

RÉFÉRENCE : KITSON c. CANADA (MINISTRE DE LA DÉFENSE NATIONALE), 2009 CF 1000, [2010] 3 R.C.F. 440

T-680-08

T-680-08

2009 CF 1000

Neil Kitson (*demandeur*)

c.

Sa Majesté la reine du chef du Canada, représentée par le ministre de la Défense nationale et le ministre de la Justice et procureur général du Canada (*défendeurs*)

RÉPERTORIÉ : KITSON c. CANADA (*MINISTRE DE LA DÉFENSE NATIONALE*) (*C.F.*)

Cour fédérale, juge en chef Lutfy—Ottawa, 5 mars, Vancouver, 20 avril, par téléconférence, 2 septembre; Ottawa, 2 octobre 2009.

Accès à l'information — Contrôle judiciaire du pouvoir discrétionnaire exercé par le ministre de la Défense nationale en vertu de l'art. 15 de la Loi sur l'accès à l'information pour ne pas communiquer certains renseignements — Le demandeur avait sollicité des renseignements concernant des prisonniers qu'ont faits les Forces canadiennes en Afghanistan et avait reçu des documents expurgés — Les renseignements en cause comprenaient le nom et l'état physique des détenus, le lieu, la date et l'heure de la capture, les circonstances entourant la capture et la nature des opérations — Les documents étaient visés par l'exemption de l'art. 15 — La communication des renseignements expurgés aurait pu causer un préjudice aux membres des Forces canadiennes et à d'autres personnes en Afghanistan et aurait vraisemblablement risqué de porter préjudice à la défense du Canada ou de ses alliés au sens de l'art. 15 — La décision de ne pas communiquer ces renseignements était raisonnable — Demande rejetée.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Libertés fondamentales — Réparation — Le ministre de la Défense nationale avait exercé son pouvoir discrétionnaire en vertu de l'art. 15 de la Loi sur l'accès à l'information (la Loi) pour supprimer les renseignements demandés — L'art. 52(2) de la Loi prévoit une audience à huis clos lorsque l'art. 15 est en jeu — Cependant, en l'espèce, il y avait eu contravention à l'art. 52(2), l'audience n'ayant pas eu lieu à huis clos — Dans Ruby c. Canada (Solliciteur général), la Cour suprême du Canada avait clairement précisé, dans le cadre de l'examen de l'art. 51(2) de la Loi sur la protection des renseignements personnels, dont le libellé est identique à celui de l'art. 52(2), qu'il n'est pas loisible au juge de tenir une audience qui contrevient directement à une exigence impérative, à moins que celle-ci ne soit jugée inconstitutionnelle et qu'on lui donne une interprétation atténuante — Les art. 52(2) et 52(3) de la Loi portent atteinte aux droits et libertés que l'art. 2b) de la Charte canadienne des droits et libertés garantit au demandeur — La réparation convenable consistait à donner une interprétation atténuante de l'art. 52(2) de la Loi, de façon qu'ils ne s'applique qu'aux audiences ex parte prescrites par l'art. 52(3).

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 1, 2b).

Loi sur la protection des renseignements personnels, L.R.C. (1985), ch. P-21, art. 51(2).

Loi sur l'accès à l'information, L.R.C. (1985), ch. A-1, art. 14, 15, 16(1c),d), 18d) (mod. par L.C. 2006, ch. 9, art. 146), 25, 41, 48, 49, 50, 52 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 112).

Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14), 57 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 19; 2002, ch. 8, art. 54).

Règles des Cours fédérales, DORS/98-106, règles 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2), 359.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISION APPLIQUÉE :

Ruby c. Canada (Solliciteur général), 2002 CSC 75, [2002] 4 R.C.S. 3.

DÉCISION EXAMINÉE :

3430901 Canada Inc. c. Canada (Ministre de l'Industrie), 2001 CAF 254, [2001] 1 C.F. 421.

DÉCISIONS CITÉES :

Hunter c. Canada (Ministère des Consommateurs et des Sociétés), [1991] 3 C.F. 186 (C.A.); *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339.

DEMANDE de contrôle judiciaire du pouvoir discrétionnaire exercé par le ministère de la Défense nationale en vertu du paragraphe 15(1) de la *Loi sur l'accès à l'information* pour ne pas communiquer certains renseignements demandés en application de cette loi. Demande rejetée.

ONT COMPARU

Neil Kitson pour son propre compte.

