

Cour fédérale



Federal Court

Date : 20100420

Dossier : T-143-09

Référence : 2010 CF 429

Ottawa (Ontario), le 20 avril 2010

En présence de Monsieur le juge Harrington

ENTRE :

**LE COMMISSAIRE À LA PROTECTION
DE LA VIE PRIVÉE DU CANADA**

demandeur

et

AIR CANADA

défenderesse

MOTIFS DE L'ORDONNANCE ET ORDONNANCE

[1] Un incident s'est produit sur un vol d'Air Canada Jazz, qui a conduit à une très longue correspondance entre le passager concerné et Air Canada, le passager exigeant finalement du transporteur qu'il lui remette son dossier de renseignements personnels. Air Canada a refusé, en invoquant un privilège. Le passager s'est plaint auprès de la Commissaire à la protection de la vie privée, mais Air Canada a maintenu la même position devant la Commissaire. La Commissaire a alors demandé à la Cour d'entendre l'affaire, en application de l'article 15 de la *Loi sur la*

protection des renseignements personnels et les documents électroniques, qui sera désignée ici par son acronyme, LPRPDE. Hormis d'autres redressements, la Commissaire demande à la Cour de statuer sur la validité du privilège allégué par Air Canada.

[2] La LPRPDE a pour objet d'établir des règles régissant la collecte, l'utilisation et la divulgation des renseignements personnels. Elle s'applique aux entreprises soumises à la compétence fédérale, par exemple les compagnies aériennes.

[3] Toute personne a le droit, sans devoir se justifier, d'accéder aux renseignements personnels la concernant qui sont détenus par une telle organisation et, le cas échéant, de demander la rectification des erreurs qu'ils contiennent.

[4] Il y a quelques exceptions, l'une d'elles étant le cas où « les renseignements sont protégés par le secret professionnel liant l'avocat à son client », ainsi que le prévoit l'alinéa 9(3)a), ou « par le secret professionnel ou dans le cours d'une procédure de nature judiciaire », selon les mots employés dans la section 4.9 de l'Annexe des Principes.

LE VOL AC8193 D'AIR CANADA JAZZ

[5] Durant le vol d'Air Canada Jazz qui reliait Kamloops à Vancouver le 26 mai 2005, M. Juergen Dankwort et un autre passager étaient observés par l'agent de bord, M. Rene Wong, alors qu'ils consommaient de la bière qu'il ne leur avait pas servie. La consommation d'alcool à bord qui n'a pas été servie par l'exploitant de l'aéronef est interdite par le *Règlement de l'aviation*

canadien, DORS/96-433. M. Wong a appelé l'attention des deux passagers sur ce fait. L'un d'eux a rendu sa bière et l'affaire en est restée là. M. Dankwort a lui aussi rendu sa bière, mais une altercation s'en est suivie. M. Dankwort et M. Wong admettent qu'une extrême brusquerie a été affichée. Chacun cependant affirme qu'il a été extrêmement poli, blâmant l'autre. Chacun a menacé de déposer une plainte, et c'est ce que chacun a fait.

[6] M. Wong a informé le pilote de la situation, ce qui a eu pour résultat que, à l'arrivée à Vancouver, M. Dankwort fut accueilli non seulement par un représentant d'Air Canada, mais également par plusieurs agents de la GRC. Après quelques explications, il a pu s'en aller. Il n'a pas été détenu, et aucune charge n'a été portée contre lui. Air Canada ne l'a pas inscrit sur une liste de passagers indésirables et n'a pas communiqué ni utilisé les renseignements contenus dans son dossier.

[7] Dès le lendemain, M. Dankwort a écrit au président d'Air Canada pour se plaindre du [TRADUCTION] « comportement injustifié et agressif » de M. Wong. À l'atterrissage, il avait été interrogé par des agents de la GRC [TRADUCTION] « d'une manière très désagréable, et devant tous les passagers qui quittaient l'appareil ». Selon M. Dankwort, [TRADUCTION] « la conduite de M. Wong était hostile et contraire au code de sa profession. Il a abusé de son pouvoir. J'ai été soumis de sa part à des menaces verbales, et faussement accusé de causer du désordre ». La lettre se terminait par cette observation lourde de menaces :

[TRADUCTION] Je tiens Air Canada pour responsable des actes répréhensibles de son employé, qui m'ont causé une grande détresse personnelle, y compris de l'embarras, sans compter l'intervention de

la police et le retard que j'ai subi. J'attends votre réponse sur la manière dont vous proposez de réparer cette faute [...]

[8] Au cours des 22 mois suivants, Air Canada a repoussé la plainte de M. Dankwort, faisant peu de cas de ses menaces de poursuites. La compagnie a retenu la version des événements donnée par M. Wong, qui, disait-elle, était confirmée par un témoin indépendant, une autre passagère.

[9] Pendant ce temps, M. Dankwort s'est plaint également auprès de l'Office des transports du Canada que M. Wong, qui à sa surprise était soutenu par Air Canada, l'avait accusé fausement. L'OTC s'est déclaré incompetent au motif que la plainte se rapportait au niveau de service, ce qui relevait de la direction de la compagnie aérienne.

