUNSEL:

Jill Copeland for applicant.
Barbara A. McIsaac, Q.C. for respondent.

SOLICITORS:

Ruby & Edwardh, Toronto, for applicant.
McCarthy Tétrault, Ottawa, for respondent.

The following are the reasons for order rendered in English by

1 SIMPSON J.:

BACKGROUND

2 This matter was commenced by the delivery of a request for information dated March 22, 1988. The

Operation of the Access Provisions of the Archives Act. Avril 1992.

Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la Justice et des questions juridiques. *Procès-verbaux et témoignages*, fascicule n° 94 (le 8 juin 1982).

Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la Justice et du Solliciteur général sur l'examen de la Loi sur l'accès à l'information et la Loi sur la protection des renseignements personnels. *Rapport: Une question à deux volets: Comment améliorer le droit d'accès à l'information tout en renforçant les mesures de protection des renseignements personnels*. Ottawa: Imprimerie de la Reine, 1987.

United States. Department of Justice. *Guide to the Freedom of Information Act*. U.S.G.P.O., 1995.

QUESTION CONSTITUTIONNELLE — Dans le contexte du contrôle judiciaire du refus d'une demande faite au SCRS en vue d'obtenir des renseignements aux termes de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, deuxième volet (analyse selon l'article premier de la Charte) de la question de la validité constitutionnelle de l'alinéa 51(2)a) et du paragraphe 51(3) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, à l'égard desquels, dans une première affaire (*Ruby c. Canada (Solliciteur général)* (1994), 22 C.R.R. (2d) 324; 80 F.T.R. 81 (C.F. 1^{re} inst.)), il avait été conclu qu'ils contrevenaient au droit à la liberté de la presse garanti par l'alinéa 2b) de la Charte. La contestation de la validité constitutionnelle des dispositions visées est rejetée.

AVOCATS:

Jill Copeland pour le requérant.
Barbara A. McIsaac, c.r. pour l'intimé.

PROCUREURS:

Ruby & Edwardh, Toronto, pour le requérant.
McCarthy Tétrault, Ottawa, pour l'intimé.

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

LE JUGE SIMPSON:

1

CONTEXTE

La présente affaire a été engagée suite à une demande de renseignements datée du 22 mars 1988,

2

request was made by Clayton Ruby (the applicant) to the Canadian Security Intelligence Service (CSIS) under subsection 12(1) of the *Privacy Act*, R.S.C., 1985, c. P-21 (the Act). The applicant sought access to documents containing his personal information (the information) in Personal Information Bank SIS/P-PU-O10 (Bank 10). This bank is controlled by CSIS and is described in an affidavit sworn by Robert MacEwan on February 18, 1993 (the MacEwan affidavit). Mr. MacEwan made his affidavit as CSIS' Director General of Counter Terrorism. In the MacEwan affidavit, Bank 10 is described as the bank which contains sensitive and current operational information about individuals whose activities may, on reasonable grounds, be suspected of directly relating to espionage or sabotage that is against or is detrimental to the interests of Canada. Although the applicant's request related only to Bank 10, CSIS also processed it in respect of information in Personal Information Bank SIS/P-PU-015 (Bank 15). Bank 15 is described in the MacEwan affidavit as containing information which is similar to that found in Bank 10, but which is less current and less sensitive.

présentée par Clayton Ruby (le requérant) au Service canadien du renseignement de sécurité (SCRS), en application du paragraphe 12(1) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. (1985), ch. P-21 (la Loi). Le requérant voulait avoir accès aux renseignements personnels le concernant (les renseignements) figurant au fichier SIS/P-PU-O10 (fichier 10) dont le SCRS assure la surveillance et qui est décrit dans l'affidavit donné sous serment par Robert MacEwan le 18 février 1993 (affidavit MacEwan), en sa qualité de directeur général de l'antiterrorisme au SCRS. Comme le dit MacEwan dans son affidavit, le fichier 10 renferme des renseignements délicats et courants d'ordre opérationnel relatifs à des individus que l'on peut soupçonner, pour des motifs raisonnables, de se livrer à des activités directement liées à l'espionnage ou au sabotage et de nature hostile ou préjudiciable aux intérêts du Canada. Bien que la demande du requérant ne portât que sur le fichier 10, le SCRS y a donné suite en tenant compte également des informations conservées dans le fichier de renseignements personnels SIS/P-PU-015 (fichier 15), lequel, toujours selon l'affidavit MacEwan, contient des informations semblables à celles du fichier 10, mais moins courantes et délicates.

3 The applicant received information from Bank 15 both before and after the intervention of the Privacy Commissioner. However, CSIS has claimed exemptions under sections 19, 21, paragraphs 22(1)(a) and (b) of the Act for the balance of the information in Bank 15. It, therefore, continues to be withheld from the applicant. With regard to Bank 10, CSIS relies on subsection 16(2) of the Act and has refused to confirm or deny whether information exists. CSIS has also said that, if there is information in Bank 10, it will invoke exemptions under sections 19, 21, 22 and 26 of the Act.

3 Le requérant a obtenu des renseignements du fichier 15 avant aussi bien qu'après l'intervention du Commissaire à la protection de la vie privée. Mais, le SCRS a demandé, en vertu des articles 19, 21, et des alinéas 22(1)a) et b) de la Loi, d'être dispensé de communiquer le reste des informations reposant au fichier 15 que le requérant ne peut toujours pas obtenir. En ce qui concerne le fichier 10, le SCRS, se fondant sur le paragraphe 16(2) de la Loi, a refusé de confirmer ou de nier l'existence des renseignements en question. Il a également déclaré qu'au cas où ces renseignements existent au fichier 10, il invoquera les exceptions prévues aux articles 19, 21, 22 et 26 de la Loi.

4 The applicant in this case does not accept any of the exemptions claimed by CSIS and has applied for judicial review, pursuant to section 41 of the Act (the review). Because the exemptions claimed by CSIS include exemptions under sections 19 and 21

4 Le requérant n'accepte, en l'espèce, aucune des exceptions invoquées par le SCRS et a demandé un contrôle judiciaire conformément à l'article 41 de la Loi (le contrôle). Du fait que les exceptions dont se prévaut le SCRS en comprenant d'autres qui font

of the Act, the review must proceed in compliance with the provisions of section 51 of the Act (section 51).

5 The review has not yet begun because, by notice dated April 29, 1994 and filed pursuant to section 57 of the *Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 19], the applicant challenged the constitutionality of section 51. In particular, he challenged the provisions for *in camera* and *ex parte* hearings which are found in paragraph 51(2)(a) and subsection 51(3) (the impugned provisions).

6 In my decision dated June 6, 1994 [(1994), 22 C.R.R. (2d) 324], I concluded that the impugned provisions infringe the right to freedom of the press found in paragraph 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (the Charter) [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]]. I have now amended that decision on page 8 to clarify that it was only paragraph 51(2)(a) and subsection 51(3) which are the infringing provisions. Attached hereto as Schedule "A" and forming part of these reasons, is a copy of the amended reasons for that decision.*

*Editor's Note: For the June 6, 1994 decision, please refer to the digest of that decision in the Federal Court Reports at [1994] 3 F.C. D-31. The amended part, which referred to s. 51(1), is at page D-32. Schedule "A", containing the amended reasons, will not be published herein.

7 At the request of counsel for both parties, I left open for future argument the question of whether the impugned provisions could be saved under section 1 of the Charter (section 1). The respondent elected to pursue the section 1 issue. It was to have been argued in September 1995. However, due to the late filing of the applicant's material, argument was adjourned at the respondent's request. The matter was rescheduled and the section 1 argument was heard on March 6, 1996. Accordingly, this portion of my reasons deals with section 1 and with costs.

8 I should note that there is a second file, file T-867-90 which is also the subject of the review.

l'objet des articles 19 et 21 de la Loi, le contrôle doit se faire en conformité avec l'article 51 de la Loi (l'article 51).

5 Le contrôle n'a pas encore eu lieu du fait que, par avis daté du 29 avril 1994 et déposé conformément à l'article 57 de la *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7 [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 19], le requérant a contesté la constitutionnalité de l'article 51, en particulier en ce qui a trait aux auditions à huis clos et en l'absence d'une partie, dont il est question à l'alinéa 51(2)a) et au paragraphe 51(3) (les dispositions contestées).

6 J'ai conclu, dans ma décision du 6 juin 1994 [(1994), 22 C.R.R. (2d) 324], que les dispositions contestées portent atteinte au droit à la liberté de presse énoncé à l'alinéa 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* (la Charte) [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]]. J'ai maintenant modifié cette décision à la page 10 pour préciser que seuls étaient incriminés l'alinéa 51(2)a) et le paragraphe 51(3). Une copie du texte modificateur de l'ordonnance est jointe aux présents et en fait partie intégrante (voir l'annexe «A»)*.

*Note de l'arrêtiste: Pour la décision du 6 juin 1994, voir la fiche analytique de celle-ci publiée à [1994] 3 C.F. F-41. La partie modifiée, où on parlait à tort de l'art. 51(1) se trouve à la page F-42. L'annexe "A", qui contient les motifs modifiés, ne sera pas publié dans le présent Recueil.

7 À la demande des avocats des parties, j'ai remis, pour discussion ultérieure, la question de savoir si les dispositions contestées se justifiaient au regard de l'article premier de la Charte (article premier). L'intimé a choisi de poursuivre la question de l'article premier qui devait être plaidée en septembre 1995. En raison toutefois du dépôt tardif des documents du requérant, l'audition a été ajournée à la demande de l'intimé et elle a eu lieu le 6 mars 1996. Par conséquent, cette partie des motifs porte sur l'article premier et les dépens.

8 Je devrais signaler qu'un autre dossier portant le numéro T-867-90 fait également l'objet du contrôle.

However, the impugned provisions are not at issue in that file. Accordingly, these reasons do not apply to file T-867-90.

RELEVANT STATUTES

9 Section 51 of the Act reads as follows:

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

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

(a) be heard *in camera*; and

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

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

10 The Act contains a wide variety of exemptions which justify the non-disclosure of personal information. However, in general terms, section 51 only comes into play when the exemptions claimed deal either with material received in confidence from foreign governments or international organizations of states, or with material which could injure international affairs or harm national security. These exemptions are found in paragraphs 19(1)(a) and (b) and section 21 of the Act.

11 Paragraphs 19(1)(a) and (b) provide for mandatory exemptions and read as follows:

Cependant, les dispositions contestées ne sont pas en cause dans ce dossier-là et les présents motifs ne s'appliquent pas à ce cas.

INSTRUMENTS LÉGISLATIFS

L'article 51 de la Loi s'énonce ainsi:

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

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

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

La Loi renferme tout un éventail d'exceptions 10 justifiant la non-divulgence de renseignements personnels. De façon générale cependant, l'article 51 ne joue que lorsque les exceptions demandées portent soit sur des renseignements qui sont reçus à titre confidentiel de gouvernements étrangers ou d'organisations internationales d'États, soit qui porteraient éventuellement préjudice à la conduite des affaires internationales ou à la sécurité nationale. Ces exceptions se trouvent aux alinéas 19(1)a) et b) et à l'article 21 de la Loi.

Les alinéas 19(1)a) et b) prévoient des exceptions 11 obligatoires et s'énoncent ainsi:

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

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

(b) an international organization of states or an institution thereof; [My emphasis.]

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

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

b) des organisations internationales d'États ou de leurs organismes; [Non souligné dans le texte original.]

12 Section 21 provides discretion to exempt information in the following terms:

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

L'article 21 accorde un pouvoir discrétionnaire de non-divulgaration de renseignements dans les termes suivants:

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

13 I will hereinafter describe the information exempted by paragraphs 19(1)(a) and (b) and section 21 of the Act as the "sensitive information". Section 21 of the Act refers to section 15 of the *Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1 (the Access Act). For completeness, it is appended hereto as Schedule "B". It deals with information relating to matters such as military operations, defence equipment, the detection of subversive activities, international negotiations, diplomatic correspondence and communications, and intelligence gathering systems.

Je qualifierai, ci-après, de «renseignements délicats», les renseignements exemptés aux termes des alinéas 19(1)a) et b) et de l'article 21 de la Loi. L'article 21 fait référence à l'article 15 de la *Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), ch. A-1 (la Loi sur l'accès). Pour compléter le dossier, cette disposition est jointe aux présents (voir annexe «B»). Elle traite de renseignements relatifs à des questions comme les opérations militaires, l'équipement de défense, la détection des activités subversives, les négociations internationales, la correspondance et les communications diplomatiques ainsi que les systèmes de collecte de renseignements.

14 There are also exemptions in paragraphs 19(1)(c) and (d), and sections 22 to 28 of the Act [section 24 (am. by S.C. 1994, c. 26, s. 56)] which deal with information received in confidence from provincial and municipal governments and with information relating to police investigations, provincial law enforcement, threats to the security of Canada, security clearances and parole reports, if the disclosure

D'autres exceptions figurent aux alinéas 19(1)c) et d) et aux articles 22 à 28 de la Loi [article 24 (mod. par L.C. 1994, ch. 26, art. 56)]; elles traitent des renseignements obtenus à titre confidentiel de gouvernements provinciaux ou d'administrations municipales ou qui se rapportent à des enquêtes policières, à l'application d'une loi provinciale, à des menaces à la sécurité du Canada, à des enquêtes de sécurité

of such information could reasonably be expected to cause specified injuries. These sections also exempt information from disclosure, if disclosure could threaten the safety of others, reveal information about others or breach solicitor-client privilege. In the case of medical records, information is exempt if its release would be contrary to the best interests of an applicant. During hearings to consider the validity of claims for these exemptions, the mandatory provisions for *in camera* and *ex parte* provisions in section 51 do not apply. Rather, subsection 46(1) of the Act applies. It provides that a judge who considers exemptions (other than those in paragraphs 19(1)(a) and (b) and section 21) has discretion to hear submissions *in camera* or *ex parte*.

