

**MÉMOIRE AU
COMITÉ PERMANENT DE LA CHAMBRE DES COMMUNES SUR
L'ACCÈS À L'INFORMATION, LA PROTECTION DES RENSEIGNEMENTS
PERSONNELS ET L'ÉTHIQUE**

**Analyse et propositions visant
la Loi sur la communication d'information ayant trait à la sécurité
du Canada**

Le 3 novembre 2016

Craig Forcese* et Kent Roach**

L'information est l'unité de compte de tout système de sécurité efficace, surtout si ce dernier vise à contrer le terrorisme. La Commission d'enquête sur la tragédie d'Air India l'a reconnu et a recommandé que la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité* (la « Loi sur le SCRS ») « devrait être [modifiée] et exiger que le SCRS fasse part des informations pouvant être utilisées dans le cadre d'une enquête ou d'une poursuite à l'égard d'une infraction soit aux organismes compétents chargés d'appliquer la loi ou d'engager des poursuites, soit au conseiller à la sécurité nationale¹ ».

Le gouvernement n'a pas tenu compte de cette recommandation et, en dépit des curieuses affirmations contraires occasionnelles de la part du gouvernement, le projet de loi C-51 ne l'a pas mise en œuvre. Ce projet de loi a plutôt répondu aux préoccupations légitimes à propos de l'information compartimentée, que l'enquête sur la tragédie d'Air India a si clairement mise en lumière, en ouvrant toutes grandes les portes à l'échange de renseignements, mais de façon si complexe et si peu nuancée que la seule conséquence certaine sera l'érosion de la vie privée des Canadiennes et des Canadiens. Le Commissaire à la protection de la vie privée du Canada a récemment prévenu que « l'ampleur éventuelle de la communication d'information en vertu de cette loi atteint des proportions sans précédent ». Le Commissaire précise qu'au cours des six premiers mois de la mise en œuvre de cette loi, l'Agence des services frontaliers du Canada, Immigration, réfugiés et Citoyenneté Canada et Affaires mondiales Canada, trois organismes qui ne sont assujettis à

* Professeur, Faculté de droit, Université d'Ottawa (cforcese@uottawa.ca).

** Professeur et directeur de la Chaire Prichard Wilson de droit et de politique publique, Faculté de droit, Université de Toronto (kent.roach@utoronto.ca).

¹ Commission d'enquête relative aux mesures d'investigation prises à la suite de l'attentat à la bombe commis contre le vol 182 d'Air India, rapport final, vol. 1 (2010), recommandation 10 (p. 214);

http://publications.gc.ca/collections/collection_2010/bcp-pco/CP32-89-4-2010-fra.pdf. Soulignons par souci de transparence que l'un d'entre nous (Roach) était directeur de recherche (études juridiques) de la Commission.

aucun examen en matière de sécurité nationale, ont communiqué des renseignements personnels à 58 reprises en vertu de la nouvelle loi à propos de personnes soupçonnées de présenter une menace à la sécurité du Canada².

La protection de la vie privée

Les questions liées à la protection de la vie privée prennent beaucoup de place dans les discussions sur le partage de l'information. Le point de départ est la *Loi sur la protection des renseignements personnels* fédérale. Cette dernière stipule que les renseignements personnels recueillis par le gouvernement « ne peuvent être communiqués » sans le consentement de l'individu qu'ils concernent³. Toutefois, comme c'est si souvent le cas, cette prémisse de base comporte tellement d'exceptions que ces dernières l'emportent en grande partie sur la règle, ou du moins elles la compliquent de façon considérable.

Par exemple, il existe une exception de taille qui subordonne essentiellement la *Loi sur la protection des renseignements personnels* : les renseignements peuvent être communiqués « aux fins qui sont conformes avec les lois fédérales ou ceux de leurs règlements qui autorisent cette communication⁴ ». Certaines lois ayant préséance sur la *Loi sur la protection des renseignements personnels* ont été incluses dans des amendements peu remarquables figurant dans le projet de loi d'ensemble C-51 (quoique, comme nous le verrons plus loin, nous ne croyons pas que la *Loi sur la communication d'information ayant trait à la sécurité du Canada* ait elle-même préséance).

