

Cour fédérale



Federal Court

Date : 20100525

Dossier : T-536-04

Référence : 2010 CF 564

Ottawa (Ontario), le 25 mai 2010

En présence de monsieur le juge Mosley

ENTRE :

**OMAR AHMED KHADR
représenté par son tuteur à l'instance, FATMAH ELSAMNAH**

demandeur

et

**SA MAJESTÉ LA REINE
DU CHEF DU CANADA**

défenderesse

MOTIFS DE L'ORDONNANCE ET ORDONNANCE

[1] Par requête écrite datée du 1^{er} avril 2010, le demandeur sollicite une ordonnance en vertu de l'article 225 des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, (les Règles) enjoignant (1) à la défenderesse de divulguer dans l'affidavit de documents l'existence de tout document présenté par un organisme de la défenderesse au Comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité (le CSARS) dans le cadre de l'enquête ou de la procédure ayant mené à l'*Étude du CSARS n° 2008-05* du 8 juillet 2009, intitulée *Le rôle du SCRS dans l'affaire Omar Khadr* (le rapport);

enjoignant (2) à la défenderesse de divulguer dans l'affidavit de documents une copie non expurgée du rapport; et portant (3) que les dépens de la présente requête soient adjugés au demandeur.

[2] La déclaration dans la présente instance a été déposée le 15 mars 2004 et a depuis été modifiée à deux reprises. Le demandeur soutient, entre autres, que des responsables canadiens l'ont interrogé à Guantanamo, à Cuba, en septembre 2003 et en février 2004, pour aider les poursuivants américains, portant ainsi atteinte aux droits que lui garantit la *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle* de 1982, annexe B de la *Loi sur le Canada*, 1982 R.-U.), 1982, ch. 11 (la Charte).

[3] Le CSARS a examiné les actions des agents du Service canadien du renseignement de sécurité (le SCRS) lors des interrogatoires menés à Guantanamo, aux termes du mandat qui lui est confié à l'article 54 de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*, L.R.C. 1985, ch. C-23, consistant à étudier toute question qui relève de sa compétence. Le CSARS fait rapport au ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile. Le seul exemplaire du rapport en cause en l'espèce dont dispose le demandeur correspond à la version expurgée affichée sur le site Web du CSARS.

[4] Le 29 janvier 2010, la Cour suprême du Canada a rendu son jugement dans l'affaire *Canada (Premier ministre) c. Khadr*, 2010 CSC 3, [2010] A.C.S. n° 3, où la Cour a conclu que les interrogatoires menés par le SCRS portaient atteinte aux droits que garantit au demandeur l'article 7 de la Charte. Aux paragraphes 20 et 24 de sa décision, la Cour suprême mentionne certaines conclusions du rapport du CSARS.

[5] Le demandeur fait valoir que le rapport et les documents dont le CSARS s'est servi pour préparer le rapport constituent des documents pertinents qui sont en la possession ou sous la garde de la défenderesse et qu'ils devraient donc être divulgués à l'étape de la communication préalable.

[6] La défenderesse affirme que les documents examinés par le CSARS seront produits dans la mesure où ils sont pertinents, sous réserve des privilèges ou immunités applicables. La défenderesse fait valoir que la portée de l'examen mené par le CSARS comprenait une période et des événements plus vastes que ceux visés dans la présente affaire et que le contenu du rapport ne s'inscrit pas dans le cadre de paramètres de pertinence que l'ancien juge chargé de la gestion de l'instance avait établis dans une ordonnance de production de documents prononcée en 2005. La défenderesse soutient en outre que le rapport n'est pas un document pouvant être produit en preuve. Le rapport comprend une analyse effectuée par un organisme spécialisé, conformément à un objet précis de la loi. Les conclusions formulées dans le rapport ne seraient pas recevables dans le cadre de l'instruction de l'affaire.

