

CSIS-30-08  
2013 FC 1275

SCRS-30-08  
2013 CF 1275

**IN THE MATTER OF an application by [\*\*\*] for a warrant pursuant to Sections 12 and 21 of the *Canadian Security Intelligence Service Act*, R.S.C. 1985, c. C-23;**

**AFFAIRE INTÉRESSANT une demande présentée par [\*\*\*] visant la délivrance d'un mandat en application des articles 12 et 21 de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*, L.R.C. (1985), ch. C-23;**

**AND IN THE MATTER OF [\*\*\*]**

**ET AFFAIRE INTÉRESSANT [\*\*\*]**

*INDEXED AS: X (RE)*

*RÉPERTORIÉ : X (RE)*

Federal Court, Mosley J.—Ottawa, September 4, October 23 and 24; November 22, 2013.

Cour fédérale, juge Mosley—Ottawa, 4 septembre, 23 et 24 octobre; 22 novembre 2013.

\*Editor's Note: This decision has been affirmed on appeal (A-145-14, 2014 FCA 249). The reasons for judgment, handed down July 31, 2014, are published at [2015] 1 F.C.R. 684.

\*Note de l'arrêstiste : Cette décision a été confirmée en appel (A-145-14, 2014 CAF 249). Voici la référence de publication des motifs du jugement prononcés le 31 juillet 2014 : [2015] 1 R.C.F. 684.

Portions deleted by order of the Court are indicated by [\*\*\*].

Les parties expurgées par ordonnance de la Cour sont indiquées par [\*\*\*].

*Security Intelligence — Redacted amended further reasons for order clarifying scope, limits of reasons for order issued May 4, 2009 (CSIS-30-08 application) — May 2009 reasons authorizing issuance of warrant to intercept foreign telecommunications from within Canada — Similar warrants (CSIS-30-08 or 30-08 warrants) issued since under Canadian Security Intelligence Service Act (CSIS Act or Act), ss. 12, 21 — No reference made to tasking allied foreign agencies with collection of telecommunications intercepts in CSIS-30-08 application — Nevertheless, attempts made to do just that despite fact Court, in previous application (CSIS-10-07 application), determining not having jurisdiction to issue extraterritorial warrant — Whether Canadian Security Intelligence Service (CSIS) meeting duty of full, frank disclosure when applying for 30-08 warrants; what is legal authority of CSIS, through Communications Security Establishment Canada (CSEC), to seek assistance from foreign partners to intercept telecommunications outside of Canada — CSIS having to present all material facts in warrant application pursuant to CSIS Act, ss. 12, 21 — Adopting narrow conception of relevance tantamount to suggesting that Court should be kept in dark about certain matters, including history of attempts to have Court authorize collection of security intelligence abroad, implications of sharing information with foreign partners — CSIS strategically omitting information in 30-08 applications about intention to seek assistance of foreign partners — Court led to believe that all interception activity taking place in or under control of Canada — Material*

*Renseignement de sécurité — Motifs supplémentaires modifiés et caviardés d'ordonnance clarifiant la portée et les limites des motifs émis le 4 mai 2009 (demande SCRS-30-08) — Les motifs de mai 2009 ont autorisé la délivrance d'un mandat pour intercepter des télécommunications étrangères à l'intérieur du Canada — Des mandats similaires (mandats SCRS-30-08 ou 30-08) ont été délivrés depuis en vertu des art. 12 et 21 de la Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité (Loi sur le SCRS ou la Loi) — Il n'a pas été question de mettre à contribution les agences étrangères alliées afin d'intercepter les communications dans la demande SCRS-30-08 — Néanmoins, des tentatives ont été faites pour viser précisément cet objectif malgré le fait que la Cour, dans la demande précédente (demande SCRS-10-07), avait déterminé qu'elle n'avait pas compétence pour décerner un mandat extraterritorial — Il s'agissait de savoir si le Service canadien du renseignement de sécurité (SCRS) a respecté son obligation d'agir avec la bonne foi la plus absolue et d'exposer les faits de manière complète, franche et impartiale lorsqu'il a demandé l'émission de mandats 30-08; et quel était le pouvoir légal du SCRS de demander, par l'intermédiaire du Centre de la sécurité des télécommunications Canada (CSTC), à des partenaires étrangers de l'aider à intercepter les télécommunications de Canadiens pendant que ceux-ci se trouvent à l'étranger — Lorsqu'il présente une demande de mandat au titre des art. 12 et 21 de la Loi sur le SCRS, le SCRS doit faire état de tous les faits importants — L'adoption d'une conception étroite de la pertinence reviendrait à dire que la Cour ne*

*omission for CSIS not to explain new position that warrant authority not required to task assets of allied nations to conduct foreign interceptions — 30-08 warrant not authorizing interception of communications of Canadian by foreign service on behalf of CSIS directly or through assistance of CSEC — Act, s. 12 not giving CSIS exemption from operation of Criminal Code, Canadian Charter of Rights and Freedoms — Not authorizing CSIS to invoke interception capabilities of foreign agencies — Parliament not authorizing CSIS to violate international law, sovereignty of foreign nations — Principle of comity between nations ending where clear violations of international law, human rights beginning — CSIS, CSEC officials knew tasking allied nations breach of international law — Exercise of Court's warrant issuing authority used as cover for unauthorized activities — Parliament not authorizing CSIS to engage second-party allies to intercept communications of Canadians under s. 12 — Not contemplating that CSEC can extend such assistance to CSIS solely under s. 12 — Court's jurisdiction to issue warrant for domestic interception of foreign telecommunications not extending to interception by foreign agencies of communications of Canadian persons travelling abroad.*

*Federal Court Jurisdiction — Redacted further reasons for order clarifying scope, limits of reasons for order issued May 4, 2009 authorizing issuance of warrant to intercept foreign telecommunications from within Canada — Court having jurisdiction to issue warrant under Canadian Security Intelligence Service Act, s. 21 for domestic interception of foreign telecommunications — That jurisdiction not extending to authority to empower Canadian Security Intelligence Service to request that foreign agencies intercept communications of Canadians travelling abroad either directly or through assistance of Communications Security Establishment Canada.*

*doit pas être informée quant à certaines questions, y compris les questions ayant trait à l'historique des tentatives qui ont été faites en vue d'obtenir de la Cour l'autorisation de recueillir des renseignements de sécurité à l'étranger et les incidences que peut comporter le partage de renseignements avec des agences étrangères — Le SCRS a décidé d'omettre, dans les demandes 30-08, les renseignements concernant leur intention de demander l'assistance de partenaires étrangers — La Cour a été amenée à croire que les activités d'interception auraient toutes lieu au Canada ou seraient toutes contrôlées par les autorités canadiennes — Le SCRS a omis un renseignement important en n'expliquant pas à la Cour sa nouvelle thèse selon laquelle il n'avait pas besoin d'être autorisé par mandat pour mettre à contribution les biens des pays alliés constituant des secondes parties afin d'effectuer des interceptions à l'étranger — Le mandat 30-08 n'autorise pas l'interception, directement ou indirectement, de communications d'un Canadien par une agence étrangère pour le compte du SCRS par l'intermédiaire du CSTC — L'art. 12 de la Loi ne soustrait pas le SCRS à l'application du Code criminel et de la Charte canadienne des droits et libertés — L'art. 12 n'autorise pas le SCRS à faire appel aux capacités d'interception d'agences étrangères — Le législateur n'a pas accordé au SCRS le pouvoir de violer le droit international et la souveraineté de pays étrangers — Le principe de la courtoisie entre pays cesse dès qu'il y a violation manifeste du droit international et des droits fondamentaux de la personne — Les représentants du SCRS et du CSTC savaient qu'en demandant aux pays alliés de s'exécuter, ceux-ci violeraient le droit international — L'exercice de l'autorisation accordée par le mandat décerné par la Cour a été utilisé comme couverture à l'égard d'activités qu'elle n'a pas autorisées — Le législateur n'a pas donné au SCRS l'autorisation de mettre à contribution les secondes parties alliées afin d'intercepter, en vertu de l'art. 12, les communications privées de Canadiens — Le législateur n'a pas envisagé que le CSTC pourrait assurer une telle assistance au SCRS sur le seul fondement de l'art. 12 — La compétence de la Cour pour décerner un mandat en vue de l'interception au Canada de télécommunications étrangères ne comprend pas l'autorisation de permettre à des agences étrangères d'intercepter les communications de Canadiens qui voyagent à l'étranger.*

*Compétence de la Cour fédérale — Motifs supplémentaires caviardés d'ordonnance clarifiant la portée et les limites des motifs émis le 4 mai 2009 qui autorisaient la délivrance d'un mandat pour intercepter des télécommunications étrangères à l'intérieur du Canada — La Cour a compétence pour décerner un mandat en vertu de l'art. 21 de la Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité, pour l'interception au Canada de télécommunications étrangères — Cette compétence ne comprend pas l'autorisation de permettre au SCRS de demander que des agences étrangères interceptent, directement ou par l'entremise du CSTC, les communications de Canadiens qui voyagent à l'étranger.*

*Criminal Justice — Evidence — Duty of full and frank disclosure — Redacted further reasons for order clarifying scope, limits of reasons for order issued May 4, 2009 (CSIS-30-08 application) authorizing issuance of warrant to intercept foreign telecommunications from within Canada — Similar warrants (CSIS-30-08 or 30-08 warrants) issued since under Canadian Security Intelligence Service Act (CSIS Act), ss. 12, 21 — No reference made to tasking allied foreign agencies with collection of telecommunications intercepts in CSIS-30-08 application — Nevertheless, attempts made to do just that despite fact Court, in previous application (CSIS-10-07 application), determining not having jurisdiction to issue extraterritorial warrant — Whether CSIS meeting duty of full, frank disclosure when applying for 30-08 warrants — CSIS having to present all material facts in warrant application pursuant to CSIS Act, ss. 12, 21 — CSIS strategically omitting information in 30-08 applications about intention to seek assistance of foreign partners — Court led to believe that all interception activity taking place in or under control of Canada — Material omission for CSIS not to explain new position that warrant authority not required to task assets of allied nations to conduct foreign interceptions.*

These were redacted amended further reasons for order clarifying the scope and limits of the top secret reasons for order issued May 4, 2009 (the CSIS-30-08 application) as a result of additional information provided to the Court following publication of the *Annual Report 2012–2013* of the Commissioner of the Communications Security Establishment Canada (CSEC).

The May 4, 2009 reasons for order authorized the issuance of a warrant to intercept foreign telecommunications from within Canada. The warrant marked a departure from the position previously taken by the Court that it lacked jurisdiction to authorize the collection of security intelligence information concerning a threat to the security of Canada by the Canadian Security Intelligence Service (CSIS) from other countries. The collection of foreign telecommunications was appropriate if the interception of the telecommunications and seizures of the information took place from and within Canada. Since the CSIS-30-08 application, similar warrants (the CSIS-30-08 or 30-08 warrants) were issued on fresh or renewed applications in relation to other targets of

*Justice criminelle et pénale — Preuve — Obligation de divulgation complète et franche — Motifs supplémentaires caviardés d'ordonnance clarifiant la portée et les limites des motifs émis le 4 mai 2009 (demande SCRS-30-08) qui autorisaient la délivrance d'un mandat pour intercepter des télécommunications étrangères à l'intérieur du Canada — Des mandats similaires (mandats SCRS-30-08 ou 30-08) ont été délivrés depuis en vertu des art. 12 et 21 de la Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité (Loi sur le SCRS) — Il n'a pas été question de mettre à contribution les agences étrangères alliées afin d'intercepter les communications dans la demande SCRS-30-08 — Néanmoins, des tentatives ont été faites pour viser précisément cet objectif malgré le fait que la Cour, dans la demande précédente (demande SCRS-10-07), avait déterminé qu'elle n'avait pas compétence pour décerner un mandat extraterritorial — Il s'agissait de savoir si le SCRS a respecté son obligation d'agir avec la bonne foi la plus absolue et d'exposer les faits de manière complète, franche et impartiale lorsqu'il a demandé l'émission de mandats 30-08 — Lorsqu'il présente une demande de mandat au titre des art. 12 et 21 de la Loi sur le SCRS, le SCRS doit faire état de tous les faits importants — Le SCRS a décidé d'omettre, dans les demandes 30-08, les renseignements concernant leur intention de demander l'assistance de partenaires étrangers — La Cour a été amenée à croire que les activités d'interception auraient toutes lieu au Canada ou seraient toutes contrôlées par les autorités canadiennes — Le SCRS a omis un renseignement important en n'expliquant pas à la Cour sa nouvelle thèse selon laquelle il n'avait pas besoin d'être autorisé par mandat pour mettre à contribution les biens des pays alliés constituant des secondes parties afin d'effectuer des interceptions à l'étranger.*

Il s'agissait de motifs supplémentaires modifiés et caviardés d'ordonnance clarifiant la portée et les limites des motifs très secrets de l'ordonnance émise le 4 mai 2009 (la demande SCRS-30-08) en raison des renseignements additionnels qui ont été fournis à la Cour à la suite de la publication du *Rapport annuel 2012–2013* du Commissaire du Centre de la sécurité des télécommunications Canada (CSTC).

Les motifs d'ordonnance du 4 mai 2009 autorisaient la délivrance d'un mandat pour l'interception de communications étrangères à l'intérieur du Canada. Le mandat constituait une dérogation à la doctrine adoptée antérieurement par la Cour selon laquelle elle n'avait pas compétence pour autoriser la collecte de renseignements confidentiels en matière de sécurité concernant une menace à la sécurité du Canada par le Service canadien du renseignement de sécurité (SCRS) d'un pays autre que le Canada. Il convenait d'autoriser la collecte de télécommunications étrangères tant que l'interception des télécommunications et les saisies de renseignements avaient lieu à l'intérieur du Canada. Depuis la demande SCRS-30-08, un certain nombre de mandats similaires ont été décernés

investigation under sections 12 and 21 of the *Canadian Security Intelligence Service Act* (CSIS Act).

In a 2007 application (the CSIS-10-07 application), CSIS sought a warrant to intercept any telecommunication destined to or originating from the subjects of investigation including communications abroad. CSIS requested that the warrant be executed outside of Canada under the control of the Government of Canada or of a foreign government. The Court concluded that it did not have the jurisdiction to issue an extraterritorial warrant. Nothing in the CSIS-10-07 application reasons supported an interpretation that CSIS officials did not need a warrant or other lawful authority, including that of the foreign state, to conduct intrusive intelligence collection activities abroad. The Court found, rather, that the Act did not provide for the issuance of such a warrant and that the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (Charter) did not extend to such activities. On the CSIS-10-07 application, CSEC discussed in detail how the resources of the allied foreign agencies would be tasked with intercepting the communications of a Canadian travelling abroad. In the CSIS-30-08 application, CSEC stated that the targeted communications would be intercepted solely by Canadian government equipment. No reference was made to tasking allied foreign agencies. There were sufficient factual and legal grounds to distinguish the CSIS-30-08 application from the CSIS-10-07 application and the 30-08 warrant was granted.

Shortly after the May 4, 2009 reasons were issued, attempts were made to task foreign agencies with the collection of telecommunications intercepts in relation to the targets of the warrant. The link between the 30-08 warrants and the requests for foreign assistance appears in a memorandum from CSIS to all CSIS branch and regional offices that stated, *inter alia*, that allied foreign agencies' telecommunication collection systems could be used in intercepting foreign telecommunications. CSEC's annual report states that the Commissioner had examined CSEC assistance to CSIS in support of a number of the warrants relating to counter-terrorism. The Commissioner recommended that CSEC discuss with CSIS the expansion of an existing practice to protect privacy to other circumstances; and that CSEC advise CSIS to provide the Federal Court of Canada with certain additional evidence about the nature and extent of the assistance CSEC may provide to CSIS. Upon review of information presented by CSIS and CSEC, it was apparent that the focus of the Commissioner's concern was the information that had been before the Court in the CSIS-10-07 application and was not presented in the CSIS-30-08 application or in any subsequent application for a 30-08

(mandats SCRS-30-08 ou mandats 30-08) à la suite de nouvelles demandes relativement à d'autres cibles d'enquête en vertu des articles 12 et 21 de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité* (la Loi sur le SCRS).

Dans une demande de 2007 (la demande SCRS-10-07), le SCRS demandait un mandat l'autorisant à intercepter les télécommunications destinées aux personnes visées par l'enquête ou les télécommunications provenant des personnes visées par l'enquête, y compris les communications à l'étranger. Le SCRS demandait que le mandat prévoie qu'il pouvait être exécuté en tout lieu à l'extérieur du Canada, sous le contrôle du gouvernement du Canada ou d'un gouvernement étranger. La Cour a conclu qu'elle n'avait pas compétence pour décerner un mandat extraterritorial. Rien dans les motifs de la demande SCRS-30-08 ne semble enseigner que les agents du SCRS n'avaient pas besoin de mandat ou d'autres autorisations légales, y compris celles d'un pays étranger, pour se livrer à l'étranger à des activités intrusives de collecte de renseignements. La Cour a plutôt conclu que la Loi ne prévoyait pas l'émission d'un tel mandat et que la *Charte canadienne des droits et libertés* (la Charte) ne visait pas de telles activités. Dans la demande SCRS-10-07, le SCRS a exposé en détail comment les ressources des agences étrangères alliées seraient mises à contribution afin d'intercepter les communications du Canadien se déplaçant à l'étranger. Dans la demande SCRS-30-08, le CSTC a déclaré que les communications ciblées seraient interceptées uniquement par le matériel du gouvernement canadien. Il n'a pas été question de mettre à contribution les agences étrangères alliées. Il y avait suffisamment de motifs factuels et juridiques pour distinguer la demande SCRS-30-08 de la demande SCRS-10-07 et le mandat 30-08 a été accordé.

Peu de temps après que les motifs d'ordonnance du 4 mai 2009 ont été émis, des tentatives ont été faites en vue de charger des agences étrangères d'intercepter des télécommunications relativement aux cibles visées par le mandat. L'interdépendance entre les mandats 30-08 et les demandes d'assistance étrangère est mentionnée dans une note de service émise par le SCRS à l'attention de tous les bureaux régionaux et toutes les sections du SCRS et signalait, entre autres, que les systèmes de collecte de télécommunications d'agences étrangères pouvaient être utilisés pour l'interception de communications étrangères. Le rapport annuel du CSTC signale que le commissaire s'est penché sur l'aide qu'a apportée le CSTC au SCRS dans l'exécution d'un certain nombre des premiers mandats décernés en rapport avec la lutte antiterroriste. Le commissaire a recommandé que le CSTC discute avec le SCRS l'application à d'autres situations d'une pratique existante pour protéger la vie privée; et que le CSTC conseille au SCRS de fournir à la Cour fédérale du Canada certaines preuves supplémentaires quant à la nature et à l'ampleur de l'aide qu'il peut apporter au SCRS. Après avoir examiné les renseignements présentés par le SCRS au

warrant. This was CSEC's evidence that if the warrant was issued, CSEC would provide assistance to CSIS by, among other things, tasking its partners within the "Five Eyes" alliance (the United States, United Kingdom, Australia and New Zealand) to conduct surveillance on the warrant targets. While it was not addressed in the evidence submitted in support of the CSIS-30-08 application, this became the default action taken by CSIS and CSEC upon issuance of a 30-08 warrant. The Commissioner believed that the Court should be made explicitly aware in each case that CSEC may, at CSIS's request, share with the second-party partners information about the Canadian target of a 30-08 warrant. This discussion and recommendation appeared to link the issuance of a 30-08 warrant for execution in Canada and the requests made to the second parties.

