

L'équilibre entre la sécurité nationale et l'intérêt public

Enquête publique sur l'ingérence étrangère dans les processus électoraux et les institutions démocratiques fédéraux

30 janvier 2024

Préjudiciable à la sécurité nationale

Les renseignements que le gouvernement du Canada cherchera à protéger de la divulgation publique

Les renseignements susceptibles de causer un préjudice s'ils sont divulgués publiquement comprennent ceux qui :

- « a) révéleraient ou tendraient à révéler le fait que l'on s'intéresse à des personnes, à des groupes ou à des enjeux, notamment à l'existence ou à l'absence de dossiers ou enquêtes passés ou présents, les enquêtes poussées, ou le degré de succès ou l'absence de succès obtenu dans les enquêtes;
- b) révéleraient ou tendraient à révéler les méthodes de fonctionnement et les techniques d'enquête employées par le Service;
- c) révéleraient ou tendraient à révéler les relations que le Service entretient avec la police et des agences de sécurité et de renseignement et auraient pour effet de révéler des renseignements échangés à titre confidentiel avec de telles agences;
- d) révéleraient ou tendraient à révéler le personnel, les procédures internes et les méthodes administratives du Service, tels les noms et les numéros de dossier et les systèmes de télécommunication utilisés par le Service;
- e) révéleraient ou tendraient à révéler l'identité de personnes qui ont accepté de collaborer avec le Service ou les renseignements qui, s'ils étaient divulgués, pourraient mener à la reconnaissance des personnes. »

Règle des tiers

- Concerne « l'échange de renseignements entre des services du renseignement de sécurité et d'autres organismes apparentés. En termes simples, l'organisme qui obtient des renseignements ne doit ni désigner la source des renseignements ni en communiquer le contenu sans l'autorisation de l'organisme d'origine. » – *Ottawa Citizen Group Inc. c. Canada*, 2006 CF 1552, para. 25
- « Parmi les genres de renseignements dont on doit préserver le caractère confidentiel, citons [...] [l]es secrets transmis par des pays étrangers ou des services de renseignement étrangers, lorsque la divulgation non autorisée de ces renseignements porterait ces pays ou ces services à ne plus confier de secrets à un destinataire qui n'est pas digne de confiance [...] » – *Harkat (Re)*, 2005, 262 (RDF) 52 (CF), para. 89
- « L'objet de la règle des tiers est manifestement de protéger et d'encourager l'échange de renseignements sensibles entre le Canada et les États ou organismes étrangers, en protégeant pour cela à la fois la source et le contenu des renseignements échangés, l'unique exception étant que le Canada a toute latitude pour communiquer les renseignements et/ou pour faire état de leur source si le consentement de la source est obtenu. » – *Canada c. Khawaja*, 2007 CF 490, para. 145

L'effet de mosaïque

« Il importe de se rendre compte qu'un "observateur bien informé", c'est-à-dire une personne qui s'y connaît en matière de sécurité et qui est membre d'un groupe constituant une menace, présente ou éventuelle, envers la sécurité du Canada, ou une personne associée à un tel groupe, connaîtra les rouages de celui-ci dans leurs moindres détails ainsi que les ramifications de ses opérations dont notre service de sécurité pourrait être relativement peu informé. En conséquence de quoi l'observateur bien informé pourra parfois, en interprétant un renseignement apparemment anodin en fonction des données qu'il possède déjà, être en mesure d'en arriver à des déductions préjudiciables à l'enquête visant une menace particulière ou plusieurs autres menaces envers la sécurité nationale. » – *Henrie c. Canada*, [1989] 2 CF 229 p. 242–243

L'effet de mosaïque (suite)

« L'effet de mosaïque peut être une évidence difficile à prouver ou à réfuter. Le problème se pose en l'espèce. Comment la Cour peut-elle déterminer si la divulgation d'un renseignement donné comblera une lacune dans les connaissances d'une autre personne? [...] "[L]effet de mosaïque ne constitue pas en général, par lui-même, [...] une raison suffisante d'empêcher la divulgation de ce qui semblerait par ailleurs constituer un renseignement anodin. Il faut aussi dire pourquoi ce renseignement particulier ne doit pas être divulgué". » – *Canada (AG) c. Almalki*, 2010 CF 1106, para. 118