Erin M. Tully pour les défendeurs.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Le sous-procureur général du Canada pour les défendeurs.

Ce qui suit est la version française des motifs du jugement et du jugement rendus par

[1] LE JUGE EN CHEF LUTFY : Il était raisonnable de rejeter la demande d'accès à l'information du demandeur. Les présents motifs exposent également les raisons pour lesquelles certaines formalités exigées par la *Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), ch. A-1 (la Loi), portent atteinte de manière injustifiée au principe de la publicité des débats judiciaires.

Le contexte

[2] En décembre 2006, le demandeur a présenté, en vertu de la Loi, une demande au ministère de la Défense nationale (la Défense nationale) pour obtenir des renseignements concernant le nombre de prisonniers qu'ont faits les troupes canadiennes en Afghanistan, l'endroit où ils ont été amenés après leur capture et l'endroit où ils se trouvent actuellement. Il est admis que les renseignements demandés visent le mois de septembre 2006, durant l'opération Medusa.

[3] En septembre 2007, en réponse à sa demande, le demandeur recevait 73 feuilles expurgées. Les suppressions ont été faites en vertu de l'article 15 de la Loi. D'autres suppressions concernant des renseignements personnels n'intéressent pas le demandeur.

[4] En mars 2008, par suite d'une plainte que le demandeur a déposée au sujet des suppressions, le Commissariat à l'information du Canada a conclu que [TRADUCTION] « les renseignements, qui continuent à être refusés en vertu du paragraphe 15(1), s'ils étaient communiqués, risqueraient vraisemblablement de porter

préjudice à la défense du Canada ou de ses alliés ». Par conséquent, le Commissariat a décidé que la disposition d'exemption était invoquée à juste titre.

[5] Le demandeur a ensuite introduit la présente demande de contrôle judiciaire du pouvoir discrétionnaire exercé par la Défense nationale concernant les suppressions qu'elle a faites en vertu de l'article 15 de la Loi (les renseignements en cause).

Le principe de la publicité des débats judiciaires : l'interprétation atténuante du paragraphe 52(2)

[6] Les instances judiciaires sont présumées faire l'objet d'audiences publiques. Ce principe de la publicité des débats judiciaires s'applique également aux contrôles judiciaires à la Cour fédérale concernant les refus de communiquer des renseignements demandés en vertu de la Loi. Voir, à titre d'exemple, l'arrêt *Hunter c. Canada (Ministère des Consommateurs et des Sociétés)*, [1991] 3 C.F. 186 (C.A.), aux pages 202 et 210 à 212.

[7] Lorsque l'exemption de l'article 15 est en jeu, comme dans la présente instance, le paragraphe 52(2) prévoit que l'audience doit se tenir à huis clos et, à la demande de l'institution fédérale, doit avoir lieu dans la région de la capitale nationale.

[8] Le paragraphe 52(3) confère à l'institution fédérale le droit de présenter des arguments en l'absence de la partie du secteur privé.

[9] Les paragraphes 52(2) et (3) se lisent comme suit :

52. (1) [...]

(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.

[10] Le 5 mars 2008, en vertu des paragraphes 52(2) et (3), on a tenu une audience à huis clos, en l'absence du demandeur, pour examiner les affidavits confidentiels des défendeurs, lesquels affidavits avaient été déposés à l'appui de la non-communication des renseignements supprimés. L'audience à huis clos a eu lieu dans la région de la capitale nationale, à la demande de l'avocate de la Défense nationale.

[11] Au cours de cette audience, la Cour a interrogé les déposants pour déterminer quelles parties des documents des défendeurs pouvaient être communiquées au demandeur et pour vérifier le bien-fondé de la décision des défendeurs de ne pas communiquer les renseignements en cause.

[12] Par suite de l'audience à huis clos, les défendeurs ont accepté de signifier au demandeur des parties importantes de leurs affidavits et de leur mémoire du droit, lesquels avaient d'abord été déposés à titre confidentiel. Ces documents n'avaient pas été transmis au demandeur auparavant.