15 Subsection 46(1) reads:

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

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

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

THE PRACTICAL CONTEXT

16 Review proceedings under section 41 of the Act are commenced by a notice of application. I am advised that, typically, the application is supported by an affidavit which is filed on the public record. In this case, the MacEwan affidavit fulfils that role. In broad terms, it sets out the history of the appli-

ou à des rapports relatifs à la libération conditionnelle, lorsque la communication de tels renseignements est de nature à causer vraisemblablement des préjudices déterminés. Ces mêmes dispositions prévoient la non-communication de renseignements qui risquent de nuire à la sécurité d'autrui, de révéler des renseignements sur des tiers ou d'enfreindre le secret professionnel qui lie un avocat à son client. Quant aux dossiers médicaux, la communication de renseignements peut être refusée au cas où leur divulgation desservirait le requérant. Les dispositions obligatoires prévues à l'article 51 concernant la tenue d'audiences à huis clos ou en l'absence d'une partie, ne s'appliquent pas aux audiences portant sur le bien-fondé des plaintes relatives à ces exceptions; c'est le paragraphe 46(1) qui s'applique plutôt. Il dispose que le juge, saisi d'un recours contre des exceptions (autres que celles indiquées aux alinéas 19(1)a) et b) et à l'article 21), peut, à sa discrétion, tenir des audiences à huis clos ou en l'absence d'une partie.

Le paragraphe 46(1) s'énonce comme suit:

15

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

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

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

LE CONTEXTE PRATIQUE

La procédure de contrôle prévue à l'article 41 de la Loi est engagée par un avis de demande d'accès. On m'informe que, typiquement, la demande est appuyée par un affidavit qui est déposé au greffe. En l'espèce, l'affidavit MacEwan joue ce rôle. Il fait, en termes généraux, l'historique de la demande du

16

cant's request for access and the access provided. It describes the relevant information banks and their contents and discusses the justification for the collection of the information they contain. It then describes why the information, which has not yet been provided, is subject to exemptions and what types of injury could occur in the event of disclosure.

requérant visant l'accès à son dossier personnel et ce qu'il a réussi à obtenir à cet égard. Il décrit les fichiers de renseignements pertinents et leur contenu et s'emploie à justifier la collecte des données qu'ils renferment en expliquant pourquoi les informations qu'on n'a pas fournies au requérant sont inconsultables et quelle sorte de préjudice leur divulgation peut entraîner.

17 Throughout the MacEwan affidavit, reference is made to a secret affidavit (the secret affidavit). This is an affidavit which Mr. MacEwan has sworn and which counsel for the respondent proposes to tender on the basis that it must be accepted as an *ex parte* submission pursuant to subsection 51(3). Pending a resolution of the constitutional issue, the secret affidavit has not been submitted for filing. However, according to the MacEwan affidavit, the secret affidavit will annex all information in Bank 15 for which exemptions are sought and will correlate each item of information with the relevant exemption. As well, the secret affidavit will indicate whether, in fact, information about the applicant exists in Bank 10. If it exists, the information will be annexed and the relevant exemptions will be set out and justified.

Tout au long de l'affidavit MacEwan, mention est faite d'un affidavit secret (l'affidavit secret), que M. MacEwan a fait sous serment et que l'avocat de l'intimé envisage de produire en tablant sur le fait qu'il doit être accepté comme des observations faites en l'absence d'une partie, comme le prévoit le paragraphe 51(3) de la Loi. En attendant que soit tranchée la question constitutionnelle, l'affidavit secret n'a pas été déposé. Cependant, selon l'affidavit MacEwan, l'affidavit secret comprendra, en annexe, tous les renseignements du fichier 15 pour lesquels une exception est réclamée et chacun d'eux figurera en regard de l'exception correspondante. De même, l'affidavit secret indiquera si le fichier 10 renferme effectivement des renseignements sur le requérant et, dans l'affirmative, ceux-ci y seront annexés avec les exceptions pertinentes accompagnées de leur justification.

18 At the outset of a review to which section 51 does not apply, counsel for the respondent would presumably also file an affidavit on the public record which would set forth the history of the application. Counsel for the respondent would then discuss the general nature of the exemptions claimed and the information sought. At any time, the respondent's counsel could ask the reviewing judge to exercise his or her discretion to exclude the public, accept a secret affidavit or otherwise receive submissions *in camera* or *ex parte* pursuant to section 46 of the Act. The only difference when a review is governed by section 51 is that, because exemptions under paragraph 19(1)(a) or (b) or section 21 are among the exemptions claimed, a confidential affidavit must be accepted and *ex parte* evidence must be received. As well, the review must be held *in camera*.

Au début d'une procédure de contrôle à laquelle l'article 51 ne s'applique pas, l'avocat de l'intimé déposerait vraisemblablement au greffe un affidavit faisant l'historique de la demande. Il expliquerait ensuite en quoi consiste généralement les exceptions requises et les renseignements demandés. Il pourrait, à tout moment, demander au juge chargé du contrôle d'exercer son pouvoir discrétionnaire d'interdire la salle au public, d'accepter un affidavit secret ou, autrement, des observations à huis clos ou en l'absence d'une partie, conformément à l'article 46 de la Loi. La seule différence d'avec un contrôle régi par l'article 51 tient au fait que les exceptions prévues aux alinéas 19(1)a) et b) ou à l'article 21 font partie de celles qui sont réclamées et, partant, un affidavit confidentiel doit être accepté et des preuves doivent être reçues en l'absence d'une autre partie. De même, le contrôle doit avoir lieu à huis clos.

SECTION 1 OF THE CHARTER

19 I approach this analysis with the benefit of the Supreme Court of Canada's recent decision in *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199 (*RJR*). Based on *RJR*, I have concluded that the principles for a section 1 analysis described in the Supreme Court's decision in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103 (*Oakes*) are to be regarded as criteria or guidelines and not as rigid tests. As well, I note that I am to take a flexible and realistic approach which applies common sense and which allows both intuition and rational inferences a role in the application of the normal civil standard of proof. Finally, there must be a reasoned and demonstrated justification. With all this in mind, I turn to the *Oakes* factors as they bear on this case.

i) Pressing and Substantial Objective

20 The objective the impugned provisions are designed to achieve must be sufficiently pressing and substantial to warrant overriding the constitutionally protected right or freedom. The respondent's evidence, when viewed as a whole, indicates that the objective is to avoid the perception on the part of Canada's allies and information sources that an inadvertent disclosure of sensitive information might occur (the objective). This perception would jeopardize Canada's present level of access to information provided by foreign sources.

21 The respondent filed five affidavits for the section 1 argument in addition to the MacEwan affidavit. They were filed in respect of the operations of CSIS, the RCMP, the Department of National Defence and the Department of External Affairs (now Foreign Affairs). Only Mr. MacEwan was cross-examined on his affidavit. I will describe each of the additional affidavits in turn.

a) CSIS

22 The affidavit of Margaret Ann Purdy is dated October 31, 1994 (the Purdy affidavit). At that time,

L'ARTICLE PREMIER DE LA CHARTE

J'aborde l'analyse qui suit à la lumière de l'arrêt 19 que la Cour suprême du Canada vient récemment de rendre dans l'affaire *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199 (*RJR*). Me fondant là-dessus, j'ai conclu que les principes relatifs à une analyse dans le cadre de l'article premier, tels qu'énoncés dans l'arrêt de la Cour suprême *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103 (*Oakes*) doivent être considérés comme des critères ou des directives et non comme des impératifs. Je note, en outre, que je dois faire preuve de souplesse et de réalisme doublés de bon sens, de façon que l'intuition et le raisonnement déductif jouent un rôle dans l'application de la norme habituelle régissant la preuve civile. Finalement, une justification raisonnée et démontrée s'impose. Compte tenu de tout ce qui précède, j'en viens aux facteurs énoncés dans *Oakes*, dans la mesure où ils se rapportent au cas présent.

i) Objectif urgent et important

L'objectif que les dispositions contestées sont 20 censées atteindre doit être suffisamment urgent et important pour justifier qu'on passe outre à un droit ou à une liberté protégés par la constitution. Prise dans son ensemble, la preuve fournie par l'intimé montre que l'objectif en question consiste à éviter que les alliés du Canada et ses sources d'information ne recueillent l'impression qu'une divulgation de renseignements délicats puisse, par inadvertance, survenir (l'objectif); une telle impression compromettrait la position actuelle du Canada en matière d'accès aux sources de renseignement étrangères.

En plus de l'affidavit MacEwan, l'intimé a déposé 21 cinq autres affidavits concernant l'article premier. Ils portaient sur les opérations du SCRS, de la GRC, du ministère de la Défense nationale et de celui des Affaires extérieures (aujourd'hui les Affaires étrangères). Seul M. MacEwan a subi un contre-interrogatoire au sujet de son affidavit. Je vais décrire tour à tour chacun des affidavits additionnels.

a) Le SCRS

L'affidavit de Margaret Ann Purdy est daté du 31 22 octobre 1994 (l'affidavit Purdy). Elle venait d'être

she was the newly appointed Director General of the Counter Terrorism Branch. She had previously been Deputy Director General. She described her previous employment as follows:

2. From 1975 through 1980 and again from 1982 through 1988, I was a civilian member of the Royal Canadian Mounted Police ("RCMP") working at National Headquarters in the areas of protective policing and national security and criminal intelligence and investigations. From 1988 through 1990 I was a senior policy advisor in the office of the Inspector General of CSIS, Ministry of the Solicitor General. I became an employee of CSIS in April of 1992.

nommée au poste de directrice générale de l'antiterrorisme dont elle avait été précédemment la directrice générale adjointe. Elle décrit son emploi antérieur en ces termes:

[TRADUCTION] 2. De 1975 à 1980 et, par la suite, de 1982 à 1988, j'étais attachée à la direction générale de la Gendarmerie royale du Canada (GRC) à titre de membre civil œuvrant dans les domaines de la protection policière, de la sécurité nationale et des renseignements et enquêtes criminels. De 1988 à 1990, j'étais conseillère principale au bureau de l'inspecteur général du SCRS, ministère du Solliciteur général. Je suis devenue une employée du SCRS en avril 1992.

23 Ms. Purdy also deposed in paragraph 3 of her affidavit that "her experience with foreign governments and agencies has been in connection both with the exchange of information relating to criminal intelligence and intelligence relating to the security of Canada and international terrorism." In that context, she regularly dealt with the exchange of information between foreign governments and foreign police and security agencies on one hand and CSIS on the other hand.

Au troisième paragraphe de son affidavit, M^{me} Purdy dit également que [TRADUCTION] «ses rapports avec les gouvernements et les organismes étrangers portaient tant sur l'échange de renseignements d'ordre criminel que sur les renseignements touchant la sécurité du Canada et le terrorisme international». À ce titre, elle s'occupait habituellement de l'échange de renseignements d'une part entre les gouvernements et les corps policiers et les organismes de sécurité étrangers, et de l'autre, avec le SCRS. 23

24 The Purdy affidavit describes CSIS' mandate and makes it clear that CSIS is required to collect and retain information related to suspected threats to the security of Canada. These threats are defined in sections 12 through 20 of the *Canadian Security Intelligence Service Act*, R.S.C., 1985, c. C-23 (the CSIS Act) [sections 13, 16, 17 and 19 amended by S.C. 1995, c. 5, s. 25]. In fulfilling its mandate and, after specified approvals and consultations, CSIS, under paragraph 17(1)(b) of the CSIS Act, is entitled to enter into and has entered into cooperation agreements which include information sharing agreements with governments of foreign states and institutions, and international organizations of states.

L'affidavit Purdy décrit le mandat du SCRS en précisant que celui-ci a pour mission de recueillir et de conserver les renseignements sur les activités dont on soupçonne qu'elles constituent des menaces pour la sécurité du Canada. Ces menaces sont définies aux articles 12 à 20 de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*, L.R.C. (1985), ch. C-23 (la Loi sur le SCRS) [articles 13, 16, 17 et 19 modifiés par L.C. 1995, ch. 5, art. 25]. Dans l'exercice de son mandat et sous réserve des approbations et consultations prescrites, le SCRS peut, aux termes de l'alinéa 17(1)b) de la Loi sur le SCRC, conclure, comme il l'a déjà fait, des ententes de coopération prévoyant notamment l'échange de renseignements avec des gouvernements et des organismes étrangers ainsi qu'avec des organisations internationales d'États. 24

25 According to paragraph 14 of the Purdy affidavit, CSIS receives sensitive information which is "invariably provided in confidence and on the explicit or implicit understanding that neither the information nor its source will be disclosed without

Selon le paragraphe 14 de l'affidavit Purdy, le SCRS reçoit des renseignements délicats qui sont [TRADUCTION] «invariablement obtenus à titre confidentiel, étant explicitement ou implicitement entendu que ni ces renseignements ni leur origine ne seront 25

the prior consent of the entity which provided it". Ms. Purdy then indicates that this principle is widely recognized within the policing and security intelligence communities and is known as the "third party rule". CSIS provides and accepts information subject to this rule.

dévoilés sans le consentement préalable de l'entité qui les a fournis». M^{me} Purdy indique ensuite que ce principe, largement répandu parmi les corps de police et les organismes du renseignement de sécurité, porte le nom de [TRADUCTION] «règle de la tierce partie». Le SCRS se conforme à ce principe lorsqu'il communique ou reçoit des renseignements.

26 The Purdy affidavit further indicates that CSIS receives sensitive information, not just because of the third party rule which requires CSIS to treat the information as confidential, but also because there is confidence on the part of information providers that the Canadian government understands the need for confidentiality and has in place practices and procedures to safeguard information. Ms. Purdy is satisfied that Canada's information sources are aware of the safeguards in section 51. In conclusion on this topic, the Purdy affidavit indicates in paragraphs 18, 19, 23, 25, 26 and 29 that, in her opinion, if such entities were to lose faith in either the commitment or the ability of CSIS and the Government of Canada to protect such sensitive information, there would be a significant detrimental impact on the ability of CSIS to continue to collect such information and carry out its mandate.