LA COMMISSAIRE À LA PROTECTION DE LA VIE PRIVÉE

[10] La Commissaire à la protection de la vie privée a été mêlée à l'affaire après que M. Dankwort eut appelé son attention sur le fait qu'Air Canada refusait de lui communiquer le dossier le concernant afin qu'il puisse l'examiner. Devant le même refus, motivé par le prétendu privilège invoqué par Air Canada, elle a prié Air Canada de déposer un affidavit qui indiquerait d'une manière très détaillée les documents à propos desquels le privilège était invoqué et qui énoncerait clairement pourquoi il était invoqué. La compagnie a refusé, ajoutant qu'elle avait déjà communiqué à la Commissaire suffisamment de détails dans la correspondance qu'elles avaient échangée.

[11] La Commissaire à la protection de la vie privée a rédigé un rapport préliminaire déplorant la position d'Air Canada. Ces rapports préliminaires ont parfois pour effet de mettre fin à une impasse. Cependant, il n'en a rien été dans la présente affaire. Dans son rapport final, la Commissaire écrivait qu'elle avait recommandé dans son rapport préliminaire qu'Air Canada communique les documents que demandait M. Dankwort, et elle concluait ainsi : [TRADUCTION] « Je suis déçue de la manière dont Air Canada a traité la question des documents qui sont demandés. La plainte est donc fondée. Nous pousserons plus loin l'affaire conformément aux pouvoirs qui nous sont conférés par la Loi ».

[12] Dans son avis de demande déposé à la Cour, la Commissaire sollicite :

- a. un jugement déclaratoire disant qu'elle avait le droit d'obliger Air Canada à produire une preuve par affidavit au soutien du privilège allégué par la compagnie;
- b. une ordonnance validant ou niant l'affirmation d'Air Canada selon laquelle les documents sont protégés;
- c. une ordonnance obligeant Air Canada à donner à M. Dankwort l'accès à tous les documents dont la communication lui est illégalement refusée;
- d. une réparation du dommage subi par M. Dankwort.

L'AFFIDAVIT REQUIS

[13] En réponse à la demande de la Commissaire adressée à la Cour, Air Canada a produit une preuve par affidavit, sur laquelle ses représentants ont été contre-interrogés, et a fait délivrer à la Cour, sous scellés, les documents pour lesquels elle allègue un privilège.

[14] Il a été jugé par la Cour suprême du Canada, dans l'arrêt *Canada (Commissaire à la protection de la vie privée) c. Blood Tribe Department of Health*, 2008 CSC 44, [2008] 2 R.C.S. 574, que la Commissaire à la protection de la vie privée n'a pas compétence, lorsqu'elle applique la LPRPDE, pour statuer sur une allégation de privilège et qu'elle n'a donc pas le droit d'inspecter les documents soumis à ce privilège. L'article 12 donne à la Commissaire de larges pouvoirs et, dans la conduite d'une enquête, elle peut contraindre toute personne à comparaître et à témoigner sous serment, oralement ou par écrit. Il s'ensuit, d'affirmer la Commissaire, qu'elle avait le droit d'obliger Air Canada à justifier, par un affidavit détaillé, le privilège allégué par le transporteur.

[15] Je ne partage pas cet avis. Il incombe certes à Air Canada de justifier le privilège qu'elle allègue, mais c'est la Cour, et non la Commissaire à la protection de la vie privée, qui en décide. Air Canada aurait pu refuser sans donner le moindre détail. Il aurait alors fallu que la Commissaire s'adresse à la Cour pour exercer l'un des nombreux recours qui lui sont ouverts. Dans un tel cas, même s'il se trouvait que le refus d'Air Canada n'était pas arbitraire et que les documents étaient protégés, Air Canada risquerait d'être condamnée à des dépens considérables pour avoir fait perdre du temps à la Cour.

[16] En l'espèce, à mon avis, Air Canada a fourni suffisamment de détails. Je me réfère à un arrêt de madame la juge Sharlow, *Blank c. Canada (Ministre de l'Environnement)*, 2001 CAF 374, 281 N.R. 388, où elle s'exprimait ainsi au nom de la Cour d'appel fédérale, au paragraphe 17 :

Les revendications du secret professionnel de l'avocat sont en général traitées comme elles l'ont été en l'espèce, c'est-à-dire qu'on

fournit à la partie qui le conteste des détails au sujet des documents plutôt que de lui donner accès aux documents eux-mêmes. Il s'ensuit que les documents sont examinés en détail par la Cour seulement. En première instance, la partie qui conteste ne peut faire autrement que de se fier au juge ou, comme ce fut le cas en l'espèce, de former un appel sans être en mesure de préciser les erreurs qui ont pu être commises. La Cour d'appel est alors forcée de reprendre l'examen du juge de première instance et de décider par elle-même si le privilège s'applique. Il n'existe aucune autre procédure qui puisse assurer un examen raisonnable du privilège du secret professionnel sans le réduire à néant. Il n'y a pas de raison de s'éloigner de cette pratique en l'espèce.