Tout cela serait déjà bien assez malhabile mais, en plus de ces différentes dispositions législatives sur la communication des renseignements, il y a des principes constitutionnels. Par exemple, les organismes d'application de la loi ne peuvent se soustraire aux règles constitutionnelles en matière de fouille et de saisie prévues à l'article 8 de la *Charte canadienne des droits et des libertés* (la « *Charte* ») du fait de recevoir des renseignements par ailleurs protégés d'organes, administratifs ou autres, qui ne sont pas soumis aux mêmes contraintes constitutionnelles⁵. Lorsque les organismes d'application de la loi souhaitent recueillir auprès d'autres entités des renseignements personnels qui sont protégés par des attentes raisonnables en matière de vie privée, ils doivent obtenir un mandat, même dans des circonstances

² Commissaire à la protection de la vie privée du Canada, *Rapport annuel 2015-2016*; https://www.priv.gc.ca/fr/mesures-et-decisions-prises-par-le-commissariat/rapports-au-parlement/201516/ar_201516/.

³ *Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. 1985, ch. P-21, art.8.

⁴ *Ibid.*, alinéa 8(2)b).

⁵ Voir *R c. Colarusso*, [1994] 1 RCS 20, par. 93 et *R c. Cole*, 2012 CSC 53, par. 69, par exemple.

où la communication des renseignements est permise en vertu de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*.

De même, suite au récent arrêt *Wakeling* de la Cour suprême du Canada, les renseignements obtenus en vertu d'un mandat demeurent protégés par la Constitution. Si ces renseignements sont ensuite communiqués sans être régis par une loi claire, des balises raisonnables et de façon raisonnable, cette communication est, elle aussi, inconstitutionnelle⁶. L'arrêt *Wakeling* portait sur l'échange de communications privées interceptées par la Gendarmerie royale du Canada avec les autorités américaines dans une affaire de stupéfiants. L'interception des communications était autorisée en vertu de la partie VI du *Code criminel*, la principale disposition régissant l'écoute électronique en droit pénal canadien. Malgré cela, l'affaire a été tranchée en tenant compte du plus vaste scandale à survenir au Canada à la suite des événements du 11 septembre 2001 : la communication par le Canada de renseignements faux et non fiables à propos de Maher Arar. Comme le souligne l'un des juges, « [la] torture infligée à Maher Arar en Syrie est un exemple troublant des dangers de la communication sans condition de renseignements⁷ ».

De façon plus particulière, la communication de renseignements par le SCRS soulève des préoccupations dans la foulée de l'arrêt *Wakeling* : même en tenant compte du libellé quelque peu diffus de la partie VI du *Code criminel*, la communication de renseignements par le SCRS n'est pas régie par une loi claire assortie de balises raisonnables. La Loi sur le SCRS est permissive sans toutefois accorder le degré de protection que plusieurs juges de la Cour suprême considéraient comme étant assuré par la partie VI (degré que d'autres juges considéraient en fait comme insuffisant). On pourrait faire exactement le même commentaire à propos des dispositions de la *Loi sur la défense nationale* portant sur le Centre de la sécurité des télécommunications (CST).

C'est ainsi que la Loi sur le SCRS et la *Loi sur la défense nationale* sont déconnectées des normes constitutionnelles abordées dans l'arrêt *Wakeling*, avec le résultat que ces lois seront éventuellement contestées en vertu de la *Charte*, ce qui accroîtra l'incertitude quant à la légalité des activités de communication de renseignements de ces organismes.

La nouvelle Loi sur la communication d'information ayant trait à la sécurité du Canada du projet de loi C-51

Le gouvernement n'a ni répondu aux recommandations de la Commission d'enquête sur la tragédie d'Air India ni corrigé les

⁶ 2014 CSC 72 [*Wakeling*].

