

Mémoire

**Présenté au Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et
constitutionnelles en ce qui a trait au projet de loi C-58**

**« Loi modifiant la Loi sur l'accès à l'information, la Loi sur la protection des
renseignements personnels et autres lois en conséquence »**

Le 1er novembre 2018

Préparé par les directeurs de recherche sur les revendications nationales
Présenté par Peter Di Gangi, Directeur, politiques et recherches
Secrétariat de la nation algonquine

Qui nous sommes

Ce mémoire a été rédigé par les directeurs de recherche sur les revendications nationales. Nous sommes un organisme national de spécialistes qui dirigent plus de trente équipes de recherche sur les revendications centralisées dont le mandat est la recherche et l'élaboration des revendications particulières au nom des Premières Nations. Nous travaillons de près avec les Premières Nations, les conseillers juridiques, les administrateurs de fonds, la Direction générale des revendications particulières au sein des Affaires autochtones et du Nord Canada (AANC), les négociateurs des revendications, et le Tribunal des revendications particulières. De plus, nous participons régulièrement aux demandes d'accès à l'information des ministères et des agences fédéraux.

Nous avons reçu le mandat des Premières Nations de documenter et de développer les éléments connexes à leurs histoires, les revendications et litiges, ainsi que les griefs. La grande partie de notre travail porte sur le développement des revendications contre le gouvernement du Canada et du fait que ce dernier n'aurait pas répondu à ses obligations légales envers les communautés autochtones, en vertu de la Politique sur les revendications particulières et la Loi sur le Tribunal des revendications particulières, ainsi que d'autres litiges et différends relatifs aux Traités et aux titres et droits autochtones.

Les gouvernements autochtones ont un droit reconnu d'accès aux documents fédéraux, en particulier, afin de documenter leurs revendications, litiges, et griefs contre la Couronne. Dans le cas des revendications, le gouvernement fédéral est en situation de conflit d'intérêts parce qu'il se retrouve en situation de défendeur; il contrôle l'accès à la preuve, et il a une obligation fiduciaire envers les Premières Nations.

Par conséquent, toutes tentatives de modifier le fondement législatif de l'accès à l'information aura un effet disproportionné sur les Premières Nations et leur capacité d'identifier et de recueillir la preuve nécessaire pour justifier et résoudre leurs revendications, litiges, et griefs avec le gouvernement fédéral.

L'importance des documents fédéraux pour les Premières Nations

Les dossiers fédéraux représentent la plus grande réserve de documents historiques relatifs aux affaires Couronne-autochtones. Ils fournissent l'historique politique, juridique, et administratif de la relation entre la Couronne et les Premières Nations. Cela inclut, les négociations de traités; les listes de paiements des annuités; les listes des membres; l'administration des biens, incluant les terres de réserves, les terres cédées, et les fiducies, les documents liés à l'éducation, les pensionnats, la santé, la délocalisation, les arpentages et réserves, les programmes, et les services. Les dossiers fédéraux comprennent également toute l'information concernant les négociations et les litiges en cours entre le Canada et les Premières Nations.

La plupart de ces documents se trouvent maintenant à la Bibliothèque et Archives Canada (BAC), mais plusieurs sont détenus par divers ministères et organismes fédéraux, tel que AANC¹, Parcs Canada, Pêches et Océans Canada, et le Ministère de la Justice. La majorité se retrouve avec AANC : ce ministère possède l'équivalent de 59 km de documents et plus d'environ 15 km de documents additionnels en voie de transfert avec Santé Canada². Bien que la prestation de service et l'accès aux dossiers a connu de concrètes améliorations au cours des quatre dernières années à la BAC, nous ne pouvons pas en dire de même pour les autres ministères fédéraux.