[7] En réponse, le demandeur s'oppose à ce que la défenderesse détermine la pertinence des documents pris en compte par le CSARS et affirme qu'il convient de présenter à la Cour la version non expurgée de ces documents afin de permettre à celle-ci d'établir dès la première étape d'une demande à cet égard si les renseignements qu'ils renferment doivent être protégés au titre d'une revendication du privilège fondé sur l'intérêt public, conformément à l'article 38.04 de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-5, ou si ces documents font l'objet d'autres revendications de privilège.

QUESTIONS EN LITIGE

[8] La présente requête soulève les questions suivantes :

- a. La défenderesse est-elle tenue de divulguer dans ses affidavits de documents tous les documents qui sont en sa possession et qui ont trait au demandeur, dont le CSARS s'est servi pour préparer le rapport?
- b. La défenderesse est-elle tenue de divulguer dans ses affidavits de documents un exemplaire non expurgé du rapport du CSARS?

ANALYSE

La défenderesse n'est pas tenue de divulguer dans ses affidavits de documents tous les documents dont s'est servi le CSARS

[9] La communication de documents dans le cadre d'actions devant la Cour fédérale est régie par les articles 222 à 233 des *Règles des Cours fédérales*. Le critère permettant de déterminer les documents exigibles d'une partie est celui de la pertinence (paragraphe 222(2) des Règles). Un document est pertinent s'il permet, directement ou indirectement, à une partie de plaider sa propre cause ou de nuire à son adversaire, ou qu'il est susceptible de mener au « lancement d'une enquête » qui peut conduire à l'une des conséquences exposées ci-dessus : voir *Apotex Inc. c. Canada*, 2005 CAF 217, [2005] A.C.F. n° 1021.

[10] Il y a des critères auxquels il faut satisfaire pour ordonner la communication en raison du « lancement d'une enquête ». Il s'agit de savoir s'il existe une probabilité raisonnable qu'un document dont la production est demandée permette d'obtenir des renseignements pertinents aux termes du paragraphe 222(2) : voir l'arrêt *Eli Lilly Canada Inc. c. Novopharm Ltd.*, 2008 CAF 287, [2008] A.C.F. n° 1372. Cette disposition met clairement l'accent sur les éléments nécessaires et pertinents à l'égard du procès : voir *AstraZeneca Canada Inc. c. Apotex Inc.*, 2008 CF 1301, [2008] A.C.F. n° 1696, au par. 6.

[11] La pertinence doit être déterminée en fonction des questions des faits qui opposent les parties selon les plaidoiries : voir *Merck Frosst Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)*, (1997), 146 FTR 249, [1997] A.C.F. n° 1847, au par. 7. En l'espèce, la déclaration a été modifiée depuis le prononcé de l'ordonnance de gestion de l'instance, le 20 juin 2005. Aux termes d'une ordonnance datée du 13 mai 2009, le demandeur a reçu l'autorisation de déposer une nouvelle déclaration modifiée pour ajouter des moyens à l'appui de sa demande de réparation.

[12] Par conséquent, la défenderesse ne peut s'en remettre simplement aux conditions de l'ordonnance de 2005, comme elle propose de le faire, sans égard à la question de savoir si les modifications apportées aux actes de procédure ont eu pour effet de changer la nature des éléments pertinents quant aux questions en litige. Or, la décision initiale relative aux documents pertinents devant être énumérés et produits relève, en pratique, de la défenderesse, des auteurs des affidavits qu'elle produit et de ses avocats.

[13] Les Règles énoncent les conditions que chaque partie doit remplir dans le cas des affidavits et des affidavits supplémentaires de documents. Les parties sont toujours tenues de signifier et de déposer des affidavits supplémentaires lorsqu'elles se rendent compte que la divulgation initiale est inexacte ou insuffisante.