⁷ *Ibid.*, par. 104.

problèmes susmentionnés visant la *Charte* en ce qui touche les activités de communication de renseignements du SCRS et du CST. Au lieu de cela, il a pondu une nouvelle loi complexe sur la communication intérieure de renseignements. La loi procède d'un problème bien réel. Comme on le souligne avec justesse dans une note de service interne du SCRS antérieure au projet de loi C-51 :

[TRADUCTION] À l'heure actuelle, les ministères et les organismes s'appuient sur un ensemble disparate d'autorisations législatives pour régir la communication de renseignements... De façon générale, la loi habilitante de la plupart des ministères et organismes n'autorise pas de façon ambiguë la communication de renseignements à des fins de sécurité nationale⁸.

Il s'agit toutefois de déterminer la suite à donner à cette question. Toujours selon la note de service du SCRS, [TRADUCTION] « les pouvoirs législatifs et les accords de partage de l'information en place permettent souvent de communiquer des renseignements à des fins de sécurité nationale. Sous réserve de consignes et d'un cadre appropriés, il est possible d'apporter des améliorations sensibles afin d'encourager la communication de renseignements à des fins de sécurité nationale *sur la base des pouvoirs législatifs existants*⁹ ».

Au lieu de cela, le projet de loi C-51 subordonne le cadre juridique existant à une nouvelle loi d'ensemble sur la communication de renseignements de sécurité, la *Loi sur la communication d'information ayant trait à la sécurité du Canada* (LCISC). Ce faisant, il accroît la complexité et le caractère incertain du système déjà confus de communication de renseignements. Cette nouvelle loi articule un certain nombre d'objectifs généralement louables dans son préambule et à la rubrique « *Objet et principes* » (inapplicables), puis énonce des principes juridiques qui risquent de créer davantage de problèmes qu'ils ne résolvent.

Portée des plus démesurées

La LCISC permet aux entités du gouvernement du Canada d'échanger des renseignements à propos du vaste nouveau concept des « activités

⁸ SCRS, *Memorandum to the Director, Deputy Minister Meeting on National Security Information Sharing*, 5 février 2014. Demande d'AIPRP 117-2014-393 du SCRS, p. 2 (dans la version originale anglaise).

⁹ *Ibid.*, p. 5 (dans la version originale anglaise) [italique ajouté].

portant atteinte à la sécurité du Canada¹⁰ ». Il est difficile d'exagérer à quel point cette nouvelle définition ratisse large, même comparativement aux définitions de portée générale existantes en matière de sécurité nationale comme celle de « menace envers la sécurité du Canada » contenue dans la Loi sur le SCRS¹¹ ou du concept de « sécurité nationale » dans la *Loi sur la protection de l'information*¹², la loi canadienne portant sur les secrets officiels.

La seule exception prévue dans la LCISC à l'égard de la définition des « activités portant atteinte à la sécurité du Canada » vise les activités « de défense d'une cause, de protestation, de manifestation d'un désaccord ou d'expression artistique¹³ ». Cette liste portait initialement sur les activités « licites » de cette nature mais, sous la pression des groupes de la société civile, le Parti conservateur alors au pouvoir a modifié le projet de loi à la Chambre des communes pour supprimer le mot « licites ».

Ce changement nous a renversés. Nous avions proposé de supprimer le mot « licites » pour ensuite recommander le même compromis que celui figurant dans la définition d'une activité terroriste figurant dans le *Code criminel*, c'est-à-dire d'exclure à la fois les activités de protestation licites et illicites, mais *seulement* dans la mesure où elles n'avaient pas pour but de causer la mort ou des blessures, de mettre la vie en péril ou de constituer un risque sérieux pour la santé.

À notre avis, les activités de protestation et de défense d'une cause ne devraient pas toutes être soustraites au nouveau régime de communication de renseignements. Si leur portée est suffisamment grande, les activités violentes de protestation ou de défense d'une cause *peuvent* poser problème sur le plan de la sécurité nationale. Après tout, quiconque est un tant soit peu au fait de l'histoire du terrorisme comprend que le terrorisme peut constituer une forme de « protestation » ou de « défense d'une cause » dépendamment de la manière dont on définit ces notions. Chose certaine, le terrorisme est une forme de « manifestation d'un désaccord ».