Il existe plusieurs raisons pour lesquelles il est important pour les Premières Nations d'obtenir l'accès à ces documents. Par exemple, il est primordial d'y avoir l'accès pour la gestion efficace afin d'y trouver les documents associés à la composition de la bande, les programmes, les services, et la gestion des terres de réserve. D'autres exemples de leur importance au quotidien incluent les revendications territoriales ou le litige, les dossiers de l'Arpentage des terres du Canada; les documents relatifs aux traités; la gestion des biens tels que le bois et les fiducies; les ventes de terres, et plus encore. À cet effet, quelle garantie avons-nous que le Canada s'acquitte de ses responsabilités et s'assure que ces documents sont disponibles aux Premières Nations?

De plus, et simultanément, l'information courante continue à s'ajouter au système et pourrait faire l'objet des demandes de documents par des tierces parties. Ce type de documents inclut également ce qui est fourni au gouvernement fédéral dans le cadre des revendications territoriales ou des négociations de règlement, documents qui sont privilégiés et confidentiels. Il se voit donc l'importance de poser la question : quelle garantie les Premières Nations ont-elles, de savoir que le matériel demeure privilégié et confidentiel, une fois fournit à la Couronne?

Responsabilité fédérale de divulguer l'information et le conflit d'intérêts

Le gouvernement fédéral a une obligation fiduciaire envers les Premières Nations qui inclut, entre autres, l'obligation de divulguer les renseignements qu'il détient. Le conflit d'intérêts du gouvernement du Canada est soulevé par le fait qu'il est aussi le défendeur dans le cas des revendications particulières et de litige, et donc, peut contrôler l'accès aux documents que les Premières Nations ont besoin comme preuve.

Quand le gouvernement du Canada a introduit les politiques de revendications territoriales dans les années 1970, il a accepté que les Premières Nations se prévalent différemment à l'accès aux documents fédéraux qu'au reste de la population canadienne. Ceci a été reconnu quand *La loi sur la protection des renseignements personnels* et *La loi sur l'accès à l'information* ont été introduites dans les années 1980. L'article 8 (2) k de la Loi sur la protection des renseignements personnels permet aux véritables chercheurs qui travaillent les revendications, les griefs, et les litiges entre les Premières Nations et le Canada, d'avoir accès aux renseignements qui seraient autrement interdits à d'autres Canadiens. Mais la reconnaissance de ce droit d'accès prévu par la loi a été appliquée irrégulièrement, sinon, pas du tout.

1 INAC = Indigenous & Northern Affairs Canada. This department has an ongoing identity crisis. Formerly IAB, DIA, DIAND, INAC, AANDC, then INAC again, and now divided into two, and re-named ISC and CIRNA. For consistency's sake, we will refer to it as INAC in this document.

2 Pierre Desrochers, Director, Corporate Information Management Directorate Department of Crown-Indigenous Relations and Northern Affairs Canada (CIRNAC) and Indigenous Services Canada (ISC). Presentation to the National Claims Research Workshop, Dartmouth, NS October 10, 2018.

Les problèmes avec le régime actuel d'accès à l'information

Le système d'accès à l'information est dysfonctionnel.

L'accès des Premières Nations est censé être fait en adoptant une procédure informelle et sur demande. La procédure formelle d'accès à l'information devrait être mise en pratique qu'au dernier recourt. Cependant, ce qui se manifeste lorsqu'on adopte la voie informelle fait souvent l'objet de caprices bureaucratiques et gouvernementaux. Au cours des vingt-cinq dernières années, des ententes entre les Premières Nations et les fonctionnaires de l'AANC concernant les demandes d'accès informels ont été négociées, autorisées, oubliées, ignorées, dépeussierées, et révisées, et aussi récemment que l'année dernière. Même dans les cas où une entente a été mise en place, on peut attendre de trois mois à plus d'un an avant de recevoir des documents à travers ces modalités informelles. De plus, il n'existe aucun outil ou guide de recherche au l'AANC pour apporter un soutien aux demandeurs, alors les Premières Nations doivent se fier entièrement aux employés du gouvernement pour identifier et partager ces documents. Par comparaison, à la Bibliothèque et Archives Canada (BAC), on y retrouve des outils de recherche et les délais sont rarement plus longs que quelques jours ou semaines.