L'affidavit Purdy dit encore que si le SCRS obtient des renseignements délicats, ce n'est pas uniquement à cause de la règle de la tierce partie qui exige de lui le respect de leur caractère confidentiel, mais aussi parce que les sources d'information sont confiantes que le gouvernement canadien comprend que la confidentialité de l'information est nécessaire et qu'il a mis en place des pratiques et des procédures pour la sauvegarder. M^{me} Purdy est persuadée que les sources d'information canadiennes sont au courant des mesures de protection garanties par l'article 51. Pour conclure sur ce sujet, l'affidavit Purdy indique aux paragraphes 18, 19, 23, 25, 26 et 29 que M^{me} Purdy est d'avis que si ces entités venaient à perdre confiance dans l'engagement ou la capacité du SCRS et du gouvernement canadien à protéger de tels renseignements délicats, l'aptitude du SCRS à recueillir à l'avenir pareilles informations et à remplir son mandat, serait gravement compromise. 26

27 Ms. Purdy believes that, if section 51 is no longer available as a mandatory safeguard against the inadvertent disclosure of sensitive information during the judicial review process, CSIS may be obliged to advise its allies and associates of the fact that its ability to protect their information has been diminished. In her view, it is reasonable to expect that our allies' reactions to a loss of the mandatory provisions of section 51 may vary. Some may discontinue the alliance or association. Others may continue their alliance, but with a reluctance to be candid. In her opinion, the absence of mandatory provisions would also tend to discourage the development of relationships with new allies and associates. Whatever the case, any reduction in the protection for sensitive information would impact in a negative fashion on the flow and quality of such information and it is necessary to help ensure the security and

M^{me} Purdy croit que si l'on ne peut plus se prévaloir, au cours d'une procédure de contrôle judiciaire, de l'article 51 en tant que mesure de sauvegarde obligatoire contre la divulgation accidentelle de renseignements délicats, le SCRS pourrait être mis dans l'obligation d'informer ses alliés et associés que son aptitude à protéger leurs renseignements a été amoindrie. Il est raisonnable, dit-elle, de s'attendre à des réactions variées de la part de nos alliés quant à la suppression des dispositions obligatoires de l'article 51. Certains d'entre eux mettront peut-être fin à leur alliance ou association avec nous; d'autres pourraient la maintenir tout en manifestant une certaine réticence à ne rien cacher. À son avis, l'absence de dispositions obligatoires tendrait également à décourager de nouveaux alliés et partenaires d'établir avec nous des relations. En tout état de cause, toute diminution de la protection relative aux 27

defence of Canada and states allied or associated with Canada.

renseignements délicats se refléterait négativement sur les courants et la qualité de ces informations, et il est nécessaire de contribuer à assurer la sécurité et la défense du Canada et de ses alliés et partenaires.

28 In Ms. Purdy's opinion, it is necessary to protect information which would tend to identify human sources or targets of investigations or otherwise compromise CSIS' ability to fulfil the mandate which Parliament has accorded it under the CSIS Act. She then makes the point that, when the ability of CSIS to collect sensitive information is lessened, its ability to engage in the detection, prevention or suppression of subversive or hostile activities is compromised, as is the safety of Canadians.

28 De l'avis de M^{me} Purdy, il faut protéger les renseignements de nature à identifier les individus qui en sont la source ou qui font l'objet d'enquêtes ou à compromettre l'aptitude du SCRS à remplir le mandat que le Parlement lui a confié par la Loi sur le SCRS. Elle souligne ensuite que si le SCRS n'est plus aussi apte qu'auparavant à recueillir des renseignements délicats, sa capacité à détecter, prévenir ou réprimer les activités hostiles ou subversives est compromise tout autant que la sécurité des Canadiens.

b) The RCMP

b) La GRC

29 François M. J. Hummel swore an affidavit dated November 4, 1994 (the Hummel affidavit). At that time, he was a superintendent in the RCMP and the officer in charge of the RCMP's International Law Enforcement Liaison Branch, Immigration and Foreign Services Directorate. He described his present duties and past responsibilities in the following terms in paragraphs 2 and 10 of his affidavit:

29 François M. J. Hummel a déposé un affidavit sous serment le 4 novembre 1994 (l'affidavit Hummel). Il occupait à ce moment-là les fonctions de surintendant à la GRC, chargé également de la sous-direction des liaisons internationales de police, Direction de l'immigration et des services à l'étranger. Il a décrit ses fonctions actuelles et passées aux paragraphes 2 et 10 de son affidavit dans les termes suivants:

2. I am responsible for managing the activities of the RCMP relating to the International Criminal Police Organization (ICPO) generally known as Interpol, Foreign Service projects, and the Canadian Police Information Centre (CPIC) and National Law Enforcement Telecommunications System (NLETS) interface (Automated Canada/USA Police Information Exchange system (ACUPIES)). I also monitor the overseas operations of our Liaison Officers who are posted to other countries.

[TRADUCTION] 2. Je suis chargé de la gestion des activités de la GRC liées à l'Organisation internationale de la police criminelle (OIPC), communément appelée Interpol, des projets concernant les services extérieurs, du Centre d'information de la police canadienne (CIPC) et de l'interface du National Law Enforcement Telecommunications System (NLETS) et du (Système automatisé d'échange d'informations policières entre le Canada et les États-Unis (ACUPIES)). Je surveille également les opérations outremer de nos agents de liaison en poste à l'étranger.

...

...

10. In past positions, I frequently dealt with and I continue to deal with representatives of foreign governments and foreign police and security agencies with respect to the exchange of information between such agencies and the RCMP. Such information relates to criminal intelligence and to international terrorism. During my posting in Berne, Switzerland, from 1980 to 1984, I also dealt with intelligence relating to the security of Canada.

10. Dans mes fonctions antérieures, j'ai fréquemment traité, et traite encore, avec des représentants de gouvernements étrangers ainsi que des corps de police et des organismes de sécurité étrangers en matière d'échanges d'informations entre ces organismes et la GRC. Les informations en question portent sur des activités criminelles et le terrorisme international. Durant mon affectation à Berne (Suisse) de 1980 à 1984, je me suis occupé des renseignements touchant la sécurité du Canada.

- 30 The Hummel affidavit describes the RCMP's broad mandate to deal with matters which include drug enforcement, economic and computer crime, customs and immigration issues, and counterfeiting. The RCMP is also the National Central Bureau for Canada in the International Criminal Police Organization, known as Interpol. As well, the RCMP is responsible for performing peace officer duties in respect of conduct which constitutes a threat to the security of Canada under the CSIS Act.
- L'affidavit Hummel décrit le large mandat dont jouit la GRC pour connaître des questions qui comprennent notamment la répression des drogues, les délits d'ordre économique et informatique, les questions relatives aux douanes et à l'immigration ainsi que la contrefaçon. La GRC est aussi le Bureau central national pour le Canada à l'Organisation internationale de la police criminelle, autrement appelée Interpol. Elle est également chargée de remplir les fonctions d'agent de la paix à l'égard des comportements qui constituent une menace pour la sécurité du pays aux termes de la Loi sur le SCRS.
- 31 The Hummel affidavit makes it clear that, in connection with most of its activities, the RCMP requires information and intelligence from abroad. To secure such information, the RCMP has entered into agreements with foreign police forces, agencies, governments and international organizations such as Interpol. These agreements operate on the basis that the information exchanged will be kept confidential.
- L'affidavit précise que, pour la plupart de ses activités, la GRC doit obtenir de l'information et des renseignements de l'extérieur. À cette fin, elle a conclu des ententes avec des corps de police, des organismes et des gouvernements étrangers ainsi que des organisations internationales comme Interpol. Ces ententes reposent sur le principe que les renseignements échangés resteront confidentiels.
- 32 Concerning the importance of section 51, Mr. Hummel testified as follows in paragraph 32 of his affidavit:
- Quant à l'importance de l'article 51, M. Hummel a témoigné comme il suit au paragraphe 32 de son affidavit:
- Should section 51 of the Privacy Act become unavailable as a secure method for the review by a court of confidential information received from foreign police agencies, prior to its possible disclosure, the RCMP would be in a position where it would be obliged to inform those foreign agencies from which it receives police and security information that its capacity to protect the confidentiality of such information has been reduced. As noted above, this could cause a halt to the receipt of information or a reduction in the receipt of useful information.
- [TRADUCTION] À défaut de pouvoir invoquer l'article 51 de la Loi sur la protection des renseignements personnels, en tant que méthode assurée de révision judiciaire d'informations obtenues à titre confidentiel de la part d'organismes policiers étrangers, préalablement à une divulgation possible de ces informations, la GRC se trouverait dans la situation de devoir informer ces organismes étrangers dont elle reçoit des renseignements policiers ou liés à la sécurité, que son aptitude à protéger le caractère confidentiel de tels renseignements a été réduite. Comme on l'a dit plus haut, cela peut interrompre le flot d'informations ou réduire la communication d'informations utiles.
- c) The Department of National Defence
- c) Le ministère de la Défense nationale
- 33 The affidavit of Brigadier General Barry Wayne Ashton (Ashton) was sworn on November 7, 1994 (the Ashton affidavit). At the time he made his affidavit, Ashton was the Director General Military Plans and Operations/Chief of Staff J3 at Canadian Forces National Defence Headquarters of the Department of National Defence. Among other matters, Ashton was responsible for the direction
- L'affidavit du brigadier général Barry Wayne Ashton (Ashton) a été fait sous serment le 7 novembre 1994 (l'affidavit Ashton). À ce moment-là, Ashton était le directeur général, plans et opérations militaires/chef d'État major J3 au quartier général des forces armées canadiennes au ministère de la Défense nationale. Entre autres fonctions, Ashton exerçait la direction et le contrôle des opérations

and control of the military operations of the Canadian Forces (CF). Those operations included the planning and the actual deployment of our forces on Canadian domestic and international operations. As well, Ashton was responsible for the deployment of the CF to assist the RCMP. This assistance is usually given in counter-drug operations involving the illegal importation of drugs by air or sea.

militaires des Forces canadiennes (FC), ce qui comprenait notamment la planification et le déploiement effectif de nos forces dans le cadre d'opérations canadiennes aussi bien au Canada qu'à l'étranger. Ashton était également chargé du déploiement des Forces canadiennes pour venir en aide à la GRC. Cette assistance est habituellement fournie pour les opérations de lutte contre les stupéfiants mettant en cause l'importation illégale de ces substances par voie aérienne ou maritime.

34 Ashton's work involved the exchange of information between co-operating armed forces and his evidence was that some material as it related to technology, strategy, tactics and operations was sensitive and that its disclosure could have endangered the lives of armed services personnel. He further testified that information was exchanged in confidence on the basis that it would only be disclosed to those with a need to know. His conclusion on the importance of section 51 is found in paragraphs 15 and 16 of his affidavit. They read as follows:

L'échange d'informations entre des forces armées 34
coopérantes faisait partie des fonctions d'Ashton, lequel a affirmé que certains renseignements portant sur la technologie, la stratégie, la tactique et les opérations étaient de nature délicate et que leur divulgation aurait pu mettre en danger la vie du personnel des services armés. Il a également déposé que l'échange de renseignements se faisait à titre confidentiel, étant entendu que ceux-ci ne seraient communiqués qu'à ceux qui avaient besoin d'en prendre connaissance. Sa conclusion au sujet de l'importance de l'article 51 fait l'objet, dans son affidavit, des paragraphes 15 et 16 que voici:

15. The legal review of a decision not to release certain "in confidence" information obtained from foreign military sources, as provided in the *Access to Information Act* and the *Privacy Act*, should, in my view, absolutely limit the number of persons with access to the detailed information being sought. A legal review process which might increase the number of persons having access to the information and which could result in public disclosure of the information would almost certainly restrict, if not completely eliminate, the possibility of Canada receiving such information from like-minded nations in the future.

[TRADUCTION] 15. Le contrôle judiciaire du refus de divulguer certains renseignements communiqués «à titre confidentiel» par des sources militaires étrangères tel que prévu dans la *Loi sur l'accès à l'information* et la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, devrait, à mon avis, limiter absolument le nombre des personnes qui ont accès aux informations détaillées que l'on cherche à obtenir. Une procédure de contrôle en justice qui donnerait à un plus grand nombre d'individus le droit d'accès à ces renseignements et qui pourrait entraîner leur divulgation dans le public, aurait pour conséquence quasi certaine de restreindre, sinon d'écarter complètement, la possibilité que le Canada obtienne à l'avenir ces renseignements de pays qui partagent sa même ligne de pensée.

16. The CF would be very severely constrained in its ability to meet Canada's alliance commitments and to conduct operations and exercises with alliance partners or other military forces if information and intelligence is not readily available to the CF. Additionally, Canadian missions and personnel would be jeopardized if timely, detailed intelligence were not available from allied sources about the risks present in locations where CF personnel are deployed or may be deployed.

16. La capacité des Forces armées du Canada à remplir nos engagements envers nos alliés et à procéder à des opérations et à des manœuvres avec nos partenaires de l'alliance ou d'autres forces armées, serait gravement limitée si les Forces canadiennes n'avaient pas facilement accès à ces informations ou renseignements. En outre, les missions canadiennes et leur personnel seraient compromis s'ils ne pouvaient obtenir à temps des renseignements détaillés de sources alliées concernant les risques que courent les membres des Forces canadiennes là où elles sont ou peuvent être déployées.

d) Department of Foreign Affairs

35 i) Alan Franklin Bowker's affidavit was sworn on November 9, 1994 (the Bowker affidavit). He stated that he had served the Department of Foreign Affairs (DFA) for 21 years as a rotational foreign service officer and had developed a detailed knowledge of the workings and policy imperatives of virtually all sectors of the DFA. He was, at the time his affidavit was sworn, the coordinator, Access to Information and Privacy Protection.

36 The Bowker affidavit stressed the importance to the DFA of a steady flow of accurate current information on political, military, economic and commercial developments. It noted that information received from foreign governments and international organizations, whether conveyed formally or informally, was critical to the effective conduct of Canada's external relations. He further noted that international convention and practice dictates that such information is received in confidence unless there is express agreement to the contrary.

37 In Mr. Bowker's view, any impairment of Canada's ability to protect information obtained in confidence from foreign governments would affect their willingness to share sensitive information with us. He said that our ability to protect information received in confidence must be unqualified and be seen to be so. He opined that a procedural regime which could result in the inadvertent disclosure of sensitive information and/or its source would cause severe damage to foreign states' confidence in Canada's ability to protect confidential information.

38 The Bowker affidavit continued by observing in the following terms that Canada is a net importer of information:

14. Canada is not a great power. It does not have the information gathering and assessment capabilities of, for

d) Le ministère des Affaires étrangères

i) Dans l'affidavit donné sous serment le 9 novembre 1994 (l'affidavit Bowker), Alan Franklin Bowker a déclaré qu'il avait été au service du ministère des Affaires étrangères (MAE) pendant 21 ans en tant qu'agent du service extérieur et qu'il connaissait en détail les rouages et les impératifs politiques de presque tous les secteurs du MAE. Au moment où il a déposé son affidavit sous serment, il était le coordonnateur en matière d'accès à l'information et à la protection des renseignements personnels.

