

TRÈS SECRET//SECRET PROFESSIONNEL DE L'AVOCAT/RÉSERVÉ AUX CANADIENS



National Security
and Intelligence
Review Agency

Office de surveillance des
activités en matière de sécurité
nationale et de renseignement

Examen portant sur la mise en œuvre par les ministères de la *Loi visant à éviter la complicité dans les cas de mauvais traitements infligés par des entités étrangères en 2023*

Atténuation et conflits armés

OSSNR // Examen 24-03

Table des matières

Table des matières	i
Sigles et acronymes	ii
Glossaire	iii
Sommaire	v
1. Introduction	1
Fondements législatifs	1
Portée de l'examen	1
Méthodologie	1
Énoncés généraux	2
2. Contexte	3
3. Constatations, analyse et recommandations	6
Détermination des mesures d'atténuation	6
Étude d'un cas du SCRS : communication concernant [REDACTED]	9
Étude d'un cas d'AMC : communication proactive d'information sur [REDACTED]	14
Étude d'un cas de la GRC : communication proactive d'information sur [REDACTED]	17
Étude d'un cas d'IRCC : communication d'information sur [REDACTED]	20
Étude d'un cas du MDN : refus de communiquer [REDACTED]	23
Application de la LECCMTIEE dans le contexte d'un conflit armé	25
Les objectifs humanitaires et la LECCMTIEE	27
4. En conclusion	29
Annex A. Constatations et recommandations	32
Annex B. Les facteurs Badesha	34

TRÈS SECRET//SECRET PROFESSIONNEL DE L'AVOCAT/RÉSERVÉ AUX CANADIENS

Sigles et acronymes

AMC	Affaires mondiales Canada
BCP	Bureau du Conseil privé
CCENT	Comité de conformité pour éviter les mauvais traitements
CCRIE	Comité consultatif sur les risques – Information de l'étranger
CEEI	Comité d'évaluation des échanges d'information
CST	Centre de la sécurité des télécommunications
GCER	Groupe de coordination d'échange de renseignements
GRC	Gendarmerie royale du Canada
GTERD	Groupe de travail sur les échanges de renseignements de la Défense
IRCC	Immigration, Réfugiés et Citoyenneté Canada
LECCMTIEE	<i>Loi visant à éviter la complicité dans les cas de mauvais traitements infligés par des entités étrangères</i>
MDN/FAC	Ministère de la Défense nationale/Forces armées canadiennes
MJ	Ministère de la Justice
ONU	Organisation des Nations Unies
OSSNR	Office de surveillance des activités en matière de sécurité nationale et de renseignement
SCRS	Service canadien du renseignement de sécurité
SP	Sécurité publique Canada

TRÈS SECRET//SECRET PROFESSIONNEL DE L'AVOCAT/RÉSERVÉ AUX CANADIENS

Glossaire

Assurance	Déclaration formelle ou informelle suivant laquelle une entité étrangère s'engage à répondre des conditions ou à des normes, par exemple le respect des droits de la personne.
Considérations externes	Considérations qui sont hors sujet et non pertinentes quant à la détermination des mesures d'atténuation, notamment, le risque de ne pas communiquer l'information en question, ainsi que les considérations d'ordre stratégique, politique et réputationnel.
Détermination des mesures d'atténuation	Situation où le représentant d'un ministère détermine si le risque sérieux de mauvais traitements pouvant résulter d'une communication d'information peut être atténué.
Entités étrangères	Terme défini dans les IM 2017 comme suit : « [...] peut inclure les gouvernements étrangers, leurs ministères et organismes et leurs forces militaires. Il peut aussi s'appliquer à des coalitions militaires, à des alliances et à des organisations internationales. »
Humanitaire	Qualifie les actions ou les mesures visant à améliorer le bien-être des personnes et à atténuer la souffrance, particulièrement dans les périodes de crise ou de détresse.
IM 2011	Remises à l'ASFC, au SCRS, au CST et à la GRC en 2011, ces Instructions du ministre (IM) visent à éviter la complicité dans les cas de mauvais traitements par des entités étrangères.
IM 2017	Remises à l'ASFC, au SCRS, au CST, au MDN/FAC, à AMC et à la GRC en 2017, ces Instructions du ministre (IM) visent à éviter la complicité dans les cas de mauvais traitements par des entités étrangères.
Mauvais traitements	Terme défini à l'article 2 de la LECCMTIEE comme suit : « Torture ou autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, au sens de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, signée à New York le 10 décembre 1984. »
Ministère	Dans le contexte du présent examen, désigne les ministères et organismes dont les administrateurs généraux ont reçu des instructions du ministre au titre de la LECCMTIEE.
Mise en garde	Énoncé déclarant les conditions s'appliquant à un échange d'information, notamment, les personnes qui ont la permission d'accéder à l'information et la façon dont celle-ci doit être utilisée.
Risque préexistant	Désigne les risques qui existent avant que la communication d'information soit envisagée. Ces risques existent indépendamment des risques sérieux de mauvais traitements pouvant résulter de ladite communication.

TRÈS SECRET//SECRET PROFESSIONNEL DE L'AVOCAT/RÉSERVÉ AUX CANADIENS

Risque sérieux Terme défini dans les IM 2017 comme suit : « [...] signifie qu'une personne court un risque personnel, actuel et prévisible de subir des [sic] mauvais traitements. Pour pouvoir être qualifié de "substantiel", le risque doit être réel et ne pas être uniquement théorique ou spéculatif. Dans la plupart des cas, l'existence d'un risque substantiel est établie s'il est plus probable qu'improbable que des [sic] mauvais traitements soient infligés à la personne. Cependant, dans certains cas, en particulier lorsqu'une personne risque de subir un préjudice grave, l'existence du "risque substantiel" peut être établie à un niveau de probabilité inférieur ».

TRÈS SECRET//SECRET PROFESSIONNEL DE L'AVOCAT/RÉSERVÉ AUX CANADIENS

Sommaire

Le présent examen avait pour objet d'évaluer non seulement la conformité des ministères assujettis à la *Loi visant à éviter la complicité dans les cas de mauvais traitements infligés par des entités étrangères* (LECCMTIEE), mais aussi leur mise en œuvre des instructions découlant de la LECCMTIEE (Instructions LECCMTIEE) pendant l'année civile 2023. L'examen s'est concentré sur la façon dont les ministères ont atténué les risques sérieux de mauvais traitements lorsqu'ils devaient communiquer des renseignements à des entités étrangères. L'OSSNR a évalué les pratiques d'atténuation implantées par les ministères, mais aussi les modalités suivant lesquelles ces ministères déterminaient si ces pratiques étaient en mesure d'atténuer suffisamment les risques de mauvais traitements pouvant résulter d'une communication, de sorte que celle-ci réponde aux Instructions LECCMTIEE. L'OSSNR a examiné cinq cas impliquant des communications destinées à [REDACTED] entités étrangères [REDACTED] engagé dans des conflits armés et s'est penché sur la façon dont ces conflits armés pouvaient influencer sur la capacité d'atténuation des ministères.

S'agissant des pratiques d'atténuation des ministères, l'OSSNR a relevé que le SCRS, IRCC et la GRC pourraient ne pas avoir été conformes aux Instructions LECCMTIEE, et a formulé deux recommandations. L'une de ces recommandations a trait à la nécessité de produire des plans d'atténuation qui réduisent globalement et efficacement les risques sérieux, assurent l'application des mises en garde et des assurances, excluent les considérations externes, et prévoient des mesures permettant de rester à l'affût des mauvais traitements et de respecter les mises en garde et les assurances. L'autre recommandation vise à faire en sorte que les responsables du ministère documentent la façon dont les risques reconnus doivent être atténués, et ce, avant de communiquer de l'information à des entités étrangères.

De plus, l'OSSNR a constaté que l'implication d'un pays étranger dans un conflit armé créait des difficultés pour les ministères lorsque ceux-ci cherchent à échanger des informations avec ces pays tout en respectant les obligations qui leur incombent en vertu des Instructions LECCMTIEE. L'OSSNR a relevé d'autres difficultés, cette fois en rapport avec les communications envisagées dans le but d'atteindre des objectifs humanitaires. Dans certains cas, les ministères ont reconnu que leurs échanges d'information se rapportaient à des personnes assujetties à un risque préexistant de mauvais traitements ou de lésion découlant [REDACTED] Or, la possibilité que l'échange puisse, d'une certaine façon, atténuer le risque préexistant constituait un incitatif de poids en faveur de la communication. Toutefois, les Instructions LECCMTIEE ne permettent pas que ce type d'intérêt influe sur la détermination des ministères quant à savoir s'ils sont en mesure d'atténuer un risque sérieux de mauvais traitement. En outre, l'OSSNR a remarqué que les circonstances

TRÈS SECRET//SECRET PROFESSIONEL DE L'AVOCAT/RÉSERVÉ AUX CANADIENS

entourant les conflits armés ne laissaient que peu d'options aux ministères qui ont des visées humanitaires et qui souhaitent atténuer les risques associés à la communication d'information.

L'examen se conclut en précisant que l'OSSNR demande aux ministères de réaliser une étude sur les échanges d'information avec les entités étrangères de pays engagés dans des conflits armés. C'est aux ministères qu'il incombe de tirer parti des ressources dont ils disposent pour analyser les défauts de conformité relevés et proposer des solutions applicables.

1. Introduction

Fondements législatifs

1. Le présent examen a été réalisé en application des alinéas 8(1)a) et 8(1)b) et du paragraphe 8(2.2) de la *Loi sur l'Office de surveillance des activités en matière de sécurité nationale et de renseignement* (Loi sur l'OSSNR).

Portée de l'examen

2. Le présent rapport fait suite à l'examen de la mise en œuvre, au cours de l'année civile 2023, d'instructions émises en vertu de la *Loi visant à éviter la complicité dans les cas de mauvais traitements infligés par des entités étrangères* (Instructions LECCMTIEE). L'examen s'est concentré sur la façon dont les ministères avaient atténué les risques sérieux de mauvais traitements résultant de la communication d'information à une entité étrangère.
3. L'OSSNR a examiné les rapports annuels de mise en œuvre qui lui ont été remis par les 12 ministères concernés conformément aux dispositions du paragraphe 8(1) de la LECCMTIEE, et a également examiné la politique d'atténuation de chacun de ces ministères. Le présent rapport a pris en compte des études de cas provenant du SCRS, d'AMC, d'IRCC, de la GRC et du MDN/FAC dans le cadre desquelles il a fallu déterminer si les risques sérieux de mauvais traitements résultant directement d'une communication d'information [REDACTED] [REDACTED] engagé dans un conflit armé pouvaient être atténués.