[17] Naturellement, la Commissaire avait le droit d'informer Air Canada que, si le transporteur ne la persuadait pas que son allégation était fondée, elle s'adresserait à la Cour, ainsi qu'elle l'a fait. Cependant, puisqu'elle n'avait pas le pouvoir de rendre une décision, il s'ensuit qu'elle ne pouvait pas prescrire les mesures qu'Air Canada devait prendre pour la convaincre que les documents étaient véritablement protégés. Si la Commissaire avait été le décideur, elle aurait fort bien pu avoir le droit de prescrire ce que devait faire Air Canada. L'article 223 des *Règles des Cours fédérales* exige un affidavit de documents, contenant un exposé des motifs de chaque revendication de privilège de non-divulgence à l'égard d'un document. Cependant, dans un tel cas, c'est le tribunal lui-même, c'est-à-dire la Cour fédérale, qui décide si le privilège est valablement invoqué.

LES DOCUMENTS PROTÉGÉS

[18] Air Canada allègue un privilège sur cinq documents :

- a. le rapport initial et un rapport de suivi de l'agent de bord, M. Wong;
- b. un rapport du représentant du service à la clientèle qui a accueilli l'avion à son arrivée à Vancouver;

- c. un rapport du commandant de bord de l'aéronef; et finalement
- d. la déclaration d'une passagère qui avait été témoin de l'incident.

[19] Il y a deux thèmes sous-jacents. Le premier est qu'une compagnie aérienne doit être extrêmement attentive aux questions de sécurité. Ce thème est mis en relief dans les nombreux manuels d'instructions qui s'appliquaient au vol en question. Ayant qualifié de perturbateur le comportement de M. Dankwort, M. Wong était obligé de rédiger un rapport. L'autre thème est le fait que toute grande organisation au service du public va tôt ou tard recevoir des plaintes. Je ne suis pas saisi du bien-fondé de la plainte. Il reste qu'un incident qui se produit durant un vol pourra conduire la compagnie aérienne à engager diverses procédures contre le passager, ou inversement.

[20] M. Wong a rédigé son premier rapport sur le formulaire appelé « Compte rendu d'incident d'Air Canada Jazz ». Ce formulaire indique 24 genres possibles d'incidents, notamment turbulences, anomalies et détournement. L'un des 24 incidents est « Passager perturbateur ou en état d'ébriété ». C'est celui que M. Wong a encerclé sur le formulaire.

[21] Le formulaire demande une brève description de ce qui est arrivé, ainsi que de la mesure prise. Il ne prévoit que quelques lignes à cette fin. M. Wong y exposait sa version de l'incident et, fait révélateur, il donnait aussi le nom d'une passagère qui en avait été témoin. Ces rapports concernant un « passager perturbateur ou en état d'ébriété » ne sont pas envoyés directement au service du contentieux d'Air Canada, mais lui sont transmis automatiquement.

[22] Le second rapport a été rédigé par le directeur du Service à la clientèle d'Air Canada qui avait accueilli M. Dankwort à la porte d'embarquement après l'arrivée de l'avion à Vancouver. Ce document est source de confusion. Plus tard, le service du contentieux d'Air Canada lui avait demandé un rapport, mais il s'était limité à réexpédier un courriel antérieur qui avait été rédigé le jour de l'incident. Il est intitulé « Résumé du quart ». Dans le contexte d'échanges de courriels, ce pourrait fort bien être un document protégé, mais il a d'abord été établi comme document autonome, avant que n'intervienne le service du contentieux. Ces deux rapports avaient été rédigés avant la lettre de M. Dankwort du 27 mai 2005, adressée à Montey Brewer, PDG d'Air Canada, à son siège social de Montréal, avec copie au Service clientèle d'Air Canada à Calgary.

[23] Plusieurs services au sein d'Air Canada contiennent le mot « clientèle » à l'intérieur de leur désignation. Le sommaire des événements d'Air Canada est exposé dans un affidavit de Kim Swan, technicienne juridique. Elle appelle telle personne un directeur des relations avec la clientèle, tel service le Service clientèle et tel autre le Service de défense des droits de la clientèle. La seule distinction qui est à mon avis pertinente est celle entre les divers services dits « à la clientèle » d'une part et le Service du contentieux d'autre part.

[24] Dès réception de la lettre au siège d'Air Canada, le directeur des relations avec la clientèle a fait intervenir M^e Louise-Hélène Sénécal, directrice adjointe du contentieux, litiges civils. La copie de la lettre de M. Dankwort adressée au Service clientèle d'Air Canada a été reçue à Calgary le 3 juin 2005.

[25] Au cours des jours suivants, M^{me} Swan, technicienne juridique à Calgary, s'est jointe au Service de défense des droits de la clientèle, sous la supervision de M^e Sénécal.

[26] On a accusé réception de la lettre de M. Dankwort et on lui a promis qu'une enquête aurait lieu.