[13] Une des deux personnes qui ont déposé pour le compte des défendeurs était une directrice adjointe à la Défense nationale, chargée de répondre aux demandes d'accès à l'information. On a transmis au demandeur la totalité de son affidavit, à l'exception du seul paragraphe par lequel les renseignements supprimés avaient été versés au dossier de la Cour : [TRADUCTION] « 13. Une copie des documents en cause dans la présente demande, déposés à titre confidentiel, conformément à l'ordonnance du 12 novembre 2008 rendue par le notaire Roger R. Lafrenière, est jointe au présent affidavit en tant que pièce A. »

[14] De même, huit des treize paragraphes de l'affidavit présenté par le déposant au nom de l'Équipe de soutien à l'information de l'État-major interarmées stratégique au Quartier général de la Défense nationale (le second affidavit) ont été signifiés au demandeur après l'audience à huis clos. La Cour est convaincue qu'il convenait de déposer les cinq paragraphes restants sans les communiquer au demandeur.

[15] De plus, les défendeurs ont accepté de signifier au demandeur leur mémoire des faits et du droit, à l'exception des cinq paragraphes qui correspondent aux parties confidentielles du second affidavit.

[16] En somme, avant l'audience du 20 avril 2009, le demandeur avait reçu une bonne partie des documents qui avaient initialement été déposés lors de l'audience à huis clos, à l'exception des renseignements supprimés en cause et des quelques paragraphes susmentionnés. Les renseignements communiqués au demandeur ont été déposés dans le dossier de la Cour.

[17] L'objet de l'audience du 20 avril 2009 était de recevoir les observations orales des deux parties. Elle s'est tenue à Vancouver, en Colombie-Britannique, où le demandeur réside. Aucune demande de huis clos ne fut formulée. La Cour n'a pas non plus ordonné le huis clos. Aucune mention des renseignements en cause n'a été faite durant l'audience publique.

[18] Le libellé du paragraphe 52(2) de la Loi est identique, à l'exception de sa numérotation, au paragraphe 51(2) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. (1985), ch. P-21.

[19] La Cour suprême du Canada a examiné le paragraphe 51(2) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* dans l'arrêt *Ruby c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 75, [2002] 4 R.C.S. 3, dans lequel elle a clairement précisé, au paragraphe 58, qu'il n'est pas « loisible au tribunal de tenir une audience publique et, de ce fait, de contrevenir directement à la loi [...] À moins que la disposition créant l'exigence impérative ne soit jugée inconstitutionnelle et que, à titre de réparation d'ordre constitutionnel, on ne lui donne une interprétation "atténuante", elle ne saurait être interprétée d'une manière permettant de faire abstraction de son caractère impératif. »

[20] Ce n'est qu'après l'audience du 20 avril 2009, pendant que l'affaire était en délibéré, qu'il est devenu évident pour le soussigné que le fait pour la Cour d'encourager le recours au principe de la publicité des débats en justice n'était pas compatible avec les dispositions obligatoires du paragraphe 52(2) [de la Loi], suivant l'interprétation qui leur a été donnée dans l'arrêt *Ruby*. Selon cet arrêt, l'audience du 20 avril 2009 aurait dû se dérouler à huis clos, bien que le demandeur ait été présent et qu'on n'ait pas mentionné les renseignements en cause.

[21] La Cour a alors communiqué avec les parties afin de déterminer la meilleure façon de résoudre cette erreur procédurale. La préoccupation des défendeurs, si j'ai bien compris leur première réaction, était qu'une tentative de corriger rétroactivement la situation n'aurait qu'une valeur incidente. Il valait mieux, à mon avis, examiner maintenant la légalité de l'article 52 [paragraphe 52(1) (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 112)] de la Loi, compte tenu des circonstances exceptionnelles de l'arrêt *Ruby*, qui a résolu la question à l'égard de dispositions identiques.

[22] Le demandeur a accepté de signifier et déposer, en vertu de l'article 57 [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 19; 2002, ch. 8, art. 54] de la *Loi sur les Cours fédérales* [L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod., *idem*, art. 14)], un avis d'une question constitutionnelle selon lequel il avait l'intention de contester la validité constitutionnelle du paragraphe 52(2) de la *Loi sur l'accès à l'information*. Il l'a fait. Par la suite, les parties ont déposé leur mémoire du droit examinant la question constitutionnelle. La Cour a renoncé à l'exigence du dépôt d'un avis de requête en vertu de la règle 359 [des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, règle (mod. par DORS/2004-283, art. 2)].