Méthodologie

4. L'OSSNR a examiné bon nombre de documents produits par les ministères : cadres de gouvernance, documents stratégiques et autres dossiers que l'OSSNR a obtenus par l'intermédiaire de demandes d'information, y compris des réponses narratives. Aux fins de l'examen, l'OSSNR a choisi cinq études de cas qui ont fourni l'occasion de voir quel était le rendement des pratiques d'atténuation des ministères dans des circonstances exigeantes. Les cas figuraient parmi ceux qui avaient été renvoyés à l'échelon le plus élevé prévu par le cadre de recours hiérarchique de chacun des ministères. Ainsi, ils s'avéraient les plus susceptibles de présenter des difficultés en matière d'atténuation. L'échantillon a ensuite été réduit aux cas comportant une communication d'information [REDACTED] engagé dans un conflit armé, [REDACTED] [REDACTED]. La complexité de ce contexte allait d'ailleurs mettre à l'épreuve les pratiques d'atténuation prévues par les ministères.

TRÈS SECRET//SECRET PROFESSIONNEL DE L'AVOCAT/RÉSERVÉ AUX CANADIENS

5. Dans chaque cas, l'OSSNR a examiné la façon par laquelle les ministères avaient déterminé s'ils pouvaient atténuer suffisamment les risques sérieux de mauvais traitements résultant de la communication d'information, de sorte à en vérifier la conformité aux Instructions LECCMTIEE. Au nombre des éléments examinés, il faut compter les évaluations des risques, les comptes rendus de décisions, les profils de pays et les comptes rendus de cas. L'OSSNR a également pris en compte, de façon générale, la façon dont les situations critiques attribuables aux conflits armés influaient sur la capacité des ministères à atténuer les risques sérieux de mauvais traitements.
6. Aux fins du présent examen, l'OSSNR s'est appuyé sur l'information fournie par les ministères et a accepté, dans chacun des cas, leurs descriptions des risques et de la situation dans les pays concernés. L'OSSNR n'a pas mené de recherche indépendante quant aux risques posés par la communication d'information aux entités étrangères en cause. L'OSSNR a plutôt basé son analyse uniquement sur l'information fournie par les ministères, à savoir les circonstances de la communication, l'état des droits de la personne [REDACTED] et les évaluations que les ministères ont réalisées à l'égard des risques et des mesures d'atténuation.

Énoncés généraux

7. La Loi sur l'OSSNR accorde à l'Office de surveillance des activités en matière de sécurité nationale et de renseignement (OSSNR, Office de surveillance) le droit d'accéder en temps voulu à toute l'information en la possession ou sous le contrôle d'un ministère (à l'exception des documents confidentiels du Cabinet) et de recevoir, de la part dudit ministère, tout document et toutes les explications que l'OSSNR juge nécessaire. L'OSSNR évalue le degré de coopération manifesté à l'égard des demandes d'accès en se fondant sur la complétude et l'exactitude des informations communiquées. C'est donc à partir de ces informations que l'OSSNR évalue globalement la réactivité d'un ministère à chacun de ses examens¹.
8. Sur le plan de la réactivité, tous les ministères sauf un ont répondu aux attentes de l'OSSNR pendant le présent examen. En l'occurrence, AMC n'a répondu aux attentes que partiellement, compte tenu des retards constatés dans les réponses aux demandes d'information.

¹ Les attentes de l'OSSNR en matière de réponse aux examens sont énoncées en ligne, à l'adresse suivante : <https://nsira-ossnr.gc.ca>.

TRÈS SECRET//SECRET PROFESSIONNEL DE L'AVOCAT/RÉSERVÉ AUX CANADIENS

2. Contexte

9. En 2006, la Commission d'enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar a été l'occasion d'examiner les circonstances dans lesquelles un citoyen canadien a été livré à la Syrie, où il a été torturé. L'une des principales conclusions de l'enquête déclarait que la communication à des entités étrangères d'information inexacte ou non assortie d'un avertissement avait donné lieu à la torture et aux mauvais traitements subis par Maher Arar. Le gouvernement du Canada a réagi en émettant des instructions du ministre (IM) en 2011 et en 2017, de sorte à encadrer les communications d'information avec des entités étrangères. En 2019, la LECCMTIEE est entrée en vigueur en exigeant que de telles instructions soient données par le gouverneur en conseil aux administrateurs généraux de 12 ministères et organismes². Ces Instructions LECCMTIEE actuellement en vigueur régissent les communications d'information à des entités étrangères ainsi que les demandes d'information provenant de ces mêmes entités, dans la mesure où elles pourraient poser un risque sérieux de mauvais traitement d'une personne. Ces instructions encadrent également l'utilisation d'information qui pourrait avoir été obtenue à la suite de mauvais traitements infligés par une entité étrangère.
10. Les difficultés qu'éprouvent les ministères lorsqu'il s'agit d'atténuer les risques sérieux de mauvais traitements ont été une source constante de préoccupation pour les examens externes. En 2018, le prédécesseur de l'OSSNR, le Comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité (CSARS), avait relevé des problèmes concernant l'évaluation, par le SCRS, des mises en garde et des assurances³. Le CSARS a constaté que « [...] les gestionnaires opérationnels [n'avaient] pas adéquatement évalué ou consigné les risques [...] que les mises en garde et les assurances ne soient pas respectées⁴ ». En 2021, l'OSSNR a observé que les ministères n'étaient pas en mesure de faire un suivi de la conformité des mesures d'atténuation, ce qui a abouti à l'inaptitude à vérifier le respect des mises en garde et des assurances⁵. En 2022, l'OSSNR a constaté qu'AMC et la GRC

² Les décrets en conseil et les Instructions LECCMTIEE afférentes sont disponibles en ligne à l'adresse suivante : <https://orders-in-council.canada.ca>.

³ Étude du CSARS 2017-01.

⁴ *Ibid.*, conclusion 1.

⁵ Examen de l'OSSNR 2021-02, paragr. 6.

TRÈS SECRET//SECRET PROFESSIONNEL DE L'AVOCAT/RÉSERVÉ AUX CANADIENS

n'avaient pas été en mesure de documenter, de suivre ou de surveiller les assurances des entités étrangères dans un système centralisé⁶.

11. Les conclusions récurrentes des examens externes au sujet des problèmes liés à l'atténuation ont fait en sorte que le présent examen s'est concentré sur les pratiques d'atténuation, et plus particulièrement sur la façon dont les ministères déterminent si un risque sérieux de mauvais traitements peut être atténué et, dans l'affirmative, par quels moyens.

L'interdiction absolue

12. Bien que les Instructions LECCMTIEE traitent de la complicité pouvant découler de communications, de demandes ou de l'utilisation d'information, le présent rapport se concentre sur les communications et, plus précisément, sur l'interdiction absolue des communications pouvant donner lieu à un risque sérieux de mauvais traitements. Les Instructions LECCMTIEE stipulent que les ministères ne communiqueraient aucune information à une entité étrangère si cette communication devait se traduire par un risque sérieux de mauvais traitements, à moins que ledit risque puisse être atténué. Cette interdiction est formelle et ne peut être contournée, quelle que soit la raison (circonstances atténuantes, objectifs stratégiques ou intention morale). L'atténuation est le seul mécanisme devant permettre la communication d'information qui, autrement, poserait ce risque, bien qu'il faille garder à l'esprit que l'atténuation peut s'avérer extrêmement difficile à réaliser.
13. La stricte interdiction cadre avec les obligations internationales du Canada en matière de droits de la personne et avec les mesures internationales visant à éliminer le recours à la torture ainsi qu'aux peines et traitements cruels, inhumains ou dégradants. Elle répond également à la recommandation 14 de l'enquête sur l'affaire Arar laquelle indique notamment que : « on ne devrait jamais communiquer d'information à un pays où il y a un risque crédible qu'elle entraînerait [sic] un recours à la torture ou y contribuerait. »
14. L'interdiction prend également ses distances par rapport aux IM de 2011, lesquelles ont essuyé quelques critiques en raison de leur permissivité⁷. Ces IM envisageaient qu'une affaire puisse être renvoyée à l'administrateur général du ministère pour décision, dans les cas où l'on ne sait pas encore si un risque sérieux de mauvais traitement peut être atténué au moyen de mises en garde et d'assurances. En tentant de décider s'il convient ou non de communiquer de

⁶ Examen de l'OSSNR 2022-05, conclusions 6 et 15.

⁷ Examen de l'OSSNR 2019-06, paragr. 17.

TRÈS SECRET//SECRET PROFESSIONNEL DE L'AVOCAT/RÉSERVÉ AUX CANADIENS

l'information, l'administrateur général pourrait prendre en compte un certain nombre de facteurs allant au-delà de la question de l'atténuation, ouvrant la possibilité que la communication puisse avoir lieu malgré un risque de mauvais traitement qui ne serait pas atténué à un degré inférieur à « sérieux ». Les IM indiquaient également que les administrateurs généraux pourraient décider de renvoyer une affaire à leur ministre pour décision.

15. Il convient de noter que le Comité des Nations Unies contre la torture – l'organisme conventionnel qui surveille l'application de la *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants* (Convention contre la torture) – a critiqué le Canada en 2012 en raison de la permissivité de ses règles en matière d'échange d'information, en dénonçant les communications d'information posant un risque sérieux de torture, mais aussi l'utilisation d'information pouvant avoir été obtenue à la suite de torture⁸. Le Comité a recommandé que le Canada modifie les instructions du ministre « afin de [les] rendre conforme[s] aux obligations qui incombent au Canada en vertu de la Convention » et que le Canada « renforç[e] les activités de formation sur l'interdiction absolue de la torture dans le cadre des services du renseignement⁹. »
16. Les IM 2017 et les Instructions LECCMTIEE en vigueur prévoient désormais l'interdiction absolue et ne permettent plus la communication ou la demande d'information pouvant poser un risque sérieux de mauvais traitements, à moins que ledit risque puisse être atténué.
17. Le présent rapport fait état du cinquième examen annuel de la mise en œuvre des instructions émises au titre de la LECCMTIEE. Tous les ministères ont respecté leurs obligations visées au paragraphe 7(1) de la LECCMTIEE qui stipule que l'administrateur général doit soumettre au ministre compétent un rapport sur la mise en œuvre des Instructions LECCMTIEE avant le 1^{er} mars de chaque année. De plus, ils ont tous respecté leur obligation de fournir le présent rapport à l'OSSNR conformément au paragraphe 8(1) de la LECCMTIEE et leur obligation

⁸ *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*. Rés. 39/46, AG, adoptée le 10 décembre 1984. Les dispositions relatives à « l'utilisation » faisant partie des IM actuellement en vigueur, lesquelles ne sont pas visées par le présent examen, demeurent plus permissives que les dispositions relatives aux communications et aux demandes qui prévoient maintenant l'interdiction absolue. À la section 3 de toutes les instructions, on peut voir que dans quelques cas exceptionnels, les dispositions relatives à « l'utilisation » permettent l'exploitation d'information possiblement obtenue à la suite du mauvais traitement d'une personne par une entité étrangère.