Privilège relatif à la sécurité nationale

Article 38 de la *Loi sur la preuve au Canada (LPC)*

Instances en vertu de l'article 38 de la *LPC*

Définitions

juge Le juge en chef de la Cour fédérale ou le juge de ce tribunal désigné par le juge en chef pour statuer sur les questions dont est saisi le tribunal en application de l'article 38.04.

participant Personne qui, dans le cadre d'une instance, est tenue de divulguer ou prévoit de divulguer ou de faire divulguer des renseignements.

renseignements potentiellement préjudiciables Les renseignements qui, s'ils sont divulgués, sont susceptibles de porter préjudice aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales.

instance Procédure devant un tribunal, un organisme ou une personne ayant le pouvoir de contraindre la production de renseignements.

renseignements sensibles Les renseignements, en provenance du Canada ou de l'étranger, qui concernent les relations internationales ou la défense ou la sécurité nationales, qui se trouvent en la possession du gouvernement du Canada et qui sont du type des renseignements à l'égard desquels celui-ci prend des mesures de protection.

Étape 1 : Avis au procureur général du Canada (PGC)

« Tout participant qui, dans le cadre d'une instance, est tenu de divulguer ou prévoit de divulguer ou de faire divulguer des renseignements dont il croit qu'il s'agit de renseignements sensibles ou de renseignements potentiellement préjudiciables est tenu d'aviser par écrit, dès que possible, le procureur général du Canada de la possibilité de divulgation et de préciser dans l'avis la nature, la date et le lieu de l'instance. » (art. 38.01 (1))

Autre cas de figure

Tout participant ou fonctionnaire qui croit que des renseignements sensibles ou potentiellement préjudiciables sont sur le point d'être divulgués au cours d'une instance peut en informer la personne qui préside l'instance et le PGC. La personne qui préside l'instance veille à ce que les renseignements ne soient pas divulgués. (art. 38.01 (2)–(4))

Exception

...« renseignements divulgués auprès de toute entité mentionnée à l'annexe et, le cas échéant, à une application figurant en regard d'une telle entité. » (art. 38.01 (6)(d))

Décret modifiant l'annexe de la *LPC*

Numéro du décret DORS/2023-205 publié le 11 octobre 2023

Décret qui modifie l'annexe de la *Loi sur la preuve au Canada* dans le but de permettre à la Commissaire de l'Enquête publique sur l'ingérence étrangère dans les processus électoraux et les institutions démocratiques fédéraux d'exercer ses fonctions.

Étape 2 : Divulgation interdite sans l'autorisation du PGC

Sous réserve d'exceptions limitées, une fois l'avis donné, aucune personne en rapport avec une instance ne peut divulguer (art. 38.02) :

- (a) Les renseignements faisant l'objet de l'avis.
- (b) Le fait qu'un avis ait été donné.
- (c) Le fait qu'une demande de non-divulgation ait été introduite.
- (d) L'existence d'une entente de divulgation.

Le PGC peut, à tout moment et sous réserve de certaines conditions, autoriser la divulgation de tout ou partie des renseignements.
(art. 38.03)

Étape 3 : Demande de non-divulgence auprès de la Cour fédérale

- Les demandes sont confidentielles. (art. 38.04(4))
- Les demandes peuvent être entendues à huis clos et en l'absence d'autres parties par un juge désigné. (art. 38.11 (1)–(2))
- Le juge désigné assignera souvent des *amici curiae* pour fournir un point de vue contradictoire à huis clos des éléments de l'instance.
- Le juge peut recevoir et admettre en preuve tout élément qu'il estime digne de foi et approprié – même si le droit canadien ne prévoit pas par ailleurs son admissibilité – et peut fonder sa décision sur cet élément. (art. 38.06 (3.1))