The issues were whether CSIS met its duty of full and frank disclosure when it applied for a 30-08 warrant in the CSIS-30-08 application and any subsequent 30-08 warrant application; and what is the legal authority of CSIS, through CSEC, to seek assistance from foreign partners to intercept the telecommunications of Canadians while they are outside of Canada.

*Held*, the Court's jurisdiction to issue a warrant under section 21 of the Act for the domestic interception of foreign telecommunications does not extend to the interception by foreign agencies of the communications of Canadian persons travelling abroad.

In making a warrant application pursuant to sections 12 and 21 of the CSIS Act, CSIS must present all material facts, favourable or otherwise. In the context of a warrant application pursuant to section 21 of the CSIS Act, material facts are those which may be relevant to a designated judge in determining whether the criteria found in paragraphs 21(2)(a) and (b) have been met. However, a narrow conception of relevance is to be rejected as it would exclude information about the broader framework in which applications for the issuance of CSIS Act warrants are brought. This would be tantamount to suggesting that the Court should be kept in the dark about matters it may have reason to be concerned about if it was made aware of them. In the circumstances under consideration herein, that would include matters relating to the prior history of attempts to have the Court authorize the collection

CSTC, il était évident que le commissaire était principalement préoccupé par les renseignements qui avaient été soumis à la Cour dans le cadre de la demande SCRS-10-07 et qui n'avaient pas été soumis dans le cadre de la demande SCRS-30-08 ou dans une demande ultérieure d'émission d'un mandat 30-08. Selon le témoignage rendu par le SCRS, si le mandat était décerné, le CSTC fournirait une assistance au SCRS, notamment en demandant à ses partenaires membres du « Groupe des cinq » (États-Unis, Royaume-Uni, Australie et Nouvelle-Zélande) de surveiller les cibles des mandats. Bien que cette pratique n'ait pas été discutée dans la preuve soumise à l'appui de la demande SCRS-30-08, elle a été appliquée par défaut par le SCRS et le CSTC lors de la délivrance du mandat 30-08. Le commissaire estimait que la Cour fédérale devrait être explicitement avisée dans chaque cas que le CSTC peut, à la demande du SCRS, partager avec les partenaires des secondes parties des renseignements concernant la cible canadienne visée par un mandat 30-08. Cette discussion et cette recommandation semblaient rattacher l'émission du mandat 30-08 devant être exécuté au Canada aux demandes faites aux secondes parties.

Il s'agissait de savoir si le SCRS a respecté son obligation d'agir avec la bonne foi la plus absolue et d'exposer les faits de manière complète, franche et impartiale lorsqu'il a demandé l'émission d'un mandat 30-08 dans le cadre de la demande SCRS-30-08 et de toute demande ultérieure de délivrance d'un mandat 30-08; et quel était le pouvoir légal du SCRS de demander, par l'intermédiaire du CSTC, à des partenaires étrangers de l'aider à intercepter les télécommunications de Canadiens pendant que ceux-ci se trouvent à l'étranger.

*Jugement* : La compétence de la Cour pour décerner un mandat en vertu de l'article 21 de la Loi en vue de l'interception au Canada de télécommunications étrangères ne comprend pas l'autorisation de permettre à des agences étrangères d'intercepter les communications de Canadiens qui voyagent à l'étranger.

Lorsqu'il présente une demande de mandat au titre des articles 12 et 21 de la Loi sur le SCRS, le SCRS doit faire état de tous les faits importants, favorables ou non. En matière de demande de mandat au titre de l'article 21 de la Loi sur le SCRS, les faits importants sont ceux qui peuvent aider le juge désigné à décider si les critères énoncés aux alinéas 21(2)(a) et 21(2)(b) ont été satisfaits. Cependant, la conception étroite de la pertinence doit être rejetée, car elle exclut les renseignements concernant le cadre élargi dans lequel les demandes de délivrance de mandat au titre de la Loi sur le SCRS sont présentées. Cela revient à dire que la Cour ne doit pas être informée quant à des questions au sujet desquelles elle pourrait avoir des réserves si elle en était informée. Dans les circonstances de l'espèce, cela comprendrait les questions ayant trait à l'historique des tentatives qui ont été faites en

of security intelligence abroad and the potential implications of sharing information about Canadian persons with foreign security and intelligence agencies. A decision was made by CSIS officials in consultation with their legal advisors to strategically omit information in applications for 30-08 warrants about their intention to seek the assistance of the foreign partners. As a result, the Court was led to believe that all of the interception activity would take place in or under the control of Canada. It was a material omission for CSIS not to explain its new, different and never articulated theory that, contrary to its position in the CSIS-10-07 application, it did not require warrant authority to task the assets of the second-party allied nations to conduct foreign interceptions.

A 30-08 warrant does not authorize the interception of the communications of a Canadian person by any foreign service on behalf of CSIS either directly or through the assistance of CSEC. No attempt was made to rely on section 12 of the CSIS Act as the lawful authority required by CSEC to target Canadians in the exercise of its assistance mandate under paragraph 273.64(1)(c) of the *National Defence Act* until after the Court had issued the first 30-08 warrant. There was concern that the authority granted to the Court by Parliament to authorize intrusive investigative activities by CSIS would be perceived in the public arena as approving the surveillance and interception of the communications of Canadian persons by foreign agencies. The scope of the power granted by section 12 must be read in conjunction with the scheme of the Act, the guarantees and protections set out in the Charter and any limitations imposed under domestic law such as the *Criminal Code*. Section 12 does not give CSIS an exemption from the operation of these laws of general application. Section 12 does not expressly authorize CSIS to invoke the interception capabilities of foreign agencies. There is nothing in the CSIS Act or in its legislative history to suggest that, in enacting section 12, Parliament granted express legislative authority to CSIS to violate international law and the sovereignty of foreign nations either directly or indirectly through the agency of CSEC and the second parties. The Supreme Court decision in *Schreiber v. Canada (Attorney General)* does not answer the question of whether a request can be made to a foreign agency to provide information about a Canadian person. There was no suggestion in *Schreiber* that in acting upon such a request, the foreign jurisdiction would violate the sovereignty of any other nation, as there was, implicitly, here. The principle of comity between nations that implies the acceptance of foreign laws and procedures when Canadian officials are operating abroad ends where clear violations of international law and human rights begin. In tasking the other members of the “Five Eyes” to intercept the

vue d’obtenir de la Cour l’autorisation de recueillir des renseignements de sécurité à l’étranger et les incidences que peut comporter le partage de renseignements concernant des Canadiens avec des agences étrangères de sécurité et de renseignement. Les représentants du SCRS, après avoir consulté leurs conseillers juridiques, ont décidé d’omettre, dans les demandes de mandats 30-08, les renseignements concernant leur intention de demander l’assistance de partenaires étrangers. Par conséquent, la Cour a été amenée à croire que les activités d’interception auraient toutes lieu au Canada ou seraient toutes contrôlées par les autorités canadiennes. Le SCRS a omis un renseignement important en n’expliquant pas à la Cour sa nouvelle et différente thèse selon laquelle, contrairement à ce qu’il a affirmé dans la demande SCRS-10-07, il n’avait pas besoin d’être autorisé par mandat pour mettre à contribution les biens des pays alliés constituant des secondes parties afin d’effectuer des interceptions à l’étranger.

Un mandat 30-08 n’autorise pas l’interception, directement ou indirectement, de communications d’un Canadien par une agence étrangère pour le compte du SCRS par l’intermédiaire du CSTC. Il semble que ce n’est qu’après que la Cour eut décerné le premier mandat 30-08, qu’on a tenté d’invoquer l’article 12 de la Loi sur le SCRS à titre de pouvoir légal exigé par le CSTC pour cibler des Canadiens dans le cadre de l’exercice de son mandat d’assistance de l’alinéa 273.64(1)c) de la *Loi sur la défense nationale*. La Cour se devait d’être préoccupée par le fait que le pouvoir qui lui est accordé par le législateur d’autoriser le SCRS à mener des activités d’enquête intrusives pouvait être perçu sur la scène publique comme étant une approbation de la surveillance et de l’interception des communications de Canadiens par des agences étrangères. En ce qui concerne la portée du pouvoir accordé par l’article 12, ce texte doit être interprété au regard de l’économie de la Loi, des garanties et des protections énoncées dans la Charte et des limites imposées par le droit interne comme le *Code criminel*. L’article 12 ne soustrait pas le SCRS à l’application de ces lois d’application générale. L’article 12 n’autorise pas expressément le SCRS à faire appel aux capacités d’interception d’agences étrangères. Il ne ressort nullement de la Loi sur le SCRS ou des travaux préparatoires que, en adoptant l’article 12, le législateur a accordé au SCRS le pouvoir légal explicite de violer le droit international et la souveraineté de pays étrangers, directement ou indirectement, par l’intermédiaire du CSTC et des secondes parties. L’arrêt rendu par la Cour suprême à l’occasion de l’affaire *Schreiber c. Canada (Procureur général)* ne répond pas à la question de savoir si on peut demander à une agence étrangère de fournir des renseignements sur un Canadien. La jurisprudence *Schreiber* n’enseigne pas qu’en intervenant en vertu d’une telle demande, le territoire étranger violerait la souveraineté d’un autre pays, alors que, en l’occurrence, tel semblait être le cas. Le principe de la courtoisie entre pays selon lequel le responsable canadien en mission à l’étranger

communications of the Canadian targets, CSIS and CSEC officials knew, based on the legal advice that they had been given about the implications of the Supreme Court decision in *R. v. Hape* and the decision in the CSIS-10-07 application, that this would involve the breach of international law by the requested second parties. It was clear that the exercise of the Court's warrant issuing authority was used as protective cover for activities that it had not authorized. It was not the intent of Parliament to give CSIS authority to engage the collection resources of the second-party allies to intercept the private communications of Canadians under the general power to investigate in section 12. Moreover, there is nothing in the legislative history of the amendments to the *National Defence Act* in 2001 that would suggest that Parliament had contemplated that CSEC could extend such assistance to CSIS solely under the authority of section 12. Going forward, where an application is made for a 30-08 warrant, the Court must be informed whether there has been any request for foreign assistance and, if so, what the results were in respect of the subjects of the application. The conclusion reached in application CSIS-30-08 that the Court has the jurisdiction to issue a warrant under section 21 for the domestic interception of foreign telecommunications under certain defined conditions remains valid. That jurisdiction does not extend to the authority to empower CSIS to request that foreign agencies intercept the communications of Canadian persons travelling abroad either directly or through the agency of CSEC under its assistance mandate.

se plie aux règles de droit et de procédure étrangères cesse dès que la participation du Canada aux activités d'un État étranger ou de ses représentants constitue une violation manifeste du droit international et des droits fondamentaux de la personne. En demandant aux autres membres du « Groupe des cinq » d'intercepter les communications de cibles canadiennes, les représentants du SCRS et du CSTC savaient, compte tenu de l'avis juridique qu'ils avaient reçu à propos de l'incidence de la jurisprudence *R. c. Hape* et de la décision dans la demande SCRS-10-07, qu'en s'exécutant, les secondes parties violeraient le droit international. Il était manifeste que l'exercice de l'autorisation accordée par le mandat décerné par la Cour a été utilisé comme couverture à l'égard d'activités qu'elle n'a pas autorisées. Le législateur visait à donner au SCRS l'autorisation de mettre à contribution les moyens de collecte des secondes parties alliées afin d'intercepter, en vertu du pouvoir général d'enquête prévu à l'article 12, les communications privées de Canadiens. De plus, il n'y a rien dans l'historique législatif des modifications apportées à la *Loi sur la défense nationale* en 2001 dont on puisse déduire que le législateur avait envisagé que le CSTC pourrait assurer une telle assistance au SCRS sur le seul fondement de l'article 12. À l'avenir, lorsqu'une demande de mandat 30-08 est faite à la Cour, celle-ci doit être informée quant à savoir si une demande d'assistance étrangère a été faite et, le cas échéant, elle doit être informée quant aux conséquences subies par les personnes visées par la demande. La conclusion tirée dans le cadre de la demande SCRS-30-08 selon laquelle la Cour a compétence pour décerner un mandat en vertu de l'article 21 pour l'interception au Canada de télécommunications étrangères sous certaines conditions précises demeure valide. Cette compétence ne comprend pas l'autorisation de permettre au SCRS de demander que des agences étrangères interceptent, directement ou par l'entremise du CSTC en vertu de sa mission d'assistance, les communications de Canadiens qui voyagent à l'étranger.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

- Anti-terrorism Act*, S.C. 2001, c. 41, s. 102.  
*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 24(1).  
*Canadian Security Intelligence Service Act*, R.S.C., 1985, c. C-23, ss. 2 “intercept”, 12, 21, 26.  
*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 183 “private communication”.  
*Foreign Intelligence Surveillance Act of 1978*, 50 U.S.C. Ch. 36.  
*National Defence Act*, R.S.C., 1985, c. N-5, ss. 273.64(1), (2)(a),(3), 273.65(2).

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

- Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 24(1).  
*Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 183 « communication privée ».  
*Foreign Intelligence Surveillance Act of 1978*, 50 U.S.C. Ch. 36.  
*Loi antiterroriste*, L.C. 2001, ch. 41, art. 102.  
*Loi sur la défense nationale*, L.R.C. (1985), ch. N-5, art. 273.64(1),(2)a),(3), 273.65(2).  
*Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*, L.R.C. (1985), ch. C-23, art. 2 « intercepter », 12, 21, 26.

## CASES CITED

## APPLIED:

*R. v. Hape*, 2007 SCC 26, [2007] 2 S.C.R. 292; *Ruby v. Canada (Solicitor General)*, 2002 SCC 75, [2002] 4 S.C.R. 3; *R. v. G.B. (application by Bogiatzis, Christodoulou, Cusato and Churchill)*, [2003] O.T.C. 785, 108 C.R.R. (2d) 294 (Ont. S.C.J.); *Canada (Justice) v. Khadr*, 2008 SCC 28, [2008] 2 S.C.R. 125.

## CONSIDERED:

*Canadian Security Intelligence Service Act (Re)*, 2008 FC 301, [2008] 4 F.C.R. 230; *Canadian Security Intelligence Service Act (Re)*, 2008 FC 300, [2008] 3 F.C.R. 477; *Schreiber v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 841, (1998), 158 D.L.R. (4th) 577; *R. v. Campbell*, [1999] 1 S.C.R. 565, (1999) 117 D.L.R. (4th) 193.

## REFERRED TO:

*R. v. McQueen*, [1975] 6 W.W.R. 604, (1975), 25 C.C.C. (2d) 262 (Alta. C.A.); *R. v. Giles*, 2007 BCSC 1147; *R. v. Taylor*, 1997 CanLII 3797, 42 C.R.R. (2d) 371 (B.C.C.A.), affd [1998] 1 S.C.R. 26, (1998), 100 B.C.A.C. 319; *R. c. Taillefer*, 1995 CanLII 4592, 100 C.C.C. (3d) 1 (Que. C.A.); *Harkat (Re)*, 2010 FC 1243, 224 C.R.R. (2d) 167, revd on other grounds 2012 FCA 122, [2012] 3 F.C.R. 635, affd in part, 2014 SCC 37, [2014] 2 S.C.R. 33; *Charkaoui (Re)*, 2004 FCA 421, [2005] 2 F.C.R. 299; *Almrei (Re)*, 2009 FC 1263, [2011] 1 F.C.R. 163; *R. v. Luciano*, 2011 ONCA 89, 267 C.C.C. (3d) 16; *R. v. Lee*, 2007 ABQB 767, 427 A.R. 76.

## AUTHORS CITED

Canada. Communications Security Establishment Commissioner. *Annual Report 2012–2013*, online: <[http://www.ocsec-bccst.gc.ca/ann-rpt/2012-2013/ann-rpt\\_e.pdf](http://www.ocsec-bccst.gc.ca/ann-rpt/2012-2013/ann-rpt_e.pdf)>.

Canada. Security Intelligence Review Committee. *Annual Report 2012–2013*. “Bridging the Gap: Recalibrating the Machinery of Security and Intelligence Review”, online: <[http://www.sirc-csars.gc.ca/pdfs/ar\\_2012-2013-eng.pdf](http://www.sirc-csars.gc.ca/pdfs/ar_2012-2013-eng.pdf)>.

Hubbard, Robert W. *et al. The Law of Privilege in Canada*. Toronto: Canada Law Book, 2014.

REDACTED AMENDED FURTHER REASONS for order clarifying the scope and limits of the top secret reasons for order issued May 4, 2009 authorizing the

## JURISPRUDENCE CITÉE

## DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*R. c. Hape*, 2007 CSC 26, [2007] 2 R.C.S. 292; *Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, 2002 CSC 75, [2002] 4 R.C.S. 3; *R. v. G.B. (application by Bogiatzis, Christodoulou, Cusato and Churchill)*, [2003] O.T.C. 785, 108 C.R.R. (2d) 294 (C.S.J. Ont.); *Canada (Justice) c. Khadr*, 2008 CSC 28, [2008] 2 R.C.S. 125.

## DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité (Re)*, 2008 CF 301, [2008] 4 R.C.F. 230; *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité (Re)*, 2008 CF 300, [2008] 3 R.C.F. 477; *Schreiber c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 841; *R. c. Campbell*, [1999] 1 R.C.S. 565.

## DÉCISIONS CITÉES :

*R. v. McQueen*, [1975] 6 W.W.R. 604, (1975), 25 C.C.C. (2d) 262 (C.A. Alb.); *R. v. Giles*, 2007 BCSC 1147; *R. v. Taylor*, 1997 CanLII 3797, 42 C.R.R. (2d) 371 (C.A. C.-B.), conf. par [1998] 1 R.C.S. 26; *R. c. Taillefer*, 1995 CanLII 4592, 100 C.C.C. (3d) 1 (C.A. Qué.); *Harkat (Re)*, 2010 CF 1243, infirmée pour d’autres motifs 2012 CAF 122, [2012] 3 R.C.F. 635, conf. en partie par 2014 CSC 37, [2014] 2 R.C.S. 33; *Charkaoui (Re)*, 2004 CAF 421, [2005] 2 R.C.F. 299; *Almrei (Re)*, 2009 CF 1263, [2011] 1 R.C.F. 163; *R. v. Luciano*, 2011 ONCA 89, 267 C.C.C. (3d) 16; *R. v. Lee*, 2007 ABQB 767, 427 A.R. 76.

## DOCTRINE CITÉE

Canada. Comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité. *Rapport annuel 2012–2013*, en ligne : <[http://www.sirc-csars.gc.ca/pdfs/ar\\_2012-2013-fra.pdf](http://www.sirc-csars.gc.ca/pdfs/ar_2012-2013-fra.pdf)>.

Canada. Comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité. *Rapport annuel 2012–2013*. « Combler les lacunes : réviser le fonctionnement des activités de renseignements et de leur surveillance », en ligne : <[http://www.sirc-csars.gc.ca/pdfs/ar\\_2012-2013-fra.pdf](http://www.sirc-csars.gc.ca/pdfs/ar_2012-2013-fra.pdf)>.

Hubbard, Robert W. *et al. The Law of Privilege in Canada*. Toronto : Canada Law Book, 2014.

MOTIFS SUPPLÉMENTAIRES MODIFIÉS ET CAVIARDÉS d’ordonnance clarifiant la portée et les limites des motifs très secrets de l’ordonnance émise le



issuance of a warrant to intercept foreign telecommunications from within Canada.

4 mai 2009 autorisant la délivrance d'un mandat pour l'interception de communications étrangères à l'intérieur du Canada.