[23] Dans l'arrêt *Ruby*, la Cour suprême du Canada a donné une interprétation atténuante au paragraphe 51(2) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* pour le rendre compatible avec le principe de la publicité des débats en justice (aux paragraphes 59 et 60) :

[...] la rigueur excessive de l'obligation que l'audition du recours en révision prévu à l'art. 41 et de tout appel s'y rapportant ait entièrement lieu à huis clos [...] le par. 51(2) a une portée excessive en ce qu'il exclut le public de l'audience, même en l'absence de crainte justifiant une telle dérogation au principe général de la publicité des débats en justice.

[...]

La réparation convenable consiste donc à donner une interprétation atténuante du par. 51(2), de façon qu'il ne s'applique qu'aux audiences *ex parte* prescrites par le par. 51(3). Le tribunal saisi d'un recours en révision dispose, aux termes de l'art. 46, du pouvoir discrétionnaire de poursuivre tout ou partie du reste de l'audition en audience publique, à huis clos ou encore à huis clos et en l'absence d'une partie.

[24] Les parties reconnaissent que le libellé du paragraphe 51(2) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* est identique à celui du paragraphe 52(2) de la *Loi sur l'accès à l'information*. Aucune autre disposition de la Loi ne la distingue de la situation juridique examinée dans l'arrêt *Ruby*.

[25] Par conséquent, la réparation convenable en l'espèce consiste à donner une interprétation atténuante du paragraphe 52(2) de la *Loi sur l'accès à l'information*, de façon qu'il ne s'applique qu'aux audiences *ex parte* prescrites par le paragraphe 52(3).

[26] De même, bien que la question n'ait pas été abordée dans l'arrêt *Ruby*, je suis convaincu que le paragraphe 52(2) de la Loi devrait recevoir une interprétation atténuante pour ne s'appliquer qu'aux audiences *ex parte* prescrites par le paragraphe 52(3). Cette interprétation atténuante ne vise pas à porter atteinte, de quelque manière que ce soit, au droit du responsable de l'institution fédérale de demander que les audiences *ex parte* aient lieu dans la région de la capitale nationale.

Analyse

[27] Selon le paragraphe 15(1) de la Loi, la Défense nationale avait le pouvoir discrétionnaire de rejeter la demande du demandeur visant à obtenir «des renseignements dont la divulgation risquerait vraisemblablement de porter préjudice 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 ».

[28] En l'espèce, les renseignements en cause se trouvent dans les rapports d'incident d'importance (les RII) des Forces canadiennes (les FC) produits par les unités et les éléments des FC déployés en Afghanistan entre le 4 juillet et le 17 novembre 2006.

[29] L'objet des RII est de communiquer des renseignements concernant les incidents d'importance d'un bout à l'autre de la chaîne de commandement des FC jusqu'au Chef d'état-major de la Défense et au sous-ministre de la Défense nationale.

[30] Concernant les renseignements relatifs à la détention de ressortissants afghans, c'est-à-dire la question qui intéresse le demandeur, les défendeurs font valoir que les RII incluent les renseignements tactiques suivants :

- le nom du détenu et son numéro d'identification temporaire;
- le nom de l'opération et sa cryptanalyse;

- le lieu, la date et l'heure de la capture;
- la description des circonstances entourant la capture;
- l'état physique du détenu;
- l'endroit où se trouve le détenu au moment de l'établissement du rapport;
- l'intention initiale au sujet du détenu;
- le statut des détenus toutes les 24 heures ou à la suite de leur mise en liberté ou de leur transfert.

[31] Dans la présente instance, qui a été instituée en vertu de l'article 41 de la Loi, les défendeurs ont la charge d'établir le bien-fondé du refus de la Défense nationale de communiquer les renseignements en cause (article 48).

[32] Les articles 49 et 50 sont les deux dispositions de la Loi qui intéressent la norme de contrôle que la Cour fédérale doit appliquer dans les instances contestant le refus des institutions fédérales de communiquer les renseignements demandés.

[33] La norme de contrôle pour la plupart des litiges en matière d'accès à l'information est régie par l'article 49 :

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

[34] Une des décisions de principe interprétant l'article 49 est l'arrêt *3430901 Canada Inc. c. Canada (Ministre de l'Industrie)*, 2001 CAF 254, [2002] 1 C.F. 421, dans lequel le juge Evans de la Cour d'appel fédérale a établi, au paragraphe 47, une norme de contrôle à deux volets :

Lorsqu'elle examine le refus du responsable d'une institution fédérale de communiquer un document, la Cour doit déterminer, en appliquant la norme de la décision correcte, si le document demandé est visé par une exception. Toutefois, lorsque la Loi confère au responsable d'une institution fédérale le pouvoir discrétionnaire de refuser de communiquer un document visé par une exception, la légalité de l'exercice de ce pouvoir doit faire l'objet d'un examen s'appuyant sur les motifs qui permettent normalement, en droit administratif, de revoir l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire administratif, notamment le caractère déraisonnable.