[27] L'enquête était suivie au quotidien par M^{me} Swan. La correspondance interne annexée à son affidavit confidentiel montre qu'Air Canada Jazz traitait l'affaire comme une menace de procès. Le Service de défense des droits de la clientèle a demandé un rapport au commandant de bord, ainsi qu'un rapport plus détaillé à M. Wong, pour acheminement à M^{me} Swan. Le rapport plus détaillé de M. Wong a été rédigé le 14 juin, et le Rapport d'incident aéronautique du commandant de bord l'a été le 16 juin. Le 5 juillet, le Service de défense des droits de la clientèle a écrit à M. Dankwort pour l'informer que, à son avis, M. Wong avait agi comme il le fallait. Cette lettre avait été approuvée par M^e Sénécal avant d'être envoyée.

[28] M. Dankwort a répondu en s'opposant à la position d'Air Canada. Il a écrit ce qui suit :

[TRADUCTION] Vous avez semble-t-il décidé d'accepter le récit des événements donné par votre employé, faisant ainsi peu de cas de ma plainte à propos de la conduite de M. Wong et de son faux rapport – un acte très grave, étant donné les impératifs de la sécurité aérienne et les responsabilités d'un agent de bord.

[29] On a alors communiqué avec la passagère qui avait été témoin de l'incident, et celle-ci a de son plein gré fait une déclaration qui appuyait entièrement la version de M. Wong.

QU'EST-CE QU'UN PRIVILÈGE JURIDIQUE?

[30] On peut toujours garder ses pensées pour soi. Cependant, si elles sont inscrites, même dans une note au dossier, que l'on considère personnelle, ou si l'on correspond avec quelqu'un d'autre oralement ou par écrit, alors, avec toutes les applications électroniques modernes dont on dispose, l'information pourrait devoir être communiquée, tout comme le document sur lequel elle apparaît.

[31] Le droit reconnaît que certains renseignements et certains documents doivent rester confidentiels. Les articles 37 à 39 de la *Loi sur la preuve au Canada* traite de l'intérêt public, de l'intérêt national et des documents confidentiels du Conseil privé de la Reine. Il suffit de consulter l'index de l'ouvrage de Hubbard, Magotiaux et Duncan, *The Law of Privilege in Canada*, (Aurora : Canada Law Book, 2006), pour avoir une idée de ce qui, en droit, devrait rester confidentiel, par exemple le privilège parlementaire, le privilège du conjoint, les communications religieuses, les communications entre médecin et patient et, dans le contexte du droit criminel, le privilège contre l'auto-incrimination. L'affaire dont je suis saisi concerne le privilège du secret professionnel et le privilège relatif au litige.

[32] Dans l'arrêt *Blank c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2006 CSC 39, [2006] 2 R.C.S. 319, la Cour suprême faisait la distinction entre le privilège du secret professionnel de l'avocat et le privilège relatif au litige, dans le contexte de la *Loi sur l'accès à l'information*. La principale différence entre le privilège du secret professionnel de l'avocat, parfois appelé privilège des consultations juridiques, et le privilège relatif au litige est que ce dernier, pour employer les mots de M. le juge Fish, « prend fin en même temps que le litige qui lui a donné lieu » (paragraphe 8). Le

privilège du secret professionnel de l'avocat, quant à lui, qui fait partie de notre droit depuis des siècles, « reconnaît que la force du système de justice dépend d'une communication complète, libre et franche entre ceux qui ont besoin de conseils juridiques et ceux qui sont les plus aptes à les fournir [...] Le rapport de confiance qui s'établit alors entre l'avocat et son client est une condition nécessaire et essentielle à l'administration efficace de la justice ». (paragraphe 26). Ce privilège ne perd pas son statut avec le passage du temps.

[33] Cependant, le privilège relatif au litige, qui disparaît avec le passage du temps, est de portée un peu plus large en ce sens qu'il peut englober les communications entre un avocat et des tiers. « Il a pour objet d'assurer l'efficacité du processus contradictoire et non de favoriser la relation entre l'avocat et son client [...] » (paragraphe 27).

[34] L'arrêt *Blank* concernait un privilège relatif au litige qui avait pris fin, en l'absence de procédures étroitement liées, lorsque le litige qui lui avait donné lieu s'était conclu. Dans la présente affaire, le témoignage d'une autre passagère présente sur le vol ne serait concerné que par le privilège relatif au litige. Les quatre autres documents en cause peuvent être concernés par les deux types de privilèges.

[35] Le privilège juridique existait bien avant la notion moderne de transparence supposée dont parlent la LPRPDE, la *Loi sur l'accès à l'information* et la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. Le privilège du secret professionnel de l'avocat et le privilège relatif au litige constituent une pierre angulaire de notre vie quotidienne régie par le principe de la suprématie du

droit. La nécessité de préserver le privilège a été maintes fois soulignée par la Cour suprême. Outre l'arrêt *Blank*, précité, les cas récents sont les suivants : *Smith c. Jones*, [1999] 1 R.C.S. 455; *Pritchard c. Ontario (Commission des droits de la personne)*, 2004 CSC 31, [2004] 1 R.C.S. 809; *Foster Wheeler Power Co. c. Société intermunicipale de gestion et d'élimination des déchets (SIGED) Inc.*, 2004 CSC 18, [2004] 1 R.C.S. 456; *Maranda c. Richer*, 2003 CSC 67, [2003] 3 R.C.S. 193; et *Lavallée, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 61, [2002] 3 R.C.S. 209.