#### APPEARANCES

*Robert Frater, Isabelle Chartier, Jacques-Michel Cyr, Rémi Chapadeau* for applicant Deputy Attorney General of Canada.  
*Gordon Cameron* as *amicus curiae*.

#### ONT COMPARU

*Robert Frater, Isabelle Chartier, Jacques-Michel Cyr, Rémi Chapadeau* pour le demandeur le sous-procureur général du Canada.  
*Gordon Cameron* à titre d'*amicus curiae*.

#### SOLICITORS OF RECORD

*Deputy Attorney General of Canada* for applicant.

#### AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Le sous-procureur général du Canada* pour le demandeur.

*The following are the redacted amended further reasons for order rendered in English by*

*Ce qui suit est la version française des motifs supplémentaires modifiés et caviardés de l'ordonnance rendus par*

MOSLEY J.:

LE JUGE MOSLEY :

#### INTRODUCTION

[1] On May 4, 2009 the Court issued reasons for the issuance of a warrant to intercept foreign telecommunications and [\*\*\*] from within Canada. An amended and redacted public version of those reasons was released on October 5, 2009 [*X (Re)*, 2009 FC 1058, [2010] 1 F.C.R. 460]. The warrant was issued initially on January 26, 2009 for a period of three months and was reissued for a further nine months on April 6, 2009. When first authorized, the warrant marked a departure from the position previously taken by the Court that it lacked jurisdiction to authorize the collection of security intelligence information concerning a threat to the security of Canada by the Service [Canadian Security Intelligence Service] from countries other than Canada. In my private and public reasons I explained why I considered it appropriate to authorize the collection of foreign telecommunications and [\*\*\*] so long as the interception of the telecommunications and seizures of the information took place from and within Canada.

#### INTRODUCTION

[1] Le 4 mai 2009, la Cour a rendu des motifs justifiant la délivrance d'un mandat autorisant l'interception de communications étrangères et [\*\*\*] à l'intérieur du Canada. Une version modifiée et caviardée de ces motifs a été publiée le 5 octobre 2009 [*X (Re)*, 2009 CF 1058, [2010] 1 R.C.F. 460]. Le mandat a d'abord été décerné le 26 janvier 2009 pour une période de trois mois, puis, le 6 avril 2009 il a été décerné pour une période supplémentaire de neuf mois. Lorsqu'il a été autorisé à l'origine, le mandat constituait une dérogation à la doctrine adoptée antérieurement par la Cour selon laquelle elle n'avait pas compétence pour autoriser la collecte de renseignements confidentiels en matière de sécurité concernant une menace à la sécurité du Canada par le Service [Service canadien du renseignement de sécurité] d'un pays autre que le Canada. Dans les motifs que j'ai rendus à huis clos et dans les motifs que j'ai rendus publiquement, j'ai expliqué pourquoi j'estimais qu'il convenait d'autoriser la collecte de télécommunications étrangères et [\*\*\*] tant que l'interception des télécommunications et les saisies de renseignements auraient lieu à l'intérieur du Canada.

[2] In arriving at that decision, I was persuaded by the applicant's legal argument as to how the proposed method of interception was relevant to the jurisdiction of this Court and by a description of the facts concerning the methods of interception and seizure of the information, which differed from that put before my colleague, Justice Edmond Blanchard, on a prior application. More precisely, the applicant argued that this Court had jurisdiction to issue warrants to ensure a measure of judicial control over activities by government officials in Canada in relation to an investigation that extends beyond Canadian borders. Counsel advanced the argument that this Court had such jurisdiction because the acts the Court was being asked to authorize would all take place in Canada.

[3] Since my May 2009 reasons were issued, a number of similar warrants have been issued on fresh or renewed applications in relation to other targets of investigation under sections 12 and 21 of the *Canadian Security Intelligence Service Act*, R.S.C., 1985, c. C-23 (the CSIS Act [or Act]). In these reasons, I will refer to these warrants as "CSIS-30-08 warrants" or "30-08".

[4] These further reasons for order respond to recent developments and are intended to clarify the scope and limits of the reasons issued in 2009. This has become necessary, in my view, as a result of additional information that has been provided to the Court following publication of the *Annual Report 2012–2013* of the Commissioner of the Communications Security Establishment Canada (CSEC), by the Honourable Robert Décary, Q.C. [the Report or Public Report]. These further reasons address issues that have arisen with respect to whether the duty of full disclosure owed by the Canadian Security Intelligence Service (CSIS or the Service) to the Court was respected and with regard to foreign collection practices undertaken by the Service and CSEC in connection with the issuance of the 30-08 warrants.

[5] Before addressing these issues, I think it important to lay out my understanding of the background to these events for the record.

[2] En arrivant à cette décision, j'ai retenu la thèse du demandeur quant à savoir en quoi la méthode d'interception envisagée relevait de la compétence de la Cour et la description des faits concernant les méthodes d'interception et de saisie de renseignements, lesquelles sont différentes de celles qui ont été soumises à mon collègue M. le juge Edmond Blanchard dans le cadre d'une demande antérieure. Plus précisément, le demandeur a soutenu que la Cour avait compétence pour décerner des mandats afin de garantir une mesure de contrôle judiciaire sur les activités exercées par des représentants du gouvernement au Canada relativement à une enquête qui s'étend au-delà des frontières du Canada. L'avocat a soutenu que la Cour possédait cette compétence parce que les interventions qu'on demandait à la Cour d'autoriser auraient toutes lieu au Canada.

[3] Depuis que j'ai rendu mes motifs en mai 2009, un certain nombre de mandats similaires ont été décernés, en vertu des articles 12 et 21 de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*, L.R.C. (1985), ch. C-23 (la Loi sur le SCRS [ou la Loi]) à la suite de nouvelles demandes relativement à d'autres cibles d'enquête. À seule fin de ces motifs caviardés, je référerai à ces mandats comme suit : « mandats SCRS-30-08 » ou encore « 30-08 ».

[4] Les présents motifs supplémentaires d'ordonnance répondent à de récents développements et visent à clarifier la portée et les limites des motifs délivrés en 2009. Selon moi, cela s'imposait en raison des renseignements additionnels qui ont été fournis à la Cour à la suite de la publication du *Rapport annuel 2012–2013* du Commissaire du Centre de la sécurité des télécommunications Canada (CSTC), par l'honorable Robert Décary, c.r. [le rapport ou rapport public]. Les présents motifs additionnels portent sur des questions qui ont été soulevées quant à savoir si l'obligation d'exposer complètement les faits à la Cour à laquelle est tenu le Service canadien du renseignement de sécurité (le SCRS ou le Service) a été respectée et sur des questions concernant les pratiques de collecte à l'étranger du Service et de la CSTC relativement à la délivrance de 30-08.

[5] Avant de discuter de ces questions, je crois qu'il est important, à titre d'information, que j'expose ma compréhension de l'historique de ces événements.

## BACKGROUND

[6] CSIS has long taken the position that it is not barred by its statute from engaging in security intelligence collection activities outside of Canada. This view is supported by the absence of an express territorial limitation in section 12 of the Act, by statements made in the report of the Commission of Inquiry Concerning Certain Activities of the Royal Canadian Mounted Police, 1981 (McDonald Commission) which led to the creation of the Service, and by statements in Parliament during the debates prior to enactment of the enabling statute. The Service has engaged in certain investigative activities in foreign countries by, among other things, [\*\*\*] entering into sharing agreements with foreign agencies.

[7] The question which remained in doubt, however, was whether the conduct of intrusive activities abroad that in Canada required lawful authority, such as a warrant or express enabling legislation, would contravene the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11(U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44] and the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46. In the absence of express legislative authority, or a warrant, it was considered by the Service and its legal advisors that CSIS officers would be exposed to potential liability in Canada as well as in the foreign jurisdiction. While this could have been addressed by Parliament, no attempt was made to amend the legislation, most likely due to concerns about the controversy that opening the Act to insert such an amendment would engender.

[8] The Service did not attempt to seek the authorization of a warrant to conduct intrusive activities abroad until 2005. In that year, the Service applied for a warrant, in application CSIS-18-05, that if issued would have authorized the interception of the communications of a Canadian citizen who was temporarily resident outside Canada. The requested warrant would also have authorized the Service to obtain, in relation to the target, [\*\*\*].

[9] A preliminary issue arose as to whether the questions of law raised by the application could be dealt with

## HISTORIQUE

[6] Le SCRS soutient depuis longtemps que sa loi ne lui interdit pas de mener des activités de collecte de renseignement de sécurité à l'extérieur du Canada. Cette opinion est étayée par l'absence de mention expresse d'une limite territoriale à l'article 12 de la Loi, par les déclarations faites dans le rapport de 1981 de la Commission d'enquête sur certaines activités de la Gendarmerie royale du Canada (la Commission McDonald) qui a mené à la création du Service, et par des déclarations faites au Parlement au cours des débats qui ont eu lieu avant la promulgation de la loi habilitante. Le Service s'est livré à certaines activités d'enquête dans des pays étrangers, notamment [\*\*\*] en concluant des ententes de partage de renseignements avec des agences étrangères.

[7] Toutefois, la question qui est demeurée sans réponse était de savoir si la tenue d'activités intrusives à l'étranger pour lesquelles, au Canada, il faut obtenir une autorisation légale, comme un mandat ou une loi habilitante expresse, contreviendrait à la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44] et au *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46. À défaut d'un pouvoir exprès conféré par la loi, ou d'un mandat, le Service et ses conseillers juridiques ont estimé que les agents du SCRS pourraient faire l'objet de poursuites au Canada ainsi qu'à l'étranger. Bien que le législateur eût pu se pencher sur cette question, il n'a aucunement tenté de modifier la loi, probablement parce qu'il craignait qu'apporter une telle modification à la Loi deviendrait matière à controverse.

[8] Ce n'est qu'en 2005 que le Service a commencé à demander des mandats l'autorisant à mener des activités intrusives à l'étranger. Cette année-là, dans la demande SCRS-18-05, le Service a demandé l'émission d'un mandat, qui, s'il avait été décerné, aurait autorisé l'interception des communications d'un citoyen canadien qui résidait temporairement à l'extérieur du Canada. Le mandat demandé aurait également autorisé le Service à obtenir, relativement à la cible, [\*\*\*].

[9] Une question préliminaire a été soulevée quant à savoir si les questions de droit soulevées par la demande

in a public hearing. An *amicus curiae*, Mr. Ron Atkey, Q.C., was appointed to assist the Court in determining that issue. Following oral and written submissions, Justice Simon Noël concluded that the application should be dealt with in private. A public version of his reasons for order and order was released in 2008: *Canadian Security Intelligence Services Act (Re)*, 2008 FC 300, [2008] 3 F.C.R. 477. For operational reasons, a notice of discontinuance of the application was filed on August 23, 2006 without a determination of the merits or other legal issues.

[10] The questions were then raised again in an application (CSIS-10-07) brought before Justice Edmond Blanchard in April 2007. In that application, CSIS sought the authority of warrants in respect of investigative activities against 10 subjects in Canada and other countries. On the strength of the evidence of a CSIS affiant, Justice Blanchard was satisfied that the requirements of paragraphs 21(2)(a) and (b) of the CSIS Act had been met for the issuance of warrants for execution in Canada. However, he was not prepared to authorize investigative activities by the service outside Canada, as requested, without further consideration. Mr. Ron Atkey was again appointed to serve as *amicus curiae*. Justice Blanchard requested that the Service and the *amicus* file written submissions to address first, whether the Service has a mandate to undertake threat related investigations outside Canada and second, whether the Federal Court had jurisdiction to issue the requested warrant.

[11] In the application before Justice Blanchard, the Service sought a warrant to intercept any telecommunication destined to or originating from the subjects of investigation including such communications abroad; to obtain information or records relating to the targets [\*\*\*]. It was requested that the warrant provide that it may be executed, in addition to locations in Canada, at any place outside of Canada under the control of the Government of Canada or of a foreign government. [\*\*\*].

ne pourraient pas être débattues dans le cadre d'une audience publique. Un *amicus curiae*, M. Ron Atkey, c.r., a été chargé d'aider la Cour à examiner cette question. À la suite d'observations verbales et écrites, le juge Simon Noël a conclu que la demande devait être instruite à huis clos. Une version publique de ses motifs d'ordonnance et de l'ordonnance a été publiée en 2008 : *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité (Re)*, 2008 CF 300, [2008] 3 R.C.F. 477. Pour des raisons opérationnelles, un avis de désistement de la demande a été déposé le 23 août 2006 sans qu'on se fût prononcé sur son bien-fondé ou sur d'autres questions de droit.

[10] Les questions ont alors été soulevées une autre fois à l'occasion d'une demande (SCRS-10-07) déposée en avril 2007 devant le juge Edmond Blanchard. Dans cette demande, le SCRS a demandé un mandat l'autorisant à mener des activités d'enquête visant 10 personnes au Canada et dans d'autres pays. Vu les déclarations de l'auteur de l'affidavit du SCRS (l'affiant), le juge Blanchard a été convaincu que les exigences des alinéas 21(2)a) et 21(2)b) de la Loi sur le SCRS relatives à l'émission de mandats devant être exécutés avaient été satisfaites. Toutefois, il n'était pas disposé à autoriser le Service à mener des activités d'enquête à l'extérieur du Canada, comme il était demandé, sans examiner davantage la question. M. Ron Atkey fut à nouveau nommé *amicus curiae*. Le juge Blanchard a demandé que le Service et l'*amicus* déposent des observations écrites afin de, premièrement, discuter de la question de savoir si le Service est chargé de s'occuper des menaces rattachées aux enquêtes menées à l'extérieur du Canada et, deuxièmement, de savoir si la Cour fédérale a compétence pour décerner le mandat demandé.

[11] Dans la demande dont le juge Blanchard était saisi, le Service demandait un mandat l'autorisant à intercepter les télécommunications destinées aux personnes visées par l'enquête ou les télécommunications provenant des personnes visées par l'enquête, y compris les communications à l'étranger; à obtenir des renseignements ou des dossiers relatifs aux cibles [\*\*\*]. Le Service demandait que le mandat prévoie qu'il pouvait être exécuté, outre les lieux situés au Canada, en tout lieu à l'extérieur du Canada, sous le contrôle du

[12] In addition to the evidence of the CSIS affiant required to establish the statutory prerequisites to the issuance of a warrant, counsel for the applicant filed the affidavit evidence of James D. Abbott, CSEC's then acting director of Signals Intelligence (SIGINT) requirements.

[13] CSEC's mandate is set out in the *National Defence Act*, R.S.C., 1985, c. N-5 [subsection 273.64(1)], as amended by the *Anti-terrorism Act*, S.C. 2001, c. 41 [section 102]. Under paragraph 273.64(1)(a) of this statute, the agency is authorized to acquire and use information from the global information infrastructure (i.e., communications systems, information technology systems and networks) for the purpose of providing foreign intelligence to the Government of Canada.

[14] Prior to the 2001 legislation, it was unlawful for CSEC to intercept the communications of a foreign target that either originated or terminated in Canada. Under the then prevailing regimen, CSEC could only target communications that originated and terminated in foreign jurisdictions, and which involved foreign intelligence. The 2001 legislation empowered the Minister of National Defence to authorize CSEC to target foreign entities physically located outside the country that may engage in communications to or from Canada, for the sole purpose of obtaining foreign intelligence. A major factor prompting the legislation was CSEC's need for lawful authority to operate effectively without transgressing the *Criminal Code* prohibition against intercepting "private communications", as will be discussed further below. The legislation enabled CSEC to intercept communications to or from Canada for the purpose of obtaining foreign intelligence subject to ministerial authorization and contingent on specific provisos set out in subsection 273.65(2):

gouvernement du Canada ou d'un gouvernement étranger. [\*\*\*].

[12] En plus du témoignage de l'affiant du SCRS exigé pour établir qu'étaient réunies les conditions prévues par la loi quant à l'émission de mandats, l'avocat du demandeur a déposé le témoignage par affidavit de M. James D. Abbott, qui était alors directeur par intérim d'exigences du renseignement d'origine électromagnétique (SIGINT) du CSTC.

[13] Le mandat du CSTC est énoncé dans la *Loi sur la défense nationale*, L.R.C. (1985), ch. N-5 [paragraphe 273.64(1)], modifiée par la *Loi antiterroriste*, L.C. 2001, ch. 41 [article 102]. Selon l'alinéa 273.64(1)a) de cette loi, l'agence est autorisée à acquérir et utiliser l'information provenant de l'infrastructure mondiale (c'est-à-dire les systèmes de communication, les systèmes et les réseaux de technologie de l'information) dans le but de fournir des renseignements étrangers au gouvernement du Canada.

[14] Avant l'adoption de la loi de 2001, le CSTC n'avait pas le droit d'intercepter les communications d'une cible étrangère en provenance du Canada ou destinées au Canada. En vertu du régime en vigueur à l'époque, le CSTC ne pouvait cibler que les communications qui provenaient de pays étrangers et les communications qui étaient destinées à des pays étrangers et qui comportaient des renseignements étrangers. La loi de 2001 a conféré le pouvoir au ministre de la Défense nationale d'autoriser le CSTC à cibler des entités étrangères physiquement situées à l'extérieur du pays qui peuvent émettre des communications à destination du Canada ou à partir du Canada, dans le seul but d'obtenir des renseignements étrangers. Un facteur important qui a incité le législateur à adopter la loi était que le CSTC avait besoin d'une autorisation légale pour fonctionner efficacement sans transgresser l'interdiction d'intercepter des « communications privées » prévue au *Code criminel*, comme j'en discuterai plus loin. La loi autorisait le CSTC à intercepter les communications à destination ou en provenance du Canada dans le but d'obtenir des renseignements étrangers sous réserve d'autorisation ministérielle et sous réserve du respect de dispositions précises énoncées au paragraphe 273.65(2) :

- (a) the interception is directed at foreign entities outside of Canada;
- (b) the information could not reasonably be obtained by other means;
- (c) the expected foreign intelligence value of the information justifies its collection; and
- (d) satisfactory measures are in place to protect the privacy of Canadians to ensure that private communications will only be used or retained if they are essential to international affairs, defence or security.
- a) l'interception vise des entités étrangères situées à l'extérieur du Canada;
- b) les renseignements à obtenir ne peuvent raisonnablement être obtenus d'une autre manière;
- c) la valeur des renseignements étrangers que l'on espère obtenir grâce à l'interception justifie l'interception envisagée;
- d) il existe des mesures satisfaisantes pour protéger la vie privée des Canadiens et pour faire en sorte que les communications privées ne seront utilisées ou conservées que si elles sont essentielles aux affaires internationales, à la défense ou à la sécurité.

[15] CSEC is expressly prohibited under paragraph 273.64(2)(a) of the *National Defence Act* from directing these activities at Canadian citizens and permanent residents (Canadian persons) wherever located or at any person in Canada regardless of nationality.

[15] L'alinéa 273.64(2)a) de la *Loi sur la défense nationale* interdit expressément au CSTC de viser, par ces activités, les citoyens canadiens et les résidents permanents (des Canadiens) peu importe où ils se trouvent ou toute personne au Canada sans tenir compte de la nationalité.

[16] The limitations respecting Canadian persons and any persons in Canada do not apply to technical and operational assistance which CSEC may provide to federal law enforcement and security agencies in the performance of their lawful duties pursuant to paragraph 273.64(1)(c) of the *National Defence Act*. Subsection 273.64(3) of this statute provides that such assistance activities are subject to any limitations imposed by law on the federal agencies in the performance of their duties.