[35] L'article 50 énonce une norme de contrôle spécifique pour quatre exemptions axées sur le préjudice, lesquelles concernent les affaires fédéro-provinciales (article 14), les affaires internationales et la défense du Canada (article 15), le déroulement d'enquêtes licites (alinéas 16(1)c) et d)) et les intérêts financiers d'une institution fédérale ou la capacité du Canada à gérer son économie (alinéa 18d) [mod. par L.C. 2006, ch. 9, art. 146]). Je le répète; l'article 15 est l'exemption en jeu en l'espèce.

[36] Selon l'article 50, la Cour fédérale doit, « si elle conclut que le refus n'était pas fondé sur des motifs raisonnables », ordonner la communication des renseignements en cause lorsque l'exemption de l'article 15 est celle invoquée par l'institution fédérale. La disposition prévoit ce qui suit :

50. Dans les cas où le refus de communication totale ou partielle du document s'appuyait sur les articles 14 ou 15 ou sur les alinéas 16(1)c) ou d) ou 18d), la Cour, si elle conclut que le refus n'était pas fondé sur des motifs raisonnables, ordonne, aux conditions qu'elle juge indiquées, au responsable de l'institution fédérale dont relève le document en litige

d'en donner communication totale ou partielle à la personne qui avait fait la demande; la Cour rend une autre ordonnance si elle l'estime indiqué. [Non souligné dans l'original.]

[37] Le libellé de cette disposition prescrit une norme de la raisonnable. Le résultat serait le même si on pensait qu'une analyse contextuelle additionnelle serait nécessaire pour appuyer ce qu'impose l'article 50 : *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339, aux paragraphes 18 et 19.

[38] Après l'examen des renseignements en cause et l'audience *ex parte* tenue le 5 mars 2009, je ne doute aucunement que les documents désignés par la Défense nationale sont visés par l'exemption de l'article 15.

[39] De même, je conclus que les renseignements en cause font partie de ceux dont il est question au paragraphe 30 des présents motifs, y compris la nature des opérations ainsi que le lieu, la date, l'heure et d'autres circonstances entourant la capture des détenus. Selon le dossier dont je dispose, je suis convaincu que la communication de ces renseignements en 2007 aurait pu aider l'ennemi des FC en Afghanistan, aurait pu causer un préjudice aux membres des FC et à d'autres personnes dans ce pays et aurait vraisemblablement risqué de porter préjudice à la défense du Canada ou de ses alliés au sens de l'article 15 de la Loi. La décision que la Défense nationale a rendue en 2007 de ne pas communiquer ces renseignements était fondée sur des motifs raisonnables. Enfin, il n'y a pas d'autres renseignements en cause qui auraient pu être prélevés sans poser de problèmes sérieux au sens de l'article 25 de la Loi.

[40] Il se peut que le résultat eût été différent si la demande avait été faite quelque temps après que les FC eurent quitté l'Afghanistan. Toutefois, cette décision n'est pas de celles qui peuvent être rendues aujourd'hui.

[41] La présente demande de contrôle judiciaire sera rejetée. La Cour tient à féliciter les défendeurs pour ne pas avoir demandé de dépens dans les circonstances de la présente instance. La Cour est reconnaissante pour la coopération que lui ont apportée les deux parties.

JUGEMENT

LA COUR STATUE :

1. Le paragraphe 52(2) ainsi que le paragraphe 52(3) de la *Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), ch. A-1, portent-ils atteinte aux droits et libertés que l'alinéa 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* [qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]] garantit au demandeur?

Réponse : Oui.

2. Si la réponse à la première question est affirmative, le paragraphe 52(2) ainsi que le paragraphe 52(3) de la *Loi sur l'accès à l'information* constituent-ils des limites raisonnables prescrites par une règle de droit, dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Non. Le paragraphe 52(2) fait l'objet d'une interprétation atténuante de façon qu'il ne s'applique qu'au paragraphe (3).

3. La demande de contrôle judiciaire est rejetée sans frais.