M. Bowker a souligné dans son affidavit combien il importait que le MAE dispose d'un courant continu de renseignements sur les événements d'ordre politique, militaire, économique et commercial. Il a fait observer que l'information obtenue, à titre officiel ou officieux, de gouvernements étrangers et d'organisations internationales revêtait une importance critique pour la conduite efficace des relations extérieures du Canada. De plus, a-t-il noté, la pratique et l'usage internationaux prescrivent que de tels renseignements soient obtenus sous le sceau de la confidentialité, à moins d'une entente expresse prévoyant le contraire.

De l'avis de M. Bowker, toute atteinte à l'aptitude du Canada à protéger les renseignements confidentiels obtenus de gouvernements étrangers, se reflétera sur la bonne volonté de ceux-ci à échanger avec nous des renseignements de nature délicate. Il a soutenu que notre capacité de protéger l'information confidentielle que nous recevons ne doit souffrir aucune réserve et être perçue comme telle. Il a opiné en disant qu'un système procédural susceptible de mener à la divulgation involontaire de renseignements délicats ou de leur source ou des deux à la fois, ébranlerait considérablement la confiance des pays étrangers quant à la capacité du Canada à protéger de tels renseignements.

M. Bowker a poursuivi en observant, dans les termes suivants, que le Canada est un importateur net d'information:

[TRADUCTION] 14. Le Canada n'est pas une grande puissance. Il n'a pas la même capacité de recueillir et d'éva-

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

15. Other governments that provide Canada with information, including personal information, are aware that Canada has privacy and access to information legislation. The Canadian government can draw their attention to Sections 19 and 21 of the *Privacy Act* to assure them that personal information given in confidence by a foreign government and information the disclosure of which would be injurious to the conduct of international relations can be protected under that Act. These governments are aware that any refusal by the Government of Canada of a request for disclosure of personal information can be challenged in the Canadian courts. They are also aware that because the Canadian court system is essentially an open system, there is a potential danger that such information might be disclosed inadvertently or as necessarily incidental to the determining of issues in a hearing. The mandatory *in camera* nature of the hearing and the right to make *ex parte* representations provisions in section 51 of the *Privacy Act* ensure that such disclosures cannot be made and can be cited by the Government of Canada to assure the governments of foreign states that there will be no inadvertent disclosure of sensitive information. Without these extra procedural protections the substantive protections in sections 19 and 21 are greatly diminished in value. The confidence of foreign states would be diminished because, while the Government of Canada could give assurances that a request for such information could and would be refused under Canadian law, it could not give assurances that it would necessarily be protected from inadvertent disclosure during a hearing.

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

15. D'autres gouvernements qui fournissent au Canada de l'information, y compris des données personnelles, savent que le Canada s'est doté de lois sur la protection des renseignements personnels et l'accès à l'information. Le gouvernement canadien peut appeler leur attention sur les articles 19 et 21 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* pour leur assurer que les renseignements obtenus d'un gouvernement à titre confidentiel, ainsi que l'information dont la communication serait préjudiciable à la conduite des relations internationales, peuvent être protégés par cette Loi. Ces gouvernements sont au courant que tout refus par le gouvernement du Canada de donner suite à une demande de communication de renseignements personnels peut être contesté devant la justice canadienne. Ils n'ignorent pas non plus que le système judiciaire canadien étant essentiellement public, le risque est là qu'une telle information puisse être divulguée involontairement ou parce qu'elle est incidemment nécessaire pour trancher des questions en litige. Les dispositions de l'article 51 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* prévoyant la tenue obligatoire d'auditions à huis clos ainsi que le droit de présenter des observations en l'absence d'une partie, garantissent que pareille divulgation ne surviendra pas et le gouvernement canadien peut s'en prévaloir pour assurer les États étrangers qu'aucune information délicate ne sera divulguée par inadvertance. À défaut de ces sauvegardes supplémentaires d'ordre procédural, les protections substantives objet des articles 19 et 21 de la Loi perdraient largement de leur valeur. La confiance des gouvernements étrangers ne serait plus la même, car si le Canada peut donner l'assurance qu'une demande visant à obtenir ce genre d'information pourrait être et serait rejetée en vertu de la loi canadienne, il ne pourrait garantir que l'information serait nécessairement protégée contre une divulgation involontaire survenant au cours d'une audition.

39 ii) Professor John M. Fraser, a former member of the Canadian Foreign Service, swore his affidavit on November 16, 1994 (the Fraser affidavit). Professor Fraser was, at that time, an adjunct professor and sessional lecturer at Carleton University in Ottawa. However, from 1987 to 1992, Professor Fraser was the director general, Foreign Intelligence Bureau of the Department of External Affairs. In earlier years,

39 ii) Le professeur John M. Fraser, ancien agent du service extérieur canadien, a déposé un affidavit sous serment le 16 novembre 1994 (l'affidavit Fraser). Il était à ce moment-là professeur adjoint et conférencier de session à l'université Carleton à Ottawa. De 1987 à 1992, cependant, le professeur Fraser occupait le poste de directeur général à la Direction du renseignement extérieur au ministère

he served as Ambassador to Yugoslavia with concurrent accreditation to Bulgaria and as Ambassador to Poland with concurrent accreditation to the German Democratic Republic. During this period, Poland underwent significant changes with the foundation of the Solidarity Trade Union, the imposition of martial law and its eventual removal. Prior to 1980, Mr. Fraser's postings involved dealings with countries which are placed geographically from Lybia to Iran. It was a turbulent period which he described as follows:

7. . . . Developments during my period in this capacity included President Sadat's visit to Jerusalem and the subsequent Camp David Agreements, the fall of the Shah of Iran and the coming to power of the Ayatollah Khomeini and the seizing of the American Embassy in Teheran. I was involved in dealing with issues related to Canada's vote on innumerable resolutions on the Middle East in the United Nations General Assembly and the development (in cooperation with the Department of Industry, Trade and Commerce) of government policy on the Arab boycott of Israel, and measures to discourage or prevent Canadian firms from accepting that boycott.

Before this period, Mr. Fraser opened the Canadian embassy in the People's Republic of China as *chargé d'affaires*.

40 Exhibit "A" to the Fraser affidavit is Professor Fraser's report (the Fraser Report) which is based on his extensive experience, and which deals with the collection and sharing of diplomatic and intelligence information in the international community. The Fraser Report makes the following points:

4. A. Despite a trend towards less secrecy and a very large body of published work on the subjects of diplomacy, intelligence, and security, confidentiality remains a fundamental and necessary characteristic of all three.

B. Protection of sources and methods is a core requirement for security and intelligence agencies in all countries. Protection of sources is also of very great importance in diplomatic reporting.

des Affaires extérieures. Auparavant, il était ambassadeur en Yougoslavie accrédité simultanément auprès de la Bulgarie, et ambassadeur en Pologne accrédité auprès de la République démocratique allemande. C'est durant cette période que des changements importants sont survenus en Pologne avec la fondation du Syndicat solidarité, l'imposition de la loi martiale et son retrait subséquent. Dans ses affectations antérieures à 1980, M. Fraser a eu affaire avec des pays s'étalant géographiquement de la Lybie à l'Iran. C'était une période agitée qu'il a décrite en ces termes:

[TRADUCTION] 7. . . . Les événements qui se sont succédés durant mon affectation à ce titre comprenaient notamment la visite du président Sadat à Jérusalem et les accords subséquents de Camp David, la chute du Shah d'Iran, l'arrivée au pouvoir de l'Ayatollah Khomeini et l'occupation de l'ambassade américaine à Téhéran. Je me suis occupé de questions concernant le vote du Canada sur d'innombrables résolutions touchant le Moyen-Orient à l'assemblée générale des Nations Unies, l'élaboration (de concert avec le ministère de l'Industrie et du Commerce) de la politique gouvernementale relative au boycottage arabe d'Israël ainsi que des mesures visant à décourager ou empêcher les sociétés canadiennes de respecter ce boycottage.

Antérieurement, M. Fraser a procédé, à titre de chargé d'affaires, à l'installation de l'ambassade canadienne en République populaire de Chine.

L'annexe «A» de l'affidavit Fraser n'est autre que le rapport du professeur Fraser (le rapport Fraser) qui s'appuie sur la grande expérience de son auteur et traite de la collecte et de l'échange d'informations diplomatiques et de renseignements dans la communauté internationale. Ce rapport souligne les points suivants:

[TRADUCTION] 4. A. En dépit d'une tendance vers une plus grande ouverture et de la publication d'un nombre considérable d'ouvrages sur la diplomatie, le renseignement et la sécurité, la confidentialité est toujours une caractéristique fondamentale et nécessaire à ces trois champs d'activité.

B. La protection des sources et des méthodes est au cœur même des exigences propres aux organismes chargés de la sécurité et du renseignement dans tous les pays. La protection des sources revêt également une très grande importance dans les comptes rendus diplomatiques.

C. Guaranteed protection for information received in confidence from other governments is a pre-requisite for their continued willingness to supply such information.

D. The exchange of information and assessments with our major allies and other friendly countries is of very great importance to Canada's security and intelligence and foreign policy interests. In both areas Canada receives a good deal more than we contribute.

E. The existence and operations of our Access to Information and Privacy Acts have given rise to concern on the part of some of our intelligence allies about our ability to ensure the protection of information they give us in confidence. Any perception of a weakening in our ability to ensure such protection could create some degree of hesitancy in giving us sensitive information, and would probably result in a down-grading of the quantity and/or quality of the information they were willing to share.

...

18. A failure to protect any kind of information received in confidence, or the weakening of legal or structural protection against disclosure, would result in a reduced willingness to share information with Canada. This is not to say that the cutting off of information would be total or immediate. Unless the breach had been egregious, concerns about our ability to protect information would probably be reflected by a drying up of intelligence material made available to Canada about which we might not even be informed. It would be hard to verify; you don't know what you are not getting.

19. With intelligence as with diplomatic confidences, reactions to disclosure or the possibility that sensitive information given to us in confidence might be disclosed would only be related in a limited degree to the content of that information. A perception that we were a less reliable confidant that [*sic*] we are at present would be enough to cause senior officials in other countries to be wary about talking frankly to Canadian diplomats and foreign intelligence agencies to screen the information they passed to us in light of the potential danger of compromise.

...

23. Other countries share information and intelligence with us because they consider it in their interests to do so. In almost any circumstances they would still consider it in their interest to share some information with us, but their calculations of risk and benefit might well be different in many cases if they considered us potentially unreliable in

C. La protection assurée des informations obtenues à titre confidentiel de la part d'autres gouvernements est une condition préalable pour que ceux-ci continuent, de bon gré, à fournir de telles informations.

D. L'échange d'informations et d'évaluations avec nos principaux alliés et autres pays amis est d'un très grand intérêt pour la sécurité et le renseignement ainsi que la politique étrangère du Canada. Dans l'un et l'autre domaine, le Canada reçoit beaucoup plus qu'il ne contribue.

E. L'existence et l'application de nos lois sur l'accès à l'information et la protection des renseignements personnels ont suscité de l'inquiétude chez certains de nos alliés avec qui nous échangeons des renseignements quant à notre aptitude à assurer la protection de l'information qu'ils nous fournissent à titre confidentiel. Toute perception de faiblesse à cet égard pourrait entraîner une certaine hésitation de leur part à nous fournir des renseignements délicats et se traduirait probablement par une réduction du nombre, de la qualité ou des deux à la fois, de l'information qu'ils étaient disposés à partager.

...

18. Un manque de protection à l'égard de tout genre d'information obtenue à titre confidentiel, ou l'affaiblissement de la protection légale ou structurelle contre la divulgation, minerait la volonté de nos partenaires à partager des renseignements avec le Canada, ce qui ne veut pas dire qu'un arrêt total et immédiat des échanges s'ensuivra. À moins que le manquement n'ait été extrêmement sérieux, les inquiétudes quant à notre capacité de protéger l'information se traduirait probablement par le tarissement des renseignements auxquels le Canada a accès et ce, à notre insu peut-être. Il serait difficile de vérifier cela car on ne connaît pas ce que l'on n'obtient pas.

19. En matière de renseignement et d'échanges diplomatiques confidentiels, les réactions à la divulgation ou à la possibilité que des renseignements de nature délicate qui nous sont communiqués à titre confidentiel puissent être révélés, n'ont pas grand-chose à voir avec le contenu de ces renseignements. La perception que nous ayons été un confident moins fiable qu'à l'heure actuelle suffirait pour que les hauts responsables d'autres pays hésitent à parler franchement aux diplomates canadiens et que les organismes de renseignements étrangers passent au crible les renseignements qu'ils nous communiquent de peur d'être éventuellement compromis.

...

23. D'autres pays échangent avec nous des informations et des renseignements parce qu'ils estiment qu'ils ont intérêt à le faire. Dans presque tous les cas, ils jugeraient utile de partager avec nous un certain nombre de renseignements, mais leur évaluation des risques et des avantages pourrait bien différer souvent, s'ils estiment que nous ne sommes

terms of our ability to guarantee the protection of information they give us in confidence.

...

26. Our intelligence allies are well aware of our Access to Information and Privacy Acts, and are, to some degree, reassured by the provisions for exempting information received in confidence from foreign governments or the release of which might damage Canada's foreign relations. The fact that *ex parte* and *in camera* hearings are mandatory in cases such as that at issue serves as further reassurance, particularly against the danger of inadvertent disclosure. They are not, however, totally reassured. Some of them have expressed concern at the possibility for disclosures; many have resorted to various devices, such as labelling documents they pass to us as "PROPERTY OF THE _____ GOVERNMENT" to reduce this danger even further.

27. We can be sure that any lessening of our ability to guarantee the protection of information they give us in confidence will not pass unnoticed. To substitute for mandatory *ex parte* and *in camera* hearings their dependence on the discretion of the Court on a case-by-case basis would certainly be seen as a significant, albeit, in most cases, small dilution of our ability to ensure such protection. While everybody realizes that leaks, indiscretions and other breaches of security can take place despite the most comprehensive measures to prevent them (and there is probably no country in which they have never taken place), this does not lessen the importance our allies and intelligence partners place on having as many barriers as possible to protect the inadvertent or wilful disclosure of sensitive information. Section 51 of the Privacy Act and analogous sections of other relevant legislation are an important class of such barriers.