[16] Les limites concernant les Canadiens et toute personne au Canada ne visent pas l'assistance technique et opérationnelle que le CSTC peut fournir aux organismes fédéraux chargés de l'application de la loi et de la sécurité dans l'exercice des fonctions prévues à l'alinéa 273.64(1)c) de la *Loi sur la défense nationale*. Le paragraphe 273.64(3) de cette loi prévoit que ces activités d'assistance sont assujetties aux limites que la loi impose à l'exercice des fonctions des organismes fédéraux.

[17] In his affidavit filed in application CSIS-10-07, Mr. Abbott described how CSEC would assist the Service if the warrant sought was issued. [\*\*\*]. While there is a long-standing agreement that each allied agency would treat the citizens of another allied nation as its own for the purposes of the application of its domestic legislation, Mr. Abbott acknowledged that it remained open to those agencies to pursue their own national interest with respect to the information collected.

[17] Dans l'affidavit qu'il a déposé dans le cadre de la demande SCRS-10-07, M. Abbott a expliqué de quelle manière le CSTC aiderait le Service si le mandat demandé était décerné. [\*\*\*]. Bien qu'il existe depuis longtemps une entente voulant que chaque agence alliée traite les citoyens d'un autre pays allié comme ses propres citoyens aux fins de l'application des lois de son pays, M. Abbott a reconnu qu'il était loisible à ces agences d'agir conformément à leur intérêt national en ce qui concerne les renseignements recueillis.

[18] Mr. Abbott also explained how CSEC had the capability to direct activities from within Canada [\*\*\*].

[18] M. Abbott a également expliqué comment le CSTC était capable, à partir du Canada, [\*\*\*].

[19] Prior to any conclusion being reached by Justice Blanchard on the matters under consideration, in June 2007 the Supreme Court of Canada released its decision in *R. v. Hape*, 2007 SCC 26, [2007] 2 S.C.R. 292, respecting the application of the Charter to criminal investigations conducted in other countries by Canadian authorities.

[20] In *Hape*, the Supreme Court affirmed that Canadian legislation is presumed to conform to international law absent express statutory language to the contrary and that customary international law prohibited interference with the domestic affairs of other states. The Court found that extending the reach of the Charter to the actions of Canadian officials abroad would be inconsistent with those principles. The majority in *Hape* recognized, at paragraph 101, that the participation of Canadian officials abroad that would violate Canada's international human rights obligations might justify a remedy under subsection 24(1) of the Charter because of the impact of those activities on the rights of the individual in Canada.

[21] In response to questions framed by Justice Blanchard following the release of *Hape*, counsel for the Deputy Attorney General of Canada (DAGC) took the position that the scope of the Supreme Court's decision was not clear. In particular, it was submitted, it was not clear whether the Court's rationale was intended to apply, and did apply, to the conduct of security intelligence investigations outside Canada. To that extent, they argued, such investigations outside Canada might raise Charter issues where those investigations implicated persons having a real and substantial connection to Canada. Further, the question of whether activities outside Canada may contravene provisions of the *Criminal Code* had not been resolved, they submitted.

[22] The responsible course of action for the Service was to seek a warrant, it was argued. Should the Charter and the *Criminal Code* be found to be inapplicable to security intelligence investigations abroad, the worst that could occur, it was submitted, is that the warrant would have been unnecessary. The converse, should it occur, would be untenable for the Service as its officers

[19] Avant que le juge Blanchard, en juin 2007, tire une conclusion quant aux questions étudiées, la Cour suprême du Canada a rendu sa décision dans l'affaire *R. c. Hape*, 2007 CSC 26, [2007] 2 R.C.S. 292, à propos de l'application de la Charte aux enquêtes criminelles menées dans d'autres pays par les autorités canadiennes.

[20] Par l'arrêt *Hape*, la Cour suprême a déclaré que, sauf disposition contraire expresse dans les lois canadiennes, celles-ci sont présumées être conformes au droit international et que le droit international coutumier interdit l'ingérence dans les affaires internes des autres pays. La Cour a conclu qu'étendre la portée de la Charte aux actes d'agents canadiens à l'étranger contreviendrait à ces principes. Dans l'arrêt *Hape*, les juges majoritaires ont reconnu, au paragraphe 101, que la participation d'agents canadiens à des actes à l'étranger qui contreviendraient aux obligations internationales du Canada au chapitre des droits de la personne puisse donner lieu à une mesure suivant le paragraphe 24(1) de la Charte en raison de l'incidence de ces actes sur les droits de la personne au Canada.

[21] En réponse aux questions formulées par le juge Blanchard après que l'arrêt *Hape* fut rendu, l'avocat du sous-procureur général du Canada (SPGC) a soutenu que la portée de la décision de la Cour suprême n'était pas claire. Il a soutenu, notamment, qu'on ne savait trop si l'enseignement de la Cour était censé viser, et s'il visait bel et bien, les enquêtes de sécurité menées à l'extérieur du Canada. Dans cette mesure, on a soutenu qu'il est possible que les enquêtes menées à l'extérieur du Canada soulèvent des questions relatives à la Charte lorsque celles-ci concernent des personnes ayant des liens réels et importants au Canada. De plus, on a affirmé que la question de savoir si les activités menées à l'extérieur du Canada peuvent contrevenir aux dispositions du *Code criminel* n'avait pas été réglée.

[22] On a prétendu que le Service se devait de demander un mandat. Si on devait conclure que la Charte et le *Code Criminel* ne visent pas les enquêtes de sécurité menées à l'étranger, on a soutenu que le pire qu'il puisse arriver est qu'il n'était pas nécessaire de décerner un mandat. Le contraire, le cas échéant, serait indéfendable par le Service car ses agents pourraient toujours faire

would continue to be exposed to Charter and Code liability if they engaged in intrusive activities without the authorization of a warrant.

[23] As discussed in my May 2009 reasons for order, the interception of telecommunications for which authorization was sought in the applications before Justice Blanchard in 2008 and before me in 2009 would come within the broad meaning of the term “intercept” as defined in section 2 of the Act by reference to the *Criminal Code* definition. The Service sought to listen to, record or acquire communications. Such activities constitute an “intercept” as interpreted by jurisprudence in relation to the *Criminal Code* definition: *R. v. McQueen*, [1975] 6 W.W.R. 604 (Alta. C.A.); *R. v. Giles*, 2007 BCSC 1147.

[24] Section 26 of the CSIS Act provides that Part VI of the *Criminal Code* does not apply in relation to any interception of a communication under the authority of a warrant issued under section 21 of the Act. Absent this protection, Part VI would apply to the interception of any “private communication” as defined by section 183 of the *Criminal Code*; that is any private communication where either the originator or the recipient was in Canada. The place of “interception” under the Code has been interpreted as the location where a call has been acquired and recorded: *R. v. Taylor*, 1997 CanLII 3797, 42 C.R.R. (2d) 371 (B.C.C.A.), affirmed [1998] 1 S.C.R. 26; *R. c. Taillefer*, 1995 CanLII 4592, 100 C.C.C. (3d) 1 (Que. C.A.). Thus the concern about potential liability absent a warrant or express legislative authority discussed by the DAGC in his supplementary submissions to the Court in the summer of 2008 was not unrealistic.

[25] Justice Blanchard issued classified reasons for order and order on October 22, 2007. A public, redacted version was issued in February 2008 (*Canadian Security Intelligence Service Act (Re)*, 2008 FC 301, [2008] 4 F.C.R. 230). Justice Blanchard described the issues before him as follows at paragraph 12 of his reasons:

l’objet de poursuites en vertu de la Charte et du Code s’ils se livraient à des activités intrusives sans y être autorisés par mandat.

[23] Comme je l’ai mentionné dans mes motifs d’ordonnance de mai 2009, l’interception de télécommunications pour laquelle une autorisation a été sollicitée dans les demandes qui ont été soumises au juge Blanchard en 2008 et qui m’ont été soumises en 2009 serait visée par la signification au sens large du terme « intercepter » tel que défini à l’article 2 de la Loi par renvoi à la définition qui en est donnée au *Code criminel*. Le Service a cherché à écouter, à enregistrer ou à acquérir des communications. Selon la jurisprudence, ces activités constituent une « interception » au sens de la définition du *Code criminel* : *R. v. McQueen*, [1975] 6 W.W.R. 604 (C.A. Alb.); *R. v. Giles*, 2007 BCSC 1147.

[24] L’article 26 de la Loi sur le SCRS dispose que la partie VI du *Code criminel* ne vise pas l’interception de communication autorisée par un mandat décerné en vertu de l’article 21 de la Loi. Sans cette protection, la partie VI viserait l’interception de toute « communication privée » comme cette expression est définie à l’article 183 du *Code criminel*; c’est-à-dire toute communication privée dont l’auteur ou le destinataire se trouvait au Canada. Le lieu de l’« interception » selon le Code a été interprété comme étant le lieu où l’appel a été acquis et enregistré : *R. v. Taylor*, 1997 CanLII 3797, 42 C.R.R. (2d) 371 (C.A. C.-B.), confirmé par [1998] 1 R.C.S. 26; *R. c. Taillefer*, 1995 CanLII 4592, 100 C.C.C. (3d) 1 (C.A. Qué.). Par conséquent, la crainte de faire l’objet de poursuites en l’absence d’un mandat ou d’une autorisation législative expresse qui a été discuté par le SPGC dans ses observations supplémentaires à la Cour à l’été 2008 n’était pas irréaliste.

[25] Le juge Blanchard a rendu des motifs supplémentaires classifiés d’ordonnance et une ordonnance le 22 octobre 2007. Une version publique, caviardée, a été publiée en février 2008 (*Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité (Re)*, 2008 CF 301, [2008] 4 R.C.F. 230). Au paragraphe 12 de ses motifs, le juge Blanchard a formulé comme suit les questions dont il était saisi :



(A) Does the Federal Court have jurisdiction to issue the warrant requested?

(B) Does the Service have a mandate to undertake threat-related investigations in a country other than Canada?

(C) Does the *Criminal Code* ... and the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* ... apply to activities of the Service and its agents in undertaking threat-related investigations in a country other than Canada?

(D) Can Communications Security Establishment Canada (CSEC) assist the Service in the execution of the warrant sought?

[26] The Service's rationale in support of its position that the Court had jurisdiction to issue the warrant was set out in paragraphs 22 and 23 of Justice Blanchard's decision:

The Service contends that the authorizations sought are to enable it to fulfill its mandate under section 12 of the Act. Section 12 differs from section 16 of the Act which limits the Service's collection of "foreign intelligence" to "within Canada". The Service submits that Parliament, by not imposing the same territorial limitation in section 12 as it did in section 16, must have intended its section 12 mandate to have extraterritorial reach.

The Service further contends that the warrant is required to ensure the Canadian agents engaged in executing a warrant abroad do so in conformity with Canadian law. The Service maintains that the warrant is required to judicially authorize activities that, absent a warrant, may breach the Charter and contravene the Code. This is so because the warrant powers sought to be authorized are directed at Canadians and arguably might impact on their expectation of privacy. The Service argues that the warrant would enable it to perform its duties and functions by removing the legal impediments to the conduct of a part of its security intelligence investigations outside Canada and would respect the rule of law and be consistent with the regime of judicial control mandated by Part II of the Act.

[27] On consideration of the principles of statutory interpretation, the legislative history of the Act and the principles of customary international law addressed in *Hape*, the answer to the first question was found to be negative. Absent consent of the foreign states concerned to the operation of Canadian law within their borders,

A) La Cour fédérale a-t-elle compétence pour décerner le mandat demandé?

B) Le Service a-t-il comme mission d'entreprendre des enquêtes sur les activités susceptibles de constituer des menaces dans un autre pays que le Canada?

C) Le *Code criminel* [...] et la *Charte canadienne des droits et libertés* [...] s'appliquent-ils aux activités du Service et à ses agents lorsqu'ils entreprennent des enquêtes sur les activités menaçantes dans un autre pays que le Canada?

D) Le Centre de la sécurité des télécommunications Canada (le CSTC) peut-il aider à l'exécution du mandat demandé par le Service?

[26] Le raisonnement du Service à l'appui de son opinion voulant que la Cour ait compétence pour décerner le mandat a été formulé aux paragraphes 22 et 23 de la décision du juge Blanchard :

Le Service prétend que les autorisations demandées ont pour but de lui permettre de remplir sa mission aux termes de l'article 12 de la Loi. Cet article diffère de l'article 16, lequel restreint la collecte par le Service de « renseignements » étrangers, et ce, « dans les limites du Canada ». Le Service soutient que le législateur, en n'imposant pas la même limite territoriale dans l'article 12 que celle de l'article 16, doit avoir eu l'intention de donner à la mission de l'article 12 une portée extraterritoriale.

Le Service prétend en outre que le mandat est nécessaire pour s'assurer que les agents canadiens s'occupant de l'exécution du mandat à l'étranger le font en conformité avec le droit canadien. Le Service maintient que le mandat est nécessaire pour que des activités, qui, sans le mandat, peuvent violer la Charte et contrevenir au Code soient autorisées par les tribunaux. Il en est ainsi parce que les pouvoirs conférés par mandat dont on demande l'autorisation visent des Canadiens et on peut soutenir qu'ils pourraient avoir une incidence sur leurs attentes en matière de vie privée. Le Service fait valoir que le mandat lui permettrait d'exercer ses fonctions en supprimant les entraves d'ordre juridique à la conduite d'une partie de ses enquêtes de sécurité à l'extérieur du Canada, qu'il respecterait la règle de droit et qu'il serait compatible avec le régime de contrôle judiciaire prescrit par la partie II de la Loi.

[27] Après examen des principes d'interprétation législative, de l'historique législatif de la Loi et des principes de droit international coutumier qui ont été discutés par l'arrêt *Hape*, il a été conclu que la réponse à la première question était négative. À défaut de consentement de la part des pays étrangers concernés à

the proposed investigative activities would breach their territorial sovereignty. This violation of international law could only be authorized by Parliament through express legislation. Justice Blanchard concluded, “absent an express enactment authorizing the Court to issue an extraterritorial warrant, the Court is without jurisdiction to issue the warrant sought” (paragraph 55) [emphasis added].

[28] As a result of this determination, which was dispositive of the application, Justice Blanchard considered it unnecessary to deal with the other issues. He thought it appropriate, however, to provide his views on the third question since that had been the central focus of the Service’s submissions before the Court.

[29] Justice Blanchard considered that the principles set out in *Hape* with respect to investigative actions in criminal matters were equally relevant to the collection of information in the intelligence context abroad. He concluded that the Charter did not apply in that context and that the offence provisions of the *Criminal Code* with extraterritorial effect were not relevant to the activities of intelligence officers collecting information abroad. In the circumstances, he was unable to find why the warrant sought would be required for the stated purpose of protecting the Service or its agents from prosecution under the Code for the limited number of offences which Parliament had defined as having extraterritorial effect (paragraph 63). It does not appear that the link between Part VI of the *Criminal Code* and the protection afforded by section 26 of the CSIS Act to the interception of communications having at least one end in Canada, noted above, was raised before Justice Blanchard.

[30] In any event, nothing in Justice Blanchard’s reasons support an interpretation that CSIS officials do not need a warrant or other lawful authority, including that of the foreign state, to conduct intrusive intelligence collection activities abroad. He found, rather, that the Act did not provide for the issuance of such a warrant and that the Charter did not extend to such activities.

l’application du droit canadien à l’intérieur de leurs frontières, les activités d’enquête envisagées violeraient leur souveraineté territoriale. Cette violation du droit international ne pourrait être autorisée par le législateur que par une loi expresse. Le juge Blanchard a conclu ce qui suit au paragraphe 55 : « en l’absence d’un texte législatif autorisant la Cour à décerner un mandat extraterritorial, celle-ci n’a pas compétence pour décerner le mandat demandé » [non souligné dans l’original].

[28] En conséquence de cette conclusion, laquelle a été déterminante quant à l’issue de la demande, le juge Blanchard a estimé qu’il n’était pas nécessaire de discuter des autres questions. Toutefois, il a estimé qu’il convenait qu’il fasse part de son opinion quant à la troisième question car elle avait été l’élément central des observations formulées par le Service devant la Cour.

[29] Le juge Blanchard a estimé que les principes consacrés par la jurisprudence *Hape* relativement aux enquêtes criminelles étaient également pertinents en ce qui concerne la collecte de renseignements à l’étranger dans le cadre d’une enquête de sécurité. Il a conclu que la Charte ne jouait pas dans ce contexte et que les dispositions du *Code criminel* ayant une portée extraterritoriale ne visaient pas les activités des agents de renseignement qui collectent des renseignements à l’étranger. Dans les circonstances, il n’a pas été capable de voir pourquoi le mandat demandé serait requis dans le but déclaré de protéger le Service ou ses agents à l’égard de poursuites aux termes du Code pour le nombre limité d’infractions pour lesquelles le législateur a prévu une portée extraterritoriale (paragraphe 63). Il ne semble pas que le lien entre la partie VI du *Code criminel* et la protection accordée par l’article 26 de la Loi sur le SCRS quant à l’interception de communications ayant au moins une extrémité au Canada, souligné plus haut, ait été soulevé devant le juge Blanchard.

[30] De toute façon, rien dans les motifs du juge Blanchard ne me semble enseigner que les agents du SCRS n’ont pas besoin de mandat ou d’autres autorisations légales, y compris celles d’un pays étranger, pour se livrer à l’étranger à des activités intrusives de collecte de renseignements. Il a plutôt conclu que la Loi ne prévoyait pas l’émission d’un tel mandat et que la Charte ne visait pas de telles activités.

[31] In these proceedings, the Court has been provided with information about what transpired next. In the aftermath of Justice Blanchard's decision, the Director of CSIS sought further legal advice from the DAGC respecting:

- the interception of the communications of Canadians or permanent residents who are outside Canada where the Service believes they are engaged in activities constituting a threat to the security of Canada; and
- whether the Service can lawfully [\*\*\*] information [\*\*\*] outside Canada in cases where the Service believes the information relates to activities constituting a threat to the security of Canada and where there is a current CSIS Act warrant authorizing [\*\*\*] seizure of similar information in Canada. [Underlining added.]

[32] In a letter to the Director dated October 2, 2008, the DAGC set out his views on the implications of the decision in CSIS-10-07 [2008 FC 301, above] in relation to seven factual scenarios. Several of these scenarios had not been raised in the application before Justice Blanchard and were not addressed in his decision. While these scenarios entailed the interception of communications of targets who are outside Canada, the interceptions would take place entirely inside Canada. [\*\*\*]. Interceptions, [\*\*\*] and seizures conducted from within Canada, CSIS was advised, did not engage the territorial issues raised by Justice Blanchard and could properly be the subject of a warrant under section 21 of the CSIS Act given an appropriate factual context.

[33] The tasking of allied foreign agencies discussed by Mr. Abbott in his affidavit in CSIS-10-07 was briefly discussed in the opinion. This was described as the interception of a target's communications outside Canada by a foreign agency at the Service's request. Reference was not made to CSEC assistance. The DAGC stated that this did not engage the jurisdictional issues raised by Justice Blanchard and asserted that, in his view, a warrant to authorize such requests was not required. This, counsel for the DAGC now say, was based on a new interpretation of the scope of section 12 of the CSIS Act in light of *Hape* and Justice Blanchard's decision.