Or, parce qu'on n'a fait que supprimer le mot « licites », la nouvelle LCISC semble interdire tout nouveau pouvoir en matière de communication de renseignements en ce qui a trait à *toute* activité de protestation, de défense d'une cause ou de manifestation d'un désaccord, si violente soit-elle. Les avocats du gouvernement trouveront une façon de contourner cette exception formulée de manière insouciant. En effet, le Livre vert publié par le gouvernement renferme une solution inventée : on y précise que l'exception n'englobe pas les « activités

¹⁰ LCISC, note 7 ci-dessus, art. 2.

¹¹ Loi sur le SCRS, note 4 ci-dessus, art. 2.

¹² S.R.C. 1985, ch. O-5, art. 3.

¹³ LCISC, note 7 ci-dessus, art. 2.

violentes¹⁴ ». Il s'agit toutefois non pas d'une norme énoncée dans la loi proprement dite, mais bien d'une prise de position qui n'est pas exécutoire et qui n'est nullement évidente à la lecture du texte législatif lui-même.

Le pouvoir de faire quoi, au juste?

La portée démesurée du concept même de la sécurité et de ce qui en est exclu est donc amplifiée par les pouvoirs d'exécution énoncés dans la LCISC. La principale disposition d'exécution de la LCISC prévoit que plus de 100 institutions gouvernementales peuvent, à moins d'en être empêchées par une autre loi, communiquer des renseignements à 17 institutions fédérales (et peut-être davantage) si ces renseignements « se rapportent » à la compétence ou aux attributions de l'institution destinataire à l'égard d'« activités portant atteinte à la sécurité du Canada », « notamment en ce qui touche la détection, l'identification, l'analyse, la prévention ou la perturbation de ces activités ou une enquête sur celles-ci¹⁵ ». Ces termes ne sont pas tous définis même s'ils pourraient l'être. Le fait de ne pas les avoir définis, que ce soit en modifiant la LCISC ou dans un règlement, risque de se traduire par l'application incohérente de nombreux termes contenus dans cette loi, un danger que le Commissaire à la protection de la vie privée du Canada a déjà soulevé¹⁶.

Pertinence ou nécessité?

La nouvelle loi autorise la communication de renseignements qui « se rapportent » à la compétence ou aux attributions de l'institution destinataire. En clair, dans ce contexte, les renseignements « se rapportent » à cette compétence ou à ces attributions s'ils ont suffisamment d'incidence sur ce qui relève de la compétence ou des attributions de cette institution. Comme l'a souligné le Commissaire à la protection de la vie privée du Canada dans son analyse critique initiale du projet de loi C-51, le terme « se rapporte » englobe beaucoup plus de notions que ne le ferait le terme plus discret de « nécessaire ». Le fait qu'une chose est « nécessaire » implique un « besoin ». Le

¹⁴ Sécurité publique Canada, *Notre sécurité, nos droits : Livre vert sur la sécurité nationale de 2016* (le « Livre vert »); <http://www.securitepublique.gc.ca/cnt/rsrscs/pblctns/ntnl-scrt-grn-ppr-2016/index-fr.aspx>; Sécurité publique Canada, *Notre sécurité, nos droits : Livre vert sur la sécurité nationale de 2016 – Document de contexte* (« Document de contexte »), p. 30; <http://www.securitepublique.gc.ca/cnt/rsrscs/pblctns/ntnl-scrt-grn-ppr-2016-bckgrndr/index-fr.aspx>.

¹⁵ LCISC, L.C. 2015, ch. 20, art. 2 et 5.

¹⁶ Commissaire à la protection de la vie privée du Canada, communiqué du 27 septembre 2016; https://www.priv.gc.ca/fr/nouvelles-du-commissariat/nouvelles-et-annonces/2016/nr-c_160927/.