41 Following a review of the affidavits, I was directed to the *Minutes of Proceedings and Evidence* of the Standing Committee on Justice and Legal Affairs for June 8, 1982.¹ At that time, Clause 53 of the proposed *Privacy Act* (now section 51 of the Act) was being considered and the Honourable Francis Fox, then Minister of Communications, made the following statement:

... Mr. Chairman, this is an amendment that deals with requests for access to documents which relate to interna-

potentiellement pas fiables eu égard à notre aptitude à assurer la protection des renseignements qu'ils nous communiquent à titre confidentiel.

...

26. Les alliés avec qui nous échangeons des renseignements sont bien au courant de nos lois sur l'accès à l'information et sur la protection des renseignements personnels et ils sont rassurés, jusqu'à un certain point, par les dispositions qui exceptent les informations obtenues de gouvernements étrangers à titre confidentiel, ou dont la divulgation pourrait porter préjudice aux relations étrangères du Canada. Le fait que des audiences à huis clos et en l'absence d'une partie soient obligatoires dans des cas semblables à celui-ci contribue à les rassurer encore plus, surtout en ce qui concerne le danger de divulgation accidentelle. Ils ne sont pas entièrement rassurés cependant. Certains d'entre eux ont dit leur inquiétude quant à la possibilité de divulgation; d'autres ont eu recours à divers moyens, en apposant, par exemple, sur les documents qu'ils nous transmettent la mention «PROPRIÉTÉ DU GOUVERNEMENT _____», afin de réduire encore plus le risque.

27. Il est certain que toute atteinte à notre capacité d'assurer la protection des informations qu'ils nous communiquent à titre confidentiel ne passera pas inaperçue. Si les audiences à huis clos et en l'absence d'une partie perdent leur caractère obligatoire pour ne dépendre que de la discrétion du tribunal au cas par cas, nos alliés verraient là certainement un affaiblissement appréciable, quoique léger dans la plupart des cas, de notre aptitude à assurer cette protection. Bien que chacun admette que des fuites, des indiscretions et d'autres brèches à la sécurité puissent survenir, quelle que soit la portée des mesures visant à les empêcher (et aucun pays n'en a été probablement exempt), cela n'atténue pas l'importance que nos alliés et nos partenaires attachent à la mise en place d'autant d'obstacles que possible pour protéger les renseignements délicats contre toute divulgation accidentelle ou délibérée. L'article 51 de la Loi sur la protection des renseignements personnels et d'autres dispositions législatives analogues forment une catégorie importante d'obstacles à cet égard.

Après étude des affidavits, on a appelé mon attention sur les *Procès-verbaux et témoignages* du Comité permanent de la Justice et des questions juridiques du 8 juin 1982¹. À ce moment-là, l'article 53 du projet de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* (aujourd'hui, l'article 51 de la Loi) faisait l'objet d'étude et l'honorable Francis Fox, alors ministre des Communications, a déclaré ce qui suit:

... Monsieur le président, voici une modification relative aux demandes et à l'accès aux documents qui ont trait

tional affairs and defence. We are talking about some of the documents that are the most sensitive to the interests of Canada.

The proposals you have before you would see to it that review of denials, if there were a denial based on these provisions, would be made according to a number of special rules set out in the motion which would prevent any of these documents that have been denied from becoming public accidentally. If the judge, of course, comes to the conclusion that there are no reasonable grounds on the part of the minister, then they would be made public.

Until that decision is made, these amendments would ensure that the hearing would be held in camera, that the hearing would be in front of the Associate Chief Justice of the Federal Court or his designate, that it would be done in the National Capital area, if requested by the refusing institution, so that we do not have to send documents of a particularly sensitive nature to all parts of the country—and to ensure that the court would allow representations to be made *ex parte* where the head of the government institution so requests, which basically means that during the in camera hearing, the head of the government institution would be allowed to make representations to the designated judge on why he has reasonable grounds to believe disclosing documents would result in injury to the country. [My emphasis.]

42 Based on all of the evidence just described, I have no difficulty concluding that the impugned provisions are directed to a significant objective of pressing and substantial importance.

ii) Proportionality

(a) Rational Connection

43 I have also concluded that there is a rational connection between the impugned provisions and the objective. There is no question in my mind that to have *in camera* proceedings with *ex parte* representations reduces the risk of an inadvertent disclosure of sensitive information. I should note for clarity that, in my view, in this context, an *in camera* proceeding is one in which those present are forever precluded from discussing the proceedings with anyone who was not in the courtroom.

(b) Minimal Impairment

44 In considering this topic, I have focussed on the question whether, from a practical perspective, there

aux Affaires extérieures et à la Défense. Il est question ici de certains des documents qui sont le plus délicats et touchent de près l'intérêt national du Canada.

Les propositions que vous avez sous les yeux garantiraient que toute révision de refus, si un tel refus se fondait sur ces propositions, seraient faites selon une série de règles spéciales établies par la motion, et qui empêcheraient que l'un quelconque de ces documents dont l'accès avait été refusé devienne public accidentellement. Si le juge, bien sûr, conclut qu'il n'y a pas de motifs raisonnables de refus de la part du ministre, les documents seraient alors rendus publics.

En attendant cette décision, ces modifications serviraient à garantir que l'audience soit tenue à huis clos, que l'audience ait lieu en présence du juge en chef associé de la Cour fédérale ou de son remplaçant désigné. Et que la chose soit entendue dans la région de la Capitale nationale, si l'établissement qui refuse le demande. Grâce à ces garanties, nous n'aurions pas à envoyer des documents de portée particulièrement délicate dans tous les coins du pays. Elles visent aussi à assurer que le tribunal permette que des représentations soient faites *ex parte*, là où le chef du service gouvernemental le demande, ce qui veut dire au fond qu'au cours de l'audience à huis clos, le chef du service gouvernemental pourrait faire des représentations au juge désigné faisant état de ces motifs raisonnables de croire que la divulgation des documents irait à l'encontre de l'intérêt du pays. [Non souligné dans le texte original.]

42 Considérant l'ensemble des preuves qu'on vient de décrire, je n'ai aucune difficulté à conclure que les dispositions contestées visent un objectif appréciable de nature importante et urgente.

ii) Proportionnalité

a) Lien rationnel

43 J'ai également conclu à l'existence d'un lien rationnel entre les dispositions contestées et l'objectif. Je n'ai aucun doute que la procédure à huis clos et les arguments présentés en l'absence d'une partie atténuent le risque de divulgation accidentelle d'une information délicate. Je devrais noter, pour mettre les choses au clair, qu'à mon avis et dans le présent contexte, les participants à la procédure à huis clos ne doivent jamais en discuter avec quiconque n'y assistait pas.

b) Dérogation minimale

44 En abordant ce sujet, j'ai centré mon attention sur la question de savoir s'il y avait pratiquement un

is a means to achieve the objective which would intrude to a lesser extent on the applicant's rights under paragraph 2(b) of the Charter. Those rights are not personal to or specific to the applicant. For example, this case does not deal with the extent of disclosure to which Mr. Ruby ought to be entitled as a party seeking access to his information under the Act. The applicant, for the purposes of this discussion, stands in the shoes of members of the press who, in turn, are understood to function as surrogates for members of general public.

45 Counsel for the respondent suggests that section 51 embodies the principle of minimal impairment because it only applies when exemptions under paragraphs 19(1)(a) and (b) and section 21 are actually being considered. She submits that the entire proceeding need not be *in camera* and that *ex parte* representations need only be received as a mandatory matter, on the paragraphs 19(1)(a) and (b) and section 21 exemptions. I agree only with the second part of this submission. In my view, if the paragraphs 19(1)(a) and (b) and section 21 exemptions are among those at issue and presuming, as I have been told is the case, that a secret affidavit is accepted for filing at the outset, the entire review must be *in camera* to effectively prevent inadvertent disclosure. However, it is clear to me that the receipt of *ex parte* representations is only mandatory to the extent that those representations deal with paragraphs 19(1)(a) and (b) and section 21 exemptions for sensitive information.

46 The respondent's counsel also argues that, given the contents of the MacEwan affidavit, which is on the public record, the public's need to understand the case is satisfied and the rationale behind the various exemptions is made known. She stresses that the secret affidavit is limited in that it deals only with the sensitive information and its connection to the exemptions. She also notes that a judge who thinks that a public affidavit is deficient may order the disclosure of more information on the public

moyen d'atteindre l'objectif consistant à empiéter, dans une moindre mesure, sur les droits du requérant énoncés à l'alinéa 2b) de la Charte, lesquels ne lui sont ni personnels ni particuliers. Ainsi, on ne cherche pas ici à savoir dans quelle mesure M. Ruby devrait avoir le droit de prendre connaissance de ses propres renseignements personnels qu'il essaie d'obtenir en vertu de la Loi. Le requérant se trouve, aux fins de la présente discussion, dans la même situation que les représentants de la presse qui, à leur tour, se substituent censément aux membres du public.

45 Selon l'avocate de l'intimé, l'article 51 concrétise le principe de la dérogation minimale, du fait qu'il s'applique uniquement lorsque les exceptions prévues aux alinéas 19(1)a) et b) et à l'article 21 font effectivement l'objet d'étude. Elle soutient qu'il n'est pas nécessaire que la procédure toute entière ait lieu à huis clos et que les arguments ne doivent être obligatoirement présentés en l'absence d'une partie qu'à l'égard des exceptions objet des alinéas 19(1)a) et b) et de l'article 21. Je suis d'accord sur la seconde partie de cette observation seulement. À mon point de vue, si les exceptions en litige comprennent celles que prévoient les alinéas 19(1)a) et b) et l'article 21 en supposant, comme on me l'a fait savoir, qu'on accepte, au départ, le dépôt d'un affidavit secret, le huis clos est de rigueur pour toute la procédure de contrôle afin de prévenir effectivement toute divulgation accidentelle. Il est clair à mes yeux, cependant, que la présentation d'observations en l'absence d'une partie n'est obligatoire que dans la mesure où ces observations se rapportent aux exceptions objet des alinéas 19(1)a) et b) et de l'article 21 concernant les renseignements délicats.

46 L'avocate de l'intimé soutient, en outre, qu'en raison de la teneur de l'affidavit MacEwan qui est un document public, la nécessité que le public comprenne le cas en litige est satisfaite et les raisons qui motivent les diverses exceptions sont exposées. Elle souligne que l'affidavit secret a une portée limitée du fait qu'il concerne seulement les renseignements délicats et ce en quoi ils se rapportent aux exceptions. Elle note également que si un juge estime qu'un affidavit public est incomplet, il peut ordonner

record. She further submits that the operation of the impugned provisions may be of short duration. In the event that a judge decides that the exemptions claimed are unjustified, the information withheld on the basis of unjustified exemptions will be made public.

47 The applicant, on the other hand, takes the position that a procedure akin to that approved by the Supreme Court of Canada² for the review of affidavits used to obtain wiretaps is illustrative of minimal impairment. That procedure is undertaken in open court. The judge reviews the affidavit which is before Crown counsel, but not before counsel for the accused. The reviewing judge edits the affidavit by blacking out sensitive material such as the names of sources or investigative techniques. During the editing process, both counsel make general submissions. In the end, the judge produces an affidavit with deletions and an inoffensive summary of the deleted material. This procedure was developed to protect the rights of an accused under section 7 of the Charter.

48 In my view, a procedure of this kind, even if held *in camera*, would often be impractical. For example, it would not work in a case such as this one where the respondent refused to confirm or deny the existence of information. As well, it would not be feasible in cases involving large numbers of documents or a small number of complicated documents. I should also note that section 7 of the Charter is not at issue during the review process.

49 The applicant's witness is Professor Reg Whitaker of York University. His B.A. and M.A. were granted by Carleton University and he was a member of its Political Science Department from 1972 to 1984. During that period, he obtained a Ph.D. in Political Economy from the University of Toronto and, in 1984, he assumed his present position as a professor of Political Science at York University. His affidavit was sworn on September 14, 1995 (the Whitaker Affidavit). He describes his expertise in the following terms:

la divulgation d'informations supplémentaires. Elle soutient aussi que l'effet des dispositions contestées peut être de courte durée car, advenant qu'un juge décide que les exceptions invoquées sont injustifiées, l'information retenue en raison de ces exceptions sera rendue publique.

Pour sa part, le requérant estime qu'une procédure semblable à celle qu'a approuvée la Cour suprême du Canada² pour l'examen des affidavits visant à obtenir une autorisation d'écoute électronique, illustre le principe de la dérogation minimale. Cette procédure judiciaire a lieu en public. Le juge revoit l'affidavit qu'a en main l'avocat de la Couronne, mais en l'absence de l'avocat de l'accusé. Le juge siégeant en contrôle remanie l'affidavit en opacifiant les renseignements délicats tels que les noms des sources d'information ou les techniques d'enquête. Durant ce processus, les avocats des parties présentent des observations. Finalement, le juge produit un affidavit comportant des ratures accompagné d'un sommaire anodin des passages supprimés. Cette procédure a été mise au point pour protéger les droits des accusés en application de l'article 7 de la Charte.

Je suis d'avis qu'une procédure de ce genre, même si elle a lieu à huis clos, souvent ne serait pas pratique. Elle ne pourrait, par exemple, servir dans un cas comme celui-ci où l'intimé refuse de confirmer ou de nier l'existence de l'information. On ne saurait l'appliquer dans les affaires comportant un grand nombre de documents ou un petit nombre de documents compliqués. Je noterai également que l'article 7 de la Charte n'est pas en cause dans le processus de contrôle.

Le requérant a pour témoin le professeur Reg Whitaker de l'université York. Il a obtenu son baccalauréat et sa maîtrise de l'université Carleton et il faisait partie du Département de sciences politiques de 1972 à 1984. Entre-temps, il a obtenu un doctorat en économie politique de l'Université de Toronto et, en 1984, il a occupé ses fonctions actuelles de professeur d'économie politique à l'université York. Il a déposé son affidavit sous serment le 14 septembre 1995 (l'affidavit Whitaker). Il y décrit son champ d'expertise dans les termes suivants:

2. I am a specialist in security and intelligence issues, and have published books and articles in scholarly journals on this subject. I teach graduate and under-graduate classes in the Politics of Security and Intelligence at York University. I am a member [and past-member] of the Executive of the Canadian Association for Security and Intelligence Studies, an organization that includes both academics and practitioners and holds annual and special conferences (some of which have been supported by various agencies of the Federal Government). I have in the past been consulted by the Security Intelligence Review Committee (SIRC) and by parliamentary committees on national security. I have also appeared as an expert witness before SIRC and before Immigration, Deportation and Refugee hearings on matters concerning intelligence. I was an invited participant in a seminar for members of SIRC on the five-year review of the CSIS Act in June 1989. I have been invited to take part in SIRC-sponsored conferences as a speaker. As well, I was invited by the Special Committee on the Review of the CSIS Act to make submissions on [sic] to the Committee. I made those submissions in June 1989. I was qualified as an expert witness on security intelligence matters in Baroud v. M.E.I. in the Federal Court of Canada.