[31] Dans la présente instance, la Cour a été saisie de renseignements concernant ce qui s'est ensuite passé. À la suite de la décision du juge Blanchard, le directeur du SCRS a demandé d'autres avis juridiques au SPGC à propos des questions suivantes :

- l'interception de communications de Canadiens ou de résidents permanents qui se trouvent à l'étranger où, selon le Service, ils se livrent à des activités qui constituent des menaces envers la sécurité du Canada;
- le Service peut-il légalement faire, à l'étranger [\*\*\*] de renseignements [\*\*\*] dans les cas où il estime que les renseignements ont trait à des activités qui constituent des menaces envers la sécurité du Canada et où un mandat autorisant [\*\*\*] la saisie de renseignements semblables au Canada a été décerné en vertu de la Loi sur le SCRS? [Non souligné dans l'original.]

[32] Dans une lettre datée du 2 octobre 2008 adressée au directeur, le SPGC a énoncé ses opinions sur les incidences de la décision rendue dans le cadre de la demande SCRS-10-07 [2008 CF 301, précitée] relativement à sept scénarios. Plusieurs de ces scénarios n'avaient pas été soulevés devant le juge Blanchard et n'ont pas été discutés dans sa décision. Bien que ces scénarios impliquent l'interception de communications de cibles se trouvant à l'étranger, les interceptions auraient toutes lieu à l'intérieur du Canada. [\*\*\*]. On a dit au SCRS que les interceptions, [\*\*\*] et les saisies effectuées à partir du Canada ne mettaient pas en cause les questions territoriales soulevées par le juge Blanchard et pouvaient très bien faire l'objet d'un mandat au titre de l'article 21 de la Loi sur le SCRS si les faits le justifiaient.

[33] La question des demandes d'intervention d'agences étrangères alliées qui a été discutée par M. Abbott dans l'affidavit qu'il a souscrit dans le cadre de la demande SCRS-10-07 a été brièvement discutée dans l'opinion. Cela a été qualifié d'interception des communications d'une cible à l'étranger par une agence étrangère à la demande du Service. On n'a pas parlé de l'assistance du CSTC. Le SPGC a déclaré que cela ne mettaient pas en cause les questions territoriales soulevées par le juge Blanchard et a affirmé que, selon lui, il n'était pas nécessaire de décerner un mandat autorisant de telles demandes. Selon l'avocat du SPGC, cela était fondé sur une nouvelle interprétation de la portée de

[34] The opinion respecting the scope of section 12 in the DAGC's letter of October 2, 2008 consists of no more than a bald assertion of legitimacy. The letter contains no analysis or discussion of the legislative history behind section 12 and its relationship to section 21 or other provisions of the Act read as a whole. Nor was there any discussion of the constraints placed on CSEC or the boundaries of the assistance it may provide to federal security and law enforcement agencies. The Service was cautioned that it should satisfy itself that the foreign party intercepting the communications was acting in accordance with the laws of its own jurisdiction and that the actions of the foreign party did not give rise to serious violations of human rights. How that was to be done was not discussed.

[35] To address the Director's concern about the Service's ability to investigate threats to Canada's security by targets outside the country, the DAGC proposed that their respective officials work together to seek, by way of a fresh warrant application, an authoritative judicial interpretation of sections 12 and 21 of the Act in relation to the factual scenarios that were outside the scope of Justice Blanchard's decision. Department of Justice counsel were instructed to work with CSIS officials to identify applications on which to seek such an authorization.

[36] That opportunity arose in January 2009 in the CSIS-30-08 file. The application had been originally presented on November 27, 2008. At that time, the Court issued warrants with respect to the threat-related activities of two Canadian citizens. The warrants authorized the use of intrusive investigative techniques and information collection at locations within Canada for a term of one year. On January 24, 2009 the Service sought an additional warrant as the targets were about to leave Canada and there was reason to believe that they would continue activities constituting a threat to Canada while abroad.

l'article 12 de la Loi sur le SCRS découlant de la jurisprudence *Hape* et de la décision du juge Blanchard.

[34] L'opinion concernant la portée de l'article 12 qui figurait dans la lettre du 2 octobre 2008 du SPGC ne consiste qu'en une simple assertion de légitimité. La lettre ne contient aucune analyse ni aucune discussion quant à l'historique législatif de l'article 12 et de son rapport avec l'article 21 ou avec d'autres dispositions de la Loi dans son ensemble. Elle ne comportait également aucune discussion quant aux contraintes imposées au CSTC ou quant aux limites de l'assistance qu'elle peut fournir aux organismes fédéraux de renseignement et de police. Le Service a été prévenu qu'il devait s'assurer que l'intervenant étranger qui interceptait les communications agissait en conformité avec les lois de son pays et que les actions de celui-ci ne comportaient pas de graves violations des droits de la personne. On n'a pas discuté de la manière selon laquelle on procéderait.

[35] Dans le but de discuter la question des réserves du Directeur du SCRS à propos de la capacité du Service à enquêter sur des menaces envers la sécurité du Canada de la part de cibles situées à l'étranger, le SPGC a proposé que leurs représentants respectifs demandent ensemble, par une nouvelle demande de mandat, une interprétation judiciaire faisant autorité des articles 12 et 21 de la Loi relativement aux scénarios qui n'étaient pas visés par la décision du juge Blanchard. Les avocats du ministère de la Justice ont reçu comme directive de relever, en collaboration avec les représentants du SCRS, les demandes pour lesquelles on solliciterait une telle autorisation.

[36] Cette occasion s'est présentée en janvier 2009 avec le dossier SCRS-30-08. La demande avait d'abord été présentée le 27 novembre 2008. À cette date, la Cour a décerné des mandats relativement à des activités suspectes de deux citoyens canadiens. Les mandats autorisaient, pour une période d'un an, l'utilisation de techniques d'enquête intrusives et la collecte de renseignements dans des lieux situés au Canada. Le 24 janvier 2009, le Service a demandé un mandat additionnel car les cibles s'apprêtaient à quitter le Canada et il y avait raison de croire qu'elles continueraient à se livrer à des

[37] The application was heard before me on an urgent basis on Saturday, January 26, 2009. Written submissions and authorities were filed. I was asked to revisit the question of jurisdiction and to distinguish Justice Blanchard's reasoning in the 2007 decision on the basis of a different description of the facts relating to the activities necessary to permit the interception of the communications and the procedures to be used to obtain the information sought and a different legal argument concerning how the proposed methods of interception were relevant to the jurisdiction of this Court.

[38] In addition to the evidence of a CSIS affiant, the Service relied on an affidavit from the CSEC employee, Mr. Abbott. Mr. Abbott gave oral evidence at the hearing and was questioned closely by myself as to how the proposed methods of interception and search differed from those presented to Justice Blanchard.

[39] On the application before Justice Blanchard, Mr. Abbott's affidavit discussed in detail how the resources of the allied foreign agencies would be tasked with intercepting the communications of the Canadian travelling abroad in addition to CSEC's own collection [\*\*\*]. In his evidence before me, Mr. Abbott stated that the targeted [\*\*\*] communications and [\*\*\*] would be intercepted [\*\*\*] solely by Canadian government equipment [\*\*\*]. No reference was made to tasking allied foreign agencies. There was no suggestion that CSIS or CSEC officials intended to engage the services of allied foreign agencies to assist in the collection effort. Mr. Abbott's evidence stressed that the assistance provided to CSIS would be limited to the authority granted by the warrant (affidavit of James D. Abbott, January 23, 2009, paragraph 15):

The methods and techniques described in this affidavit could be used, were this warrant application granted, in the provision of assistance to the Service to the extent allowed by the warrant.

activités constituant une menace envers la sécurité du Canada pendant qu'elles se trouveraient à l'étranger.

[37] La demande m'a été soumise de toute urgence le samedi, 26 janvier 2009. Des observations écrites et la jurisprudence ont été déposées. On m'a demandé de revoir la question de la compétence et d'opérer une distinction d'avec le raisonnement retenu par le juge Blanchard dans la décision qu'il a rendue en 2007, et ce, en fonction d'une exposition différente des faits se rapportant aux activités nécessaires à l'interception de communications et de procédures devant être utilisées pour obtenir les renseignements recherchés et d'un argument juridique différent concernant la question de savoir en quoi les méthodes d'interception envisagées étaient pertinentes quant à la compétence de la Cour.

[38] En plus du témoignage de l'affiant du SCRS, le Service s'est fié à l'affidavit souscrit par un employé du CSTC, à savoir M. Abbott. Celui-ci a témoigné de vive voix à l'audience et je l'ai interrogé de près quant à savoir en quoi les méthodes d'interception et de fouille envisagées différaient de celles exposées au juge Blanchard.

[39] Dans la demande qui a été soumise au juge Blanchard, M. Abbott, dans son affidavit, a exposé en détail comment les ressources des agences étrangères alliées, en plus des propres [\*\*\*] de collecte du CSTC, seraient mises à contribution afin d'intercepter les communications du Canadien se déplaçant à l'étranger. Dans le témoignage qu'il a rendu devant moi, M. Abbott a déclaré que le [\*\*\*] seraient interceptés [\*\*\*] uniquement par le matériel du gouvernement canadien [\*\*\*]. Il n'a pas été question de mettre à contribution les agences étrangères alliées. Nul n'a signalé que les représentants du SCRS ou du CSTC avaient l'intention de demander à des services d'agences étrangères alliées de participer à la collecte. Dans son témoignage, M. Abbott a souligné que l'assistance fournie au SCRS se limiterait à l'autorisation accordée par le mandat (affidavit de James D. Abbott, 23 janvier 2009, paragraphe 15) :

[TRADUCTION] Les méthodes et les techniques exposées dans le présent affidavit pourraient être utilisées, si la présente demande de mandat est accueillie, dans le cadre de l'assistance fournie au Service dans la mesure permise par le mandat.

[40] After reading the material before the Court and hearing the evidence of the witnesses and the submissions of counsel, I was satisfied that there were sufficient factual and legal grounds to distinguish the application before me from that considered by Mr. Justice Blanchard and the warrant was granted. It was initially issued for a term of only three months so that I might consider the matter further. On April 6, 2009 I heard additional submissions from counsel and on April 16, 2009 I extended the warrant for a further nine months. As noted above, I issued top secret reasons for order on May 4, 2009 to explain why I believed that the Court had the jurisdiction to issue the warrant and how the application differed from that considered by Justice Blanchard.

[41] While the record is not entirely clear on this point, it appears from the information before me that no attempt was made to task foreign agencies with the collection of telecommunications intercepts in relation to the targets of the warrant issued on January 24, 2009. However, it is apparent that such actions began shortly after my reasons for order were issued on May 4, 2009. [\*\*\*]. They recommended that requests for assistance to the allied foreign agencies should be made at the same time as requests for assistance were made by the Service to CSEC under a 30-08 warrant. CSIS senior management agreed.

[42] The first request for assistance involving a foreign partner in addition to the scope of a 30-08 warrant was made on May 7, 2009, according to Mr. Abbott's evidence in this proceeding. On May 27, 2009 a senior counsel of the Department of Justice Departmental Legal Services Unit at CSEC provided advice to his client that, "where a 30-08 warrant has been issued against a Canadian citizen or permanent resident located outside Canada" asking allied nations to intercept the communications of the subject of that warrant would not appear to be contrary to the CSIS Act or the Charter. In addition the opinion states that:

It is understood that the warrant contains no power granted to CSIS dealing with requests to foreign nations, and that CSIS would make such request only where a warrant is in force. [Underlining added.]

[40] Après avoir lu les documents qui ont été soumis à la Cour et après avoir entendu les témoignages des témoins et les observations des avocats, j'ai conclu qu'il y avait suffisamment de motifs factuels et juridiques pour que je puisse distinguer la demande dont j'étais saisi de celle qui a été examinée par M. le juge Blanchard et j'ai accordé le mandat. Il a d'abord été décerné pour une période de trois mois uniquement de telle sorte que je puisse examiner davantage l'affaire. Le 6 avril 2009, j'ai entendu les observations additionnelles de la part des avocats, et le 16 avril 2009 j'ai prorogé de neuf mois la durée du mandat. Comme je l'ai déjà souligné, j'ai rendu des motifs très secrets le 4 mai 2009 afin d'expliquer pourquoi j'estimais que la Cour avait compétence pour décerner le mandat et en quoi la demande différerait de celle qui avait été examinée par le juge Blanchard.

[41] Bien que le dossier ne soit pas tout à fait clair sur ce point, il ressort des renseignements dont je suis saisi qu'aucune tentative n'a été faite en vue de charger des agences étrangères d'intercepter des télécommunications relativement aux cibles visées par les mandats décernés le 24 janvier 2009. Toutefois, il est manifeste que de telles actions ont commencé peu de temps après que j'eus rendu mes motifs d'ordonnance le 4 mai 2009. [\*\*\*]. Ils ont recommandé que les demandes d'assistance aux agences étrangères alliées soient faites en même temps que les demandes d'assistance faites par le Service au CSTC en vertu des mandats 30-08. La direction principale du SCRS a accepté.

[42] La première demande d'assistance comportant un partenaire étranger en plus de la portée d'un mandat 30-08 a été faite le 7 mai 2009, selon le témoignage rendu par M. Abbott dans la présente instance. Le 27 mai 2009, un avocat principal au Service juridique du ministère de la Justice au CSTC a avisé son client que, [TRADUCTION] « lorsqu'un mandat 30-08 a été décerné et vise un citoyen canadien ou un résident permanent qui se trouve à l'étranger », il semble que demander à des pays alliés d'intercepter les communications de la personne visée par ce mandat ne contreviendrait pas à la Loi sur le SCRS ou à la Charte. En outre, l'opinion ajoute :

[TRADUCTION] Il est entendu que le mandat ne comporte aucun pouvoir autorisant le SCRS à s'occuper de demandes à d'autres pays et que le SCRS ne fera de telles demandes que lorsqu'un mandat est vigueur. [Non souligné dans l'original.]

[43] It is not clear whether the linkage between the 30-08 warrants and the requests for foreign assistance was made at the request of CSEC officials concerned about the scope of their assistance mandate. However, it appears in a memorandum from the office of the CSIS Deputy Director of Operations on September 11, 2009 to all CSIS branch and regional offices. The memorandum stated that as a result of the Court's May 4, 2009 decision the Service could now request the Court to authorize intercepts of foreign telecommunications with the assistance of CSEC. It further states that the use of "2nd party assets will be the norm", meaning the allied foreign agencies' telecommunication collection systems. The memorandum does not state that the Court had not authorized the use of the foreign assets.

[44] While specific details would not be provided to the second parties that the individuals concerned were Service targets, the memorandum acknowledges that the second parties could infer that the collection was being conducted on behalf of the Service as it would be outside of normal practice for CSEC [\*\*\*]. What they might then do with the information was beyond the control of the Service.

[45] The Court has issued more than [\*\*\*] 30-08 warrants on fresh or renewal applications since May of 2009. It appears that in the majority of these cases, if not all, CSIS has asked CSEC to task their foreign partners [\*\*\*]. Counsel for the Service concedes that the fact that this would be done was not disclosed in any of the applications to obtain a 30-08 warrant.

*2012–2013 Annual Report of the CSEC Commissioner*

[46] Commissioner Décarý's *Annual Report 2012–2013* was transmitted to the Minister of National Defence in June 2013. A public expurgated version was issued in late August 2013. The Public Report observed that "[p]aragraph 273.64(1)(c) of the *National Defence Act* authorizes CSEC to provide technical and operational assistance to federal law enforcement and security

[43] On ne sait trop si l'interdépendance entre les mandats 30-08 et les demandes d'assistance étrangère a été conçue à la demande des représentants du CSTC qui était préoccupé par la question de la portée de leur mandat d'assistance. Toutefois, elle est mentionnée dans une note de service émise par le bureau du directeur adjoint des opérations du SCRS le 11 septembre 2009 à l'attention de tous les bureaux régionaux et toutes les sections du SCRS. La note de service signalait que, à la suite de la décision rendue par la Cour le 4 mai 2009, le Service pouvait désormais demander à la Cour d'autoriser les interceptions de communications étrangères avec l'assistance du CSTC. Elle signalait de plus que l'utilisation des [TRADUCTION] « ressources appartenant aux secondes parties », c'est-à-dire à leurs systèmes de collecte de télécommunications, « sera la norme ». La note de service ne signale pas que la Cour n'avait pas autorisé le recours aux systèmes étrangers.

[44] Bien que l'on n'ait pas spécifié aux deuxièmes parties que les personnes visées étaient des cibles du Service, la note de service reconnaît que les deuxièmes parties pourraient inférer que la collecte est faite pour le compte du Service car il serait inusité de la part du CSTC [\*\*\*]. Le Service n'a aucun contrôle sur ce qu'elles pourraient faire par la suite avec ces renseignements.

[45] Depuis mai 2009, la Cour a décerné plus de [\*\*\*] mandats 30-08 à la suite de nouvelles demandes ou de renouvellements de demande. Il semble que dans la majorité de ces cas, sinon dans tous, le SCRS a demandé au CSTC de fournir à leurs partenaires étrangers [\*\*\*]. L'avocat du Service reconnaît que le fait qu'une telle chose sera faite n'a été divulgué dans aucune des demandes visant à obtenir un mandat 30-08.

*Rapport annuel 2012–2013 du Commissaire du CSTC*

[46] Le *Rapport annuel 2012–2013* du commissaire Décarý a été transmis au ministre de la Défense nationale en juin 2013. Une version publique caviardée a été publiée en août 2013. Le rapport public signalait que « l'alinéa 273.64(1)c) de la *Loi sur la défense nationale* autorise le Centre à fournir une assistance technique et opérationnelle aux organismes fédéraux chargés de

agencies in the performance of their lawful duties” [at page 22]. It was further noted that this would include the “interception of Canadians’ communications if CSIS has a judicially authorized warrant issued under section 21 of the *CSIS Act*.”

[47] Pursuant to subsection 273.64(3) of the *National Defence Act*, the Report noted, “CSEC is subject to any limitations imposed by law on the agency to which it is providing assistance” [at page 22]. In carrying out its other mandates, the collection of foreign intelligence and protecting Canada’s electronic infrastructure, CSEC is expressly constrained from directing its activities at Canadian persons anywhere or any person in Canada and must take measures to protect the privacy of Canadian persons in the use and retention of intercepted information. Thus, the only circumstance in which CSEC may target Canadian persons is under its assistance mandate and only then if it does so in support of another federal agency that is acting under lawful authority.

[48] The CSEC Commissioner’s Annual Report [at pages 21–23] contained a discussion of the Commissioner’s review of CSEC assistance to CSIS under part (c) [paragraph 273.64(1) of the *National Defence Act* of CSEC’s mandate and sections 12 and 21 of the *CSIS Act*. This discussion referred to the Court’s decisions in CSIS-10-07 [2008 FC 301, above] and CSIS-30-08 [2009 FC 1058, above].

[49] The objectives of this review were described as the following at page 23 of the Public Report:

... to acquire detailed knowledge of and to document CSEC’s assistance to CSIS and to assess whether CSEC activities complied with the law, including with the terms of the warrants issued to CSIS, and any privacy protections found therein. CSEC’s assistance to CSIS under the warrants may include use of Canadian identity information and the interception of the communications of Canadians. CSEC’s collection, as defined in the warrant, may impact on the privacy of Canadians.

l’application de la loi et de la sécurité dans l’exercice des fonctions que la loi leur confère » [à la page 22]. Il a en outre été souligné que cela comprend « l’interception de communications de Canadiens si le SCRS dispose d’un mandat décerné par un juge en vertu du paragraphe 21 de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité* ».