Commissaire à la protection de la vie privée du Canada est revenu sur ce point, critiquant le fait que le Livre vert ne soulève pas la question de savoir si la timide norme de pertinence ne devrait pas être remplacée par celle, plus rigoureuse, de nécessité¹⁷. Nous sommes du même avis.

Préséance sur la Loi sur la protection des renseignements personnels?

À défaut d'un critère de « nécessité », la seule balise prévoit que le nouveau pouvoir de communiquer des renseignements s'applique « [sous] réserve des dispositions de toute autre loi fédérale ou de tout règlement pris en vertu de l'une de celles-ci interdisant ou restreignant la communication d'information¹⁸ ». À notre avis, cela signifie que ce pouvoir doit notamment être conforme à la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. Cette précaution n'est pas idéale compte tenu des multiples exceptions que comporte cette loi, mais c'est tout de même quelque chose.

En revanche, nous ne savons pas trop comment interpréter le récent Livre vert. On y lit que, puisque la LCISC « autorise la communication », elle correspond à l'exception portant sur l'« autorité législative » prévue dans la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, ce qui lui accorde la préséance¹⁹. Cette affirmation est difficile à comprendre puisque la LCISC elle-même prévoit qu'elle est assujettie à d'autres lois « interdisant ou restreignant » la communication de renseignements (ce qui engloberait la *Loi sur la protection des renseignements personnels*). Du même coup, on reconnaît (à juste titre à notre avis) dans le Livre vert qu'« [on] ne peut pas utiliser la LCISC pour contourner des limites ou des interdictions juridiques à la communication²⁰ ».

Résultat : toute l'architecture de la LCISC est source de confusion et d'incertitude. Cela étant, elle rejette les enseignements de la Commission Arar, de l'enquête sur la tragédie d'Air India, et de la commission d'enquête américaine sur les attentats du 11 septembre 2001 qui les a précédées. Elle menace la vie privée puisque le gouvernement semble vouloir regrouper presque tout dans le champ de sa définition radicale et nouvelle des intérêts en matière de sécurité. Parallèlement, la portée démesurée de la LCISC menace la sécurité parce qu'elle fait en sorte qu'il est difficile de se concentrer sur le terrorisme. La LCISC permet au gouvernement de communiquer presque n'importe quel renseignement tout en rejetant la recommandation de la Commission d'enquête sur la tragédie d'Air India selon laquelle le SCRS *doit* communiquer les renseignements relatifs aux infractions de terrorisme

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ LCISC, art. 5.

¹⁹ Document de contexte, note 14 ci-dessus, p. 28.

²⁰ *Ibid.*, p. 30.

sinon à la police, à une personne d'autorité qui peut répondre de l'utilisation appropriée de ces renseignements.

Si la LCISC « fonctionne », ce sera en dépit de sa piètre rédaction précipitée et des critiques dont elle a fait l'objet lors de son étude précipitée par le Parlement et ses comités dans une atmosphère extrêmement partisane. Le Livre vert déclenche une autre sonnette d'alarme. La suite dépendra en bonne partie de la façon dont le gouvernement interprétera la LCISC, et le Livre vert laisse entendre que le gouvernement suit une approche qui manque de clarté pour interpréter la LCISC en lien avec la *Loi sur la protection des renseignements personnels*²¹.

Que faudrait-il faire?

Il est temps de rectifier définitivement le flux des renseignements entre le SCRS et les autorités policières. Aucun gouvernement ne peut prétendre s'occuper sérieusement de la sécurité tant qu'il ne s'est pas attelé à cette tâche. Cette question rejoint le dilemme du lien entre le renseignement et la preuve dont il est question ci-après, et elle découle des recommandations de la Commission d'enquête sur la tragédie d'Air India.

De plus, le gouvernement pourrait atténuer la complexité (et la subjectivité) de son régime de communication de renseignements en normalisant les règles sur la communication de renseignements liés à la sécurité nationale dans l'ensemble de ses lois au lieu de se contenter d'abriter un régime trop compliqué avec le concept général – et encore plus compliqué – de « porter atteinte » doublé d'un ensemble bâclé de règles opérationnelles sur la communication de renseignements.