3. In the course of my research, I have had opportunity to make extensive use of the Access to Information Act and the Privacy Act regarding national security records, and I am indeed one of the most experienced users of access legislation in this area in Canada. As a result of this extensive experience, I have often been invited to address conferences and public forums on access to information issues. From 1987 to 1990, I was a member of an advisory council on government records that included public servants and a small number of non-governmental representatives to advise on the disposal of government records. Since 1991, I have been appointed to an advisory body to the National Archives of Canada, the Researchers' Forum. I am expert on the issues of the danger or otherwise of release of government information as a security concern.

50 Professor Whitaker presents the American and Australian situations. He says that the United States' *Freedom of Information Act*, 5 U.S.C. § 552 (1994) provides no special protection for information, even for national security information received by the United States in confidence. He goes on to say that:

[TRADUCTION] 2. Je suis spécialiste des questions relatives à la sécurité et au renseignement et j'ai publié des ouvrages et des articles sur ce sujet dans des revues spécialisées. J'enseigne la politique touchant ces matières aux étudiants des premier et deuxième cycles à l'université York. Je suis membre [et ancien membre] du Comité exécutif de l'Association canadienne pour l'étude de la sécurité et du renseignement, une organisation comprenant aussi bien des universitaires que des praticiens, qui tient des conférences annuelles et spéciales (dont quelques-unes ont obtenu le soutien de divers organismes fédéraux). Le Comité de surveillance des activités du renseignement de sécurité (CSARS) ainsi que des comités parlementaires de la sécurité nationale m'ont consulté par le passé. J'ai également comparu en tant que témoin-expert devant le CSARS et à des auditions concernant l'immigration, la déportation et les réfugiés, pour des questions ayant trait aux renseignements. J'ai participé sur invitation, en juin 1989, à un colloque des membres du CSARS portant sur la revue quinquennale de la Loi sur le SCRS. On m'a demandé de prendre part, en qualité de conférencier invité, à des conférences parrainées par le CSARS. De même, le comité spécial d'examen de la Loi sur le SCRS m'a invité à lui présenter des observations, ce que j'ai fait en juin 1989. J'ai été reconnu comme témoin-expert en matière de renseignement dans l'affaire Baroud c. MEI, à la Cour fédérale du Canada.

3. Au cours de mes travaux de recherche, j'ai eu l'occasion de recourir largement à la Loi sur l'accès à l'information et à la Loi sur la protection des renseignements personnels au sujet des dossiers relatifs à la sécurité nationale et, de fait, je suis l'un des usagers les plus versés en matière de législation sur l'accès à l'information dans ce domaine au Canada. En raison de cette grande expérience, on m'a souvent invité à prendre la parole sur les questions d'accès à l'information lors de conférences et de réunions publiques. De 1987 à 1990, j'étais membre d'un conseil consultatif sur les documents gouvernementaux et les moyens d'en disposer, documents qui concernaient entre autres des fonctionnaires et un petit nombre de représentants non gouvernementaux. J'ai été nommé, en 1991, membre d'un organisme consultatif, le Researchers' Forum auprès des Archives nationales du Canada. Je suis expert des questions relatives au danger ou autres risques que pose la divulgation des renseignements gouvernementaux à la sécurité nationale.

Le professeur Whitaker expose la situation qui prévaut aux États-Unis et en Australie. Il dit que la *Freedom of Information Act* américaine, 5 U.S.C. § 552 (1994), ne prévoit pas de protection spéciale à l'égard des renseignements, même ceux qui portent sur la sécurité nationale que les États-Unis obtiennent à titre confidentiel. Il poursuit en disant ce qui suit:

50

The United States is the senior partner in the Western alliance and is far and away the most important producer of intelligence that is exchanged through the Western intelligence network. Yet the United States offers no reciprocal protection against disclosure of information it receives from its allies in confidence.

[TRADUCTION] Les États-Unis, le principal partenaire de l'alliance des pays de l'Ouest, est la plus importante source des informations qui sont échangées dans le réseau de renseignement occidental. Malgré cela, ils n'offrent pas une protection, à titre réciproque, contre la divulgation des renseignements confidentiels qu'ils obtiennent de leurs alliés.

51 This statement is inaccurate. Section 552(b)(1)(A) of the United States' *Freedom of Information Act* provides that agencies are exempt from making public matters that are "specifically authorized under criteria established by an Executive order to be kept secret in the interest of national defense or foreign policy and (B) are in fact properly classified pursuant to such Executive order". The President's Executive order 12958 dated April 20, 1995 [60 Fed. Reg. 19825] deals with what constitutes classified national security information. Section 1.5 of the Executive order, when read with the introduction to the order, recognizes that the U.S. national interest requires that certain information from foreign governments and information relevant to national security may be kept in confidence to protect, *inter alia*, the United States' position within the community of nations. If such information is classified and its disclosure is refused, the member of the public who requested the information may complain under section 552(a)(4)(B) of the United States Code, Title 5. In that case, the district court of the United States:

... has jurisdiction to enjoin the agency from withholding agency records and to order the production of any agency records improperly withheld from the complainant. In such a case the court shall determine the matter de novo, and may examine the contents of such agency records in camera to determine whether such records or any part thereof shall be withheld under any of the exemptions set forth in subsection (b) of this section, and the burden is on the agency to sustain its action.

Accordingly, there is some measure of protection by way of a discretionary *in camera* process even if a hearing is held.

Cette affirmation est inexacte. L'article 552(b)(1)(A) de la Loi américaine en question prescrit que les organismes sont exemptés de la divulgation publique lorsqu'il s'agit de questions [TRADUCTION] «qu'un décret présidentiel autorise expressément, et conformément à des critères qui y sont établis, de garder secrètes dans l'intérêt de la défense nationale ou de la politique étrangère et. (B) qui sont en fait régulièrement classifiées conformément à un tel décret». Le décret présidentiel 12958, du 20 avril 1995 [60 Fed. Reg. 19825], explique en quoi consiste un renseignement classifié relatif à la sécurité nationale. L'article 1.5 du décret, considéré en corrélation avec le texte introductif du document, reconnaît que l'intérêt national des États-Unis exige que certains renseignements obtenus de gouvernements étrangers et certaines informations touchant la sécurité nationale puissent ne pas être divulgués afin de protéger, entre autres, la position des États-Unis dans le concert des nations. Si de tels renseignements sont classifiés et qu'on refuse de les communiquer, la personne qui a demandé à les obtenir peut porter plainte aux termes de l'article 552(a)(4)(B) du United States Code, titre 5. Dans ce cas, le tribunal de district américain:

[TRADUCTION] ... a compétence pour enjoindre à l'organisme visé de ne pas retenir les documents qui lui appartiennent et toute autre pièce indûment refusée au plaignant. Dans ce cas, le tribunal devra étudier la question une nouvelle fois et il peut examiner, à huis clos, le contenu des dossiers de l'organisme en question pour déterminer s'il faut les retenir en tout ou en partie en application de l'une ou l'autre des exceptions énoncées à l'alinéa (b) de cet article et il incombe à l'organisme concerné de défendre sa position.

Un certain degré de protection est exercé, par conséquent, grâce à un processus discrétionnaire à huis clos, même si une audience a lieu.

52 Finally, the United States' Justice Department *Guide to the Freedom of Information Act* dated

Enfin, le *Guide to the Freedom of Information Act* de Département de la Justice des États-Unis daté de 52

September 1995, at page 67 notes that, like Canadian authorities, U.S. agencies may refuse to confirm or deny the existence or non-existence of information when its existence or non-existence is classified under Executive order 12958.

septembre 1995, note à la page 67, qu'à l'instar des autorités canadiennes, les organismes américains peuvent refuser de confirmer ou de nier l'existence ou l'absence d'information, lorsque cette existence ou absence est classifiée en application du décret présidentiel 12958.

53 The question is whether the United States' practice should be a model for minimal impairment in the Canadian context. I have concluded that it is not an appropriate model because the evidence discloses that the United States' position is very different from our own. The United States is a net exporter of information and this exercise is supported by a massive intelligence gathering network. Canada, in contrast, is a net importer with far fewer resources. In these circumstances, it makes sense that Canada should have a greater concern about its allies' perception of the effectiveness of its ability to maintain the confidentiality of sensitive information.

Il s'agit de savoir si la pratique américaine devrait servir de modèle en matière de dérogation minimale dans le contexte canadien. J'ai conclu qu'elle n'était pas un modèle approprié, car la preuve indique que la position des États-Unis diffère beaucoup de la nôtre. Les Américains sont des exportateurs nets de renseignements et sont appuyés, à cette fin, par un immense réseau de collecte d'information. Par contraste, le Canada est un importateur net de renseignements et il est doté de beaucoup moins de ressources. Dans ces circonstances, il est logique qu'il s'inquiète davantage de la perception qu'ont de lui ses alliés quant à sa capacité à assurer efficacement la confidentialité des renseignements délicats.

54 Professor Whitaker also testified that the Australian practice is governed by the *Archives Act 1983* [No. 79, 1983]. Section 44 describes the powers and procedures of the Administrative Appeals Tribunal (AAT). The AAT reviews decisions about access made by the Australian Archives. However, the AAT cannot make an order requiring the disclosure of a record which has been given an exemption by a certificate. The AAT can, however, determine that no reasonable grounds exist for the non-disclosure and the relevant Minister then has 28 days to review the matter. The Minister must report to Parliament if he maintains the non-disclosure.

Dans son témoignage, le professeur Whitaker a également déclaré que la pratique australienne est régie par la *Archives Act 1983* [n° 79, 1983]. L'article 44 de cette loi énonce les pouvoirs et les procédures de l'Administrative Appeals Tribunal (AAT) qui revoit la décision des archives australiennes relatives à l'accès à l'information. Toutefois, l'AAT ne peut rendre une ordonnance exigeant la divulgation d'un document déjà excepté par une attestation. Il peut, cependant, décider que le refus de divulguer ne repose pas sur des motifs raisonnables et le ministre compétent dispose alors de 28 jours pour réétudier la question. Il doit faire rapport au Parlement s'il confirme la décision de ne pas divulguer.

55 Paragraph 47(2)(a) of the *Archives Act 1983* provides for mandatory *in camera* proceedings when exempt matters are at issue and, in subsection 47(3), discretion is given to hold *ex parte* proceedings and issue publication bans. One might reasonably ask whether mandatory *in camera* and discretionary *ex parte* proceedings following the Australian model would constitute minimal impairment. Two points are relevant here. Firstly, the applicant did not make

L'alinéa 47(2)(a) de la *Archives Act 1983*, prescrit de tenir obligatoirement des auditions à huis clos lorsque des questions exemptées sont en cause; en outre, le paragraphe 47(3) accorde le pouvoir discrétionnaire de procéder en l'absence d'une autre partie et d'interdire la publication. On peut raisonnablement se demander si la procédure obligatoire à huis clos et discrétionnairement, en l'absence d'une partie suivant le modèle australien, constituerait une déro-

this argument preferring to advance the wiretap affidavit review procedure as the only acceptable model for minimum impairment. Secondly, in April of 1992, the Australian Security Intelligence Organization (the ASIO) took the position before the Australian Parliamentary Joint Committee on the ASIO (the Committee) that material received in confidence from foreign sources should be exempt from disclosure and from AAT review for the length of time applicable in the country of origin. The ASIO's witnesses shared the concerns expressed by the deponents of the respondent's affidavits in this case. The evidence was discussed in the following term:³

3.1.7 The Committee received a submission from the Minister for Foreign Affairs, Senator the Hon. Gareth Evans, MP. After stating that he supported the principle of freedom of information and access to government records, the Minister went on to say:

"must nevertheless stress that it is important that Australia maintain the confidence of its friends and allies that we can protect the assessments and intelligence materials that they pass to us in confidence. This confidence can only be maintained as long as we can demonstrate that we have in place the institutional and legal basis to protect material so provided. Such exchanges of in-confidence information are an essential element in the effective conduct of diplomatic relations and in the formation of foreign and defence policies. While ASIO's activities are domestic there will inevitably be some foreign material held on their files. The consequences of failure to protect this information from disclosure could include the disruption of the flow of valuable intelligence material and thus compromise our national interests."

3.1.8 He went on to stress that there was an equal need to protect from release material from whatever source which, if publicised, would damage Australia's foreign relations or our defence and security interests. Such material would of course include Australia's intelligence assessments. The Office of National Assessments (ONA) made similar points in evidence to the Committee. In a letter to the Committee on behalf of the Department of the Prime Minister and Cabinet, the Secretary of that Department, Mr. M H Codd, AC made similar submissions when he referred to:

gation minimale. Deux points sont à relever en ce qui nous concerne. En premier lieu, le requérant n'a pas invoqué cet argument, préférant soutenir que la procédure de contrôle relative à l'affidavit sur l'écoute électronique était le seul modèle acceptable de dérogation minimale. En second lieu, en avril 1992, la Australian Security Intelligence Organization (l'ASIO) a, devant le Comité parlementaire mixte australien de l'ASIO (le Comité), adopté la position voulant que les renseignements confidentiels obtenus de sources étrangères soient soustraits à la divulgation et à la révision de l'AAT pour la durée en vigueur dans le pays d'origine. Les témoins de l'ASIO partageaient les inquiétudes que manifestaient les déposants des affidavits de l'intimé dans ce cas-ci. Les témoignages ont donné lieu aux discussions suivantes³:

[TRADUCTION] 3.1.7 Le Comité a reçu un mémoire du ministre des Affaires étrangères, l'honorable sénateur Gareth Evans, MP. S'étant dit favorable au principe de la liberté d'information et de l'accès aux documents gouvernementaux, le ministre a poursuivi en ces termes:

«je dois cependant souligner qu'il importe que les amis et alliés de l'Australie continuent d'avoir confiance dans notre aptitude à protéger les rapports d'évaluation et les renseignements qu'ils nous communiquent à titre confidentiel. Cette confiance ne peut subsister qu'aussi longtemps que nous pouvons démontrer que nous avons jeté les fondements légaux et institutionnels visant à protéger les documents en question. Les échanges d'informations à titre confidentiel sont un élément essentiel à la conduite effective des relations diplomatiques et à l'élaboration des politiques étrangères et de défense. Bien que l'ASIO s'occupe de questions internes, ses dossiers renfermeront inévitablement des documents étrangers. Le manque de protection contre la divulgation de ces renseignements aurait, entre autres conséquences, celle de dérégler la communication de renseignements précieux et de compromettre ainsi nos intérêts nationaux.»