[14] Le demandeur sollicite une ordonnance enjoignant la divulgation de tous les documents présentés par un organisme de la défenderesse au CSARS dans le cadre de l'enquête ayant mené au rapport. Selon la partie du rapport portant sur la méthodologie de son examen, le CSARS a examiné tous les documents sous forme électronique et papier qui étaient en la possession du SCRS et qui avaient trait directement ou indirectement au demandeur pour la période du 1^{er} mai 2002 au 30 septembre 2005, inclusivement. J'en déduis que les documents que le CSARS a étudiés dans le cadre de son examen ne lui avaient pas été présentés par des organismes gouvernementaux, mais qu'ils avaient plutôt été consultés par les employés du CSARS sous forme électronique ou papier lors de l'analyse des dossiers du SCRS. Les employés du CSARS peuvent consulter les dossiers du SCRS et tiennent à cet égard bureau à l'administration centrale du SCRS.

[15] La défenderesse admet l'existence de dossiers non divulgués que le CSARS a étudiés dans le cadre de son examen effectué en 2008. Je doute de la pertinence juridique de tous les documents examinés par le CSARS, au sens du paragraphe 222(2), à savoir qu'ils peuvent permettre de déterminer si la réparation sollicitée par le demandeur peut ou non être accordée : *Altagas Marketing Inc. c. Canada*, 2004 CF 910, [2004] A.C.F. n° 1161, au par. 16. Or, il ne fait aucun doute qu'il reste à divulguer certains documents pertinents.

[16] À mon avis, une ordonnance enjoignant à la défenderesse de divulguer l'existence de tous les documents examinés par le CSARS qui ont trait « directement ou indirectement » au demandeur aurait forcément pour effet la production de documents et de renseignements qui ne relèvent pas des questions énoncées dans les actes de procédure. J'estime que la Cour aura à consacrer beaucoup de temps à l'examen des dossiers du SCRS concernant le demandeur pour déterminer s'il existe des documents qui intéressent la présente instance. Par conséquent, je n'ai pas l'intention de prononcer l'ordonnance de portée générale que sollicite le demandeur.

[17] La défenderesse doit néanmoins respecter ses obligations de déterminer la pertinence possible de tous ses documents, notamment ceux dont le CSARS s'est servi pour préparer son rapport de 2008, et de produire les documents applicables. La Cour prend connaissance d'office du fait que les dossiers du SCRS sont confidentiels et que l'accès à ces dossiers n'est accordé qu'aux personnes qui en ont besoin pour faire leur travail. Il est possible que les avocats de la défenderesse ignorent l'existence des documents pertinents. Il reste donc à déterminer comment la Cour saura si la divulgation est suffisante, sous réserve de toute revendication légitime de privilège.

[18] Suivant l'article 224, l'auteur de l'affidavit de documents, avant de signer celui-ci, se renseigne dans la mesure du raisonnable auprès des dirigeants, fonctionnaires, agents ou employés actuels ou antérieurs de la partie, dont il est raisonnable de croire qu'ils pourraient détenir des renseignements au sujet de toute question en litige dans l'action. L'avocat inscrit au dossier inscrit une mention attestant qu'il a expliqué à l'auteur de l'affidavit l'obligation de divulguer tout ce qui est visé à l'article 223 et les conséquences possibles d'un manquement à cette obligation.

[19] Le CSARS est un organisme indépendant qui rend compte au Parlement par l'intermédiaire du ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile et dont les membres sont nommés par décret. Le CSARS est assimilé à une institution gouvernementale à des fins administratives et pour l'application des lois d'accès à l'information et de protection des renseignements personnels. Bien qu'il ne soit pas nécessaire de déterminer, pour les besoins de l'espèce, si le comité est une entité de la défenderesse, je suis convaincu qu'il s'agit d'un « office fédéral », au sens de l'article 2 de la *Loi sur les Cours fédérales*. Le comité exerce les pouvoirs que lui confère une loi fédérale, notamment les droits étendus d'accès aux renseignements détenus par le SCRS, au titre de l'article 39 de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*. Le petit groupe de responsables qui appuient le comité est assujéti à la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique*, L.C. 2003, ch. 22. Je conclus que les employés du comité s'inscrivent dans la catégorie des « dirigeants, fonctionnaires, agents ou employés » de la défenderesse, dont il est raisonnable de croire qu'ils pourraient détenir des renseignements au sujet de la présente instance, au sens du paragraphe 224(2) des Règles.