[36] Il y a aussi une distinction fondamentale à faire entre les « renseignements » et les « documents ». La LPRPDE parle de « renseignements », mais il est clair que les renseignements que détient une organisation concernant une personne doivent se trouver sur un support permettant d'y accéder. C'est alors que nous parlons d'un « document ».

[37] La distinction selon moi entre un « document protégé » et un « renseignement protégé » a été établie, du moins dans la mesure où elle intéresse la Cour, par le président Jackett, dans l'arrêt *Susan Hosiery Ltd. c. Canada (Ministre du Revenu national – MRN)*, [1969] 2 C. de l'É. 27. Il y examinait le privilège du secret professionnel de l'avocat et ce qu'il appelait la règle du « dossier de l'avocat ». Il s'exprimait ainsi, au paragraphe 11 :

[TRADUCTION] Ce qui est protégé, ce sont d'une part les communications ou les documents de travail qui ont été établis en vue d'obtenir un avis juridique ou l'aide d'un avocat, et, d'autre part les pièces établies par l'avocat pour constituer un dossier en vue du procès. Les faits ou documents qui se trouvent à être reflétés dans ces communications ou pièces ne sont pas soustraits à une divulgation préalable.

LES DOCUMENTS SONT-ILS PROTÉGÉS?

[38] S'agissant maintenant du premier document, le « Compte rendu d'incident d'Air Canada Jazz » rédigé par M. Wong le jour du vol, la Commissaire à la protection de la vie privée, qui n'a pas vu les documents, affirme, se fondant sur le contexte, que ce document ne peut pas être protégé puisqu'il a été rédigé dans le cours ordinaire des affaires. Pour être protégée, la communication doit avoir été faite en vue d'un procès, elle doit avoir été faite dans le but principal d'obtenir un conseil juridique ou pour faciliter le déroulement de l'instance, et l'éventualité du procès doit être raisonnable (décision *Commercial Union Assurance Co. PLC c. M.T. Fishing Co.* (1999), 162 F.T.R. 74, confirmée : (1999), 244 N.R. 397 (C.A.F.)).

[39] Lorsque M. Wong a rédigé son rapport, il avait quelque raison de croire que M. Dankwort avait transgressé le *Règlement de l'aviation canadien*, dont les paragraphes 602.04(1) et (2) sont ainsi rédigés :

602.04 (1) Pour l'application du présent article, « boissons enivrantes » s'entend des boissons ayant une teneur en alcool de plus de 2,5 pour cent.

(2) Il est interdit à toute personne de consommer des boissons enivrantes à bord d'un aéronef à moins :

a) qu'elles ne lui aient été servies par l'utilisateur de l'aéronef;

602.04 (1) In this section, "intoxicating liquor" means a beverage that contains more than 2.5 per cent proof spirits.

(2) No person shall consume on board an aircraft an intoxicating liquor unless the intoxicating liquor

(a) has been served to that person by the operator of the aircraft; or

b) qu'elles ne lui aient été fournies par l'utilisateur de l'aéronef lorsqu'il n'y a pas d'agent de bord à bord.

(b) where no flight attendant is on board, has been provided by the operator of the aircraft.

[40] Les paragraphes 7.3(3) et (4) de la *Loi sur l'aéronautique* disposent que quiconque contrevient à un règlement pris sous son régime est coupable d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire et, si l'auteur de l'infraction est une personne physique, elle encourt une amende maximale de 5 000 \$.

[41] Il est révélateur que M. Wong ait donné le nom d'un témoin, car les manuels soulignent très clairement que, si Air Canada souhaite dans un cas donné encourager les autorités à déposer une accusation, le transporteur voudra savoir si une personne autre qu'un employé a été témoin de l'incident.

[42] M. Wong s'attendait raisonnablement aussi à ce qu'une plainte soit déposée contre lui. Le Manuel de formation initiale d' Air Canada Jazz prévoit que la direction du contentieux fournira conseils et soutien aux employés qui sont cités comme témoins. Si des procédures civiles ou criminelles sont engagées contre un employé, Air Canada Jazz assume entièrement sa défense.

[TRADUCTION] « S'il arrive que vous soyez mêlé à un incident impliquant un passager perturbateur, souvenez-vous que vous ne serez pas laissé à votre sort. Vous bénéficierez d'un soutien ».

[43] Je suis d'avis que le but principal du rapport initial de M. Wong était d'exposer les faits qui allaient permettre au service du contentieux d' Air Canada de dire au transporteur s'il devrait ou non

poursuivre M. Dankwort, et le rapport initial devait aussi d'un autre côté permettre au service du contentieux d'évaluer la responsabilité éventuelle de M. Wong et de son employeur. Ce rapport bénéficie à la fois du privilège du secret professionnel de l'avocat et du privilège relatif au litige.