La demande formelle d'accès à l'information stipule l'obtention d'une réponse en trente jours, mais en pratique, ce délai n'est jamais respecté. Le processus a très peu à voir à répondre aux besoins des demandeurs ou au service à la clientèle, mais plutôt il existe pour répondre aux exigences bureaucratiques. Veuillez voir en annexe (pièce jointe 1) des exemples qui illustrent bien quelques expériences récentes vis-à-vis le processus d'accès à l'information.

Notons cependant un exemple d'amélioration au processus dans les derniers trois ans, nous recevons rarement la réponse suivante : « Les documents que vous cherchez n'existent pas. » Amélioration, en effet, mais les délais déraisonnables sont maintenant la norme : 150, 200, et 300 jours où même dans ces cas, les normes ne sont pas toujours respectées. Les raisons les plus souvent communiquées sont :

* « La demande entraverait de façon sérieuse le fonctionnement de l'institution ».

En fait, répondre aux demandes de documents s'agit bel et bien d'une activité principale des opérations gouvernementales; notamment lorsque les Premières Nations demandent des renseignements détenus par le gouvernement fédéral qui ont rapport à leurs affaires. Il n'aurait pas de question d'ingérence si le matériel historique présentement détenu par l'AANC se trouvait à la BAC (où nous croyons qu'il devrait être).

* Il s'agit d'un trop grand nombre de documents demandés

Il demeure que de grandes quantités de documentation doivent être, justement, examinées afin de préparer le fondement des cas d'une revendication ou d'un procès. Les Premières Nations sont prêtes à travailler avec les employés du gouvernement afin d'établir des normes pour que les demandes soient plus gérables. Ce ne serait pas un problème si les outils de recherche étaient disponibles, ou si les documents historiques se trouvaient à la BAC, tel qu'indiqué ici haut.

* Une intervention de tiers est nécessaire

L'exemption de tierce partie représente une grande frustration pour les Premières Nations et les fonctionnaires qui doivent déterminer comment procéder. On peut s'attendre à voir de longs délais lorsque les tiers ne répondent pas aux demandes de documents de manière assidue. D'autre part, les Premières Nations peuvent recevoir des références de tiers s'élevant à des milliers de pages, sans les ressources nécessaires pour les examiner et offrir une réponse complète.

Ces justifications sont utilisées même lorsque les critères normatifs de l'article 6 du projet de loi C-58 sont inclus (p. ex. le chercheur a fourni le numéro du dossier, la période visée, et le type de document demandé).

D'une manière générale, une fois que la demande formelle est faite, il n'y a aucune interaction entre le requérant et le Ministère. Et lorsque l'ensemble des documents est disponible, il y a d'autres problèmes. Bien que les chercheurs soient supposés avoir accès et être capables d'examiner le matériel en personne, en pratique l'AANC fournit que des dossiers électroniques de piètre qualité, et qui ne respecte même pas la norme minimale de l'AANC pour des demandes de revendications (des documents clairs et lisibles)³. La qualité inférieure des documents qui sont reçus de façon électronique les rends inutiles pour des fins de revendications territoriales ou de litige.

Les exceptions et les raisons les plus communes pour la censure

Les fonctionnaires se servent souvent des exceptions de façon gratuite afin d'omettre ou de censurer des renseignements. Une des exceptions les plus utilisées est « des avis ou recommandations » (art 21), constat qui veut dire pratiquement n'importe quoi. Une autre, qui soulève des questions de part et d'autre, est l'exception « de tiers » (art 20). Qui est-ce, ou qu'est-ce qui est un défini comme étant tiers? La tierce partie doit-elle représenter un impact sur le droit d'accès des Premières Nations? Le droit des Premières Nations de protéger des informations privilégiées et confidentielles est-il affecté? Autres exceptions préférées sont : les affaires fédéro-provinciales (art 14) et secret professionnel des avocats (art 23) — même lorsqu'il s'agit de documents qui datent de 50 ou 100 ans.