[20] Puisque l'obligation de divulguer des documents doit être interprétée de façon libérale, j'estime qu'il y a lieu d'ordonner à la défenderesse de produire un affidavit supplémentaire de documents qui contienne une déclaration portant que l'auteur de l'affidavit s'est renseigné dans la mesure du raisonnable auprès des employés du CSARS, et des agents du SCRS, actuels ou antérieurs, pour veiller à ce que tout document pertinent qui a trait au demandeur et qui est en la possession de la défenderesse, que le CSARS a examiné et dont il s'est servi pour préparer le rapport de 2008, soit indiqué et répertorié dans une annexe à l'affidavit. La divulgation des documents ne sera pas requise en attendant qu'une décision soit rendue sur une revendication de privilège quant aux documents ou aux renseignements qu'ils contiennent. Je reconnais que le

CSARS peut avoir examiné des documents provenant d'autres sources et qui ne sont pas en la possession de la défenderesse.

La défenderesse est tenue d'inclure dans son affidavit de documents un exemplaire non expurgé du rapport du CSARS

[21] Comme je l'ai déjà mentionné, le rapport de 2008 reposait sur un examen spécial effectué par le CSARS au titre de l'article 54 de la *Loi sur le service canadien du renseignement de sécurité* et avait été présenté au ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile. Par conséquent, j'estime que la version non expurgée du rapport constitue un document qui « est en la possession, sous l'autorité ou sous la garde » de la défenderesse, tel qu'il est précisé au sous-alinéa 223(2)a)(i).

[22] La défenderesse s'oppose à la production d'une version non expurgée du rapport de 2008 principalement au motif que ce document ne serait pas recevable en preuve dans le cadre de l'instruction de l'affaire et qu'il ne relève donc pas de la communication de documents. La défenderesse soutient que le rapport a été rédigé bien après les faits en litige en l'espèce et qu'il porte sur des périodes qui ne relèvent pas de la présente instance. Lorsqu'ils portent sur l'objet du litige, les énoncés du rapport qui renvoient aux faits en litige correspondent à un témoignage d'opinion sur la question fondamentale que la Cour doit trancher.

[23] Le demandeur fait valoir que le rapport comprend des conclusions de fait tirées des éléments de preuve dont disposait le CSARS et dont la plupart ne se trouvent pas en la possession du demandeur. Selon le demandeur, le rapport doit faire partie de la preuve au dossier plutôt que de figurer dans le cahier des lois et règlements, comme dans le cas de l'instance devant la Cour

suprême du Canada. Le demandeur soutient en outre que la version non expurgée du rapport du CSARS et les documents à l'appui sont susceptibles de mener au « lancement d'une enquête » qui peut conduire à une preuve indépendante provenant des conclusions formulées par le CSARS.

[24] Les avocats ont déposé des extraits de la transcription de l'audience devant la Cour suprême où il était question du rôle du rapport dans cette instance. Selon ces extraits, la Cour suprême n'était pas certaine si le rapport devait faire partie de la preuve au dossier. Il semble que la question n'ait pas été réglée à l'audience, mais je constate que la Cour suprême mentionne à deux reprises dans ses motifs certaines conclusions du rapport : *Khadr*, précité, aux paragraphes 20 et 24.

[25] Je doute que le rapport soit admissible comme preuve des énoncés de faits qui y figurent. Il semble, à première vue, que le rapport ne satisfait pas au critère de l'admissibilité des documents publics. Or, il s'agit d'une question à trancher à l'instruction ou dans le cadre d'une requête préalable à l'instruction, fondée sur l'article 220 des Règles. De plus, c'est la pertinence et non l'admissibilité le critère auquel il faut satisfaire en matière de communication de documents : *Steier c. University Hospital Board* (C.A. Sask.), (1988), 67 Sask.R. 81, [1988] S.J. No. 138.