[44] Il en va un peu différemment pour le deuxième rapport, celui du représentant d'Air Canada qui a accueilli le vol à Vancouver, Mark Shankland. Il s'agit d'un compte rendu ordinaire de fin de quart de travail, qu'il avait rédigé après que lui-même et les agents de la GRC s'étaient entretenus avec M. Dankwort. Il était clair qu'aucune accusation n'allait être portée contre M. Dankwort, qui n'avait montré aucune hostilité envers M. Shankland. Un rapport ultérieur a été demandé quelque temps plus tard au nom du service du contentieux, mais cela ne change pas la qualification du compte rendu, dont le but principal n'était pas le privilège du secret professionnel de l'avocat ni le privilège relatif au litige. Le rapport de M. Shankland devrait être communiqué. Je suis conscient cependant que, s'il n'avait été produit qu'au moment où le service du contentieux en avait fait la demande, alors il aurait été protégé. Il n'y a eu selon moi aucune mauvaise foi de la part d'Air Canada.

[45] Le deuxième rapport de M. Wong et le rapport du commandant de bord sont manifestement la suite logique de la réclamation de M. Dankwort. La réponse d'Air Canada était coordonnée par son service du contentieux. Les deux documents sont visés à la fois par le privilège du secret professionnel de l'avocat et par le privilège relatif au litige.

[46] Le dernier document, à savoir la déclaration d'une passagère qui avait été le témoin des échanges entre M. Dankwort et M. Wong, n'est soumis qu'au privilège relatif au litige. La Commissaire à la protection de la vie privée fait valoir que le délai de prescription de deux ans applicable en Colombie-Britannique est arrivé à son terme et que, par conséquent, en accord avec l'arrêt *Blank*, ce privilège, dans la mesure où il a pu exister, est expiré. Elle fait aussi observer cependant qu'il faut montrer un minimum de discernement afin de protéger le droit du témoin à la protection de ses renseignements personnels.

[47] Étant donné que M. Dankwort soutenait avoir été diffamé par M. Wong, et vu que la version des événements donnée par M. Wong est pleinement confirmée par la passagère, peut-être envisagerait-il de la poursuivre. Il est trop simpliste de dire qu'il existe un délai de prescription de deux ans. Une autre question concerne la date à laquelle ce délai a commencé à courir. S'agissant de la passagère, ce qu'elle a dit n'a pas encore été « communiqué » à M. Dankwort. Par conséquent, je suis d'avis que la déclaration du témoin bénéficie encore du privilège relatif au litige.

LES CONCLUSIONS DE LA COMMISSAIRE À LA PROTECTION DE LA VIE PRIVÉE

[48] Les précédents cités par la Commissaire circonscrivent les limites du privilège. Hormis le critère du but principal, un document qui par ailleurs ne serait pas protégé ne bénéficie pas de la patine du privilège du seul fait qu'il a été transmis à un avocat. Pareillement, les communications échangées avec un avocat interne, qu'il s'agisse d'un avocat oeuvrant dans un organisme privé ou au sein du gouvernement, ne sont pas toutes nécessairement protégées.

[49] La Commissaire souligne que M^{me} Swan, la technicienne juridique d'Air Canada qui s'est chargée d'une bonne partie du travail quotidien dans cette affaire, n'avait pas de permis d'exercice. Il reste qu'elle travaillait sous la surveillance générale de M^c Sénécal. Ainsi que l'écrivait la Cour suprême dans l'arrêt *Descôteaux c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860, à la page 873 :

Consulter un conseiller juridique inclut la consultation de ceux qui l'assistent de façon professionnelle (v.g. sa secrétaire, son stagiaire) et qui ont eu comme tel accès aux communications faites par le client dans le but d'obtenir un avis juridique.

[50] La Commissaire a avancé deux autres arguments qui méritent d'être mentionnés. Le premier était que, pour qu'un document soit protégé, il faut que, au moment de son établissement, le contexte ait conduit une personne raisonnable, en possession de toute l'information utile, à conclure qu'il était peu probable que la réclamation soit résolue sans un recours à la justice. Ainsi, un rapport d'enquête ne sera pas nécessairement protégé. L'autre argument est que, en évoquant son enquête dans sa correspondance échangée avec M. Dankwort, Air Canada a renoncé au privilège.

[51] Au soutien de son premier argument, la Commissaire invoque un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, *Hamalainen (Committee of) c. Sippola*, [1992] 2 W.W.R. 132, 62 B.C.L.R. (2d) 254. Il s'agissait d'une affaire d'assurance. La Cour d'appel de la C.-B. a jugé que, pour savoir si un document bénéficiait du privilège, il fallait répondre à deux questions factuelles. L'une était de savoir si le litige était une éventualité raisonnable à l'époque où le document avait été rédigé. Dans l'affirmative, quel était le but principal de l'établissement du document? Les documents en cause répondent à ce critère.