[47] Le rapport soulignait, selon le paragraphe 273.64(3) de la *Loi sur la défense nationale*, que « le Centre doit respecter les limites que la loi impose à l’organisme auxquels il donne son assistance » [à la page 22]. Dans le cadre de l’exécution de ses autres mandats, de la collecte de renseignements étrangers et de la protection de l’infrastructure électronique du Canada, il est expressément interdit au CSTC d’exercer ses activités sur des Canadiens, peu importe où ils se trouvent, ou sur quiconque au Canada et doit prendre des mesures visant à protéger la vie privée des Canadiens dans la cadre de l’utilisation et de la rétention de renseignements interceptés. Par conséquent, ce n’est que dans le cadre de son mandat d’assistance que le CSTC peut cibler des Canadiens, et uniquement s’il porte assistance à un autre organisme fédéral intervenant en vertu d’une autorisation légale.

[48] Le rapport annuel du commissaire du CSTC [aux pages 21 à 23] contenait une discussion de l’examen fait par le commissaire quant à l’assistance fournie par le « [CSTC] au SCRS en vertu de la partie c) [alinéa 273.64(1)c] de la *Loi sur la défense nationale*] du mandat du [CSTC] et des articles 12 et 21 de la [Loi sur le SCRS] ». Cette discussion renvoyait aux décisions rendues dans les demandes SCRS-10-07 [2008 CF 301, précitée] et SCRS-30-08 [2009 CF 1058, précitée].

[49] Les objectifs de cet examen ont été énoncés comme suit à la page 23 du rapport public :

[...] de bien connaître et de documenter l’aide apportée par le Centre au SCRS et d’évaluer si les activités du Centre étaient conformes à la loi, y compris aux conditions des mandats délivrés au SCRS, et à toutes les protections de la vie privée qui étaient stipulées. L’assistance que le Centre porte au SCRS en vertu des mandats peut inclure de l’information sur l’identité d’un Canadien et l’interception de communications de Canadiens. La collecte du Centre, circonscrite par le mandat, peut avoir une incidence sur la vie privée de Canadiens.



[50] The Public Report [at page 23] further states that the Commissioner had examined “CSEC assistance to CSIS in support of a number of the first warrants of this kind relating to counter-terrorism”. The Report [at page 23] sets out the specific information verified by the Commissioner to assess CSEC’s compliance with the law and privacy protections in this context:

- CSEC had a copy of the warrant and had clear and sufficient information about the assistance sought by CSIS;
- the communications targeted by CSEC for CSIS were only those communications referred to in the warrants;
- the communications were not targeted before the warrants came into force and were no longer targeted once the warrants expired;
- CSEC targeted the subjects of the warrants only while they were believed to be outside Canada;
- CSEC targeted only the types of communications and information that were authorized in the warrants to be intercepted or obtained; and
- CSEC complied with any other limitations imposed by law on CSIS, for example, any conditions in the warrants.

[51] In concluding this discussion, Commissioner Décary noted that he had consulted his independent counsel with respect to general questions of law relating to this subject and made two recommendations to the Minister to help ensure that CSEC assistance to CSIS is consistent with the authorities and limitations of the warrants and to enhance the measures in place to protect the privacy of Canadians. As described in the Public Report [at page 25], the recommendations were that:

1. CSEC discuss with CSIS the expansion of an existing practice to protect privacy to other circumstances; and

[50] Le rapport public [à la page 23] signale de plus que le commissaire s’est penché sur « l’aide qu’a apportée le Centre au SCRS dans l’exécution d’un certain nombre des premiers mandats de ce genre décernés en rapport avec la lutte antiterroriste ». Le rapport énonce les renseignements qui ont été notamment vérifiés par le commissaire dans le cadre de l’évaluation de la conformité à la loi et de la protection de la vie privée, en vertu des mandats examinés. Le commissaire a vérifié que :

- le Centre avait une copie du mandat et qu’il avait des renseignements clairs et suffisants concernant l’aide demandée par le SCRS;
- les communications ciblées par le Centre pour le SCRS étaient uniquement celles mentionnées dans les mandats;
- les communications n’avaient pas été ciblées avant l’entrée en vigueur des mandats et ont cessé de l’être à l’expiration des mandats;
- le Centre a ciblé les individus visés par les mandats uniquement lorsqu’ils étaient censés être à l’extérieur du pays;
- le Centre a ciblé uniquement les types de communications et d’information que les mandats l’autorisaient à intercepter ou à recueillir; et
- le Centre a respecté toutes les autres limites imposées par la loi au SCRS, par exemple toutes les conditions stipulées dans les mandats.

[51] En conclusion de cette discussion, le commissaire Décary a souligné qu’il avait consulté sa conseillère juridique indépendante relativement à des questions générales de droit se rapportant à ce sujet et il a formulé deux recommandations à l’intention du ministre pour aider à faire en sorte que l’assistance fournie par le CSTC au SCRS soit conforme aux autorisations et respecte les limites des mandats, et pour renforcer les mesures en place en vue de protéger la vie privée des Canadiens. Les recommandations figurant dans le rapport public [à la page 25] étaient que :

1. le Centre discute avec le SCRS l’application à d’autres situations d’une pratique existante pour protéger la vie privée; et

2. CSEC advise CSIS to provide the Federal Court of Canada with certain additional evidence about the nature and extent of the assistance CSEC may provide to CSIS.

[52] Commissioner Décarý concluded by observing that notwithstanding these recommendations “CSEC conducted its activities in accordance with the law and ministerial direction and in a manner that included measures to protect the privacy of Canadians” [at page 25]. He noted that the Minister had accepted the recommendations and CSEC had raised them with CSIS. Commissioner Décarý also stated that he had shared certain general points relating to CSIS that arose out of the two recommendations with the Chair of the Security Intelligence Review Committee (SIRC).

[53] Upon reading the CSEC Commissioner’s Annual Report, I issued an order on August 26, 2013 requiring that Counsel for CSEC and CSIS appear before the Court prepared to speak to the matter. More specifically I directed that:

... counsel should be ready to speak as to whether the application of the CSE Commissioner’s recommendation “that CSEC advise CSIS to provide the Federal Court of Canada, when the occasion arises, with certain additional evidence about the nature and extent of the assistance CSEC may provide to CSIS” relates to the evidence presented to the Court in the application to obtain CSIS-30-08 and all other similar applications since, and, if yes, whether the evidence would have been material to the decision to authorize the warrant(s) in CSIS-30-08 or any subsequent applications.

[54] Counsel for CSIS and CSEC appeared before me on September 4, 2013. In preparation for that hearing, they filed a book of documents that included, among other things, the reasons for order and order in File No. CSIS-10-07, the reasons for order in CSIS-30-08, the top secret affidavits of James D. Abbott filed on both applications and the top secret version of the portion of the CSEC Commissioner’s Annual Report relating to the Commissioner’s review of “CSEC assistance to CSIS under part (c) [paragraph 273.64(1)c) of the *National Defence Act*]of CSEC’s mandate and sections 12 and 21 of the *CSIS Act*”.

2. le Centre conseille au SCRS de fournir à la Cour fédérale du Canada certaines preuves supplémentaires quant à la nature et à l’ampleur de l’aide qu’il peut apporter au SCRS.

[52] Le commissaire Décarý a conclu en mentionnant que, malgré ces recommandations, « le Centre a conduit ses activités en accord avec la loi et les directives ministérielles et d’une manière qui intègre des mesures pour protéger la vie privée des Canadiens » [à la page 25]. Il a relevé que le ministre a souscrit aux recommandations et que le CSTC les a évoquées avec le SCRS. Le commissaire Décarý a également déclaré qu’il avait envoyé au président du Comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité (CSARS) certaines observations générales se rapportant au SCRS, découlant de deux recommandations qu’il avait formulées au président du CSARS.

[53] Après avoir lu le rapport annuel du commissaire du CSTC, j’ai rendu, le 26 août 2013, une ordonnance exigeant que les avocats du CSTC et du SCRS comparaissent devant la Cour et soient prêts à discuter la question. Plus précisément, j’ai émis la directive suivante :

[TRADUCTION] [...] les avocats doivent être prêts à dire si l’application de la recommandation du commissaire du CSTC que « le Centre conseille au SCRS de fournir à la Cour fédérale du Canada certains éléments de preuve supplémentaires quant à la nature et à l’ampleur de l’aide qu’il peut apporter au SCRS » a trait à la preuve présentée à la Cour dans le cadre de la demande d’acquisition SCRS-[30-08] et à toutes les autres demandes similaires, et, dans l’affirmative, si la preuve aurait été importante quant à la décision d’autoriser l’émission du (des) mandat(s) dans la demande SCRS-30-08 ou dans toute demande ultérieur.

[54] Les avocats du SCRS et du CSTC ont comparu devant moi le 4 septembre 2013. En préparation de cette audience, ils ont déposé un recueil de documents qui comprenait, notamment, les motifs d’ordonnance et l’ordonnance rendus dans la demande SCRS-10-07, les motifs d’ordonnance rendus dans la demande SCRS-30-08, les affidavits très secrets de James D. Abbott déposés dans les deux demandes et la version ultrasecrète de la partie du rapport annuel du commissaire du CSTC qui a trait à l’examen fait par le commissaire de l’assistance fournie par le [CSTC] au SCRS en vertu de la partie c) [alinéa 273.64(1)c) de

[55] Upon reviewing this information it became apparent to me that the focus of the Commissioner's concern was the information that had been before Justice Blanchard in the CSIS-10-07 application and was not presented in the CSIS-30-08 application or in any subsequent application for a 30-08 warrant. This was Mr. Abbott's evidence before Justice Blanchard that if the warrant was issued, CSEC would provide assistance to CSIS by, among other things, tasking its partners within the "Five Eyes" alliance (the United States, United Kingdom, Australia and New Zealand) to conduct surveillance on the warrant targets. While it was not addressed in the evidence submitted in support of the CSIS-30-08 application, as noted above this became the default action taken by CSIS and CSEC upon issuance of a 30-08 warrant.

[56] In his top secret report, Commissioner Décaré summarized how the practice evolved based on the information reviewed:

[\*\*\*]

[57] Commissioner Décaré noted that CSEC's affidavit for Justice Blanchard discussed in detail that CSEC would use second-party assets to assist in intercepting communications under 30-08 warrants, as well as how each second-party partner may make use of the information that would be shared. In contrast, CSEC's affidavit and testimony in the application before me contained no information about the involvement of the second parties.

[58] In response to Commissioner Décaré's inquiries about the legal grounds pertaining to 30-08 interceptions and the second parties, a letter from the Director General, Policy and Communications, CSEC dated April 12, 2011 states the following:

la *Loi sur la défense nationale*] du mandat du [CSTC] et des articles 12 et 21 de la [Loi sur SCRS].

[55] Après avoir examiné ces renseignements, il m'a paru évident que le commissaire était principalement préoccupé par les renseignements qui avaient été soumis au juge Blanchard dans le cadre de la demande SCRS-10-07 et qui n'avaient pas été soumis dans le cadre de la demande SCRS-30-08 ou dans une demande ultérieure d'émission d'un 30-08. Selon le témoignage rendu par M. Abbott devant le juge Blanchard, si le mandat était décerné, le CSTC fournirait une assistance au SCRS, notamment en demandant à ses partenaires membres du « Groupe des cinq » (États-Unis, Royaume-Uni, Australie et la Nouvelle-Zélande) de surveiller les cibles des mandats. Bien que, comme je l'ai déjà souligné, cette pratique n'ait pas été discutée dans la preuve soumise à l'appui de la demande SCRS-30-08, elle a été appliquée par défaut par le SCRS et le CSTC lors de la délivrance du 30-08.

[56] Dans son rapport très secret, le commissaire Décaré a résumé, en se fondant sur les renseignements examinés, comment la pratique a évolué :

[TRADUCTION]

[\*\*\*]

[57] Le commissaire Décaré a signalé que l'affidavit souscrit par le CSTC pour le juge Blanchard précisait en détail que le CSTC se servirait des biens d'une seconde partie afin d'intercepter des communications en vertu des 30-08 et expliquait comment chaque seconde partie peut se servir des renseignements qui seraient partagés. Par contre, l'affidavit souscrit par CSTC et le témoignage qu'il a rendu dans le cadre de la demande dont je suis saisi ne contenaient aucun renseignement concernant la participation de secondes parties.

[58] En réponse aux demandes de renseignement du commissaire Décaré à propos des fondements d'ordre juridique relatifs aux interceptions effectuées en vertu de 30-08 et aux secondes parties, une lettre du directeur général, de la section Politiques et communications du CSTC, datée du 12 avril 2011, signale ce qui suit :

... CSEC is pleased to share with the Commissioner's office copies (attached) of the six legal opinions provided to CSEC by its Directorate of Legal Services (DLS) pertaining to the interception of the communications of Canadians located outside of Canada, pursuant to a 30-08 Warrant obtained by the Canadian Security Intelligence Service (CSIS).

...

In relation to CSEC's legal position requesting Second Party assistance with 30-08 interception, CSEC refers the Commissioner's office to the October 2007 decision by Justice Blanchard in which he states that a warrant would not be required to authorize investigative activities outside Canada. For this reason, CSEC believes that requests for assistance to foreign nations are not within the scope of the 30-08 (in those instances where foreign assistance is provided outside Canada, the domestic law of the foreign nation applies). [Underlining added.]

[59] The underlined passage is an interpretation of Justice Blanchard's October 2007 decision by CSEC legal counsel. As discussed above, there is nothing in Justice Blanchard's reasons that states that a warrant (or express legislative authority) would not be required to authorize investigative activities outside Canada. Rather, as he declared, the Court lacked the jurisdiction under the statute to grant such a warrant. He did not address whether Parliament could authorize such activities other than by reference to the analysis in *Hape* which acknowledged that it is open to Parliament to enact such legislation.

[60] Commissioner Décarý questioned whether forwarding [\*\*\*] information about the Canadian subjects of 30-08 warrants to the second parties resulted in a loss of control over the information which may result in an unauthorized violation of the subjects' reasonable expectations of privacy. CSEC officials, in response, relied on the reasoning of the majority of the Supreme Court of Canada in *Schreiber v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 841. In *Schreiber*, the majority held that the requirement under Canadian domestic law to obtain a prior judicial authorization for a search does not apply to requesting a foreign nation to undertake an activity that could potentially engage the rights of an individual under the Charter, if the impugned activity was

[TRANSLATION] [...] Le CSTC est heureux de partager avec le bureau du commissaire les copies (jointes aux présentes) de six opinions juridiques qui ont été fournies au CSTC par sa Direction des services juridiques (DSJ) en rapport avec l'interception, en vertu d'un mandat 30-08 obtenu par le Service canadien du renseignement de sécurité (SCRS), de communications de Canadiens se trouvant à l'étranger.

[...]

En ce qui concerne l'opinion juridique du CSTC demandant l'assistance d'une seconde partie dans le cadre d'interception effectuée en vertu d'un mandat 30-08 le CSTC renvoie le bureau du commissaire à la décision rendue en octobre 2007 par le juge Blanchard dans laquelle il déclare qu'il ne serait pas nécessaire de décerner un mandat pour autoriser la tenue d'enquêtes à l'étranger. Pour ce motif, le CSTC estime que les demandes d'assistance de la part de pays étrangers ne relèvent pas de la portée du mandat 30-08 (dans les cas où il y assistance étrangère à l'étranger, le droit du pays étranger s'applique). [Non souligné dans l'original.]

[59] Le passage souligné est l'interprétation faite par le conseiller juridique de la décision rendue par le juge Blanchard en octobre 2007. Comme je l'ai déjà mentionné, rien dans les motifs du juge Blanchard ne porte qu'il n'est pas nécessaire de décerner un mandat (ou une autorisation législative expresse) pour autoriser la tenue d'enquêtes à l'étranger. Le juge Blanchard a plutôt observé que la Cour n'était pas autorisée par la loi à accorder un tel mandat. Il n'a pas abordé la question de savoir si le législateur pouvait autoriser de telles activités; il s'est contenté de renvoyer à l'enseignement de la jurisprudence dans l'arrêt *Hape*, laquelle reconnaissait qu'il est loisible au législateur d'adopter une telle loi.

[60] Le commissaire Décarý a recherché si la divulgation [\*\*\*] visés par le 30-08 [\*\*\*] renseignements les concernant au secondes parties résultait en une perte de contrôle sur les renseignements qui pouvait causer une violation non autorisée des attentes raisonnables des personnes visées en matière de protection de la vie privée. Les agents du CSTC, en réponse, ont invoqué le raisonnement des juges majoritaires de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Schreiber c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 841. Dans l'arrêt *Schreiber*, les juges, ont conclu, à la majorité, que, l'exigence prévue en droit canadien selon laquelle, pour effectuer une fouille, il faut d'abord obtenir une autorisation judiciaire, ne joue pas lorsque l'on demande à un pays

undertaken in Canada by the Government of Canada. By analogy, CSEC argued, they could request that a foreign agency do within its jurisdiction that which CSIS and CSEC could not do in Canada without a warrant.

[61] In the result, Commissioner Décarry accepted that Canadian law, encompassing the privacy protections contained in the Charter, does not apply to the interception of communications of Canadians by the second parties because they are acting within their own legal framework. He referred to this conclusion in these terms:

Overall, the Commissioner accepts Justice Canada's and CSEC's arguments that the law can allow for second party assistance with 30-08.

[62] The DAGC relies on this conclusion but argues that Commissioner Décarry's analysis as a whole is erroneous in so far as it appears to link requests for second party assistance to the 30-08 warrant authority. In my view, notwithstanding the unfortunate juxtaposition of the references to second-party assistance and 30-08, Commissioner Décarry understood the distinction between the limited assistance mandate authorized by the warrant and that pursued by the Service and CSEC. In any event, Commissioner Décarry's analysis, while worthy of respect, does not bind the Court.

[63] Commissioner Décarry remained concerned that the second parties may decide to use the [\*\*\*] information associated with a Canadian person should one of the allies see a national interest in the subject. He noted that each of the second parties, as a sovereign nation, can derogate from the agreements made with CSEC to respect each other's laws as dictated by their own national interest.

[64] Accordingly, Commissioner Décarry deemed it appropriate to recommend that CSEC discuss with CSIS an extension of its existing practice with [\*\*\*]—a caveat

étranger de se livrer à des activités qui pourraient mettre en cause les droits garantis à toute personne par la Charte si l'activité controversée a été entreprise au Canada par le gouvernement du Canada. Par analogie, le CSTC a soutenu qu'il pourrait demander qu'une agence étrangère fasse dans son ressort ce que le SCRS et le CSTC ne peuvent pas faire au Canada sans être autorisés par mandat.

[61] Par conséquent, le commissaire Décarry a retenu l'opinion voulant que le droit canadien, y compris les protections de la vie privée contenues dans la Charte, ne joue pas en matière d'interception de communications de Canadiens par des secondes parties parce qu'elles interviennent conformément à leur propre cadre juridique. Il a renvoyé à cette conclusion dans les termes suivants :

[TRADUCTION] Dans l'ensemble, le commissaire retient les arguments du Ministère de la Justice et du CSTC voulant que la Loi permet qu'une seconde partie apporte son assistance dans le cadre de l'exécution d'un 30-08.

[62] Le SPGC invoque cette conclusion, mais soutient que l'analyse du commissaire Décarry, dans l'ensemble, est erronée en ce sens qu'elle semble rattacher les demandes d'assistance de secondes parties à l'autorisation accordée par un 30-08. Selon moi, malgré la juxtaposition malencontreuse des renvois à l'assistance d'une seconde partie et des 30-08, le commissaire Décarry a compris la distinction entre le mandat d'assistance limitée autorisée par le mandat et le mandat exécuté par le Service et le CSTC. De toute façon, l'analyse du commissaire Décarry, bien que digne d'intérêt, ne lie pas la Cour.