L'évaluation des demandes au sens de l'article 38 : le test « *Ribic* »

Question 1 : Pertinence

- Les renseignements en question sont-ils pertinents pour l'instance dans laquelle on cherche à les utiliser?
- Comprend tous les renseignements potentiellement utiles dans l'instance sous-jacente pour la partie à qui ils ont été retenus.
- Le test de pertinence à ce stade est « sans aucun doute un seuil de faible niveau ». – *Canada (PGC) c. Ribic*, 2003 CAF 246, para. 17
- Le fardeau de preuve incombe à la partie qui demande la divulgation. La partie adverse est souvent aidée par des *amici curiae* pour présenter ces arguments.
- « Si le juge désigné n'est pas convaincu que les renseignements retenus sont pertinents, cela suffit à confirmer l'interdiction de divulgation. À l'inverse, si le juge désigné est convaincu que les renseignements retenus sont pertinents, il est nécessaire de passer à la deuxième étape du test. » – *Canada (PGC) c. Ortis*, 2022 CF 142, para. 63 [Traduction non officielle]

L'évaluation des demandes au sens de l'article 38 : le test « *Ribic* »

Question 2 : Préjudice

- La divulgation de l'information est-elle préjudiciable aux relations internationales, à la défense nationale ou à la sécurité nationale?
- Il incombe au PGC d'établir que le préjudice *résulterait* de la divulgation. Les *amici curiae* vont souvent contester les demandes liées à des préjudices potentiels.
- « Les conclusions [du procureur général] concernant son évaluation du préjudice à la sécurité nationale, [...] parce qu'il a accès à des sources particulières d'information et d'expertise, doivent se voir accorder un poids considérable par le juge. » – *Ribic*, para. 19
- Le préjudice potentiel doit reposer « sur des faits établis par la preuve ». – *Ribic*, para. 18
- Pour cela, il faut démontrer la probabilité d'un préjudice, plutôt qu'une simple possibilité. – *Canada (PGC) c. Canada (Commission d'enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar)*, 2007 CF 766, para. 49
- Si la position du PGC est raisonnablement fondée, le juge désigné doit l'accepter et passer à la troisième étape du test. Dans le cas contraire, il peut autoriser la divulgation des renseignements en question. – *Ortis*, para. 64

L'évaluation des demandes au sens de l'article 38 : le test « *Ribic* »

Question 3 : Équilibre

- L'intérêt public de la divulgation de renseignements l'emporte-t-il sur l'importance de l'intérêt public de la non-divulgation?
- Le juge désigné doit soupeser et établir un équilibre entre, *inter alia*, l'importance d'éviter le préjudice qui serait causé par la divulgation, les intérêts en jeu dans l'instance sous-jacente et l'importance des renseignements retenus pour la partie qui demande la divulgation. – *Ribic*, para. 22
- Existe-t-il des moyens de limiter le préjudice qui serait causé par la divulgation tout en permettant l'utilisation des renseignements dans le cadre de l'instance sous-jacente (par exemple, des résumés)?
- Le fardeau de prouver que l'équilibre favorise la divulgation incombe à la partie qui demande la divulgation. La partie adverse est souvent aidée par les *amici curiae* pour présenter ces arguments.
 - « cette partie ne devrait pas être tenue à une norme irréaliste étant donné que dans presque tous les cas, elle n'a pas vu les renseignements en question. Cela dit, des possibilités purement spéculatives concernant l'utilité potentielle des renseignements ne justifieront pas la divulgation de renseignements préjudiciables. » – *Ortis*, para. 66 [Traduction non officielle]

Étape 4 : Décision de la Cour fédérale

Option 1 : « Le juge peut rendre une ordonnance autorisant la divulgation des renseignements ou des faits visés au paragraphe 38.02(1), sauf s'il conclut qu'elle porterait préjudice aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales. » (art. 38.06 (1))