L'élagage des lois pour en retirer les règles contradictoires, variables et déroutantes sur la communication de renseignements est une tâche utile, mais cela demeure une tâche qui demandera du temps et du doigté. Il ne nous semble pas évident que le gouvernement s'y emploiera volontiers. C'est pourquoi nous recommandons à tout le moins :

- de remplacer la trop vague définition des « activités portant atteinte à la sécurité du Canada » par celle, plus restreinte et établie, de « menaces pour la sécurité du Canada » figurant à l'article 2 de la Loi sur le SCRS. On éviterait ainsi d'étendre radicalement la notion des intérêts relatifs à la sécurité comme le ferait le concept de « portant atteinte à la sécurité du Canada »;

²¹ Forcese, Craig, et Kent Roach, *False Security: The Radicalization of Canadian Anti-terrorism*, Toronto, Irwin Law (2015), chap. 5.

- de modifier, comme le recommande le Commissaire à la protection de la vie privée, l'article 5 pour exiger que l'information communiquée soit « nécessaire » ou « proportionnelle » aux attributions de l'institution destinataire en matière de sécurité au lieu de seulement s'y « rapporter²² »;
- de modifier l'article 5 pour y stipuler très clairement que l'institution destinataire doit œuvrer dans le respect de son mandat et de ses pouvoirs législatifs actuels, et que les organismes doivent mettre en place des protocoles pour garantir la fiabilité des renseignements communiqués, comme le recommandait la Commission Arar;
- de jumeler les pouvoirs en matière de communication de renseignements avec des modifications conférant à un ou plusieurs organes indépendants le pouvoir d'examiner toutes les activités de communication de renseignements du gouvernement du Canada sous le régime de la nouvelle loi. Comme l'indique le Commissaire à la protection de la vie privée, cet examen devrait être facilité par des ententes de communication d'information entre les entités qui partagent des renseignements²³. Il faudrait surtout veiller à ce que cet(ces) organe(s) indépendant(s) puisse(nt) forcer la suppression des renseignements non fiables par tous les organismes auxquels ces derniers ont été distribués;
- de reproduire l'exemption à l'égard du régime de communication des renseignements sur la division 83.01b)(ii)(E) du *Code criminel*, de manière à l'appliquer dans le cadre « de revendications, de protestations ou de manifestations d'un désaccord ou d'un arrêt de travail qui n'ont pas pour but de provoquer l'une des situations mentionnées aux divisions (A) à (C) » (c.-à-d. qui ne visent pas à mettre en danger la vie d'une personne, la santé ou la sécurité);
- de mettre en œuvre la recommandation 10 de la Commission d'enquête sur la tragédie d'Air India²⁴ pour intégrer à la *Loi sur le SCRS* des règles exigeant que ce dernier « fasse part des informations pouvant être utilisées

²² Mémoire du Commissaire à la protection de la vie privée du Canada au Comité permanent de la sécurité publique et nationale de la Chambre des communes, 5 mars 2015, recommandation 1; https://www.priv.gc.ca/fr/mesures-et-decisions-prises-par-le-commissariat/conseils-au-parlement/2015/parl_sub_150305/.

²³ *Loc. cit.*, recommandation 4.

²⁴ Commission d'enquête relative aux mesures d'investigation prises à la suite de l'attentat à la bombe commis contre le vol 182 d'Air India (note 1), recommandations 1 et 10; voir http://publications.gc.ca/collections/collection_2010/bcp-pco/CP32-89-4-2010-fra.pdf, chap. 7.

dans le cadre d'une enquête ou d'une poursuite à l'égard d'une infraction soit aux organismes compétents chargés d'appliquer la loi ou d'engager des poursuites, soit au conseiller à la sécurité nationale »;

- de mettre à jour l'article 19 de la Loi sur le SCRS et les dispositions de la *Loi sur la défense nationale* concernant le CST pour les rendre conformes aux exigences formulées par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Wakeling*.