D'après les statistiques fournies par le CI en 2016, plusieurs des exceptions invoquées par les fonctionnaires ne tiendront pas si le refus est porté en appel au CI. Cela porte à croire que le personnel ministériel et celui de l'AIPRP se sert des exceptions de façon trop générale, et cela coûte cher en temps, en argent, et finalement mets en doute la volonté de bien faire⁴.

Si vous décidez de porter plainte au Commissariat à l'information du Canada, attendez-vous à d'autres obstacles et retards. L'arréage actuel de plaintes est de 3 380 demandes. En 2016-17, on voyait près de six mois ou plus avant que votre dossier soit assigné à un enquêteur. En fait, certains de nos membres ont des plaintes en souffrance depuis 2016, qui n'ont pas encore été assignées à un enquêteur. Une fois l'enquêteur assigné, il faudra trois ans ou plus avant que la plainte gravisse tous les échelons du système. Le processus se transforme en guerre d'usure. Il ne semble pas y avoir de place à la médiation

3 See Attachment 5, "Minimum Standard for filing a Specific Claim Submission with the Minister of Aboriginal Affairs and Northern Development Canada".

<http://www.rcaanc-cirnac.gc.ca/eng/1100100030303/1539617885830>

4 See Attachment 3, Joint Submission to the Standing Committee on Access to Information, Privacy and Ethics - First Nations Experience with Access to Information. National Claims Research Directors, 29 June, 2016: p 6.

ou aux négociations entre les intervenants une fois qu'une plainte formelle est lancée. Le problème est exacerbé par les retards excessifs au CI, chose qui rend parfois les plaintes désuètes.

Projet de loi C-58

Dans les sections précédentes, nous avons identifié quelques problèmes — mais assurément pas tous les problèmes — qui nous préoccupent quant aux demandes de documents des ministères et organismes fédéraux. Maintenant, il faut se demander : Le projet de loi C-58 règlera-t-il ces problèmes? En bref, NON.

Le projet de loi met l'accent sur la divulgation proactive et cela n'a rien à voir à la résolution des problèmes qu'ont les Premières Nations avec le processus de l'accès à l'information. D'autres parties du projet de loi C-58 touchent aux problèmes liés à la bureaucratie, mais d'autant plus, ne garantissent pas que le régime de l'accès à l'information assurera un service amélioré et plus réactif quant aux demandes des utilisateurs, incluant les Premières Nations.

Quoique quelques modifications aient été proposées par le gouvernement, il en demeure deux qui causent des préoccupations importantes pour les Premières Nations :

1) le projet de loi, incluant les modifications proposées, donne encore aux fonctionnaires les pouvoirs et moyens nécessaires de compromettre ou de bloquer la communication d'informations relatives aux revendications contre la Couronne, et;

2) pour la plupart des Premières Nations, il n'existe aucune protection pour le matériel privilégié et confidentiel fourni au Canada.

La raison pour laquelle le projet de loi C-58 ne traite pas ces questions clés est simple, le Secrétariat du conseil du Trésor du Canada n'a pas entrepris de consultations avec les Premières Nations lors de l'élaboration du projet de loi. Et lorsque nous les avons approchés pour leur présenter nos préoccupations en 2016, ils ne nous ont pas répondu de façon adéquate. (Voir les pièces jointes 3 & 4, Mémoires présentés au comité ETHI de la Chambre des communes, 2016 et 2017.) Très récemment, nous avons vu un engagement de leur part, mais il est maintenant trop tard pour les modifications nécessaires. Ce n'est que depuis dix semaines seulement que nous avons pu avoir accès aux matériaux et ressources afin d'étudier l'ébauche de loi. Ce projet de loi n'a pas fait l'objet de consultations appréciables pour établir l'effort comme un seuil acceptable d'intervention.