[63] Le commissaire Décarry craignait que les secondes parties décident de se servir des [\*\*\*] associés à un Canadien si un des pays alliés s'intéresse, pour des raisons d'intérêt national à la personne visée. Il a signalé que chacune des secondes parties, à titre de pays souverain, peut, en fonction de son intérêt national, déroger aux ententes conclues avec le CSTC en vertu desquelles on doit respecter les lois de chacun.

[64] Par conséquent, le commissaire Décarry a estimé qu'il convenait de recommander que le CSTC discute avec le SCRS d'étendre sa pratique existante avec la

not to disclose or to take other action on Canadian [\*\*\*] information [\*\*\*] relating to the Canadian subjects of 30-08 warrants—to assistance with 30-08 involving CSEC’s other second-party partners [\*\*\*].

[65] Moreover, for clarity and to remove any ambiguities between CSEC’s practices and the decision in CSIS-30-08 and because of the privacy implications of CSEC sharing with the second parties Canadian [\*\*\*] information [\*\*\*] associated with the Canadian subjects of the 30-08 warrants, Commissioner Décary believed that the Federal Court should be made explicitly aware in each case that CSEC may, at CSIS’s request, share with the second-party partners information about the Canadian target of a 30-08 warrant. This discussion and recommendation appears to link the issuance of a 30-08 warrant for execution in Canada and the requests made to the second parties.

[66] Having read Commissioner Décary’s secret report and heard the preliminary submissions of counsel for CSIS and CSEC, at the conclusion of the hearing on September 4, 2013, I considered it necessary to direct that further evidence and argument be presented on two issues arising from the information before me and a hearing was scheduled for October 23–24, 2013.

[67] To assist me with the examination of these matters I appointed as *amicus curiae*, Mr. Gordon Cameron, a lawyer with the Blake, Cassels and Graydon law firm in Ottawa. Mr. Cameron is one of the special advocates with a top secret security clearance on the list maintained by the Attorney General of Canada.

[68] On October 4, 2013, counsel for the DAGC filed an affidavit from Mr. Abbott (now director general SIGINT programs) and written submissions together with two books of authorities. This material was also provided to Mr. Cameron and he prepared a written

[\*\*\*], savoir une mise en garde de ne pas divulguer les renseignements canadiens en matière [\*\*\*] figurant dans les [\*\*\*] ou ayant trait au Canadiens visés par les 30-08 ou de faire quoi que ce soit avec ces renseignements, à l’assistance fournie relativement à l’exécution des 30-08 à laquelle participent les autres partenaires de seconde partie du CSTC au [\*\*\*].

[65] En outre, à des fins de clarté et afin d’éliminer toute ambiguïté entre les pratiques du CSTC et la décision rendue dans le cadre de la demande SCRS-30-08 et en raison des incidences sur la protection de la vie privée que comporte le partage entre le CSTC et les secondes parties des renseignements canadiens en matière [\*\*\*] associés aux Canadiens visés par les 30-08, le commissaire Décary estimait que la Cour fédérale devrait être explicitement avisée dans chaque cas que le CSTC peut, à la demande du SCRS, partager avec les partenaires des secondes parties des renseignements concernant la cible canadienne visée par un 30-08. Cette discussion et cette recommandation semblent rattacher l’émission du 30-08 devant être exécuté au Canada aux demandes faites aux secondes parties.

[66] Après avoir lu le rapport secret du commissaire Décary et après avoir entendu les observations des avocats du SCRS et du CSTC, à la conclusion de l’audience le 4 septembre 2013, j’ai estimé nécessaire d’ordonner que d’autres éléments de preuve et d’autres témoignages soient produits quant à deux questions découlant des renseignements dont je suis saisi et la tenue d’une audience a été fixée aux 23 et 24 octobre 2013.

[67] Pour m’aider à examiner ces questions, j’ai nommé M. Gordon Cameron *amicus curiae*. Il est avocat chez Blake, Cassels et Graydon, un cabinet d’avocats d’Ottawa. M. Cameron est l’un des avocats spéciaux possédant une cote de sécurité très secrète et qui est inscrit sur la liste dressée par le procureur général du Canada.

[68] Le 4 octobre 2013, l’avocat du SPGC a déposé un affidavit souscrit par M. Abbott (maintenant directeur général des programmes du SIGINT), des observations écrites et deux cahiers de jurisprudence. Ces documents ont également été remis à M. Cameron et il a préparé un

outline of the oral submissions he intended to make at the hearing.

résumé écrit des observations verbales qu'il se proposait de formuler à l'audience.

## ISSUES

## LES QUESTIONS EN LITIGE

[69] The issues that I considered to arise from the record were:

[69] Les questions découlant du dossier que j'ai examiné sont les suivantes :

1. Whether CSIS met its duty of full and frank disclosure when it applied for a 30-08 warrant in application CSIS-30-08 and any subsequent 30-08 warrant application; and
2. The legal authority of CSIS, through CSEC, to seek assistance from foreign partners to intercept the telecommunications of Canadians while they are outside of Canada.

1. Le SCRS a-t-il respecté son obligation d'agir avec la bonne foi la plus absolue et d'exposer les faits de manière complète, franche et impartiale lorsqu'il a demandé l'émission d'un 30-08 dans le cadre de la demande SCRS-30-08 et de toute demande ultérieure de délivrance d'un 30-08.
2. Le pouvoir légal du SCRS de demander, par l'intermédiaire du CSTC, à des partenaires étrangers de l'aider à intercepter les télécommunications de Canadiens pendant que ceux-ci se trouvent à l'étranger.

### *Preliminary question of privilege*

### *Question préliminaire du secret professionnel*

[70] On October 22, 2013, counsel for the DAGC submitted an amended affidavit and supplemental affidavit from Mr. Abbott together with the affidavit of a CSIS officer, [\*\*\*] and a chronology of events. The supplemental affidavit and [\*\*\*]'s affidavit were provided in a sealed envelope with the request that the Court consider oral submissions before opening and reading the documents.

[70] Le 22 octobre 2013, l'avocat du SPGC a soumis l'affidavit modifié et l'affidavit supplémentaire souscrits par M. Abbott ainsi que l'affidavit souscrit par un agent du SCRS, monsieur [\*\*\*] et la chronologie des événements. L'affidavit supplémentaire et l'affidavit de [\*\*\*] ont été soumis dans une enveloppe scellée accompagnée d'une demande que la Cour examine les observations verbales avant d'ouvrir et de lire les documents.

[71] Appended to Mr. Abbott's supplemental affidavit and [\*\*\*]'s affidavit were documents containing legal opinions provided to CSIS and CSEC by Department of Justice counsel. At the start of the hearing on October 22, 2013, I heard the oral submissions of counsel for the DAGC and the responding submissions of Mr. Cameron as to whether the documents were protected by solicitor-client privilege. The position taken by counsel for the DAGC was that the testimony of the affiants, Messrs. Abbott and [\*\*\*] would be that in any matter pertaining to the 30-08 warrants CSIS and CSEC officials had acted on the advice of their lawyers. The appended documents would demonstrate

[71] Des documents contenant des opinions juridiques fournies au SCRS et au CSTC par les avocats du ministère de la Justice étaient joints à l'affidavit supplémentaire de M. Abbott et à l'affidavit de [\*\*\*]. Au début de l'audience, le 22 octobre 2013, j'ai entendu les observations verbales de l'avocat du SPGC et les observations formulées en réponse par M. Cameron quant à savoir si les documents étaient protégés par le professionnel de l'avocat. L'avocat du SPGC était d'avis que le témoignage des affiants, MM. Abbott et [\*\*\*], serait que dans toute affaire ayant trait à des 30-08, les représentants du SCRS et du CSTC ont agi en se fiant aux conseils de leurs avocats. On m'a dit que les documents annexés

that was the case, I was told. It was submitted, however, that the specific content of that advice remained privileged. The *amicus* responded that any privilege attaching to the documents was implicitly waived by the assertion of legal advice as the justification for the actions of CSIS and CSEC officials.

[72] Counsel for the DAGC invited me to review the material and determine whether privilege attached to the content of the documents. Accordingly, I recessed to read the documents and consider the matter. Upon resuming the hearing, I indicated that I was satisfied that the content was not privileged.

[73] As argued by the *amicus*, waiver may implicitly result from reliance on privileged communications in litigation: Robert W. Hubbard *et al.*, *The Law of Privilege in Canada* (Toronto: Canada Law Book, 2014), at page 11-64. Thus in *R. v. Campbell*, [1999] 1 S.C.R. 565, at paragraph 67, it was found that where the holder of privilege relies upon legal advice to justify the legality of his or her actions, they have “waived the right to shelter behind solicitor-client privilege the contents of the advice thus exposed and relied upon.”

[74] I considered, however, that it was not necessary to share the entire content of one document attached to Mr. Abbott’s supplemental affidavit with the *amicus*; that being the opinion provided by the DAGC to the Director of CSIS in October 2008 which I have discussed above. While that document provided useful information about the background to the issues, its disclosure to the *amicus* in full was not necessary for him to assist me in the determination of the issues. I read what I considered to be the most relevant portion of the opinion into the record—that related to the interpretation of section 12 of the CSIS Act. The affidavits and the other appended documents were then entered as received at the hearing and, apart from the October 2008 opinion, disclosed to Mr. Cameron. Messrs. Abbott and [\*\*\*] were then called as witnesses and examined as to their knowledge of the circumstances giving rise to the

démontreraient que tel était le cas. On a toutefois soutenu que le contenu de cette opinion était visé par le secret professionnel. L’*amicus* a répondu qu’on avait renoncé à tout secret professionnel rattaché aux documents en affirmant que les représentants du SCRS et du CSTC ont entrepris leurs actions en se fondant sur des opinions juridiques.

[72] L’avocat du SPGC m’a invité à examiner les documents et à me prononcer à savoir si le contenu des documents était visé par le secret professionnel. Par conséquent, j’ai suspendu l’audience afin de lire les documents et d’examiner cette question. Après avoir repris l’audience, j’ai déclaré avoir conclu que ce contenu n’était pas visé par le secret professionnel.

[73] Comme l’*amicus* l’a prétendu, la renonciation au privilège peut découler implicitement du fait qu’on ait invoqué dans un contentieux des communications visées par le secret professionnel : Robert W. Hubbard *et al.*, *The Law of Privilege in Canada* (Toronto : Canada Law Book, 2014), à la page 11-64. Par conséquent, dans l’arrêt *R. c. Campbell*, [1999] 1 R.C.S. 565, au paragraphe 67, il a été conclu que lorsque le détenteur s’appuie sur un avis juridique pour plaider la légalité de ses actions, il « a renoncé au droit d’abriter derrière le secret professionnel de l’avocat le contenu de l’avis ainsi dévoilé et invoqué ».

[74] J’ai toutefois estimé qu’il n’était pas nécessaire de partager avec l’*amicus* le contenu entier de l’un des documents joint à l’affidavit supplémentaire de M. Abbott; il s’agit là de l’opinion remise par le SPGC au directeur du SCRS en octobre 2008 dont j’ai déjà parlé. Bien que ce document contînt des renseignements utiles sur le contexte des questions en litige, il n’était pas nécessaire qu’il soit divulgué en entier à l’*amicus* pour que celui-ci m’aide à trancher les questions en litige. J’ai lu ce que j’estimais être la partie la plus pertinente de l’opinion figurant au dossier — celle qui avait trait à l’interprétation de l’article 12 de la Loi sur le SCRS. Les affidavits et les autres documents annexés ont alors été inscrits comme ayant été reçus à l’audience et, à l’exception de l’opinion d’octobre 2008, ont été communiqués à M. Cameron. MM. Abbott et [\*\*\*] ont alors été appelés à témoigner et ont été interrogés sur ce qu’ils savaient



applications for CSIS-10-07, CSIS-30-08 and subsequent warrants.

quant aux circonstances qui ont donné lieu aux demandes SCRS-10-07 et SCRS-30-08 ainsi qu'aux demandes ultérieures d'émission de mandat.

#### ARGUMENT AND ANALYSIS

*Did CSIS meet its duty of full and frank disclosure when it applied for a 30-08 warrant in application CSIS-30-08 and any subsequent 30-08 warrant application?*

[75] As I have noted above, on the record before me it is not clear that a request for foreign assistance was made in application CSIS-30-08 although that might be inferred from the timing of the first request just days after my top secret reasons for order were released, according to Mr. Abbott's evidence. The DAGC agreed, however, that the issue should not be resolved on the basis that there was no actual non-disclosure in CSIS-30-08. The DAGC acknowledges that there was no disclosure of the requests for foreign assistance in the applications that followed the rationale developed in CSIS-30-08. Rather than have the matter addressed in each of those files, the DAGC agreed that the issue ought to be dealt within a single proceeding.

[76] In his testimony, Mr. Abbott candidly stated that his evidence in CSIS-30-08 was "crafted" with legal counsel to exclude any reference to the role of the second parties described in his affidavit before Justice Blanchard. [\*\*\*].

[77] While discussions had been ongoing between CSIS and CSEC prior to the January 2009 application about the implications of Justice Blanchard's decision, Mr. Abbott stated that he was not aware of any actual requests for second party assistance prior to the

#### ARGUMENT ET ANALYSE

*Le SCRS a-t-il respecté son obligation d'agir avec la bonne foi la plus absolue et d'exposer les faits de manière complète, franche et impartiale lorsqu'il a demandé la délivrance d'un 30-08 dans le cadre de la demande SCRS-30-08 et de toute demande subséquente de délivrance d'un 30-08?*

[75] Comme je l'ai déjà signalé, il ne ressort pas clairement du dossier dont je suis saisi qu'une demande d'aide étrangère a été faite dans le cadre de la demande SCRS-30-08 bien que, selon le témoignage de M. Abbott [\*\*\*], on puisse conclure que tel fut le cas si on se fie au moment choisi pour présenter la première demande, à savoir quelques jours seulement après que j'eus rendu mes motifs d'ordonnance très secrets. Le SPGC a toutefois convenu que la question n'a pas à être réglée en prenant pour acquis qu'il n'y a pas vraiment eu de non-communication à l'occasion de la demande SCRS-30-08. Le SPGC reconnaît qu'il n'y a pas eu communication des demandes d'aide étrangère à l'occasion des demandes qui ont suivi le raisonnement élaboré dans la demande SCRS-30-08. Le SPGC a retenu l'idée que la question soit discutée dans le cadre d'une seule instance plutôt que d'être discutée dans le cadre de chacun de ces dossiers.

[76] Dans son témoignage, M. Abbott a déclaré avec franchise que le témoignage qu'il avait rendu dans le cadre de la demande SCRS-30-08 avait été « élaboré » avec les conseillers juridiques afin d'exclure toute mention du rôle joué par les secondes parties décrites dans l'affidavit présenté au juge Blanchard. [\*\*\*].

[77] Bien que des discussions eussent lieu entre le SCRS et le CSTC avant la demande de janvier 2009 à propos des incidences de la décision du juge Blanchard, M. Abbott a déclaré que ce n'est qu'au moment de la délivrance du premier 30-08 qu'il avait appris que des

issuance of the first 30-08 warrant (transcript, October 23, 2013, at pages 42–43):

Yes, they would have been in the context of 30-08 warrants from January of 2009 when we receive the first signed warrant from the Federal Court. This is the first instance where they requested that we utilize second party assets to target that individual while he was outside of Canada.

[78] In his amended affidavit dated October 22, 2013, Mr. Abbott disclosed that in relation to the individuals who were subject to a 30-08 warrant over the preceding 12 months, [\*\*\*].

[79] The DAGC contends that the Service met its duty of full and frank disclosure when it sought a 30-08 warrant in application CSIS-30-08 and in all subsequent applications for such a warrant. It is argued that the Service provided all material information in these applications and the fact that the Service may request assistance from foreign partners through CSEC to intercept the telecommunications of Canadians abroad is not an issue properly before this Court on warrant applications.

[80] The view of the *amicus* is that there was a serious breach of the duty of candour to the Court in the CSIS-30-08 application and in the subsequent applications that relied on that decision. That breach has been exacerbated, the *amicus* submits, by the failure to acknowledge the lack of candour in this proceeding because it demonstrates that the Service does not understand its duty when it comes before this Court *ex parte*.

[81] The information about the requests to foreign agencies was relevant to the application in CSIS-30-08 and subsequent applications, the *amicus* submits, because, if correct, the Service has an alternative means of investigation that paragraph 21(2)(b) of the Act requires be disclosed to the judge hearing the warrant

demandes d'assistance de la part de secondes parties avaient été faites (transcription, 23 octobre 2013, aux pages 42 et 43) :

[TRADUCTION] Oui, elles ont été faites dans le cadre des demandes de [30-08] en janvier 2009 lorsque nous avons reçu le premier mandat signé de la Cour fédérale. C'était la première fois où on nous demandait d'utiliser les biens des secondes parties pour cibler cette personne pendant qu'elle se trouvait à l'extérieur du Canada.

[78] Dans son affidavit modifié daté du 22 octobre 2013, M. Abbott a révélé relativement aux personnes qui ont été visées par un 30-08 au cours des 12 mois précédents, [\*\*\*].

[79] Le SPGC soutient que le Service a respecté son obligation d'agir avec la bonne foi la plus absolue et d'exposer les faits de manière complète, franche et impartiale lorsqu'il a demandé l'émission d'un 30-08 dans le cadre de la demande SCRS-30-08 ainsi que dans le cadre de demandes ultérieures de délivrance d'un tel mandat. Il est soutenu que le Service a fourni tous les renseignements importants dans le cadre de ces demandes et le fait que le Service puisse demander l'assistance de la part de partenaires étrangers par l'intermédiaire du CSTC afin d'intercepter les télécommunications de Canadiens qui se trouvent à l'étranger n'est pas une question dont est dûment saisie la Cour dans le cadre de demandes d'émission de mandat.

[80] L'*amicus* est d'avis qu'il y a eu une grave violation de l'obligation de franchise envers la Cour dans le cadre de la demande SCRS-30-08 ainsi que des demandes ultérieures fondées sur cette décision. Selon l'*amicus*, cette violation a été aggravée par le fait qu'on a omis de reconnaître qu'il y avait eu absence de franchise à l'occasion de la présente procédure parce que cela démontre que le Service ne comprend pas ce à quoi il est tenu lorsqu'il comparait *ex parte* devant la Cour.

[81] Selon l'*amicus*, les renseignements concernant les demandes d'assistance de la part d'agences étrangères étaient pertinents quant à la demande SCRS-30-08 et quant aux demandes ultérieures, parce que, si cela est juste, le Service dispose d'un autre moyen d'enquête qui, selon l'alinéa 21(2)(b) de la Loi, doit être

application. The application in CSIS-30-08 and the subsequent applications for 30-08 warrants were calculated, he submits, to have the Court understand the opposite of what was put before Justice Blanchard. The applications were crafted to give the Court the impression that the only interceptions of the target's communications would be [\*\*\*] Canada under authority of the warrant. It was solely on this basis that the Court concluded that it had jurisdiction to issue a warrant. Had the information been disclosed, the Court may have reached a different conclusion.

[82] The duty of full and frank disclosure in an *ex parte* proceeding was discussed by the Supreme Court of Canada in *Ruby v. Canada (Solicitor General)*, 2002 SCC 75, [2002] 4 S.C.R. 3, at paragraph 27:

In all cases where a party is before the court on an *ex parte* basis, the party is under a duty of utmost good faith in the representations it makes to the court. The evidence presented must be complete and thorough and no relevant information adverse to the interests of that party may be withheld; *Royal Bank*, *supra*, at para.11. Virtually all codes of professional conduct impose such an ethical obligation on lawyers. See for example the *Alberta Code of Professional Conduct*, c.10, r. 8.