Option 2 : « Si le juge conclut que la divulgation des renseignements ou des faits porterait préjudice aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales, mais que les raisons d'intérêt public qui justifient la divulgation l'emportent sur les raisons d'intérêt public qui justifient la non-divulgation, il peut [...] autoriser, sous réserve des conditions qu'il estime indiquées, la divulgation de tout ou partie des renseignements ou des faits, d'un résumé des renseignements ou d'un aveu écrit des faits qui y sont liés. » (art. 38.06 (2))

Option 3 : le juge peut rendre une ordonnance « confirmant l'interdiction de divulgation. » (art. 38.06 (3))

Le certificat du procureur général

« Le procureur général du Canada peut délivrer personnellement un certificat interdisant la divulgation de renseignements dans le cadre d'une instance [...] dans le but de protéger la défense ou la sécurité nationales. La délivrance ne peut être effectuée qu'après la prise, au titre de la présente loi ou de toute autre loi fédérale, d'une ordonnance ou d'une décision qui entraînerait la divulgation des renseignements devant faire l'objet du certificat. » (art. 38.13 (1))

« Une fois délivré, le certificat a pour effet, malgré toute autre disposition de la présente loi, d'interdire, selon ses termes, la divulgation des renseignements. » (art. 38.13 (5))

La flexibilité de l'article 38

« L'article 38 institue un régime que le législateur a voulu empreint de souplesse. Diverses dispositions autorisent une divulgation conditionnelle, partielle ou encore limitée. Le paragraphe 38.06 (1) impose expressément au juge de la Cour fédérale l'obligation de tenir compte des raisons d'intérêt public qui justifient la divulgation, ainsi que des conditions de divulgation "les plus susceptibles de limiter le préjudice porté aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales" (para. 38.06 (2)). Lorsqu'il rend sa décision, le juge de la Cour fédérale peut autoriser la divulgation partielle, ou assortie de certaines conditions, des renseignements au juge du procès, lui en fournir un résumé ou l'aviser que certains faits que l'accusé veut établir peuvent être tenus pour avérés pour les besoins du procès. On trouve un exemple de la façon dont les choses peuvent se passer dans la pratique dans *Canada (procureur général) c. Khawaja* [...]. Dans cette affaire, le juge de la Cour fédérale a communiqué aux avocats des parties un résumé des renseignements dont la divulgation avait été interdite en vertu de l'art. 38, et ordonné que ce résumé soit mis à la disposition du poursuivant et du juge du procès au cas où il deviendrait nécessaire que ce dernier détermine s'il y avait eu atteinte au droit de l'accusé à un procès équitable. »

R. c. Ahmad, 2011 CSC 6, par. 44

Canada (Procureur général) c. Canada (Commission d'enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar), 2007 CF 766

- Termes de mandat similaires quant à la divulgation :
 - (iii) si le commissaire est d'avis que les renseignements diffusés aux termes du sous-alinéa (ii) sont insuffisants pour le public, il peut en aviser le procureur général du Canada, l'avis étant réputé un avis prévu à l'article 38.01 de la Loi sur la preuve au Canada;
- Le Commissaire a déterminé qu'il appliquerait le test de *Ribic* pour trancher des questions de CSN. Il a entendu une preuve sur la question, y compris de la part d'un conseiller spécial (ancien directeur du SCRS), et a nommé deux *amici curiae* expérimentés pour étudier dans un contexte contradictoire les revendications de CSN lors des audiences à huis clos.
- À la suite de la principale audience, l'avocat du gouvernement et le Commissaire ont tenu des pourparlers à propos des renseignements que le Commissaire pourrait souhaiter inclure dans son rapport; ces pourparlers ont permis de résoudre plusieurs des contestations.
- Des hauts fonctionnaires fédéraux ont été consultés, ce qui a permis la divulgation de certains passages, nonobstant les conséquences préjudiciables possibles d'une telle divulgation. Les ministres ont ensuite été mis au fait des passages expurgés restants, et ils ont décidé de ne pas autoriser leur divulgation, bien que le commissaire fût d'avis que leur divulgation était conforme à l'intérêt public et restait nécessaire pour une description objective des faits entourant l'affaire Arar.
- Septembre 2006 : deux rapports finaux sont remis au Bureau du Conseil privé (l'un classifié, l'autre public).
- Décembre 2006 : le Procureur général du Canada produit deux demandes en vertu de l'art. 38 pour retenir environ 1 500 mots dans le rapport public (environ 0,5% du rapport). Le rapport public a été publié en septembre 2006 avec les passages litigieux caviardés.
- Deux journées d'audiences publiques, quatre journées à huis clos. La décision de la Cour fédérale fut publiée en juillet 2007. La Cour est partiellement en accord avec le PGC et avec la Commission.
- Rapport final est publié en septembre 2007.