⁹ *Observations finales du Comité contre la torture : Canada*, CCTNU, 48^e séance, Document de l'ONU /C/CAN/Q/6, (2012), paragr. 17.

TRÈS SECRET//SECRET PROFESSIONNEL DE L'AVOCAT/RÉSERVÉ AUX CANADIENS

de mettre leurs rapports annuels à la disposition du public dès que possible, conformément au paragraphe 7(2).

3. Constatations, analyse et recommandations

18. Pour les ministères dotés d'un mandat en matière de sécurité nationale et de renseignement, l'échange d'information comportant en soi un risque peut constituer une activité faisant partie intégrante de l'exercice de leurs fonctions et attributions. Comme les Instructions LECCMTIEE interdisent les échanges d'information à moins que les risques sérieux de mauvais traitements qui en résulteraient puissent être atténués, il faut comprendre que la disposition d'un ministère à atténuer ces risques a une influence considérable sur son aptitude non seulement à se conformer aux Instructions LECCMTIEE, mais aussi à exercer son mandat.
19. Pour examiner la capacité des ministères en matière d'atténuation, l'OSSNR a étudié les communications d'information [REDACTED] dans un conflit armé. Ce contexte a permis à l'OSSNR d'évaluer le degré d'efficacité avec lequel les pratiques et politiques des ministères en matière d'atténuation s'appliquaient à des cas complexes relevant de la LECCMTIEE. La première section du présent rapport évalue des études de cas portant sur des communications du SCRS, d'AMC, de la GRC, d'IRCC et du MDN en déterminant si, de façon générale, leurs pratiques d'atténuation favorisent la conformité aux Instructions LECCMTIEE. La deuxième section du présent rapport étudie la façon dont un contexte de conflit armé a pu influencer sur les pratiques d'atténuation des ministères. Elle se penche également sur les difficultés rencontrées par ces ministères lorsqu'ils cherchaient à atteindre des objectifs humanitaires en contexte de conflit armé.

Détermination des mesures d'atténuation

Constatation 1. L'OSSNR a constaté, dans les cas examinés, que les modalités suivant lesquelles le SCRS, AMC, la GRC et IRCC ont déterminé les mesures d'atténuation comportaient des lacunes communes, notamment :

- conception inadéquate des mesures d'atténuation appelées à atténuer certains risques de mauvais traitements;
- insuffisance, sur le plan de la clarté et de la fiabilité, des évaluations visant les mises en garde et les assurances;

TRÈS SECRET//SECRET PROFESSIONNEL DE L'AVOCAT/RÉSERVÉ AUX CANADIENS

- prise en compte inadéquate des considérations externes dans les processus visant à déterminer si un risque sérieux de mauvais traitements pourrait être atténué.

-
20. Les Instructions LECCMTIEE exigent que l'administrateur général d'un ministère veille à ce qu'il n'y ait aucune communication d'information à une entité étrangère lorsque celle-ci pose le risque sérieux qu'une personne se voie infliger de mauvais traitements, à moins que les responsables du ministère déterminent que ledit risque puisse être atténué et que les mesures appropriées soient prises pour atténuer le risque^{10, 11}. Le présent rapport désigne cette détermination par le terme « détermination des mesures d'atténuation ».
 21. Les ministères peuvent atténuer le risque sérieux de mauvais traitements de diverses façons. Or, les Instructions LECCMTIEE citent des mises en garde et assurances à titre d'exemples de possibles mesures d'atténuation. D'ailleurs, l'OSSNR a remarqué qu'il s'agissait là des mesures d'atténuation les plus couramment employées. Les mises en garde sont des énoncés qu'un ministère joint à un échange d'information pour rappeler les conditions de l'échange, notamment, qui est autorisé à accéder à l'information et comment cette information peut être utilisée. Quant au terme « assurances », il désigne l'engagement formel ou informel d'une entité étrangère à répondre à certaines conditions ou normes, notamment le respect des droits de la personne.
 22. L'efficacité des mises en garde et des assurances dépend largement de la clarté de leur libellé et de leur fiabilité. En d'autres mots, elles ne sont utiles que dans la mesure où les entités étrangères les comprennent suffisamment pour s'y conformer. Dans son rapport sur les événements entourant l'affaire Maher Arar, le commissaire O'Connor a recommandé que la GRC s'assure que ses mises en garde énoncent clairement « qui peut utiliser l'information [qui est communiquée],

¹⁰ La sous-section 1(1) des Instructions LECCMTIEE s'énonce comme suit : « [l'administrateur général du ministère] veille, à l'égard de tout renseignement dont la communication à une entité étrangère entraînerait un risque sérieux que de mauvais traitements soient infligés à un individu, à ce que les fonctionnaires du [ministère] ne communiquent le renseignement que si ces fonctionnaires concluent que le risque peut être atténué, notamment par la formulation de [mises en garde] ou [d'assurances], et que si les mesures d'atténuation indiquées sont prises. »

¹¹ Les Instructions du ministre visant à éviter la complicité dans les cas de mauvais traitements par des entités étrangères de 2017 indiquent également : « [d]ans la plupart des cas, l'existence d'un risque sérieux est établie s'il est plus probable qu'improbable que de mauvais traitements soient infligés à une personne. Cependant, dans certains cas, en particulier lorsqu'une personne risque de subir un préjudice grave, l'existence du "risque sérieux" peut être établie à un niveau de probabilité inférieur. »

TRÈS SECRET//SECRET PROFESSIONEL DE L'AVOCAT/RÉSERVÉ AUX CANADIENS

quelles restrictions s'appliquent à cette utilisation et à qui le destinataire peut s'adresser s'il souhaite obtenir qu'on modifie ces restrictions¹². »

23. Plus récemment, dans l'affaire *India c. Badesha*, la Cour suprême du Canada a formulé, au sujet des assurances, des conseils sur l'évaluation de la fiabilité des assurances diplomatiques en citant une liste non exhaustive de facteurs à considérer, notamment les suivants : « le caractère soit précis soit général et vague des assurances; [...] le caractère légal ou illégal dans l'État d'accueil des traitements au sujet desquels les assurances ont été données; la durée et la force des relations bilatérales entre l'État d'envoi et l'État d'accueil, y compris l'attitude passée de l'État d'accueil face à des assurances analogues; la possibilité ou non de vérifier objectivement le respect des assurances données par des mécanismes diplomatiques [...]; et l'existence ou non d'un vrai système de protection contre la torture dans l'état d'accueil [...] »¹³. » La liste complète des facteurs peut être consultée en annexe B. Le présent rapport désignera ces facteurs par le terme « facteurs Badesha ». Ensemble, les recommandations du commissaire O'Connor et les facteurs Badesha peuvent constituer le fondement d'orientations quant à l'évaluation des mises en garde et des assurances dans les cas d'échange d'information en vertu de la LECCMTIEE.
24. Dans les environnements de risque qui s'avèrent complexes, les mesures d'atténuation comportent leur part de difficultés. Ainsi, les Instructions LECCMTIEE indiquent que lorsque les responsables ne sont pas en mesure de déterminer si le risque sérieux de mauvais traitements résultant de la communication peut être atténué, le cas doit être renvoyé à l'administrateur général pour détermination¹⁴. L'OSSNR, entre autres, doit être informé de ce type de détermination¹⁵. Or, au cours des cinq dernières années, l'OSSNR n'a été avisé d'aucun cas ayant été renvoyé à l'échelon de l'administrateur général contrairement à ce qu'énoncent ces instructions.
25. Pendant l'examen des cas, l'OSSNR a constaté un certain nombre de lacunes communes dans les pratiques d'atténuation des divers ministères. Les recommandations de l'OSSNR concernant l'amélioration des pratiques

¹² Recommandation 9(B) du rapport de la Commission d'enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar, Rapport sur les événements concernant Maher Arar, Analyse et recommandations (Ottawa : Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, 2006).

¹³ Voir *India c. Badesha*, 2017 CSC 44, paragr. 51.

¹⁴ Sous-section 1(2) des Instructions LECCMTIEE.

¹⁵ Sous-section 4(1) des Instructions LECCMTIEE.

TRÈS SECRET//SECRET PROFESSIONEL DE L'AVOCAT/RÉSERVÉ AUX CANADIENS

d'atténuation peuvent s'appliquer à tous les ministères assujettis à la LECCMTIEE, y compris ceux qui ne sont pas cités dans les études de cas ci-après.

Étude d'un cas du SCRS : communication concernant [REDACTED]

Constataion 2. L'OSSNR a constaté, dans le cas examiné, que le SCRS pourrait ne s'être pas conformé aux Instructions LECCMTIEE, dans la mesure où il est peu probable qu'il ait suffisamment atténué un risque sérieux de mauvais traitement à l'occasion d'un échange d'information avec une entité étrangère. En l'occurrence, le SCRS :

- s'en est remis à des mises en garde et à des assurances inadéquatement formulées lorsqu'il s'est agi de remédier aux risques de mauvais traitement;
- n'a pas comblé les lacunes importantes qui affaiblissaient le degré de fiabilité des mises en garde et des assurances.

26.

[REDACTED]

27.

[REDACTED]

28. [REDACTED] le Comité d'évaluation des échanges d'informations (CEEI)¹⁶ s'est réuni pour discuter de la question de savoir si la communication de [REDACTED] allait donner lieu à un risque sérieux de mauvais traitements et si ce risque pouvait être atténué. [REDACTED] le SCRS avait reçu une mise à jour sur les assurances [REDACTED] indiquant que l'information tirée [REDACTED]

29. Concernant les assurances, la correspondance du SCRS avec [REDACTED] [REDACTED] indiquait également que l'on doutait que la seule utilité de l'information soit de favoriser [REDACTED] Les responsables du CEEI ont souligné .

31. Les derniers paragraphes du compte rendu des discussions indiquent qu'un responsable du CEEI a soulevé la possibilité que [REDACTED] advenant que le SCRS n'ait pas communiqué l'information demandée. Ce responsable s'est fait dire que cette éventualité risquait fort de se réaliser et que [REDACTED] Les responsables du CEEI ont ensuite trouvé un consensus autour du fait que le risque de mauvais traitement pourrait être atténué.