[52] Au soutien de son deuxième argument, la Commissaire a invoqué un jugement de la Cour fédérale, *Mid-West Quilting Co. c. Canada*, 2007 CF 735. Cependant, ce précédent n'est qu'un parmi bien d'autres où l'on a jugé qu'il a été renoncé implicitement au privilège du secret professionnel de l'avocat si des impératifs d'équité et d'uniformité l'exigent. La question soumise au juge O'Reilly était de savoir si une prorogation du délai d'introduction d'une procédure devait être accordée en vertu de la *Loi sur la prescription* du Manitoba. Pour obtenir gain de cause, Mid-West devait établir qu'une période maximale de douze mois s'était écoulée entre les dates suivantes : « a) la date à laquelle elle avait eu connaissance pour la première fois, ou celle à laquelle elle aurait dû avoir connaissance, compte tenu des circonstances, de tous les faits pertinents sur lesquels s'appuyait l'action », et « b) la date de la présentation de la demande de prolongation au tribunal ».

[53] Dans son affidavit justificatif, l'auteur de l'affidavit écrivait qu'il avait demandé et obtenu un avis juridique. Ainsi, Mid-West mettait en cause l'avis juridique qu'elle avait reçu. Elle ne pouvait guère prétendre qu'elle avait reçu un avis juridique qui ne l'informait pas de la possible expiration d'un délai de prescription et simultanément refuser de produire cet avis. Dans la présente affaire, Air Canada n'a fait nulle mention de son avis juridique. Le transporteur a simplement exposé sa compréhension des faits tels qu'ils avaient été obtenus à la suite d'une enquête, laquelle avait été faite en prévision d'un éventuel litige.

[54] Si M. Dankwort avait poursuivi Air Canada, il n'aurait pas eu droit à la production des documents en cause. Néanmoins, il aurait eu droit à un interrogatoire préalable afin d'obtenir la

connaissance directe d'Air Canada et les renseignements tenus pour véridiques par Air Canada concernant les faits en cause, ainsi qu'on peut le lire dans l'arrêt *Susan Hosiery*, précité. Cependant, il n'aurait pas pu utiliser ces renseignements autrement que dans lesdites procédures judiciaires, puisque autrement il aurait couru le risque d'être déclaré coupable d'outrage au tribunal (arrêt *NM Paterson & Sons Ltd. c. Corporation de gestion de la voie maritime du Saint-Laurent*, 2004 CAF 210, 322 N.R. 83).

[55] Je ne vois dans la LPRPDE rien qui obligerait Air Canada, autrement que dans des procédures judiciaires, à divulguer des faits qui sont contenus dans un document protégé et qui pourraient être communiqués au cours d'un interrogatoire préalable. Ces faits ont été mis à la disposition des avocats du transporteur aux fins d'un avis juridique. D'ailleurs, l'arrêt *Blank*, précité, est instructif. La *Loi sur l'accès à l'information* refuse également la communication de documents protégés. Cela dit, l'article 49 prévoit que la Cour peut néanmoins ordonner la communication totale ou partielle du document. Le juge de première instance, dans un jugement publié à [2000] A.C.F. n° 1147 (QL), avait ordonné que certains faits soient retranchés des documents protégés, puis communiqués au demandeur. La Couronne n'a pas fait appel. Dans l'appel de M. Blank, madame la juge Sharlow n'a pas ménagé sa peine lorsqu'elle écrivait, au paragraphe 22 :

Les cas dans lesquels une communication partielle a été ordonnée se classent en deux catégories. Dans la première catégorie, on a ordonné la communication de certains énoncés qui étaient purement factuels. Il est possible de prétendre qu'on n'aurait pas dû ordonner la communication de ces énoncés de faits parce que dans chacun des cas ils sont inextricablement liés à la question juridique discutée et qu'ils auraient dû être traités comme faisant partie d'une communication confidentielle. Dans cette mesure, il se peut qu'il y ait eu une trop grande communication de certains documents

confidentiels. Toutefois, comme le ministre n'a pas déposé d'appel incident, l'ordonnance du juge ne sera pas modifiée sur ce point.

DOMMAGES-INTÉRÊTS

[56] La Commissaire à la protection de la vie privée a fait valoir que, si Air Canada a refusé à tort de communiquer les documents à M. Dankwort, alors la Cour, usant de son pouvoir discrétionnaire, devrait accorder à celui-ci réparation. Elle a proposé une somme allant de 5 000 \$ à 10 000 \$.

[57] Dans son affidavit au soutien de la demande, M. Dankwort écrit qu'il souhaite [TRADUCTION] « faire rectifier les documents d'Air Canada ». Autrement dit, il voudrait qu'Air Canada reconnaisse que sa version des faits est exacte et que les versions de M. Wong et du témoin sont erronées. J'ai demandé aux avocats comment cette question avait été résolue dans d'autres affaires où des versions relatant un événement sont diamétralement opposées. Les avocats m'ont informé que la Commissaire propose souvent que la version concurrente soit versée dans le dossier. M. Dankwort a déjà obtenu gain de cause sur ce point. Cela s'accorde avec le principe 4.9.6. Lorsqu'une contestation n'est pas résolue à la satisfaction de l'intéressé, le fond de la contestation non résolue sera consigné par l'organisation. Il ne fait aucun doute qu'Air Canada ajoutera à son dossier la présente ordonnance et les motifs qui l'accompagnent.