Canada (Procureur général) c. Canada (Commission d'enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar), 2007 CF 766

[98] Cela dit, aux fins de la présente instance, qui concerne l'application de l'article 38 de la LPC dans le contexte d'une commission d'enquête, j'ai dressé une liste non exhaustive de quelques facteurs qu'il convient d'évaluer et de mettre en balance pour savoir si l'intérêt public milite en faveur de la divulgation ou de la non-divulgation :

- a) l'étendue du préjudice;
- b) la pertinence des renseignements expurgés pour la procédure dans laquelle ils seraient utilisés, ou les objectifs de l'organisme qui recherche la divulgation des renseignements;
- c) le point de savoir si les renseignements expurgés sont déjà connus du public et, dans l'affirmative, la manière dont les renseignements sont tombés dans le domaine public;
- d) l'importance du principe de la publicité des débats judiciaires;
- e) l'importance des renseignements expurgés dans le contexte de la procédure d'origine;
- f) le point de savoir s'il y a des intérêts supérieurs en jeu, par exemple les droits de la personne, le droit de présenter une défense pleine et entière dans le contexte criminel, etc.;
- g) le point de savoir si les renseignements expurgés se rapportent aux recommandations d'une commission et, dans l'affirmative, si les renseignements sont importants pour une bonne compréhension desdites recommandations.

Rapport sur les événements concernant Maher Arar : analyse et recommandations

« Quand je réfléchis au processus de la Commission, je suis convaincu qu'il a fonctionné aussi bien que l'on pouvait s'y attendre, étant donné la portée et la nature des réclamations CSN du gouvernement. Toutefois, **la partie publique des travaux de la Commission aurait pu être plus complète si, pendant un an, le gouvernement n'avait pas formulé des réclamations CSN à l'égard d'une bonne partie de l'information qui, en fin de compte, a été rendue publique**, soit par suite de la décision du gouvernement de ré-expurger certains documents à partir du début de juin 2005, soit par l'intermédiaire de ce rapport.

Tout au long des audiences à huis clos, qui ont pris fin en avril 2005, et durant le premier mois des audiences publiques, en mai 2005, le gouvernement a continué de faire valoir des réclamations CSN à propos d'information qu'il a depuis reconnu pouvoir être divulguée. Cette multiplication des revendications CSN du gouvernement ne respectait pas l'assurance qu'il avait donnée au début des travaux de la Commission, selon laquelle ses premières réclamations CSN refléteraient sa position réfléchie et viseraient à maximiser la divulgation. **Les premières revendications CSN du gouvernement n'étaient pas censées représenter une position de négociation de départ.**

[...]

Je soulève cette question pour faire ressortir que **la multiplication des réclamations aggrave les problèmes de transparence et d'équité procédurale** accompagnant inévitablement toute enquête qui ne peut être totalement publique en raison des préoccupations CSN. En conséquence, **le grand public n'en est que plus soupçonneux et cynique à l'égard des réclamations de confidentialité légitimes du gouvernement liées à la sécurité nationale. Au début de ce genre d'enquêtes, il importe de déployer tous les efforts possibles pour éviter la multiplication des réclamations.** » (p. 326-327)

Privilège des sources humaines

Article 18.1 de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité (SCRS)* et article 55 de la *Loi sur le Centre de la sécurité des télécommunications (CST)*

Loi sur le SCRS, art. 18.1 – Privilège des sources humaines

Qu'est-ce qu'une source humaine?