[26] Je le rappelle, une partie a droit à la communication de documents dont il est raisonnable de croire qu'ils contiennent des renseignements lui permettant de plaider sa propre cause, de nuire à son adversaire ou qui sont susceptibles de mener, à la suite d'une enquête, à des renseignements de cette nature. La divulgation de l'existence d'un document pertinent dans un affidavit ne constitue pas une reconnaissance de son admissibilité. C'est à la partie adverse qu'il appartient de soulever

cette question lors de l'instruction : *Glaxo Group Ltd. c. Novopharm Ltd.* (1996),
122 F.T.R. 192 (T.D.), [1996] A.C.F. n° 1423.

[27] Je conclus que la version non expurgée du rapport doit figurer à l'annexe 2 de l'affidavit supplémentaire de documents de la défenderesse. Il n'est pas nécessaire de divulguer ce document au demandeur tant que la Cour ne se prononce pas, sur demande au titre du paragraphe 38.04(1) de la *Loi sur la preuve au Canada*, sur une revendication du privilège fondé sur l'intérêt public quant aux renseignements expurgés de la version publique du rapport.

ORDONNANCE

LA COUR ORDONNE :

1. La requête du demandeur est accueillie :
 - a) La défenderesse doit énumérer le rapport de 2008 de CSARS intitulé *Le rôle du SCRS dans l'affaire Omar Khadr* à l'annexe 2 de son affidavit supplémentaire de documents et déposer une version non expurgée du rapport au greffe des instances désignées de la Cour;
 - b) L'auteur de l'affidavit supplémentaire de la défenderesse doit consulter des employés du CSARS, actuels ou antérieurs, pour s'assurer que tous les documents pertinents qui sont en la possession du Service canadien du renseignement de sécurité et dont le CSARS s'est servi pour préparer le rapport sont énumérés dans l'affidavit supplémentaire;
 - c) Tout participant à l'instance qui est tenu de divulguer des renseignements figurant dans le rapport, dans des documents pertinents qui sont en la possession du SCRS, ou dans l'affidavit et l'annexe devant être produits, et qui sont, selon lui, des renseignements sensibles ou potentiellement préjudiciables, doit aviser le procureur général du Canada qui peut consentir à la divulgation des renseignements visés ou demander à la Cour, au titre de l'article 38.04 de la *Loi sur la preuve au Canada*, de rendre une ordonnance en vue de protéger les renseignements en question;
 - d) La défenderesse doit déposer des copies expurgées et non expurgées des documents au greffe des instances désignées de la Cour en vue de l'instruction de toute demande présentée par le procureur général du Canada.
2. Le demandeur a droit à ses dépens afférents à la présente requête, quelle que soit l'issue de la cause.

« Richard G. Mosley »

Juge

COUR FÉDÉRALE

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

DOSSIER : T-536-04

INTITULÉ : OMAR AHMED KHADR représente par son tuteur à l'instance, FATMAH EL-SAMNAH c. SA MAJESTÉ LA REINE DU CHEF DU CANADA

REQUÊTE JUGÉE SUR DOSSIER À OTTAWA (ONTARIO), SANS COMPARUTION DES PARTIES

LIEU DE L'AUDIENCE : Ottawa (Ontario)

MOTIFS DE L'ORDONNANCE ET ORDONNANCE : LE JUGE MOSLEY

DATE DES MOTIFS : Le 25 mai 2010

COMPARUTIONS :

Nathan J. Whitling POUR LE DEMANDEUR

Doreen Mueller POUR LA DÉFENDERESSE
Linda Wall

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

NATHAN J. WHITLING POUR LE DEMANDEUR
Parlee McLaws LLP
Edmonton (Alberta)

MYLES J. KIRVAN POUR LA DÉFENDERESSE
Sous-procureur général du Canada
Edmonton (Alberta)