OSSNR // LECCMTIEE 2023

TRÈS SECRET//SECRET PROFESSIONNEL DE L'AVOCAT/RÉSERVÉ AUX CANADIENS

32. Les responsables du CEEI ont déterminé que les assurances nouvellement obtenues de la part de [REDACTED] et les mises en garde « rigoureuses et appropriées » seraient suffisantes pour atténuer les risques posés par la communication. [REDACTED] avait également garanti que l'information serait utilisée

[REDACTED] Les mises en garde jointes à la communication stipulaient que l'utilisation ou la communication de l'information ne serviraient qu'à des fins de renseignement et qu'elles seraient conformes au droit international en matière de droits de la personne, donc à la Convention contre la torture [REDACTED] La mise en garde faisait également état de restrictions s'appliquant aux communications ultérieures qui se produiraient sans la permission du SCRS. Une fois ces exigences acceptées, [REDACTED] le SCRS a communiqué [REDACTED] l'information que possédait [REDACTED]

Conception des mesures d'atténuation

33. Les mesures d'atténuation du SCRS n'ont pas adéquatement abordé le risque [REDACTED] utilise l'information [REDACTED] le SCRS n'a pas formulé les mises en garde suffisamment étroitement, optant plutôt pour un libellé plutôt général comme [REDACTED] Certes, les responsables ont reconnu le risque que la question de l'utilisation puisse, en définitive, donner lieu à un risque de mauvais traitement, mais le SCRS n'a pas tenu compte de cette possibilité dans la formulation des mises en garde et n'a pas cherché à demander des assurances plus explicites.

34. De plus, le SCRS n'a pas adéquatement abordé le risque [REDACTED] ne se conforme pas [REDACTED] ce qui ouvrirait la possibilité à de mauvais traitements. Certes, [REDACTED] et le SCRS a formulé une mise en garde exigeant le respect [REDACTED] mais l'OSSNR n'en conclut pas moins qu'il était peu probable que ces mises en garde et ces assurances atténuent suffisamment le risque en cause. En tout temps, pendant un conflit armé, [REDACTED] tenu, en vertu du droit international, d'obéir aux dispositions [REDACTED] Si les responsables du SCRS doutaient [REDACTED] respecte généralement ses obligations au titre [REDACTED] il devient irraisonnable de croire que les mises en garde et les assurances relatives à cette communication précise parviendraient à réduire suffisamment le risque.

TRÈS SECRET//SECRET PROFESSIONEL DE L'AVOCAT/RÉSERVÉ AUX CANADIENS

35. Les mesures d'atténuation doivent être conçues pour répondre aux risques particuliers relatifs aux échanges. Dans le cas présent, le SCRS n'a pas eu recours à des mesures suffisamment aptes à atténuer ni le risque que l'information soit employée à une fin non prévue ni le risque [REDACTED] ne se conforme pas aux dispositions [REDACTED].

Évaluation des mises en garde et des assurances

36. Lorsque les ministères les utilisent en guise de mesures d'atténuation, les mises en garde et les assurances devraient être évaluées sur le plan de la clarté et de la fiabilité de sorte à s'assurer qu'elles sont vraiment en mesure de réduire le risque de mauvais traitement. Bien que le compte rendu de cas du CEEI et les discussions avec le CEEI aient permis d'examiner certaines sources de préoccupation ayant un lien avec la présente évaluation, notamment la prise en compte des facteurs *Badesha*, des difficultés relatives à la fiabilité n'étaient toujours ni résolues ni palliées malgré l'application d'autres mesures d'atténuation.
37. L'une des difficultés provient de l'un des facteurs *Badesha*, lorsqu'il s'agit de savoir si un système efficace de protection contre la torture est en place dans l'État d'accueil. Le compte rendu de cas du CEEI indique que [REDACTED]
- [REDACTED]
- Cette question n'a pas été prise en compte lors de la réunion du CEEI, même si elle avait un lien direct avec l'assurance signifiant [REDACTED] Puisque [REDACTED]
- [REDACTED]
- on n'aurait pas dû se fier à l'assurance pour atténuer le risque sérieux de mauvais traitements.

38. Un autre des facteurs *Badesha* aborde la question de savoir si l'État étranger a des antécédents convaincants pour ce qui est du respect des mises en garde et des assurances. En l'occurrence, un responsable a rappelé les antécédents [REDACTED] en matière de respect des mises en garde et des assurances pour justifier la décision de procéder à la communication. L'OSSNR a noté qu'il s'agissait là de l'un des quelques points soulevés en faveur de la fiabilité des mises en garde et des assurances, ce qui porte à croire qu'on lui avait accordé un poids important, puisque le SCRS a fini par procéder à la communication. Lorsque l'OSSNR a demandé qu'on lui remette des documents prouvant l'historique de conformité, le SCRS a fourni des exemples témoignant d'antécédents insuffisamment rigoureux pour résoudre les autres problèmes de fiabilité dont il avait été question lors de la

TRÈS SECRET//SECRET PROFESSIONNEL DE L'AVOCAT/RÉSERVÉ AUX CANADIENS

réunion et dans le compte rendu de cas. Les exemples dont il était question comportaient des déclarations d'opinions de la part de ministères et d'alliés ainsi que des déclarations provenant directement [REDACTED]

39. Bien que les déclarations d'opinions constituent une base appropriée pour établir un historique de conformité, le poids qui doit être accordé à ce type de déclaration doit dépendre de la qualité des documents. Par exemple, une simple déclaration de confiance prononcée sans contexte et fournie par un partenaire devrait peser moins qu'un compte rendu de conformité documenté et produit par un responsable du SCRS qui est en mesure de surveiller de près la conformité d'une entité étrangère en tenant compte des circonstances d'une opération. Les déclarations fournies par l'entité concernée ne devraient avoir aucun poids. Le SCRS n'a pas été en mesure de fournir des preuves suffisantes pour montrer que les antécédents de conformité [REDACTED] constituaient un indicateur persuasif de fiabilité, compte tenu des nombreuses sources de préoccupation soulevées pendant la réunion du CEEI.

Considérations externes

40. Les Instructions LECCMTIEE n'offrent aucune latitude permettant à des considérations externes d'influer sur la détermination, notamment des considérations relatives à la réputation. Le risque « de ne pas communiquer » constituerait l'une de ces considérations externes. Pourtant, dans le cas présent, les préoccupations à l'égard de la réputation pourraient avoir influé indûment sur la détermination faite par les responsables du CEEI. Le compte rendu des discussions du CEEI rapporte que plusieurs tours de scrutin n'ont pas réussi à dégager le consensus voulant que le risque sérieux de mauvais traitements puisse être atténué, et l'OSSNR a remarqué qu'un consensus a finalement été atteint immédiatement après la discussion sur la question à savoir si la réputation du SCRS et la relation bilatérale [REDACTED] pourraient être touchées par une décision de ne pas communiquer l'information. Ensemble, l'enchaînement de cette discussion et le fait que peu d'arguments ont été avancés pour convaincre que le risque pouvait être atténué portent à croire que les préoccupations relatives à la réputation pourraient avoir influé indûment sur la détermination (atténuation) favorable à la communication.
41. L'OSSNR soutient que d'emblée, les ministères peuvent convenablement faire état des considérations relatives à la réputation dans leurs arguments opérationnels en faveur de la communication. En effet, dans la section sur les motifs opérationnels du compte rendu de cas du CEEI, [REDACTED] a évalué le risque (sur la réputation et sur la réputation bilatérale) de ne pas communiquer l'information. Toutefois, ces considérations doivent être exclues de la détermination des mesures d'atténuation. L'aspect pragmatique de la prise de décision risquerait de rendre difficile la

TRÈS SECRET//SECRET PROFESSIONNEL DE L'AVOCAT/RÉSERVÉ AUX CANADIENS

séparation entre la détermination de la mesure d'atténuation et les intérêts opérationnels dans les sphères mutuellement exclusives. Néanmoins, il demeure essentiel de veiller à ce que la question de savoir si un risque sérieux de mauvais traitements peut être atténué soit résolue sans détour et sans l'influence indue des intérêts opérationnels. Même lorsqu'il y a des motifs opérationnels incontestables en faveur de la communication, l'information ne doit pas être communiquée, dès lors que le risque de mauvais traitements ne peut pas être atténué.

Conformité

42. La détermination du CEEI en matière d'atténuation pourrait ne pas être conforme aux Instructions LECCMTIEE, car le risque sérieux de mauvais traitements réel dans ce cas avait peu de chance d'être atténué à un niveau inférieur à « sérieux ». Les responsables du SCRS se sont fiés à des mises en garde et à des assurances qui n'étaient pas suffisamment en mesure de contrer les risques posés par le cas et n'ont pas comblé les lacunes importantes qui compromettaient leur fiabilité. Les mises en garde et les assurances ne sont pas une panacée, surtout lorsqu'il est question du risque sérieux que de mauvais traitements soient infligés à une personne. En certaines circonstances, lorsqu'il y a lieu de croire qu'une entité étrangère est suffisamment digne de confiance pour respecter les mises en garde et donner suite aux assurances qu'elle a offertes, elles peuvent certainement constituer des mesures d'atténuation profitables. Toutefois, dans les cas semblables à celui qui nous concerne, où de sérieux doutes persistent quant à la fiabilité des mises en garde et des assurances, il est déraisonnable qu'un ministère détermine que le risque sérieux de mauvais traitements puisse être atténué par le seul effet de ces mesures.

Étude d'un cas d'AMC : communication proactive d'information sur [REDACTED]

Constatation 3. L'OSSNR constate que dans le cas analysé, les pratiques lacunaires d'AMC en matière de tenue de dossiers ont empêché l'OSSNR d'établir convenablement le niveau de conformité de l'organisme aux Instructions LECCMTIEE.

43. [REDACTED] le Comité de conformité pour éviter les mauvais traitements (CCEMT)¹⁷ s'est réuni pour déterminer s'il serait possible d'atténuer le risque sérieux de mauvais traitements résultant de la communication proactive. [REDACTED]

¹⁷ Le CCEMT est un comité se situant au niveau du directeur. Il sert de mécanisme formel permettant à AMC d'évaluer les risques de complicité dans l'infliction de mauvais traitements dans le cas des activités d'échange d'information du ministère avec des entités étrangères.

de renseignements personnels sur

- et ont fait part
- Les responsables ont également indiqué que

Conception des mesures d'atténuation

- **RESEARCH** *Journal of Management Education* 34(10):1139-1152

TRÈS SECRET//SECRET PROFESSIONNEL DE L'AVOCAT/RÉSERVÉ AUX CANADIENS

la personne. En outre, [REDACTED] n'a pas rempli le formulaire d'évaluation des risques qui est exigé avant chaque échange d'information avec une entité étrangère. Or, il importe que l'on fournisse aux hauts responsables une description claire et fidèle des risques, pour qu'ils puissent veiller à ce que les mesures d'atténuation soient conçues sur mesure. De plus, toute discussion ayant trait à ces risques devrait être documentée avec précision, car on ne connaît toujours pas, d'après les dossiers du CCEMT, l'ampleur des discussions dont ces risques auraient été l'objet.