3.1.8 Il a souligné ensuite qu'il fallait tout autant faire échec à la communication de données obtenues de n'importe quelle source et dont la divulgation porterait atteinte aux relations étrangères de l'Australie ou à sa défense et sa sécurité. Les documents en question comprendraient, bien sûr, nos rapports d'évaluation des renseignements. Le Office of National Assessments (ONA) a appelé l'attention du comité sur ces points. Dans une lettre qu'il lui a adressée au nom du bureau du premier ministre et du cabinet, le secrétaire de ce bureau, M. M. H. Codd, AC, a présenté des observations similaires lorsqu'il a évoqué:

“the concern expressed by some foreign government Intelligence Agencies that the Government is unable to give absolute (as opposed to qualified) assurances that information provided to Australia in confidence is protected from release. If overseas governments were reluctant to continue to provide certain sensitive intelligence information to us, then this would have serious adverse implications for our own capabilities, and for the maintenance of productive general liaison arrangements.”

3.2.1 It is important that Australia's international relations and defence interests should not be imperilled by the release of material, whether deliberately or inadvertently, that has the capacity to damage those relations or interests. The question is, therefore, whether these interests are sufficiently protected under the present arrangements. Submissions to the Committee from the Intelligence Agencies expressed concern as to the effect on the activities of ASIO should the existing restrictions on the release of foreign-sources material appear to be reduced.

...

3.2.3 It would appear that unwanted information has never been released. The concern is that the potential is perceived to exist and that this perception is sufficient to undermine the confidence of some supplying nations that their material is absolutely protected from disclosure. This distrust has the potential to cause the kind of adverse reaction leading to the consequences referred to by ASIO in its submission.

56 In its Report,⁴ the Committee made the following recommendations:

RECOMMENDATION 1:

That guidelines be issued by the Minister to the Intelligence Agencies requiring that foreign material received in confidence should be exempted from disclosure for such period as that material is restricted from public access in the country of origin.

RECOMMENDATION 2:

That the Archives Act should be amended to preclude any appeal to the Administrative Appeals Tribunal from a certification by the Inspector-General of Intelligence and Security that the guidelines issued by the Minister respecting protection of foreign-derived material has been properly observed.

«l'inquiétude exprimée par certains organismes de renseignement de pays étrangers voulant que le gouvernement ne soit pas en mesure de donner des assurances absolues (et non pas assorties de réserve) quant à la non-divulgence des renseignements communiqués confidentiellement à l'Australie. La réticence de la part des pays d'outre-mer à nous fournir, comme par le passé, certains renseignements délicats, se refléterait négativement sur nos propres capacités et sur le maintien d'accords de liaison généraux et productifs.»

3.2.1 Il importe que les relations internationales de l'Australie et ses intérêts en matière de défense ne soient pas compromis en raison d'une communication délibérée ou involontaire de renseignements qui sont de nature à porter préjudice à ces relations ou à ces intérêts. Il s'agit, par conséquent, de savoir si ces intérêts sont suffisamment protégés par les dispositions actuelles. Les organismes de renseignement qui ont présenté au Comité des observations, lui ont fait part de leur inquiétude quant aux effets qu'un assouplissement apparent des restrictions actuelles sur la communication de renseignements obtenus de sources étrangères aurait sur les activités de l'ASIO.

...

3.2.3 Il semblerait qu'on n'ait jamais divulgué un renseignement non recherché. Ce qui inquiète, c'est de percevoir que cette possibilité existe et cela suffit à saper la confiance de certaines sources de renseignement quant à la protection absolue contre toute divulgation de leurs informations. Cette méfiance peut éventuellement susciter le genre de réaction négative conduisant aux conséquences dont l'ASIO fait état dans son mémoire.

Dans son rapport⁴, le Comité a formulé les recommandations suivantes: 56

[TRADUCTION]

RECOMMANDATION 1:

Que le Ministre donne des instructions aux organismes de renseignement exigeant que les informations et documents étrangers reçus à titre confidentiel soient exemptés de divulgation pour une période correspondant à celle où l'accès du public à ces informations et documents est restreint dans le pays d'origine.

RECOMMANDATION 2:

Que la Archives Act soit modifiée de façon à interdire tout appel à l'Administration Appeal Tribunal d'une attestation donnée par l'inspecteur général des renseignements et de la sécurité que les instructions du Ministre relatives à la protection des renseignements et documents d'origine étrangère ont été dûment observées.

As yet, no legislative changes have been made to implement these recommendations.

Aucune modification législative n'a eu lieu jusqu'à ce jour pour mettre en œuvre ces recommandations.

57 Given this background, however, I am not prepared to conclude that the current Australian practice represents a reasonable example of minimal impairment.

57 Considérant ce contexte, cependant, je ne suis pas disposée à conclure que la pratique australienne actuelle constitue un exemple raisonnable de dérogation minimale.

58 In 1987, a standing committee of the Parliament of Canada⁵ made recommendations which, had they been implemented, would have involved reduced restrictions at the time exemptions were claimed. The relevant recommendation was that the exemption in section 19 of the Act not be mandatory for the head of the government institution and that an injury test be used to justify non-disclosure. However, the excerpt from Chapter 3 of the Standing Committee Report, which appears as Exhibit C to the Whitaker affidavit, does not address the review process or the impugned provisions.

58 En 1987, un comité permanent du Parlement canadien⁵ a formulé des recommandations qui, si elles avaient été appliquées, auraient atténué les restrictions au moment où des exceptions sont demandées. La recommandation pertinente en l'espèce voulait que l'article 19 de la Loi ne soit plus obligatoirement appliqué par le responsable de l'institution fédérale et que la notion de préjudice serve de critère pour justifier la non-communication. Cependant, la citation tirée du chapitre 3 du Rapport du Comité permanent, l'annexe C de l'affidavit Whitaker, ne traite pas du processus de contrôle ni des dispositions contestées.

59 The Government responded to the Committee's recommendation in a document entitled *Access and Privacy: The Steps Ahead*. It was published in 1987 by the Minister of Supply and Services Canada. At page 37 and following, the concept of significant injury as a basis for the application of exemptions was rejected and the exemption for information received in confidence from other governments was justified at page 39 on the basis that, "[t]he willingness of other governments to continue to share their information with Canada would likely be adversely affected by the lesser degree of protection which would be given if these recommendations were implemented". Again, as was the case with the Standing Committee's Report, the impugned provisions and the review process were not addressed.

59 Le gouvernement a répondu à la recommandation du Comité dans un document intitulé *Accès et renseignements personnels: Les prochaines étapes*, publié par le Ministre des Approvisionnements et Services Canada en 1987. À la page 42 et suivantes, la notion de préjudice considérable servant de base à la mise en œuvre d'exceptions a été rejetée et l'exception relative aux renseignements obtenus d'autres gouvernements à titre confidentiel justifiée, à la page 44, par le fait que «les gouvernements [seraient] moins désireux d'échanger des informations à la suite de la mise en œuvre d'une recommandation visant à réduire le niveau de protection prévu». Encore une fois, comme ce fut le cas dans le Rapport du Comité permanent, il n'a pas été question des dispositions contestées ni de la procédure de contrôle.

60 The Australian and Canadian experiences demonstrate that there is ongoing debate about the best way to balance access to information rights against the need for co-operation in the international exchange of confidential information. However, in my view, these debates have not suggested an alternative to the impugned provisions which would meet the objective with a lesser impairment of paragraph

60 Les pratiques australiennes et canadiennes montrent que le débat se poursuit en vue de trouver le meilleur moyen de réaliser l'équilibre entre les droits d'accès à l'information et la coopération dont on a besoin pour les échanges internationaux d'informations confidentielles. À mon avis, cependant, les discussions n'ont pas donné lieu à des propositions permettant de remplacer les dispositions contestées

2(b) of Charter rights.

61 Finally, on this topic, I was asked to reflect on the procedure used by Canada's Security Intelligence Review Committee (SIRC). A protocol between CSIS and SIRC was attached as Exhibit "E" to the Whitaker affidavit. It provides that SIRC is entitled to all CSIS information except Cabinet confidences. However, if the information the SIRC requests comes from third parties the following is agreed:

When information obtained from third parties is to be provided to SIRC, CSIS will be given reasonable time to inform the originating agency. That agency may forward to SIRC, via CSIS, any comments, supplementary caveats, or explanations deemed appropriate. SIRC will then observe any special precautions requested by the agency.

Information provided by CSIS to SIRC which originated with third parties will be clearly labelled. Information so labelled will be treated with extreme care by SIRC.

SIRC will not disclose "third-party" information to others, except with the specific previous authority of the originating agency.

SIRC is part of the Security Intelligence system set up by the CSIS Act, and thus is bound by the CSIS Act's constraints regarding the protection of National Security, and information pertaining thereto. With regard to "third-party" information provided to SIRC, the Committee will be bound by any caveat accompanying such information unless specifically released from such caveat by the originating agency.

62 In my view, although subsection 39(1) of the CSIS Act gives SIRC the right to determine its own procedures and does not require SIRC to hold mandatory *in camera* and *ex parte* hearings, the protocol makes it clear that it will use such procedures as are necessary to protect confidential information from third parties. The protocol also makes it clear that SIRC is part of CSIS and accepts the importance of protecting third party information. In these circumstances and in the absence of evidence on SIRC's actual practice in the performance of its various

et d'atteindre l'objectif en dérogeant, dans une moindre mesure, à l'alinéa 2b) de la Charte des droits.

En finale à ce sujet, on m'a demandé mon opinion sur la procédure en usage au Comité de surveillance des activités du renseignement de sécurité (CSARS). Un protocole conclu entre le SCRS et le CSARS est joint à l'affidavit Whitaker en tant qu'annexe «E». Ce document énonce que le CSARS a droit d'obtenir tous les renseignements détenus par le SCRS, à l'exception des documents confidentiels du cabinet. Toutefois, si les renseignements requis par le CSARS proviennent de tierces parties, il est convenu ce qui suit:

[TRADUCTION] Lorsque des renseignements obtenus de tierces parties doivent être communiqués au CSARS, le SCRS disposera d'un délai raisonnable pour en informer l'organisme d'origine. Celui-ci peut adresser au CSARS, par les soins du SCRS, toute observation, mise en garde additionnelle ou explication jugée opportune. Le CSARS observera alors toutes les précautions spéciales que l'organisme demandera.

Les renseignements de sources tierces fournis par le SCRS au CSARS seront clairement identifiés comme tels et le CSARS en fera usage avec une extrême précaution.

Le CSARS ne communiquera pas à autrui les informations obtenues de tierces parties à moins d'avoir obtenu, à cet effet, l'autorisation expresse de l'organisme d'origine.

Le CSARS fait partie du système de renseignement institué par la Loi sur le SCRS et, partant, est assujéti aux restrictions prévues dans cette Loi relativement à la protection de la sécurité nationale et des renseignements y afférents. En ce qui concerne les informations obtenues de «tierces parties» et communiquées au CSARS, celui-ci sera lié par toute mise en garde accompagnant ces informations, sauf s'il est expressément déchargé de cette obligation par l'organisme d'origine.

À mon avis, même si le paragraphe 39(1) de la Loi sur le SCRS donne au CSARS le droit d'établir ses propres procédures sans lui imposer de tenir des auditions à huis clos ou en l'absence d'une partie, le protocole ci-dessus énonce clairement que le CSARS aura recours à de telles procédures dans la mesure nécessaire à la protection des renseignements confidentiels obtenus de tiers. Le protocole précise également que le CSARS fait partie du SCRS et qu'il reconnaît l'importance que revêt la protection de ces renseignements. Dans ces circonstances et en l'ab-

functions, I am not prepared to treat SIRC procedures as a compelling blue print for minimal impairment which should apply in an independent institution such as the Federal Court.

sence de preuve quant à la pratique du CSARS dans l'exécution de ses diverses fonctions, je ne suis pas disposée à prendre les procédures de cet organisme comme modèle incontournable de dérogation minimale qui devrait s'appliquer à une institution indépendante telle que la Cour fédérale.

63 In all of the circumstances, I am prepared to find that the impugned provisions represent a minimal impairment of the applicant's paragraph 2(b) Charter rights.

En tout état de cause, je suis prête à conclure que les dispositions incriminées constituent une dérogation minimale au droit du requérant énoncé à l'alinéa 2b) de la Charte. 63

(c) Overall Proportionality

c) Proportionnalité générale

64 This part of the *Oakes* test was recently restated by Chief Justice Lamer, when he spoke for the majority of the Court, in *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835 (*Dagenais*). In that case, His Lordship stated (at page 889):

Cette partie du critère formulée dans l'arrêt *Oakes* a été récemment reprise par le juge en chef Lamer, au nom de la majorité de la Cour, dans l'affaire *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835 (*Dagenais*) lorsqu'il a déclaré, en l'espèce, ce qui suit (à la page 889): 64

I would . . . rephrase the third part of the *Oakes* test as follows: there must be a proportionality between the deleterious effects of the measures which are responsible for limiting the rights or freedoms in question and the objective, and there must be a proportionality between the deleterious and the salutary effects of the measures.

Je reprendrais . . . la troisième partie du critère *Oakes* comme suit: il doit y avoir proportionnalité entre les effets préjudiciables des mesures restreignant un droit ou une liberté et l'objectif, et il doit y avoir proportionnalité entre les effets préjudiciables des mesures et leurs effets bénéfiques.

