

Observations du gouvernement de l'Ontario

Avis de requête pour émettre une ordonnance conformément au cadre de référence

1. Dans l'esprit de l'approche « les familles d'abord » adoptée au cours de ce processus, le gouvernement de l'Ontario (« l'Ontario ») souhaite respecter les volontés des personnes qui ont partagé leur vérité propre dans le cadre de l'Enquête nationale sur les femmes et les filles autochtones disparues et assassinées (l'« Enquête nationale » ou « la Commission »). Toutefois, l'Ontario s'oppose au prononcé du projet d'ordonnance (« l'ordonnance ») annexé à l'avis de requête pour émettre une ordonnance (« l'avis »). Les raisons de l'Ontario pour s'y opposer sont les suivantes :

Le manque d'équité procédurale

2. Dans une lettre datée du 19 juin 2019 et remise à l'avocate de la Commission et à toutes les parties, l'Ontario a fait valoir que le processus prévu par l'Enquête nationale concernant l'ordonnance en suspens correspondait à un déni de justice naturelle. L'Ontario réitère cette position.
3. En particulier, l'échéance prévue et le nombre limité de pages pour formuler les observations ont privé l'Ontario de la possibilité de présenter intégralement sa position concernant les points de fait et de droit complexes découlant de l'ordonnance. L'Ontario maintient son opinion que les commissaires procèdent dans cette affaire en l'absence d'un dossier factuel adéquat, y compris l'information relative au processus de consentement entamé par l'Enquête nationale avec les

familles et les proches qui y ont participé¹. L'Ontario affirme en outre que l'Enquête nationale a prédéterminé, ou a donné l'impression d'avoir prédéterminé les enjeux concernant sa compétence pour émettre l'ordonnance ainsi que les conditions de celle-ci.

Le défaut de compétence requise pour émettre l'ordonnance

4. L'Ontario affirme que l'Enquête nationale ne possède absolument pas la compétence requise pour émettre l'ordonnance. Les commissions d'enquête établies selon les lois fédérales, provinciales et territoriales sur les enquêtes publiques sont mandatées par les autorités exécutives. Elles jouissent d'indépendance quant aux manières d'exercer leurs compétences légales, de mener leurs enquêtes et de préparer leurs rapports. Cependant, elles doivent exercer leurs activités à l'intérieur des pouvoirs légaux et du mandat qui leur ont été conférés par décret(s) :

[Traduction] Il a souvent été suggéré... que les commissions d'enquête sont conçues pour exercer leurs activités et agir comme des organismes juridictionnels entièrement indépendants, comparables aux Tribunaux et totalement séparés et distincts des autorités exécutives qui les ont mis sur pied. Il s'agit à mon avis d'une suggestion totalement erronée... Personne ne met en doute la nécessité de préserver l'indépendance des commissions d'enquête dans leurs façons d'exercer leurs pouvoirs, de mener les enquêtes, d'organiser les délibérations et de préparer les rapports... Tout cela, par contre, ne modifie en rien la vérité fondamentale selon laquelle les commissions d'enquête doivent leur existence aux autorités exécutives. En tant qu'organismes mandatés par les autorités exécutives, je ne conçois pas

¹ L'Ontario ne souscrit pas aux affirmations indiquées au point ¶13 de l'annexe B de l'avis. L'Ontario n'est pas en mesure de détailler la nature de son désaccord sans divulguer des communications « sous toute réserve » avec l'avocate de la Commission.

comment elles peuvent exercer leurs activités autrement qu'en fonction des paramètres définis par décret².

5. Ni la *Loi sur les enquêtes publiques de 2009* de l'Ontario, ni le décret 1264/2016 de l'Ontario (« décret de l'Ontario »), tel qu'il a été modifié, n'autorisent l'Enquête nationale à émettre une ordonnance entravant le pouvoir discrétionnaire et l'autorité conférés par la loi à l'archiviste de l'Ontario, ni à suspendre l'application des lois fédérales, provinciales et territoriales sur la confidentialité, l'accès et l'archivage.
6. En tant que commission constituée en vertu de la *Loi sur les enquêtes publiques de 2009*, l'Enquête nationale répond à la définition d'« organisme public » conformément à l'article 2 de la *Loi sur les Archives publiques et la conservation des documents* (la « LACD »). À ce titre, l'Enquête nationale est tenue de se conformer à la LACD, y compris à l'exigence de soumettre un calendrier de conservation détaillé à l'archiviste de l'Ontario (« l'AO ») pour approbation³. En outre, il est interdit à l'Enquête nationale de transmettre, détruire ou disposer de toute autre façon de ses dossiers, si ce n'est conformément à un calendrier de conservation approuvé ou au consentement écrit de l'AO⁴. Bien que l'ordonnance prétende dicter la conduite de l'AO pour ce qui est de la préservation des dossiers de l'Enquête nationale et de l'accès à ceux-ci, la législation en vigueur prévoit que c'est plutôt l'Enquête nationale qui doit se conformer aux directives de l'AO en ce qui concerne ses dossiers.

² *Dixon c. Canada (Commission d'enquête sur le déploiement des Forces canadiennes en Somalie – Commission Létourneau)*, [1997] FCJ No 985 (FCA), autorisation d'appel à la Cour suprême du Canada rejetée [1997] SCCA No 505 para 13.