Évaluation des mises en garde et des assurances

47. La façon dont AMC a utilisé les mises en garde était généralement satisfaisante, et il était évident qu'elle prenait en compte les recommandations du commissaire O'Connor. En outre, elles prescrivaient avec précision l'usage permmissible de l'information, indiquant que celle-ci devait avoir [REDACTED]

[REDACTED] Il importe de souligner que les mises en garde comportaient des libellés conçus pour faciliter la surveillance des mauvais traitements, grâce à un accès aux personnes détenues, accès octroyé par les autorités consulaires. Dans la mesure où ils sont aptes à surveiller efficacement les occurrences de mauvais traitements, les ministères devraient explorer ces avenues, ce qui pourrait promouvoir le respect des assurances liées aux droits de la personne et servir comme moyen efficace de bâtir des antécédents de conformité qui soient fiables.

48. Les dossiers montrent que l'on a discuté sans grand égard aux facteurs *Badesha* lors de la réunion du CCEMT, et que la fiabilité des assurances potentielles semble ne pas avoir été suffisamment évaluée. [REDACTED]

[REDACTED] Lorsque l'OSSNR a demandé si AMC tenait un dossier général sur la conformité des entités étrangères, comme le recommandait l'OSSNR dans son rapport précédent, le ministère a répondu qu'il explorait [traduction] « différentes approches permettant de surveiller le respect des mises en garde et des assurances¹⁹ ». Rappelons-le, les historiques de conformité ne devraient s'avérer pertinents que dans la mesure où ils sont documentés, précis et contextualisés. Ainsi, les ministères devraient faire attention de ne pas trop s'appuyer sur des récits anecdotiques recueillis sans documentation ni contextualisation. C'est particulièrement le cas lorsque l'on mise

¹⁹ AMC a indiqué que la mission n'avait pas eu l'occasion de faire un suivi [REDACTED] avant de recevoir l'information selon laquelle [REDACTED] la dernière confirmation remontant [REDACTED]

TRÈS SECRET//SECRET PROFESSIONNEL DE L'AVOCAT/RÉSERVÉ AUX CANADIENS

sur ce dossier pour contrebalancer les lacunes importantes affichées sur le plan des autres facteurs, lacunes qui pèsent lourdement sur la fiabilité des mises en garde et des assurances; pensons particulièrement aux violations graves des droits de la personne.

49. En définitive, la communication faite en l'occurrence par AMC déroge considérablement à ce qui avait été envisagé par le CCEMT. En outre, AMC a communiqué moins d'information que ce qui avait été initialement proposé et semble ne pas avoir demandé d'assurances.
50. Enfin, l'OSSNR a observé que la documentation d'AMC était insuffisante et insatisfaisante. Les lacunes sur le plan de la tenue des dossiers relatifs à la LECCMTIEE suscitent de graves préoccupations pour l'OSSNR et empêchent celui-ci de procéder à un examen approfondi de la mise en œuvre des Instructions LECCMTIEE.

Étude d'un cas de la GRC : communication proactive d'information sur

Constatation 4. L'OSSNR constate que dans le cas examiné, la GRC pourrait ne pas s'être conformée aux Instructions LECCMTIEE, dans la mesure où il est improbable qu'elle ait atténué suffisamment le risque de mauvais traitements lors de la communication d'information à une entité étrangère. Plus précisément, la GRC s'est appuyée sur des mises en garde qui n'étaient pas adéquatement conçues pour réduire les risques de mauvais traitements que l'on avait reconnus.

51. [REDACTED] le Groupe de Sécurité nationale de la Police fédérale (SNPF) de la GRC a pris contact avec le Groupe de coordination du Comité consultatif sur les risques – Information de l'étranger (CCRIE) pour discuter de la communication proactive, [REDACTED] de renseignements personnels (nom, date de naissance et numéro de passeport) concernant [REDACTED] personnes [REDACTED]
[REDACTED] La communication devait également comprendre de l'information que la GRC avait obtenue à la suite [REDACTED]
[REDACTED]
52. Le compte rendu des décisions et des approbations du CCRIE fait état du risque que [REDACTED]
[REDACTED] et compte tenu de la nature du conflit

TRÈS SECRET//SECRET PROFESSIONEL DE L'AVOCAT/RÉSERVÉ AUX CANADIENS

[REDACTED] SNPF a proposé d'atténuer ces risques suivant l'apposition de mises en garde. À la suite d'une recommandation faite par les deux coprésidents du CCRIE à l'intention du commissaire adjoint, la demande a été approuvée, et l'information a été communiquée à [REDACTED]

[REDACTED] Les deux communications contenaient des mises en garde qui imposaient des contraintes quant à la façon dont l'information fournie par la GRC pouvait être utilisée et diffusée. Or, la GRC n'a demandé aucune assurance. La possibilité de nouvelles communications au sujet des [REDACTED] personnes s'est vu imposer une autorisation générale limitée à deux ou trois semaines, après quoi la situation devait être réévaluée afin de voir s'il y a eu des changements.

Conception des mesures d'atténuation

53. Certes, SNPF a pris en compte le risque que l'information proposée aux fins de communication permette [REDACTED] mais les mesures d'atténuation n'ont pas adéquatement réduit le risque que la communication puisse servir à plus d'une fin. La GRC a communiqué cette information de façon proactive pour [REDACTED] [REDACTED] mais ses mises en garde n'ont pas suffisamment restreint l'utilisation à ce seul objectif. Les mises en garde indiquaient, entre autres, que l'information était communiquée uniquement pour donner des pistes et pour soutenir le mandat de la [REDACTED] [REDACTED] Ne faisant aucune mention de la notion de [REDACTED] les mises en garde n'ont pas pu restreindre l'utilisation à cet objectif. De fait, il est improbable que ces mises en garde parviennent à atténuer suffisamment le risque que l'information soit utilisée à des fins non souhaitées. Par conséquent, les mesures d'atténuation employées par la GRC n'avaient pas été adéquatement conçues pour contrer le risque réellement posé par ce cas. De plus, considérant la gravité des risques reconnus dans ce cas, le fait de s'appuyer uniquement sur les mises en garde constituait probablement une réaction insuffisante auxdits risques.

Évaluation des mises en garde et des assurances

54. Suivant l'examen du compte rendu des décisions du CCRIE, l'OSSNR n'a rien remarqué qui puisse indiquer que la GRC aurait tenté de savoir si [REDACTED] respecterait bel et bien les mises en garde concernant les communications ultérieures, un élément qui aurait pourtant dû être considéré compte tenu de la question de l'utilisation. Et comme il a été dit précédemment, la GRC n'a demandé aucune assurance.

TRÈS SECRET//SECRET PROFESSIONEL DE L'AVOCAT/RÉSERVÉ AUX CANADIENS

55. La GRC ne mise pas sur une approche normalisée qui puisse garantir une évaluation cohérente des mises en garde et des assurances s'appliquant aux divers cas. Or, la GRC a fait valoir plusieurs fois auprès de l'OSSNR que [traduction] « dans le contexte de l'application de la loi, la communication d'information à des partenaires étrangers doit idéalement être fondée sur la confiance et s'appuyer sur des mises en garde/des consignes qui doivent être respectées ». Cette confiance s'établit dans le contexte des relations qui sont maintenues entre les organisations par l'intermédiaire des agents de liaison. En effet, ces agents de liaison tiennent un rôle important lorsqu'il s'agit de fournir au CCRIE un portrait exact de la relation qu'entretient la GRC avec une entité étrangère donnée, dans la mesure où ils se trouvent dans le pays étranger ou dans un secteur géographique avoisinant. Le maintien d'une relation bilatérale solide fondée sur la confiance représente un élément important lorsqu'il s'agit de veiller à ce qu'un partenaire se montre fiable et enclin à tenir compte des mises en garde ainsi qu'à respecter les assurances qu'il a données. Néanmoins, comme il a été dit plus tôt, les ministères doivent se montrer circonspects lorsqu'il s'agit d'accorder leur confiance, particulièrement en l'absence de dossiers de conformité documentés ou d'autres indicateurs de fiabilité, ou dans un contexte où l'environnement de menace est complexe et le risque de mauvais traitements est sérieux.

Conformité

56. La communication proactive de la GRC pourrait ne pas avoir été conforme aux Instructions LECCMTIEE, dans la mesure où il était improbable que les mises en garde utilisées réduisent le risque sérieux de mauvais traitement à un niveau inférieur à « sérieux ». Il était peu probable que les mises en garde de la GRC aient été en mesure d'atténuer suffisamment le risque de mauvais traitements pouvant découler d'une utilisation non souhaitée de l'information, car elles n'avaient pas été adéquatement conçues en fonction des circonstances réelles. De plus, aucune assurance n'a été demandée. Contrairement aux assurances, les mises en garde n'obligent pas une entité étrangère à y obéir expressément. Ainsi, les mises en garde sont moins contraignantes et moins fiables que les assurances, et les ministères devraient évaluer rigoureusement la mesure dans laquelle ils s'appuient sur les seules mises en garde pour atténuer le risque de mauvais traitement. Dans le cas présent, il était improbable qu'elles puissent atténuer ledit risque.

Étude d'un cas d'IRCC : communication d'information sur [REDACTED]

Constatation 5. L'OSSNR constate que dans le cas examiné, IRCC pourrait ne pas s'être conformé aux Instructions LECCMTIEE, dans la mesure où il était peu probable que ses mesures parviennent à atténuer suffisamment le risque sérieux de mauvais traitement lorsqu'il a communiqué de l'information à une entité étrangère. Plus précisément, IRCC s'est appuyé sur des mesures qui n'étaient pas adéquatement conçues pour réduire les risques de mauvais traitements.