« Personne physique qui a reçu une promesse d'anonymat et qui, par la suite, a fourni, fournit ou pourrait vraisemblablement fournir des informations au Service. » (art. 2)

Quel est l'objectif du privilège des sources humaines?

« ... préserver l'anonymat des sources humaines afin de protéger leur vie et leur sécurité et d'encourager les personnes physiques à fournir des informations au Service. » (art. 18.1 (1))

Loi sur le SCRS, art. 18.1 – Privilège des sources humaines

« Dans une instance devant un tribunal, un organisme ou une personne qui ont le pouvoir de contraindre à la production d'informations, nul ne peut communiquer l'identité d'une source humaine ou toute information qui permettrait de découvrir cette identité. » (art. 18.1 (2))

À moins que « la source humaine et le directeur [du SCRS] y consentent. » (art. 18.1 (3))

Loi sur le SCRS, art. 18.1 – Privilège des sources humaines

- Le privilège est soumis à un examen très limité dans les instances non pénales.
- À la demande d'une partie à une instance ou d'un *amicus curiae* nommé dans le cadre d'une instance, un juge de la Cour fédérale peut seulement examiner :
 1. Si le sujet correspond à la définition de source humaine;
 2. Si l'information en question permettrait de découvrir l'identité d'une source humaine. (art. 18.1 (4))

Loi sur le CST, article 55 – Privilège des entités du CST

Entité : « Personne, groupe, fiducie, société de personnes ou fonds, ou organisation ou association non dotée de la personnalité morale. La présente définition vise également les États, leurs subdivisions politiques et leurs organismes. » (art. 2)

« Dans une instance devant un tribunal, un organisme ou une personne qui ont le pouvoir de contraindre à la production d'information, nul ne peut divulguer **l'identité d'une personne ou d'une entité qui assiste ou a assisté le Centre de manière confidentielle** ou toute information qui permettrait de découvrir cette identité. » (art. 55 (1))

Sauf « si la personne ou l'entité et le chef [du CST] y consentent. » (art. 55 (3))

Loi sur le CST, article 55 – Privilège des entités du CST

- Contrairement à l'article 18.1 de la *Loi sur le SCRS*, les demandes de privilège des entités du CST sont examinées en vertu de l'article 38 de la *LPC*. (art. 55 (4))
- Toutefois, l'article 55 (5) de la *Loi sur le CST* exclut l'application du test « *Ribic* ». En revanche, dans le cadre d'une instance civile, le juge ne peut autoriser la divulgation qu'après avoir constaté :
 1. que la personne ou l'entité n'a pas aidé ou n'aide pas le CST à titre confidentiel;
 2. que l'identité de la personne ou de l'entité ne peut être déduite de la divulgation de l'information en question.

Rigidité du privilège des sources humaines/ des entités

- « Ainsi, lorsqu'on examine le contexte historique et l'évolution législative de l'article 38 de la LPC et de l'article 18.1 de la Loi sur le SCRS, il ne fait aucun doute que la nouvelle disposition prive les intimés du bénéfice de la version plus libérale du privilège découlant de l'application de l'article 38 de la LPC, qui régissait la question de l'identité des sources et des informations qui tendraient à découvrir leur identité jusqu'à présent. » – *Canada (procureur général) c. Almalki*, 2016 CAF 195, para. 60
- « En fait, l'article 18.1 était conçu pour être plus restrictif que l'article 38 de la LPC. Comme la procureure générale l'a souligné, notre Cour a indiqué dans l'arrêt Almalki que l'adoption de l'article 18.1 de la Loi sur le SCRS avait eu pour effet d'interdire à la Cour fédérale d'examiner les informations touchant l'identité de sources humaines du SCRS dans le cadre de l'article 38 de la LPC. » – *art. 18.1 de la Loi sur le SCRS (Re)*, 2018 CAF 161, para. 37