³ LACD, a.11(2) et 12

⁴ LACD, a.13(3)

7. Le décret de l'Ontario prévoit que l'Enquête nationale « a le pouvoir et est tenue, dans l'intérêt public, de veiller à ce que tous les documents créés ou reçus dans le cadre de l'Enquête nationale soient conservés et archivés conformément aux exigences de la *Loi de 2006 sur les Archives publiques et la conservation des documents* de l'Ontario et de toute autre mesure législative fédérale ou provinciale applicable⁴ ». Le décret de l'Ontario permet à l'Enquête nationale de faire des « recommandations... concernant la confidentialité des dossiers de la Commission⁵, mais ne lui accorde en aucun cas l'autorité d'émettre des ordonnances exécutoires à l'encontre de l'AO.
8. L'Ontario soutient que le recours de l'Enquête nationale à l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Fontaine*⁷ pour légitimer l'ordonnance est injustifié. Dans l'arrêt *Fontaine*, la Cour suprême a reconnu que les cours supérieures provinciales et territoriales avaient le pouvoir, en vertu de leur pouvoir administratif et de surveillance prévu par la loi aux termes des lois relatives aux recours collectifs ou de leur compétence inhérente, de rendre des ordonnances sur le sort final des documents gouvernementaux. En toute déférence, l'Enquête nationale n'est pas un tribunal de compétence inhérente, et comme indiqué ci-dessus, elle ne possède pas non plus les pouvoirs conférés par la loi pour émettre une ordonnance qui pourrait « déroger » aux lois sur la confidentialité, l'accès et l'archivage.

⁴ Décret de l'Ontario, ¶16.

⁵ Décret de l'Ontario, ¶17.

⁶ CSC 47, citée au point ¶8 de l'avis.

9. Parallèlement, l'*Orientation juridique*⁷ ne constitue pas un octroi de compétence qui autoriserait l'émission de l'ordonnance. L'*Orientation juridique* reconnaît explicitement que les procédures de l'Enquête nationale sont soumises aux « lois fédérales et provinciales ou territoriales » et aux lois ou instruments connexes applicables⁸ ».
10. L'Ontario affirme en outre que l'article « d » du décret C.P. 2016-0736 n'autorise pas l'ordonnance en suspens de l'Enquête nationale. L'autorité « d'adopter toute procédure jugée opportune pour le déroulement adéquat de l'Enquête nationale » ne permettrait pas à cette dernière d'émettre une ordonnance régissant l'administration et les activités d'un organisme gouvernemental possédant son propre mandat conféré par la loi. Une telle ordonnance n'est pas liée au « déroulement adéquat de l'Enquête nationale ».

La portée de l'ordonnance est excessive

11. Même si l'Enquête nationale avait l'autorité requise pour émettre l'ordonnance (ce qu'elle n'a pas), ses modalités sont considérablement excessives en ce qui concerne l'objectif déclaré de protéger la dignité et la confidentialité des personnes qui ont participé à l'Enquête nationale.
12. L'ordonnance, si elle est émise, permettrait, pendant une durée encore indéterminée, de refuser l'accès aux documents ci-dessous et d'en priver les archives historiques :
« tout document lié aux délibérations des commissaires, y compris les procès-

⁷ Cité à l'annexe B, ¶3; l'ordonnance, énoncé « G ».

⁸ *Orientation juridique*, ¶15 et 72.

verbaux⁹ »; la totalité des documents opérationnels contenant toute référence à de l'information sur les témoins confidentielle ou obtenue à *huis clos*¹⁰ (sans égard aux éléments caviardés); et « toute donnée sous le contrôle de Services partagés Canada qui pourrait être retrouvée dans l'avenir (transfert de courriels, etc.)¹¹ ».

13. De plus, l'ordonnance établirait la présomption que tout dossier relatif à l'Enquête nationale auquel la Commission n'a pas octroyé la « mention » « Protégé A ou B » est automatiquement rendu inaccessible au public ou au patrimoine documentaire de l'Ontario¹². Cette présomption prend effet sans égards à la nature de l'information contenue dans les dossiers ne portant aucune « mention ».

14. L'Enquête nationale est unique dans l'histoire canadienne, en raison de son cadre juridique, de ses processus et de l'importance du sujet abordé. Bon nombre de ses dossiers ont une « valeur archivistique » et présentent un vif intérêt pour les membres des communautés autochtones qui souhaitent comprendre comment l'Enquête nationale a dénoué la tragédie des femmes et des filles autochtones disparues et assassinées dans ce pays. L'ordonnance irait à l'encontre des fins législatives de la *LACD* visant à « favoriser la responsabilisation et la transparence du gouvernement » et à « encourager l'utilisation publique des documents d'archives de l'Ontario en tant que ressource essentielle pour l'étude et l'interprétation de l'histoire de la province¹³ ».

⁹ Ordonnance ¶5(i)

¹⁰ Ordonnance ¶5(k)

¹¹ Ordonnance ¶5(l)

¹² Ordonnance ¶5(j) et (m)

¹³ *LACD*, a.1