57. Entre [REDACTED] et [REDACTED] IRCC [REDACTED] En l'occurrence, [REDACTED] e citoyens canadiens et de résidents permanents. [REDACTED]

[REDACTED] devait alors examiner les renseignements sur les personnes concernées, pour ensuite les communiquer [REDACTED]

En outre, le dossier de certaines personnes a été rejeté, et [REDACTED]

58. Le Programme des visiteurs et le Programme de l'identité d'IRCC ont mené une évaluation au titre de la LECCMTIEE relativement au risque sérieux de mauvais traitement résultant de cette communication. Dans le document d'évaluation, à la section sur le contexte du pays, on fait état de problèmes possibles en matière de droits de la personne découlant du fait [REDACTED]

[REDACTED] Dans la section sur l'analyse des risques, IRCC a reconnu que les personnes [REDACTED] s'exposaient, en raison du conflit en cours, à un risque élevé de mauvais traitement, voire [REDACTED]

TRÈS SECRET//SECRET PROFESSIONNEL DE L'AVOCAT/RÉSERVÉ AUX CANADIENS

communication d'information. IRCC a estimé que la communication ne posait aucun risque sérieux de mauvais traitement, car l'objet de cette communication était de [REDACTED] Malgré tout, IRCC a aussi indiqué dans son évaluation que la communication d'information sans mesure d'atténuation n'était pas recommandée, car elle pourrait ainsi exposer les personnes concernées à un risque sérieux de mauvais traitements.

59. Les responsables d'IRCC ont proposé trois mesures d'atténuation dont ils croyaient qu'elles réduiraient le risque de mauvais traitements à un niveau inférieur à « sérieux » : [REDACTED]

[REDACTED] Les responsables d'IRCC ont choisi de ne recourir qu'à la dernière mesure consistant [REDACTED] tout en retirant, tout de même, les emplacements. [REDACTED]

[REDACTED] Toutefois, comme la plupart des personnes n'avaient possiblement accès qu'à [REDACTED] IRCC a également accepté que [REDACTED] notamment [REDACTED]

Conception des mesures d'atténuation

60. L'évaluation au titre de la LECCMTIEE comportait un examen de la situation [REDACTED] qui a soulevé diverses sources de préoccupation liées à [REDACTED] [REDACTED] Pourtant, l'évaluation d'IRCC n'a pas expressément ni spécifiquement lié ce risque posé par le pays au contexte de leur communication d'information [REDACTED] Cela dit, même s'ils avaient connaissance de l'environnement de risque qui prévalait [REDACTED] relativement aux questions [REDACTED] les responsables d'IRCC n'ont pas semblé en tenir compte lors de leur évaluation des risques résultant de la communication des renseignements personnels. Étant donné qu'IRCC a reconnu des risques au niveau du pays en raison des organismes [REDACTED] et a déduit que la communication serait ultérieurement transmise à ces organismes aux fins [REDACTED] on ne voit pas de quelle manière ces risques auraient été pris en compte ou pour quels motifs ils auraient été ignorés au niveau individuel, au terme de leur évaluation au titre de la LECCMTIEE. En l'absence d'une

TRÈS SECRET//SECRET PROFESSIONNEL DE L'AVOCAT/RÉSERVÉ AUX CANADIENS

formulation claire des risques pour la personne, les décideurs ne sont pas à même d'évaluer si des mesures d'atténuation seront efficaces dans les circonstances en cause.

Fiabilité des mises en garde et des assurances

61. Bien que les assurances aient été proposées comme mesure d'atténuation, rien n'indique qu'IRCC les aurait évaluées sur le plan de la fiabilité. Certes, les mises en garde et les assurances sont recommandées aux décideurs en tant que mesures d'atténuation, mais elles devraient être évaluées sur le plan de la fiabilité, dans la mesure où les mises en garde et les assurances sur lesquelles on ne peut pas compter sont parfaitement inutiles. Au bout du compte, IRCC a néanmoins choisi de ne pas demander d'assurances.

Conformité

62. La communication d'IRCC pourrait ne pas avoir été conforme aux Instructions LECCMTIEE, car il était improbable que les mesures d'atténuation employées réduisent, à un niveau inférieur à « sérieux », le risque de mauvais traitements résultant de ladite communication. La principale mesure d'atténuation sur laquelle IRCC s'est appuyé [REDACTED] en soi, ne peut pas atténuer le risque de mauvais traitements et ne peut donc avoir aucun effet sur le niveau de risque. Le fait que des personnes [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED] La croyance que [REDACTED] réduirait le risque de mauvais traitements à un niveau inférieur à « sérieux » résulte d'une mauvaise interprétation des obligations d'IRCC au titre des Instructions LECCMTIEE. Certes, [REDACTED] peut servir à atténuer certains risques et responsabilités juridiques, mais dans le contexte de la LECCMTIEE, les Instructions indiquent clairement que le risque qui doit être atténué est le risque de *mauvais traitements* qui *résulte de la communication*. Il s'agit là du risque qui doit être réduit sous le niveau « sérieux », et il faut comprendre que [REDACTED] n'est pas en mesure de réduire ce risque. Ainsi, les responsables des ministères doivent garder à l'esprit que les mesures d'atténuation qu'ils conçoivent doivent spécifiquement s'attaquer aux risques visés à la LECCMTIEE qui ont été reconnus dans chaque cas.
63. IRCC n'a pas communiqué les renseignements [REDACTED] au [REDACTED] ce qui constitue un résultat positif. Cependant, il est improbable qu'en soi, cette mesure ait été suffisante pour réduire le risque de mauvais traitement à un niveau inférieur à « sérieux », compte tenu de plusieurs facteurs, notamment l'exhaustivité des autres [REDACTED] la portée des communications

TRÈS SECRET//SECRET PROFESSIONNEL DE L'AVOCAT/RÉSERVÉ AUX CANADIENS

ultérieures attendues, l'intention du [REDACTED] d'utiliser l'information (en particulier pour les enquêtes de sécurité), et les antécédents en matière de droits de la personne dont il était question dans l'évaluation au titre de la LECCMTIEE. Ainsi, IRCC n'a probablement pas atténué le risque – résultant de la communication au [REDACTED] de renseignements personnels sur les personnes concernées – à un niveau inférieur à « sérieux ». En conséquence, la communication pourrait ne pas avoir été conforme aux Instructions LECCMTIEE.

Étude d'un cas du MDN : refus de communiquer [REDACTED]

Constatation 6. L'OSSNR constate que bon nombre des pratiques d'atténuation du MDN/FAC ont permis aux décideurs de recevoir l'information nécessaire pour déterminer si un risque sérieux de mauvais traitements pouvait être atténué.

64. [REDACTED] a demandé au Bureau de coordination de la diffusion et de la divulgation (BCDD) de convoquer le Groupe de travail sur les échanges de renseignements de la Défense (GTERD) dans le but d'obtenir des conseils concernant une demande imminente [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED] Comme le profil de pays [REDACTED] indiquait un [REDACTED]
[REDACTED] on a conseillé de remplir un formulaire d'évaluation de l'entité partenaire (EEP) appelé à documenter le risque sérieux de mauvais traitement découlant de la communication d'information [REDACTED]
65. [REDACTED] le GTERD a été avisé que le formulaire d'EEP [REDACTED]
[REDACTED] n'avait pas reçu l'approbation [REDACTED] Ce résultat est en partie attribuable à ce que le MDN/FAC a découvert, à savoir que l'auteur de la demande était [REDACTED] mais aussi à l'évaluation selon laquelle [traduction] « aucune des mesures d'atténuation des risques n'aurait pu raisonnablement permettre la communication d'une information qui finirait par être en sa possession », si l'on en juge aux antécédents défavorables de [REDACTED] en matière de respect des droits de la personne. Ainsi, aucune information n'a été communiquée [REDACTED]
66. L'étude du cas du MDN/FAC est différente des autres études de cas examinées dans le cadre du présent examen, car cette fois-ci, les intervenants ont refusé de communiquer l'information. Pour cette raison, la conformité aux

TRÈS SECRET//SECRET PROFESSIONNEL DE L'AVOCAT/RÉSERVÉ AUX CANADIENS

Instructions LECCMTIEE était moins mise en cause, et l'OSSNR a analysé le cas en soi. L'OSSNR a relevé un certain nombre de bonnes pratiques qui permettent d'illustrer les attentes concrètes et atteignables que les ministères peuvent satisfaire lors des procédures de détermination des mesures d'atténuation. Le formulaire d'EEP a été la ressource plutôt complète qui a orienté la détermination des mesures d'atténuation. Il a suscité la prise en compte d'un certain nombre des facteurs *Badesha*, notamment l'historique de conformité aux mises en garde et aux assurances, permettant ainsi que cet historique soit inscrit dans le formulaire²⁰.

67. Il convient de noter que le formulaire d'EEP incite également à prendre en compte les stratégies de surveillance. Les évaluations des mesures d'atténuation devraient comprendre un plan de surveillance, car la surveillance peut être un moyen efficace de promotion du respect des mises en garde et des assurances. Elles devraient également prévoir la création d'un registre faisant état des antécédents en matière de conformité. La capacité de surveillance d'un ministère dépend de circonstances uniques à chacun des cas, mais lorsqu'il est en mesure de le faire, ce ministère devrait assurer une surveillance directe et soutenue des occurrences de mauvais traitements, et de non-conformité aux mises en garde et aux assurances. Pour être efficace, la surveillance (et la documentation des résultats) doit fournir une rétroaction fiable qui puisse être utilisée pour évaluer ultérieurement les nouveaux cas relevant de la LECCMTIEE.
68. Bien qu'il ne soit pas parfait, le formulaire d'EEP est l'exemple probant d'une évaluation systématisée des questions se rapportant à la détermination des mesures d'atténuation. Il s'agit là d'une bonne pratique qui garantit un certain degré de cohérence dans les comptes rendus qui sont remis aux décideurs relativement aux cas assujettis à la LECCMTIEE. Ainsi, l'OSSNR recommande que tous les ministères systématisent leurs approches respectives quant à l'évaluation des plans d'atténuation, de telle sorte que les décideurs reçoivent une information étoffée qui leur sera utile lorsqu'il s'agira de déterminer les mesures d'atténuation.

²⁰ Dans les commentaires qu'il a enregistrés dans le formulaire d'EEP, le MDN/FAC indique que [REDACTED] est reconnu pour se conformer aux mises en garde et aux assurances d'après une expérience vécue dans le cadre [REDACTED]. La référence à une expérience des FAC dans le cadre [REDACTED] est un exemple de dossier de conformité fondé sur des observations directes. Bien que cet historique soit plutôt mince et que l'OSSNR ne soit pas en mesure d'évaluer la mesure dans laquelle ces [REDACTED] constituent une preuve de conformité, cet élément a le mérite d'être documenté, concret (plus qu'une simple déclaration de confiance) et fondé sur une expérience directe.