The Chief Justice explained the rationale behind the reformulation of the proportionate effects test in *Dagenais* (at page 887):

Le juge en chef a expliqué, à la page 887 de l'arrêt *Dagenais* pourquoi il reformulait le critère de la proportionnalité des effets; il dit:

In many instances, the imposition of a measure will result in the full, or nearly full, realization of the legislative objective. In these situations, the third step of the proportionality test calls for an examination of the balance that has been struck between the objective in question and the deleterious effects on constitutionally protected rights arising from the means that have been employed to achieve this objective.

Il arrive fréquemment qu'une mesure permette d'atteindre pleinement ou presque un objectif législatif. La troisième étape du critère de proportionnalité exige alors l'examen de l'équilibre qui a été atteint entre l'objectif en question et les effets préjudiciables que subissent des droits protégés par la Constitution du fait des moyens utilisés pour atteindre cet objectif.

65 Professor Fraser, on the respondent's behalf, says that the removal of the impugned provisions from the Act would create a perception in the minds of Canada's intelligence allies that our ability to protect sensitive information had weakened and that perception "would probably result in a down-grading of the quantity and/or quality of the information they were willing to share". He says that the cutoff of information would not be total nor immediate. It would more likely take the form of a drying up and

Le professeur Fraser, au nom de l'intimé, dit que la suppression des dispositions contestées donnerait aux partenaires avec lesquels le Canada échange des renseignements, l'impression que notre aptitude à protéger les renseignements délicats s'est relâchée et cette impression [TRADUCTION] «aurait probablement pour effet de dévaloriser la quantité, la qualité ou les deux à la fois, des renseignements qu'ils étaient disposés à partager». Il dit que l'arrêt de l'information ne serait ni total ni immédiat, mais que le taris- 65

would be hard to verify. He concludes by saying that any change which replaces the impugned provisions with discretionary protections will be noticed by our intelligence allies and will be seen as a "significant" though "small" diminution of our ability to protect sensitive information from inadvertent disclosure.

66 On the other side of this issue, the applicant says that the evidence about the good achieved by the impugned provisions is weak and speculative. I agree that the evidence of possible harm is speculative, but I accept the opinions of the respondent's witnesses as credible and well founded. It is also, I believe, the best evidence available. It would be unreasonable to suppose that one of Canada's allies or an individual informant would file affidavits indicating with any precision how they would react if the impugned provisions were not longer in force.

67 I have concluded that the salutary effects of the impugned provisions are hard to quantify. They involve a small but significant diminution in our ability to gather sensitive information.

68 I have also concluded that the deleterious effects of the impugned provisions on freedom of the press are minimal. I say this because, even if the mandatory impugned provisions were not available, I consider it to be virtually certain that, if the respondent presented appropriate evidence that the sensitive information and related exemptions under review involved national security issues or issues of highest confidence, a judge, in the exercise of his or her discretion under subsection 46(1), would hear such matters *in camera* and, if asked, *ex parte*.

69 In all these circumstances, I have concluded that the objective has been protected in a sensible fashion by the impugned provisions and that overall proportionality has been achieved.

sement serait plutôt progressif, ce qui serait difficile à vérifier. Il conclut en disant que toute modification visant à remplacer les dispositions contestées par des mesures de protection discrétionnaires, n'échappera pas aux alliés avec qui nous échangeons des renseignements et sera perçue comme une atteinte [TRADUCTION] «appréciable», quoique [TRADUCTION] «légère» à notre aptitude à protéger les renseignements délicats contre toute divulgation accidentelle.

Le requérant dit, pour sa part, que la preuve à l'appui des avantages attribués aux dispositions contestées est faible et d'ordre spéculatif. Je conviens que la preuve concernant le préjudice possible est de nature spéculative, mais j'admets que les opinions des témoins de l'intimé sont dignes de foi et bien fondés. Ce sont aussi, à mon avis, les meilleurs éléments de preuve dont on dispose. Il ne serait pas raisonnable de supposer qu'un allié du Canada ou qu'un informateur individuel irait déposer un affidavit indiquant avec précision la façon dont il réagirait advenant la suppression des dispositions contestées. 66

J'ai conclu que les effets salutaires de ces dispositions sont difficiles à quantifier. Elles mettent en cause la réduction appréciable, quoique légère, de notre aptitude à recueillir des renseignements délicats. 67

J'ai également conclu que les conséquences néfastes des dispositions contestées sur la liberté de presse étaient minimales. Je dis cela parce que même en l'absence des dispositions incriminées, il est pratiquement certain, à mon point de vue, que si l'intimé produisait des preuves suffisantes démontrant que les renseignements délicats et les exceptions connexes, objet du présent contrôle, mettaient en cause des questions relatives à la sécurité nationale ou qui sont de nature hautement confidentielle, le juge, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire énoncé au paragraphe 46(1), examinera ces questions à huis clos et, s'il en est requis, en l'absence d'une partie. 68

Dans cette conjoncture, j'ai conclu que les dispositions contestées ont protégé de façon raisonnable l'objectif visé et que le critère de proportionnalité a été respecté. 69

Conclusion

70 The impugned provisions of the Act are saved by section 1 of the Charter. Accordingly, the applicant's challenge to the constitutionality of the impugned provisions will be dismissed.

Costs

71 The applicant concluded by asking for costs and both parties filed written submissions on this issue. The applicant's submissions were based on section 52 of the Act which provides:

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

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

72 In written submissions, the applicant relied on subsection 52(1) of the Act in the event of success on the Charter issue. Otherwise, the applicant asked for costs of the Charter argument under subsection 52(2). The respondent has not asked for costs at this time.

73 With regard to subsection 52(1), the applicant succeeded in persuading me that the impugned provisions were unconstitutional. However, the respondent's section 1 argument later prevailed. In these circumstances, I am going to exercise my discretion to make no order as to costs under subsection 52(1).

74 In my view, subsection 52(2) governs only the application for judicial review as it relates to the merits of the review. As the review has not occurred, it would be premature to apply subsection 52(2) at this point in the proceedings.

Conclusion

Les dispositions litigieuses de la Loi se justifient 70 par l'article premier de la Charte. La contestation du requérant quant à la constitutionnalité de ces dispositions sera rejetée.

Dépens

Le requérant a conclu en réclamant de la Cour 71 qu'elle lui accorde des frais et dépens et les deux parties au litige ont présenté des observations à ce sujet. Le requérant invoque sur ce point l'article 52 de la Loi qui s'énonce ainsi:

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

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

Dans ses observations écrites, le requérant s'est 72 fondé sur le paragraphe 52(1) de la Loi au cas où il aurait eu gain de cause sur la question relative à la Charte. À défaut, il a réclamé des dépens au regard de l'argumentation concernant la Charte aux termes du paragraphe 52(2). L'intimé n'a réclamé aucuns dépens pour le moment.

En ce qui concerne le paragraphe 52(1), le requé- 73 rant a réussi à me persuader que les dispositions contestées étaient inconstitutionnelles. Toutefois, les arguments avancés par l'intimé touchant l'article premier ont prévalu par la suite. Cela étant, je vais exercer mon pouvoir discrétionnaire et n'adjuger aucuns dépens en application du paragraphe 52(1).

À mon avis, le paragraphe 52(2) régit uniquement 74 la demande de contrôle judiciaire dans la mesure où elle porte sur le bien-fondé du contrôle. Comme celle-ci n'a pas eu lieu, il serait prématuré d'appliquer le paragraphe 52(2) à cette étape-ci des procédures.

SCHEDULE "B"Access to Information Act, section 15

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

(a) relating to military tactics or strategy, or relating to military exercises or operations undertaken in preparation for hostilities or in connection with the detection, prevention or suppression of subversive or hostile activities;

(b) relating to the quantity, characteristics, capabilities or deployment of weapons or other defence equipment or of anything being designed, developed, produced or considered for use as weapons or other defence equipment;

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

(d) obtained or prepared for the purpose of intelligence relating to

(i) the defence of Canada or any state allied or associated with Canada, or

(ii) the detection, prevention or suppression of subversive or hostile activities;

(e) obtained or prepared for the purpose of intelligence respecting foreign states, international organizations of states or citizens of foreign states used by the Government of Canada in the process of deliberation and consultation or in the conduct of international affairs;

(f) on methods of, and scientific or technical equipment for, collecting, assessing or handling information referred to in paragraph (d) or (e) or on sources of such information;

(g) on the positions adopted or to be adopted by the Government of Canada, governments of foreign states or international organizations of states for the purpose of present or future international negotiations;

ANNEXE «B»Loi sur l'accès à l'information, article 15

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

a) des renseignements d'ordre tactique ou stratégique ou des renseignements relatifs aux manœuvres et opérations destinées à la préparation d'hostilités ou entreprises dans le cadre de la détection, de la prévention ou de la répression d'activités hostiles ou subversives;

b) des renseignements concernant la quantité, les caractéristiques, les capacités ou le déploiement des armes ou des matériels de défense, ou de tout ce qui est conçu, mis au point, produit ou prévu à ces fins;

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

d) des éléments d'information recueillis ou préparés aux fins du renseignement relatif à:

(i) la défense du Canada ou d'États alliés ou associés avec le Canada,

(ii) la détection, la prévention ou la répression d'activités hostiles ou subversives;

e) des éléments d'information recueillis ou préparés aux fins du renseignement relatif aux États étrangers, aux organisations internationales d'États ou aux citoyens étrangers et utilisés par le gouvernement du Canada dans le cadre de délibérations ou consultations ou dans la conduite des affaires internationales;

f) des renseignements concernant les méthodes et le matériel technique ou scientifique de collecte, d'analyse ou de traitement des éléments d'information visés aux alinéas d) et e), ainsi que des renseignements concernant leurs sources;

g) des renseignements concernant les positions adoptées ou envisagées, dans le cadre de négociations internationales présentes ou futures, par le gouvernement du Canada, les gouvernements d'États étrangers ou les organisations internationales d'États;

(h) that constitutes diplomatic correspondence exchanged with foreign states or international organizations of states or official correspondence exchanged with Canadian diplomatic missions or consular posts abroad; or

(i) relating to the communications or cryptographic systems of Canada or foreign states used

- (i) for the conduct of international affairs,
- (ii) for the defence of Canada or any state allied or associated with Canada, or
- (iii) in relation to the detection, prevention or suppression of subversive or hostile activities.

(2) In this section,

“defence of Canada or any state allied or associated with Canada” includes the efforts of Canada and of foreign states toward the detection, prevention or suppression of activities of any foreign state directed toward actual or potential attack or other acts of aggression against Canada or any state allied or associated with Canada;

“subversive or hostile activities” means

- (a) espionage against Canada or any state allied or associated with Canada,
- (b) sabotage,
- (c) activities directed toward the commission of terrorist acts, including hijacking, in or against Canada or foreign states,
- (d) activities directed toward accomplishing government change within Canada or foreign states by the use of or the encouragement of the use of force, violence or any criminal means,
- (e) activities directed toward gathering information used for intelligence purposes that relates to Canada or any state allied or associated with Canada, and
- (f) activities directed toward threatening the safety of Canadians, employees of the Government of Canada or property of the Government of Canada outside Canada.

h) des renseignements contenus dans la correspondance diplomatique échangée avec des États étrangers ou des organisations internationales d’États, ou dans la correspondance officielle échangée avec des missions diplomatiques ou des postes consulaires canadiens;

i) des renseignements relatifs à ceux des réseaux de communications et des procédés de cryptographie du Canada ou d’États étrangers qui sont utilisés dans les buts suivants:

- (i) la conduite des affaires internationales,
- (ii) la défense du Canada ou d’États alliés ou associés avec le Canada,
- (iii) la détection, la prévention ou la répression d’activités hostiles ou subversives.

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

«activités hostiles ou subversives»

- a) L’espionnage dirigé contre le Canada ou des États alliés ou associés avec le Canada;
- b) le sabotage;
- c) les activités visant la perpétration d’actes de terrorisme, y compris les détournements de moyens de transport, contre le Canada ou un État étranger ou sur leur territoire;
- d) les activités visant un changement de gouvernement au Canada ou sur le territoire d’États étrangers par l’emploi de moyens criminels, dont la force ou la violence, ou par l’incitation à l’emploi de ces moyens;
- e) les activités visant à recueillir des éléments d’information aux fins du renseignement relatif au Canada ou aux États qui sont alliés ou associés avec lui;
- f) les activités destinées à menacer, à l’étranger, la sécurité des citoyens ou des fonctionnaires fédéraux canadiens ou à mettre en danger des biens fédéraux situés à l’étranger.

«défense du Canada ou d’États alliés ou associés avec le Canada» Sont assimilés à la défense du Canada ou d’États alliés ou associés avec le Canada les efforts déployés par le Canada et des États étrangers pour détecter, prévenir ou réprimer les activités entreprises

par des États étrangers en vue d'une attaque réelle ou éventuelle ou de la perpétration d'autres actes d'agression contre le Canada ou des États alliés ou associés avec le Canada.

¹ House of Commons. *Minutes of Proceedings and Evidence* of the Standing Committee on Justice and Legal Affairs, No. 94 (8 June 1982), at p. 93.

² *R. v. Durette*, [1994] 1 S.C.R. 469.

³ Australia. Parliamentary Joint Committee on the Australian Security Intelligence Organization. *ASIO and the Archives Act: The Effect on ASIO of the Operation of the Access Provisions of the Archives Act* (April 1992) (hereinafter the Report), at pp. 23-24.

⁴ *Ibid.*, at p. 25.

⁵ House of Commons. Standing Committee on Justice and Solicitor General on the Review of the Access to Information Act and the Privacy Act. *Report: Open and Shut: Enhancing the Right to Know and the Right to Privacy* (March 1987), at p. 21.

¹ Chambre des communes. *Procès-verbaux et témoignages* du Comité permanent de la Justice et des questions juridiques, n° 94 (8 juin 1982), à la p. 93.

² *R. c. Durette*, [1994] 1 R.C.S. 469.

³ Australie. Parliamentary Joint Committee on the Australian Security Intelligence Organization. *ASIO and the Archives Act: The Effect on ASIO of the Operation of the Access Provisions of the Archives Act* (avril 1992) (ci-après le rapport), aux p. 23 et 24.

⁴ *Ibid.*, à la p. 25.

⁵ Chambre des communes. Comité permanent de la Justice et du Solliciteur général sur l'examen de la Loi sur l'accès à l'information et de la Loi sur la protection de renseignements personnels: *Rapport: Une question à deux volets: Comment améliorer le droit d'accès à l'information tout en renforçant les mesures de protection des renseignements personnels* (mars 1987), à la p. 21.