Une autre partie de la raison pour laquelle le projet de loi C-58 ne traite pas les problèmes que nous avons définis est qu'il ne répond pas à quelques problèmes fondamentaux du régime d'accès à l'information incluse : il y a un manque de formation, un manque de contact personnel, un manque de ressources, et un manque de compréhension du droit à l'accès des Premières Nations. Le projet de loi évite aussi d'adresser les exceptions actuelles, ainsi que la manière dont elles sont utilisées ou bien mal utilisées, par les fonctionnaires (p. ex. « des avis ou recommandations »). Il a aussi eu une absence de discussion au sujet de la résolution des exceptions problématiques telles que « de tiers », qui présentent des obstacles à la fois aux requérants et aux représentants du gouvernement.

Les représentants du gouvernement nous ont dit que ces problématiques n'étaient pas inquiétantes puisqu'ils sont à améliorer l'accès en créant des modalités pour des demandes informelles, mais ce n'est guère réconfortant. Nous en avons vécu l'expérience de par le passé, les modalités informelles peuvent être assujetties à l'ingérence politique, à l'indifférence bureaucratique et au manque de suivi.

Une disposition législative est essentielle afin de fournir une option assidue et efficace en cas d'échec par la voie informelle.

Les représentants du gouvernement nous ont également informés qu'il y aura des examens supplémentaires du projet de loi, et des rapports, à l'avenir. Ce n'est pas une réponse acceptable. C'est très difficile de changer une loi une fois adoptée. Et par le temps que l'examen promis ait lieu, nous aurons un nouveau gouvernement fédéral qui pourrait avoir de différentes priorités et objectifs. Il est donc le temps de régler ces problèmes immédiatement.

Nous ne croyons pas que le transfert de plus de responsabilités au Commissariat à l'information du Canada est une solution dans tous les cas. Notamment, l'idée que le CI aura à donner son consentement dans les cas où les ministères refusent de divulguer des documents semble décharger les ministères de leurs responsabilités, et de déposer davantage le fardeau au sein du CI. Nous avons vu des cas dans le passé où le gouvernement tente de se débarrasser des cas en arréage en mettant le fardeau sur d'autres : en 2007 lorsque la Direction générale des revendications particulières a transféré les revendications de son inventaire en arréage en les déplaçant au seuil du Tribunal des revendications particulières. La même chose pourrait se produire au CI, surtout s'il n'a pas de ressources supplémentaires connexes à la nouvelle loi. Rappelez-vous que le CI a déjà un arréage de presque 3 400 cas.

Certaines parties du projet de loi C-58 pourraient nous reculer par des décennies, et ne feront que sanctionner l'obstruction bureaucratique et frustrer les efforts d'obtenir l'accès. Par exemple, certaines des raisons préférées de retard de l'AANC — notamment « la demande entraverait le fonctionnement de l'institution » et la quantité de matériel — deviendraient, en vertu du projet de loi C-58, un cadre législatif pour refuser l'accès. Il semble irréaliste de suggérer qu'il constitue une amélioration par rapport au statu quo.

La charge des documents fédéraux

Une autre question importante qui n'est pas traitée par le projet de loi C-58 s'agit de la détention des dossiers. Qui gardera ces dossiers? Les documents historiques devraient appartenir à la BAC. Ils ont l'expertise et le modèle organisationnel nécessaire pour faciliter le maintien, l'organisation, et l'accès aux documents. Pourquoi l'AANC détient-il plus de 60 km de documents, dont la plupart détiennent une valeur historique et non administrative? Le ministère compte déjà plusieurs priorités et mandats diversifiés que l'accès aux documents ne figura jamais parmi ses priorités. Par le contraire, le mandat de la BAC s'agit de détenir des dossiers pour l'accès public, de plus que le ministère n'a pas de conflit d'intérêts direct avec la cause, comme il le s'agit avec l'AANC⁵.