Recommandation 1. L'OSSNR recommande que les évaluations que les ministères effectuent quant aux risques visés à la LECCMTIEE comprennent des plans d'atténuation complets dès lors qu'un risque sérieux de mauvais traitements a été reconnu. En outre, ces plans devraient :

- vérifier si la somme des mesures d'atténuation proposées constituera une réaction adéquate aux risques reconnus dans le cas en question et sera en mesure de réduire suffisamment lesdits risques;
- évaluer le degré de fiabilité des mises en garde et des assurances proposées et juger la qualité des antécédents en matière de conformité;
- exclure toute considération extérieure qui n'a aucun lien avec la question de l'atténuation, notamment les risques liés à la non-communication ou encore les considérations d'ordre stratégique ou réputationnel;
- comprendre un plan permettant de surveiller les signes de mauvais traitements ainsi que le respect des mises en garde et des assurances une fois que la communication d'information a eu lieu.

Recommandation 2. L'OSSNR recommande que les responsables documentent avec clarté la façon dont ils prévoient atténuer chacun des risques avant de procéder à la communication d'information à des entités étrangères.

Application de la LECCMTIEE dans le contexte d'un conflit armé

Constataion 7. L'OSSNR constate que l'implication d'un pays étranger dans un conflit armé crée des difficultés aux ministères qui cherchent à respecter leurs obligations en matière d'atténuation au titre des Instructions LECCMTIEE dans les situations où ils sont appelés à communiquer de l'information à des entités dudit pays étranger.

69. L'OSSNR a remarqué que [REDACTED] les ministères ont réuni un sous-groupe du Groupe de coordination d'échange de renseignements (GCER) appelé à discuter des mesures pouvant atténuer le risque sérieux de mauvais traitements lors d'échanges [REDACTED]²¹. Ce sous-groupe se

²¹ Le Groupe de coordination d'échange de renseignements est un forum interministériel réunissant les douze ministères assujettis à la LECCMTIEE et les instructions connexes; le BCP et le MJ en font partie. Il est présidé par Sécurité publique Canada, il convoque des réunions selon les besoins et il se propose de favoriser la collaboration et les échanges d'information.

composait de six des douze ministères concernés par la LECCMTIEE faisant partie du groupe de travail original (le CST, le SCRS, le MDN/FAC, AMC, SP et la GRC) et témoignait des efforts consentis par les ministères pour favoriser la consultation collective lorsqu'il s'agit de [REDACTED]

70. L'OSSNR a observé un certain nombre de difficultés attribuables [REDACTED] qui pesaient sur la capacité des ministères à atténuer le risque sérieux de mauvais traitement. D'abord, [REDACTED] a créé un climat d'urgence qui mettait à l'épreuve les pratiques ministérielles. La documentation en a souffert dans la mesure où les ministères étaient pressés par le temps, et ce manque de documentation a privé les décideurs d'éléments de réflexion importants. De plus, les ministères ont indiqué qu'en période de crise, les partenaires étrangers s'attendaient à des échanges de renseignements rapides et à des réponses immédiates, ce qui pose des difficultés additionnelles lorsque chacun des échanges doit faire l'objet d'une évaluation des risques au titre de la LECCMTIEE. En outre, ils ont ajouté que les délais nécessaires à la négociation des mises en garde et des assurances pouvaient avoir des répercussions sur les opérations urgentes visant à assurer la sûreté des personnes en zone de guerre.
71. Les ministères ont eu de la difficulté à évaluer la façon dont les entités étrangères comptaient utiliser l'information qu'ils envisageaient de communiquer. Certains de ces ministères s'inquiétaient particulièrement d'une éventuelle utilisation à des fins militaires. En raison [REDACTED] les ministères avaient du mal à croire que l'information ne serait pas ultérieurement communiquée à d'autres entités qui l'utiliseraient à leur guise.
72. Au fond, les ministères ont fait état de la difficulté que pose l'évaluation du risque accru de mauvais traitements en contexte de conflit armé, et les responsables se sont demandé s'ils pouvaient vraiment se fier aux mises en garde et aux assurances en pareilles circonstances.
73. Les discussions au sein du sous-groupe du GCER ont abordé un certain nombre de questions dans un contexte où les ministères cherchaient à comprendre comment il convenait d'atténuer les risques découlant de la communication d'information posant directement ou indirectement un risque de mort, tout en tirant parti de l'expérience acquise par chacun en matière d'atténuation des risques. [REDACTED]

Les objectifs humanitaires et la LECCMTIEE

Constatation 8. L'OSSNR constate que concrètement, la conformité aux Instructions LECCMTIEE peut, en certaines circonstances, créer un dilemme pour les ministères qui souhaitent communiquer de l'information à des fins humanitaires.

74. L'examen de l'étude de cas d'IRCC a révélé une conséquence inattendue des Instructions LECCMTIEE. Ce cas a ouvert la possibilité que la rigueur des Instructions fasse en sorte que, dans certains cas, d'importants objectifs humanitaires seront abandonnés dès lors qu'aucune des mesures d'atténuation possibles ne sera suffisante. Les ministères qui souhaitent communiquer de l'information devant servir à des fins humanitaires pourraient faire face à un dilemme lorsque l'atténuation pose de sérieuses difficultés. Ils pourraient se trouver coincés entre deux impératifs en matière de droits de la personne : éviter la complicité dans les cas de mauvais traitements ou atteindre des objectifs humanitaires.
75. Comme il a été dit précédemment, l'interdiction définie dans les Instructions LECCMTIEE oblige les ministères à procéder à un calcul rigoureux permettant de savoir si le risque peut être réduit à un niveau inférieur à « sérieux ». En ce sens, les Instructions sont inflexibles : aucune communication entraînant un risque sérieux de mauvais traitement ne peut avoir lieu à moins que ledit risque puisse être atténué. Le risque de ne pas communiquer n'est pas à prendre en compte lorsqu'il s'agit de déterminer les mesures d'atténuation. Il ne peut donc pas être mis en concurrence avec le risque engendré par la communication. Ce qu'il faut retenir, c'est que chaque fois qu'il est question de communiquer de l'information à une entité étrangère, il convient d'éviter la complicité en cas de mauvais traitement avant toute chose. En quelques rares cas, l'exercice d'une telle rigueur constituerait un sacrifice majeur.

Poursuite d'objectifs humanitaires : difficultés liées aux mesures d'atténuation

76. Pendant l'examen des études de cas, l'OSSNR a relevé deux difficultés attribuables [REDACTED] qui influait sur les ministères qui visaient des objectifs humanitaires : un risque préexistant de mauvais traitements ou de préjudice, et les restrictions en matière d'atténuation. Trois études de cas ont révélé que la présence d'un risque préexistant de mauvais traitement ou d'autres préjudices découlant [REDACTED] constituait la principale préoccupation des représentants des ministères. Dans son analyse des risques, IRCC a indiqué que [REDACTED] et que ce [traduction] « risque plane sur le client, que [REDACTED] ». Dans

TRÈS SECRET//SECRET PROFESSIONNEL DE L'AVOCAT/RÉSERVÉ AUX CANADIENS

les réponses écrites fournies à l'OSSNR, IRCC a déclaré ce qui suit :

[traduction] « IRCC a établi que dans le cas présent, l'obtention du [REDACTED]
[REDACTED] constituait la plus efficace des mesures visant
à faciliter leur fuite immédiate vers un emplacement sûr, [REDACTED]
[REDACTED].

77. AMC et la GRC ont également reconnu les risques préexistants de mauvais traitements ou de préjudice [REDACTED]. Toutefois, ces risques préexistants ont influé indûment sur la détermination de leurs mesures d'atténuation. Le CCEMT d'AMC a estimé que le risque lié à la communication des renseignements personnels [REDACTED]
[REDACTED]

²² ». Dans le cas de la GRC, les responsables du CCRIE ont fondé leur détermination ainsi qu'une autorisation générale de deux à trois semaines en partie sur la nature urgente des événements soudains et sur le risque imminent [REDACTED]

[REDACTED] Comme nous l'avons décrit précédemment, la détermination des mesures d'atténuation se fixe comme objectif de réduire le risque *résultant de la communication*, et le risque de la non-communication (considérant le risque préexistant de mauvais traitements) n'a aucun poids dans la présente détermination, puisque cette non-communication ne réduit aucunement le risque en question.

78. Une autre source de complications découlant [REDACTED] a été que dans certains cas, les options possibles en matière d'atténuation étaient limitées. Pressé par l'imminence [REDACTED]
[REDACTED]

79. Les représentants d'IRCC ont également été pressés de [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

²² En fait, s'il est une lacune importante dans le formulaire d'évaluation et d'examen des risques liés à un échange d'information d'AMC, c'est qu'il invite à la prise en compte du risque de non-communication à la section Risques et mesures d'atténuation.

TRÈS SECRET//SECRET PROFESSIONNEL DE L'AVOCAT/RÉSERVÉ AUX CANADIENS



Le dilemme de l'action humanitaire

80. Dans les cas où la communication d'information est requise pour atteindre un objectif humanitaire et qu'il y a suffisamment d'options d'atténuation possibles, les ministères peuvent se sentir freinés par la rigueur des Instructions LECCMTIEE. Cette situation peut placer les ministères dans une position fâcheuse, coincés entre des principes et des intérêts incompatibles. L'interdiction absolue rend manifeste l'engagement du Canada envers les droits de la personne et témoigne de son intolérance pour les mauvais traitements. Néanmoins, les efforts visant à préserver la sûreté des personnes exposées aux dangers d'un conflit armé peuvent également servir les intérêts en matière de droits de la personne. D'aucuns pourraient considérer comme inadmissible de retenir de l'information pouvant contribuer à la libération d'une personne déjà confrontée à un risque de mauvais traitements au simple motif que la communication pourrait créer un nouveau risque de mauvais traitement. D'autres pourraient s'inscrire en faux et soutenir qu'il serait intenable de créer un nouveau risque et d'ouvrir la porte à une complicité potentielle dans les cas de mauvais traitements. Il est toujours extrêmement délicat de parler de compromis lorsqu'il est question des droits de la personne. Les Instructions LECCMTIEE actuelles ne permettent pas que les risques préexistants soient pris en compte lorsqu'il s'agit d'atténuer le risque pouvant résulter de la communication d'information. De fait, ce régime n'a rien prévu quant au risque résultant de la somme de tous les risques. En conséquence, il peut y avoir de rares cas où les ministères sont placés devant un réel dilemme et contraints de choisir entre deux intérêts parfaitement défendables en matière de droits de la personne.

4. En conclusion

81. Le présent examen a permis de savoir qu'en partie, les pratiques d'atténuation des ministères n'étaient pas adéquates lorsqu'il s'agit de réduire le risque sérieux de mauvais traitements pouvant découler des cas particulièrement difficiles de communication d'information. Dans l'ensemble des études de cas, l'OSSNR a entre autres remarqué que les ministères peinaient à concevoir des mesures

TRÈS SECRET//SECRET PROFESSIONNEL DE L'AVOCAT/RÉSERVÉ AUX CANADIENS

d'atténuation aptes à réduire convenablement les risques réels posés dans les dossiers concernés et finissaient par s'appuyer fortement sur des mises en garde et des assurances qui étaient inadéquatement évaluées sur le plan de la fiabilité et de l'utilité terminale. On pourrait dire qu'au fond, les ministères avaient de la difficulté à atténuer le risque sérieux de mauvais traitements qui était posé dans les cas qu'ils devaient traiter.