[58] M. Dankwort a déploré que les compagnies aériennes, comme Air Canada, disposent d'un pouvoir extraordinaire, en ce sens qu'elles peuvent décider qui peut ou non embarquer dans leurs appareils, et il craint d'être à tout moment mis en détention.

[59] Sur ce point, Carmen Baggaley, analyste principale des politiques et de la recherche auprès du Commissariat à la protection de la vie privée, a déposé un affidavit indiquant les détails de divers programmes appliqués par l'Agence des services frontaliers du Canada et par Transports Canada, qui concernent les listes de passagers interdits de vol. Air Canada a présenté avant l'audience une requête visant à faire radier cet affidavit. Le protonotaire Morneau a décidé à juste titre qu'il valait mieux laisser cette requête à l'appréciation du juge appelé à statuer sur le fond de la demande.

[60] Je ne crois pas que l'affidavit ajoute beaucoup, et une partie de son contenu se compose d'arguments et de conjectures, mais il donne à penser que les inquiétudes de M. Dankwort auraient pu être fondées. Je ne vois pas la nécessité de le radier.

[61] Hormis un document, dont la communication a été refusée sans que la mauvaise foi d'Air Canada soit établie, M. Dankwort n'a pas le droit de voir les documents en cause. Par ailleurs, Air Canada a préféré en rester là, même si M. Dankwort a sans doute contrevenu au paragraphe 602.04(2) du *Règlement de l'aviation canadien*. M. Dankwort dit qu'il n'était pas au courant du règlement. Cela ne fait rien. Ainsi que l'écrivait lord Atkin dans l'arrêt *Evans c. Bartlam*, [1937] A.C. 473, page 479 (Chambre des lords) :

[TRADUCTION] Le fait est qu'il n'existe pas, et qu'il n'a jamais existé, une présomption selon laquelle chacun connaît la loi. Il y a la règle selon laquelle l'ignorance de la loi ne constitue pas une excuse, mais c'est là une maxime de portée et d'application très différentes.

[62] Étant donné l'inaction d'Air Canada, tout ce qu'il nous reste est un désaccord sur ce qui s'est dit, par qui, à qui et sur quel ton. Je ne vois aucune raison d'accorder des dommages-intérêts.

DÉPENS

[63] Comme Air Canada a eu gain de cause pour l'essentiel, et vu que les dépens suivent habituellement le sort du principal, je ne vois pas pourquoi le transporteur ne pourrait pas obtenir ses dépens.

ORDONNANCE

PAR LES MOTIFS SUSMENTIONNÉS,

LA COUR ORDONNE que :

1. Il est déclaré que la Commissaire à la protection de la vie privée n'était pas fondée à exiger qu'Air Canada lui fournisse une preuve par affidavit au soutien du privilège allégué;
2. Les documents à propos desquels Air Canada allègue un privilège sont protégés, à l'exception du rapport de Mark Shankland rédigé le 26 mai 2005;
3. Air Canada remettra à M. Dankwort une copie dudit rapport, en tant que document autonome, mais le nom et l'identité de l'autre passagère qui y est mentionnée n'y apparaîtront pas;
4. Il n'est pas accordé de dommages-intérêts à M. Dankwort;
5. La requête en radiation de l'affidavit de Carmen Baggaley, en totalité ou en partie, est rejetée;
6. Le tout avec dépens en faveur d'Air Canada.

« Sean Harrington »

Juge

COUR FÉDÉRALE

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

DOSSIER : T-143-09

INTITULÉ : LA COMMISSAIRE À LA PROTECTION DE LA VIE
PRIVÉE DU CANADA c. AIR CANADA

LIEU DE L'AUDIENCE : OTTAWA (ONTARIO)

DATE DE L'AUDIENCE : LE 23 MARS 2010

**MOTIFS DE L'ORDONNANCE
ET ORDONNANCE :** LE JUGE HARRINGTON

**DATE DES MOTIFS
ET DE L'ORDONNANCE :** LE 20 AVRIL 2010

COMPARUTIONS :

Daniel Caron
Steven Welchner

POUR LE DEMANDEUR

Marc-André Fabien
Karine Joizil
David Rheault

POUR LA DÉFENDERESSE

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Direction des services juridiques, des politiques et
des affaires parlementaires
Commissariat à la protection de la vie privée du
Canada
Ottawa (Ontario)
et
Welchner Law Office
Corporation professionnelle
Ottawa (Ontario)

POUR LE DEMANDEUR

Fasken, Martineau, DuMoulin LLP
Avocats
Montréal (Québec)
et
Air Canada
Saint Laurent (Québec)

POUR LA DÉFENDERESSE