Lorsqu'on compare les normes de prestations de services des deux ministères, les différences sont évidentes : la BAC tient à jour des instruments de recherches qui sont facilement accessibles et dont la plupart sont déjà en ligne, ils ont un personnel de travail spécialisé dans plusieurs domaines

5 LAC's mandate, outlined in the preamble of the *Library and Archives of Canada Act*, includes the following: to preserve the documentary heritage of Canada for the benefit of present and future generations; to be a source of enduring knowledge accessible to all, contributing to the cultural, social and economic advancement of Canada as a free and democratic society; to facilitate in Canada co-operation among communities involved in the acquisition, preservation and diffusion of knowledge; to serve as the continuing memory of the Government of Canada and its institutions.

<https://www.bac-lac.gc.ca/eng/about-us/Pages/our-mandate.aspx>

thématiques. À l'AANC, il n'y a pas d'instruments de recherche disponibles au public, et les chercheurs doivent se fier au personnel du ministère pour chercher et pour identifier les documents pertinents. On peut obtenir des documents de la BAC en quelques heures, ou une semaine au plus, mais on peut attendre des mois ou des années pour le même type de document détenu par l'AANC. La BAC contient des salles de lecture munies d'installations appropriées (notamment pour la duplication électronique), tandis que l'endroit dédié pour examiner les dossiers à l'AANC est minuscule, muni d'un pauvre éclairage, et ne peut contenir plus d'un ou de deux chercheurs à la fois.

Veillez voir la pièce jointe 1, qui résume les expériences récentes dans le cadre du système informel et formel d'accès à l'information à l'AANC. La lecture de ce sommaire donne un bon aperçu de la situation inacceptable du statu quo.

Des recommandations vis-à-vis l'accès à l'information

Veillez voir les mémoires présentés au comité ETHI de la Chambre des communes en 2016 et 2017 par rapport à ce projet de loi (pièces jointes 3 & 4). Ils contiennent des renseignements supplémentaires, et des recommandations de base relatives à l'accès à l'information dont : le gouvernement devrait consulter de manière appropriée; mettre à disposition des ressources pour l'accès à l'information et le CI; former le personnel; décentraliser; et encourager le contact personnel.

Conclusions

C'est en collaboration avec l'Association du Barreau autochtone et de l'Assemblée des Premières Nations que nous avons rédigé notre réponse à ce projet de loi. Nous vous invitons à examiner leurs mémoires et en particulier, les recommandations de l'Association du Barreau autochtone relatifs aux modifications du projet de loi. Nous incluons la pièce jointe 2, un examen juridique du projet de loi C-58 préparé par *First Peoples Law*, qui souligne certains problèmes associés au projet de loi C-58 et offre un sommaire des modifications possibles.

Dans sa rédaction actuelle, le projet de loi C-58 est un retour à l'arrière, et muni le gouvernement avec de nouveaux moyens de compromettre ou de bloquer l'accès des Premières Nations aux documents fédéraux. Cette ébauche requiert des modifications importantes ou, encore, devrait être renvoyée au gouvernement pour y entreprendre la consultation appropriée et les modifications nécessaires avant d'être étudiée davantage.

Pièces jointes

1. Summary of selected INAC ATI requests, 29 October, 2018
2. Legal Review of Bill C-58, Prepared for the Union of BC Indian Chiefs, the National Claims Research Directors, and the Indigenous Bar Association, October 25, 2018.
3. NCRD submission to the House of Commons ETHI Committee, June 29, 2016
4. NCRD submission to the House of Commons ETHI Committee, October 16, 2017

5. "Minimum Standard for filing a Specific Claim Submission with the Minister of Aboriginal Affairs and Northern Development Canada"