82. La capacité d'un ministère à atténuer un risque sérieux de mauvais traitements résultant d'une communication d'information peut influencer sur son aptitude à exercer son mandat. Lorsqu'il est impossible de prendre des mesures d'atténuation suffisantes, le ministère pourrait être considérablement gêné dans la poursuite de ses activités. C'est précisément ce pour quoi les Instructions LECCMTIEE et l'interdiction absolue ont été conçues. Celles-ci ont été mises en place pour éviter que le gouvernement n'en vienne à être complice dans les cas de mauvais traitements infligés par des entités étrangères auxquelles de l'information a été communiquée. En permettant aux ministères de justifier le fait de contourner l'interdiction pour « favoriser le bien collectif », l'on ouvrirait tout grand la porte au risque de complicité. Il serait ainsi trop facile, pour les ministères, de fournir une bonne raison de communiquer une information qui pose le risque sérieux de mauvais traitements.
83. Toutefois, la rigueur des instructions impose des contraintes uniformément à tous les échanges d'information avec des entités étrangères. Il se peut qu'en certaines circonstances, les instructions constituent un frein aux opérations axées sur des objectifs humanitaires qui défendent des intérêts en matière de droits de la personne tout aussi louables que les intérêts protégés par les Instructions LECCMTIEE. Dans ces quelques rares circonstances, les ministères peuvent se trouver devant un fâcheux dilemme, lequel n'est pourtant pas étranger à la sphère du droit. Il peut arriver que l'application d'une loi principalement axée sur les principes à des circonstances exceptionnelles donne lieu à des résultats déconcertants.
84. En contexte d'éventuelle complicité, ces dilemmes ne devraient pas constituer un poids que les responsables ministériels auraient à assumer seuls. En l'occurrence, l'OSSNR ne propose pas de retourner aux IM 2011, lesquelles admettaient les justificatifs de communication mêmes s'ils posaient un risque de complicité, même si, rappelons-le, ces IM prévoyaient un processus de renvoi des cas à l'administrateur général, voire au ministre. Elles laissaient entendre que les décisions les plus délicates en matière de communication d'information devraient reposer sur les hauts responsables. Lorsqu'ils ont du mal à atténuer le risque de mauvais traitements dans les cas comportant des objectifs humanitaires

TRÈS SECRET//SECRET PROFESSIONEL DE L'AVOCAT/RÉSERVÉ AUX CANADIENS

indéniables, les intervenants devraient demander le soutien de leurs hauts responsables.

85. Comme suite aux difficultés présentées dans le présent rapport et conformément aux dispositions du paragraphe 31(1) de la Loi sur l'OSSNR, l'Office de surveillance demandera au SCRS, au MDN/FAC, à AMC, à IRCC et à la GRC de mener respectivement une étude sur les échanges d'information avec les entités étrangères issues de pays engagés dans un conflit armé. En outre, cette étude permettra d'analyser les difficultés à se conformer aux instructions et de réfléchir aux lacunes qui minent le régime relatif à la LECCMTIEE. Cette étude devra aborder, notamment, les questions suivantes :
- Analyse des risques préexistants de mauvais traitements ou de préjudice dans les cas où la communication d'information est envisagée afin de réduire ledit risque préexistant, et où le risque résultant de la communication est difficile à atténuer.
 - Gestion des cas urgents et des autres entraves à la conformité aux obligations imposées par la LECCMTIEE.
 - Gestion des circonstances où la communication d'information à des fins humanitaires pourrait également soutenir les activités militaires du pays étranger.
 - Éléments déclencheurs du renvoi à l'administrateur général ou au ministre.
 - Lacunes possibles dans les instructions et répercussions de la mise en œuvre des instructions lorsqu'il s'agit d'échanger de l'information avec des pays étrangers engagés dans un conflit armé.

L'OSSNR demandera que les ministères proposent des solutions aptes à résoudre les problèmes soulevés.

Annex A. Constatations et recommandations

Dans le cadre du présent examen, l'OSSNR a fait les constatations et formulé les recommandations que voici.

Constatation 1. L'OSSNR a constaté, dans les cas examinés, que les modalités suivant lesquelles le SCRS, AMC, la GRC et IRCC ont déterminé les mesures d'atténuation comportaient des lacunes communes, notamment :

- conception inadéquate des mesures d'atténuation appelées à atténuer certains risques de mauvais traitements;
- insuffisance, sur le plan de la clarté et de la fiabilité, des évaluations visant les mises en garde et les assurances;
- prise en compte inadéquate des considérations externes dans les processus visant à déterminer si un risque sérieux de mauvais traitements pourrait être atténué.

Constatation 2. L'OSSNR a constaté, dans le cas examiné, que le SCRS pourrait ne s'être pas conformé aux Instructions LECCMTIEE, dans la mesure où il est peu probable qu'il ait suffisamment atténué un risque sérieux de mauvais traitement à l'occasion d'un échange d'information avec une entité étrangère. En l'occurrence, le SCRS :

- s'en est remis à des mises en garde et à des assurances inadéquatement formulées lorsqu'il s'est agi de remédier aux risques de mauvais traitement;
- n'a pas comblé les lacunes importantes qui affaiblissaient le degré de fiabilité des mises en garde et des assurances.

Constatation 3. L'OSSNR constate que dans le cas analysé, les pratiques lacunaires d'AMC en matière de tenue de dossiers ont empêché l'OSSNR d'établir convenablement le niveau de conformité de l'organisme aux Instructions LECCMTIEE.

Constatation 4. L'OSSNR constate que dans le cas examiné, la GRC pourrait ne pas s'être conformée aux Instructions LECCMTIEE, dans la mesure où il est improbable qu'elle ait atténué suffisamment le risque de mauvais traitements lors de la communication d'information à une entité étrangère. Plus précisément, la GRC s'est appuyée sur des mises en garde qui n'étaient pas adéquatement conçues pour réduire les risques de mauvais traitements que l'on avait reconnus.

Constatation 5. L'OSSNR constate que dans le cas examiné, IRCC pourrait ne pas s'être conformé aux Instructions LECCMTIEE, dans la mesure où il était peu probable que ses mesures parviennent à atténuer suffisamment le risque sérieux de mauvais traitement lorsqu'il a communiqué de l'information à une entité étrangère. Plus précisément, IRCC s'est appuyé sur des mesures qui n'étaient pas adéquatement conçues pour réduire les risques de mauvais traitements.

TRÈS SECRET//SECRET PROFESSIONEL DE L'AVOCAT/RÉSERVÉ AUX CANADIENS

Constataction 6. L'OSSNR constate que bon nombre des pratiques d'atténuation du MDN/FAC ont permis aux décideurs de recevoir l'information nécessaire pour déterminer si un risque sérieux de mauvais traitements pouvait être atténué.

Constataction 7. L'OSSNR constate que l'implication d'un pays étranger dans un conflit armé crée des difficultés aux ministères qui cherchent à respecter leurs obligations en matière d'atténuation au titre des Instructions LECCMTIEE dans les situations où ils sont appelés à communiquer de l'information à des entités dudit pays étranger.

Constataction 8. L'OSSNR constate que concrètement, la conformité aux Instructions LECCMTIEE peut, en certaines circonstances, créer un dilemme pour les ministères qui souhaitent communiquer de l'information à des fins humanitaires.

Recommandation 1. L'OSSNR recommande que les évaluations que les ministères effectuent quant aux risques visés à la LECCMTIEE comprennent des plans d'atténuation complets dès lors qu'un risque sérieux de mauvais traitements a été reconnu. En outre, ces plans devraient :

- vérifier si la somme des mesures d'atténuation proposées constituera une réaction adéquate aux risques reconnus dans le cas en question et sera en mesure de réduire suffisamment lesdits risques;
- évaluer le degré de fiabilité des mises en garde et des assurances proposées et juger la qualité des antécédents en matière de conformité;
- exclure toute considération extérieure qui n'a aucun lien avec la question de l'atténuation, notamment les risques liés à la non-communication ou encore les considérations d'ordre stratégique ou réputationnel;
- comprendre un plan permettant de surveiller les signes de mauvais traitements ainsi que le respect des mises en garde et des assurances une fois que la communication d'information a eu lieu.

Recommandation 2. L'OSSNR recommande que les responsables documentent avec clarté la façon dont ils prévoient atténuer chacun des risques avant de procéder à la communication d'information à des entités étrangères.

TRÈS SECRET//SECRET PROFESSIONNEL DE L'AVOCAT/RÉSERVÉ AUX CANADIENS

Annex B. *Les facteurs Badesha*

Voici l'extrait d'un jugement de la Cour suprême, *India c. Badesha*, 2017 CSC 44, paragr. 51.

La CEDH a dressé une liste détaillée de facteurs contextuels qu'il faut examiner pour apprécier la fiabilité des assurances diplomatiques. Les tribunaux canadiens peuvent prendre en considération un grand nombre d'entre eux. Il importe de préciser que ces facteurs ne sont pas exhaustifs et que leur pertinence dépend, dans chaque cas, des circonstances. Les voici :

- 1. le caractère soit précis soit général et vague des assurances;*
- 2. l'auteur des assurances et sa capacité ou non à engager l'État d'accueil;*
- 3. dans les cas où les assurances ont été données par le gouvernement central de l'État d'accueil, la probabilité que les autorités locales les respectent;*
- 4. le caractère légal ou illégal dans l'État d'accueil des traitements au sujet desquels les assurances ont été données;*
- 5. la durée et la force des relations bilatérales entre l'État d'envoi et l'État d'accueil, y compris l'attitude passée de l'État d'accueil face à des assurances analogues;*
- 6. la possibilité ou non de vérifier objectivement le respect des assurances données par des mécanismes diplomatiques ou par d'autres mécanismes de contrôle, y compris la possibilité illimitée de rencontrer les avocats de l'intéressé;*
- 7. l'existence ou non d'un vrai système de protection contre la torture dans l'État d'accueil et la volonté de cet État de coopérer avec les mécanismes internationaux de contrôle (dont les ONG de défense des droits de l'homme), d'enquêter sur les allégations de torture et de sanctionner les auteurs de tels actes;*
- 8. le fait que l'intéressé ait ou non déjà été maltraité dans l'État d'accueil.*

(Voir Othman, par. 189.)