[83] The DAGC acknowledges that this duty, also known as the duty of utmost good faith or candour, applies to all of the Service's *ex parte* proceedings before the Federal Court: *Harkat (Re)*, 2010 FC 1243, 224 C.R.R. (2d) 167, at paragraph 117, *revd* on other grounds 2012 FCA 122, [2012] 3 F.C.R. 635, appeal on reserve before the Supreme Court [the Supreme Court has since rendered its decision; see 2014 SCC 37, [2014] 2 S.C.R. 33]; *Charkaoui (Re)*, 2004 FCA 421, [2005] 2 F.C.R. 299, at paragraphs 153–154; *Almrei (Re)*, 2009 FC 1263, [2011] 1 F.C.R. 163, paragraph 498. In making a warrant application pursuant to sections 12 and 21 of the CSIS Act, the Service must present all material facts, favourable or otherwise.

[84] It is submitted on behalf of the Service that:

... the fact that in addition to seeking warrants from the Court the Service may also seek the assistance, through CSEC, of foreign partners to intercept under their own legal framework

communiquée au juge qui entend la demande de mandat. L'*amicus* soutient que la demande SCRS-30-08 et les demandes de 30-08 ultérieures visaient à ce que la Cour comprenne le contraire de ce qui avait été présenté au juge Blanchard. Les demandes ont été conçues de manière à donner à la Cour l'impression que les interceptions des communications de la cible ne pourraient être faites que par [\*\*\*] Canada et ce, en vertu de l'autorisation accordé par le mandat. C'est sur cet unique fondement que la Cour a conclu qu'elle avait compétence pour décerner le mandat. Si les renseignements avaient été divulgués, la Cour aurait pu tirer une autre conclusion.

[82] La Cour suprême du Canada, dans l'arrêt *Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, 2002 CSC 75, [2002] 4 R.C.S. 3, au paragraphe 27, s'est penchée sur la question de l'obligation de divulgation complète et franche dans une instance *ex parte* :

La partie qui plaide *ex parte* devant un tribunal a l'obligation de présenter ses arguments avec la bonne foi la plus absolue. Elle doit offrir une preuve complète et détaillée, et n'omettre aucune donnée pertinente qui soit défavorable à son intérêt : *Royal Bank*, précité, par. 11. Presque tous les codes de déontologie professionnelle applicables aux avocats leur font cette obligation. Voir, par exemple, l'*Alberta Code of Professional Conduct*, ch.10, règle 8.

[83] Le SPGC reconnaît que cette obligation, également qualifiée d'obligation de bonne foi la plus absolue, joue dans toutes les instances dans lesquelles le Service plaide *ex parte* devant la Cour fédérale : *Harkat (Re)*, 2010 CF 1243, au paragraphe 117, infirmée pour d'autres motifs 2012 CAF 122, [2012] 3 R.C.F. 635, jugement en délibéré devant la Cour suprême [la Cour suprême a depuis rendu sa décision. Voir 2014 CSC 37, [2014] 2 R.C.S. 33]; *Charkaoui (Re)*, 2004 CAF 421, [2005] 2 R.C.F. 299, aux paragraphes 153 et 154; *Almrei (Re)*, 2009 CF 1263, [2011] 1 R.C.F. 163, au paragraphe 498. Lorsqu'il présente une demande de mandat au titre des articles 12 et 21 de la Loi sur le SCRS, le Service doit faire état de tous les faits importants, favorables ou non.

[84] Il est soutenu par le Service que :

[TRADUCTION] [...] le fait que, en plus de demander des mandats à la Cour, le Service peut également demander de l'assistance, par l'intermédiaire du CSTC, de la part de

telecommunications of a Canadian subject of investigation abroad as part of a lawful investigation in Canada is not a material fact which could have been relevant to the designated judge in making determinations required for the purpose of exercising a discretion in the context of a warrant application pursuant to section 21 of the *CSIS Act*.

[85] In advancing this argument, the DAGC relies on definitions of “material facts” set out in decisions relating to criminal proceedings. In the context of a criminal trial, evidence is material if what it is offered to prove or disprove is a fact in issue as determined by the allegations contained in the indictment and the governing procedural and substantive law: *R. v. Luciano*, 2011 ONCA 89, 267 C.C.C. (3d) 16, at paragraph 207.

[86] It is submitted by the DAGC that in the context of a warrant application, materiality refers to information that is probative to the legal or factual determination that a judge will be asked to make when deciding whether to grant or deny the request for a warrant: *R. v. Lee*, 2007 ABQB 767, 427 A.R. 76, at paragraphs 132–136. The lack of any reference to requests for assistance to foreign partners was not included in 30-08 warrant applications because it was legally and factually irrelevant to the issuance of the warrant sought, it is argued. This Court’s jurisdiction, as determined by Mr. Justice Blanchard, did not extend to governing the relationship between the Service and the foreign partners, the DAGC submits.

[87] In *R. v. G.B. (application by Bogiatzis, Christodoulou, Cusato and Churchill)*, [2003] O.T.C. 785 (Ont. S.C.J.), a case involving an application for a stay of proceedings on the ground that a police officer had lied in affidavits to obtain wiretap authorizations, the Court described material facts as follows at paragraphs 11 and 12:

Material facts are those which may be relevant to an authorizing judge in determining whether the criteria for granting a wiretap authorization have been met. For the disclosure to be

partenaires étrangers afin d’intercepter, en vertu de leurs propres cadres juridiques, les télécommunications d’un Canadien visé par une enquête se trouvant à l’étranger, dans le cadre d’une enquête légale au Canada n’est pas un fait important qui aurait pu être considéré pertinent par le juge désigné lorsqu’il rend des décisions exigées pour les besoins de l’exercice d’un pouvoir discrétionnaire dans le contexte d’une demande de mandat présentée au titre de l’article 21 de la *Loi sur le SCRS*.

[85] Avançant cette thèse, le SPGC invoque les définitions de « faits importants » énoncées dans les décisions ayant trait à des instances pénales. En matière de procès pénal, l’élément de preuve est importante si ce qu’il vise à prouver ou à réfuter est un fait controversé vu les allégations figurant dans l’acte d’accusation et les règles de fond et procédurales régissant l’affaire : *R. v. Luciano*, 2011 ONCA 89, 267 C.C.C. (3d) 16, au paragraphe 207.

[86] Le SPGC soutient que, en matière de demande de mandat, le caractère important fait référence aux éléments probants quant à la recherche sur le plan juridique ou factuelle que le juge sera appelé à faire pour décider d’accueillir ou de rejeter la demande de mandat : *R. v. Lee*, 2007 ABQB 767, 427 A.R. 76, aux paragraphes 132 à 136. Il soutient que l’absence de référence à des demandes d’assistance de la part de partenaires étrangers n’a pas été mentionnée dans les demandes de 30-08 parce qu’elle n’avait aucune pertinence sur le plan juridique et sur le plan factuel quant à la délivrance du mandat demandé. Le SPGC soutient que la compétence de la Cour, comme l’a établi le juge Blanchard, n’englobe pas la gestion de la relation entre le Service et les partenaires étrangers.

[87] À l’occasion de l’affaire *R. v. G.B. (application by Bogiatzis, Christodoulou, Cusato and Churchill)*, [2003] O.T.C. 785 (C.S.J. Ont.), où il était question d’une demande de sursis des procédures au motif qu’un agent de police avait menti dans des affidavits afin d’obtenir des autorisations d’écoute téléphonique, la Cour, aux paragraphes 11 et 12, a défini les faits importants de la manière suivante :

[TRADUCTION] Les faits importants sont ceux qui peuvent permettre au juge saisi d’une demande de vérifier si les critères applicables en matière d’autorisation d’écoute téléphonique

frank, meaning candid, the affiant must turn his or her mind to the facts which are against what is sought and disclose all of them which are known, including all facts from which inferences may be drawn. Consequently, the obligation of full and frank disclosure means that the affiant must disclose in the affidavit facts known to the affiant which tend to disprove the existence of either reasonable and probable grounds or investigative necessity in respect of any target of the proposed authorization.

The obligation of full and frank disclosure also means that the affiant should never make a misleading statement in the affidavit, either by means of the language used or by means of strategic omission of information. [Underlining added.]

[88] I agree with counsel for the DAGC that in the context of a warrant application pursuant to section 21 of the CSIS Act, material facts are those which may be relevant to a designated judge in determining whether the criteria found in paragraphs 21(2)(a) and (b) have been met. The criteria are as follows:

**21. ...**

Matters to be specified in application for warrant

(2) ...

(a) the facts relied on to justify the belief, on reasonable grounds, that a warrant under this section is required to enable the Service to investigate a threat to the security of Canada or to perform its duties and functions under section 16;

(b) that other investigative procedures have been tried and have failed or why it appears that they are unlikely to succeed, that the urgency of the matter is such that it would be impractical to carry out the investigation using only other investigative procedures or that without a warrant under this section it is likely that information of importance with respect to the threat to the security of Canada or the performance of the duties and functions under section 16 referred to in paragraph (a) would not be obtained.

[89] However, I do not accept the narrow conception of relevance advocated by the DAGC in this context as

ont été satisfaits. Pour que la communication soit franche, c'est-à-dire sincère, l'affiant doit se pencher sur les faits qui sont défavorables à sa demande et communiquer en entier les faits connus, y compris tous les faits à partir desquels des déductions peuvent être tirées. Par conséquent, l'obligation de communication complète et franche signifie que l'affiant doit communiquer dans l'affidavit les faits qui lui sont connus qui tendent à réfuter l'existence de motifs raisonnables et probables ou la nécessité de faire enquête en ce qui concerne l'une ou l'autre cible visée par l'autorisation envisagée.

L'obligation de communication complète et franche signifie également que l'affiant ne doit jamais faire une déclaration trompeuse dans l'affidavit, que ce soit par la formulation utilisée ou par une omission stratégique de renseignements. [Non souligné dans l'original.]

[88] Je retiens la thèse de l'avocat du SPGC portant que, en matière de demande de mandat au titre de l'article 21 de la Loi sur le SCRS, les faits importants sont ceux qui peuvent aider le juge désigné à décider si les critères énoncés aux alinéas 21(2)a) et 21(2)b) ont été satisfaits. Ces critères sont les suivants :

**21. [...]**

(2) [...]

Contenu de la demande

a) les faits sur lesquels le demandeur s'appuie pour avoir des motifs raisonnables de croire que le mandat est nécessaire aux fins visées au paragraphe (1);

b) le fait que d'autres méthodes d'enquête ont été essayées en vain, ou la raison pour laquelle elles semblent avoir peu de chances de succès, le fait que l'urgence de l'affaire est telle qu'il serait très difficile de mener l'enquête sans mandat ou le fait que, sans mandat, il est probable que des informations importantes concernant les menaces ou les fonctions visées au paragraphe (1) ne pourraient être acquises.

[89] Toutefois, je ne retiens pas la conception étroite de la pertinence préconisée par le SPGC en cette matière

it would exclude information about the broader framework in which applications for the issuance of CSIS Act warrants are brought. In my view it is tantamount to suggesting that the Court should be kept in the dark about matters it may have reason to be concerned about if it was made aware of them. In the circumstances under consideration that would include matters relating to the prior history of attempts to have the Court authorize the collection of security intelligence abroad and the potential implications of sharing information about Canadian persons with foreign security and intelligence agencies.

[90] Based on the documentary record before me and Mr. Abbott's evidence, I am satisfied that a decision was made by CSIS officials in consultation with their legal advisors to strategically omit information in applications for 30-08 warrants about their intention to seek the assistance of the foreign partners. As a result, the Court was led to believe that all of the interception activity would take place in or under the control of Canada.

[91] Mr. Abbott certainly understood the importance of providing the Court with information about the process "so that the Court would have a good understanding of how these activities would be undertaken." On cross-examination he observed that (transcript, October 23, 2013, at page 59):

... if we are seeking this assistance, the Court should be aware of what the second party agency would see and what they may or may not choose to do with that information.

[92] It was a material omission for the Service not to explain its new, different and never articulated theory to the Court that, contrary to its position before Justice Blanchard, it did not require warrant authority to task the assets of the second-party allied nations to conduct foreign interceptions. That leads me to the second issue.

car elle exclut les renseignements concernant le cadre élargi dans lequel les demandes de délivrance de mandat au titre de la Loi sur le SCRS sont présentées. Selon moi, cela revient à dire que la Cour ne doit pas être informée quant à des questions au sujet desquelles elle pourrait avoir des réserves si elle en était informée. Dans les circonstances de l'espèce, cela comprendrait les questions ayant trait à l'historique des tentatives qui ont été faites en vue d'obtenir de la Cour l'autorisation de recueillir des renseignements de sécurité à l'étranger et les incidences que peut comporter le partage de renseignements concernant des Canadiens avec des agences étrangères de sécurité et de renseignement.

[90] Compte tenu des éléments de preuve documentaire dont je suis saisi et compte tenu du témoignage de M. Abbott, je conclus que les représentants du SCRS, après avoir consulté leurs conseillers juridiques, ont décidé d'omettre, dans les demandes de 30-08, les renseignements concernant leur intention de demander l'assistance de partenaires étrangers. Par conséquent, la Cour a été amenée à croire que les activités d'interception auraient toutes lieu au Canada ou seraient toutes contrôlées par les autorités canadiennes.

[91] Mr. Abbott a certainement compris l'importance de fournir à la Cour les renseignements concernant le processus [TRADUCTION] « afin que la Cour puisse bien comprendre comment ces activités seraient entreprises ». En contre-interrogatoire, il a signalé ce qui suit (transcription, le 23 octobre 2013, à la page 59) :

[TRADUCTION] [...] si nous demandons cette aide, la Cour doit savoir ce que la seconde partie verra et ce qu'elle peut décider de faire ou de ne pas faire avec ces renseignements.

[92] Le Service a omis un renseignement important en n'expliquant pas à la Cour sa nouvelle et différente thèse selon laquelle, contrairement à ce qu'il a affirmé devant le juge Blanchard, il n'avait pas besoin d'être autorisé par mandat pour mettre à contribution les biens des pays alliés constituant des secondes parties afin d'effectuer des interceptions à l'étranger. Voilà qui m'amène à la deuxième question en litige.

*Does CSIS have the legal authority to seek assistance, through CSEC, from foreign partners to intercept the telecommunications of Canadians while they are outside of Canada?*

[93] In the CSIS-10-07 application before Justice Blanchard, the Service's main contention was that the warrant sought was required to ensure that Canadian agents engaged in [\*\*\*] abroad did so in conformity with Canadian law since the impugned investigative activities may, absent the warrant, breach the Charter and contravene the *Criminal Code*. At that time they argued that a warrant could be issued under section 21 of the Act. This approach would respect the rule of law and would be consistent with the regime of judicial control mandated by Part II of the Act, they submitted.

[94] The Service contends now that they accepted the outcome of Justice Blanchard's decision and, in particular, his finding that the Court had no authority to issue such a warrant. In light of that, they say, they turned to the general authority to investigate threats to the security of Canada set out in section 12 of the Act. They reached the conclusion, through the advice of their legal counsel, that a warrant was not required for CSIS to engage the assistance of the second parties through CSEC to intercept the private communications of Canadians outside the country. CSEC, they argue, does not breach the prohibition against targeting Canadians in the *National Defence Act* when it provides assistance to CSIS operating under the general investigative authority granted the Service by section 12.

[95] On the record before me it appears that no attempt was made to rely on section 12 as the lawful authority required by CSEC to target Canadians in the exercise of its part (c) [paragraph 273.64(1)(c) of the *National Defence Act*] assistance mandate until the spring of 2009 after the Court had issued the first 30-08 warrant.

[96] In the view of the *amicus*, the Attorney General's interpretation of the scope of section 12 of the Act allows the Service "to contract out interceptions of Canadians' communications or accessing Canadians'

*Le SCRS a-t-il le pouvoir légal de demander, par l'intermédiaire du CSTC, à des partenaires étrangers de l'aider à intercepter les télécommunications de Canadiens pendant que ceux-ci se trouvent à l'étranger?*

[93] Dans la demande SCRS-10-07 qui a été soumise au juge Blanchard, le Service soutenait principalement que le mandat demandé était nécessaire afin de garantir que les [\*\*\*] que les agents canadiens mèneraient à l'étranger seraient conformes au droit canadien car les activités controversées peuvent, à défaut de mandat, être contraires à la Charte et au *Code criminel*. Le Service a soutenu à ce moment-là que le mandat pouvait être décerné au titre de l'article 21 de la Loi. Il a soutenu que cette approche permettrait de respecter le principe de la primauté du droit et serait conforme au régime de contrôle judiciaire prescrit par la partie II de la Loi.

[94] Le Service soutient maintenant qu'il a accepté la décision du juge Blanchard et, notamment, sa conclusion selon laquelle la Cour n'avait pas compétence pour décerner le mandat en question. Compte tenu de cela, le Service soutient qu'il a porté son attention sur le pouvoir général d'enquêter sur les menaces posées à la sécurité du Canada énoncé à l'article 12 de la Loi. Il a conclu, grâce aux conseils de ses conseillers juridiques, qu'il n'avait pas besoin d'un mandat pour demander aux secondes parties, par l'intermédiaire du CSTC, de l'aider à intercepter les communications privées de Canadiens se trouvant à l'étranger. Le Service soutient que le CSTC ne viole pas l'interdiction de cibler les Canadiens qui est énoncée dans la *Loi sur la défense nationale* lorsqu'il lui fournit une assistance alors qu'il intervient en vertu du pouvoir général d'enquête qui lui est accordé par l'article 12.

[95] Vu le dossier dont je suis saisi, il semble que ce n'est qu'au printemps 2009, après que la Cour eut décerné le premier 30-08, qu'on a tenté d'invoquer l'article 12 à titre de pouvoir légal exigé par le CSTC pour cibler des Canadiens dans le cadre de l'exercice de son mandat d'assistance de la partie c) [alinéa 273.64(1)c) de la *Loi sur la défense nationale*].

[96] Selon l'*amicus*, vu l'interprétation du procureur général de la portée de l'article 12 de la Loi, le Service est autorisé [TRADUCTION] « à confier à un autre intervenant la mission qui consiste à intercepter les

information without any warrant or supervision by this Court”. Mr. Cameron characterized this as “effectively an end run around s 21 and following of the Act”. He submitted, however, that I did not have to decide the issues of the scope of section 12 of the Act, or this Court’s jurisdiction to issue a warrant for CSIS through CSEC to seek lawful assistance from second-party countries, in addressing the breach of candour.

[97] In my view, it is necessary for the Court to express an opinion on the matter in light of the public association, through the CSEC Commissioner’s Report, between the issuance of the 30-08 warrants by the Court and the requests for second party assistance. As I will discuss below, that public association has been further highlighted by the recent publication of the Annual Report of the Security Intelligence Review Committee (SIRC). The Court must be concerned that the authority granted it by Parliament to authorize intrusive investigative activities by the Service may be perceived in the public arena as approving the surveillance and interception of the communications of Canadian persons by foreign agencies.

[98] Section 12 of the CSIS Act reads as follows:

Collection,  
analysis and  
retention

**12.** The Service shall collect, by investigation or otherwise, to the extent that it is strictly necessary, and analyze and retain information and intelligence respecting activities that may on reasonable grounds be suspected of constituting threats to the security of Canada and, in relation thereto, shall report to and advise the Government of Canada.

[99] Section 12 gives the Service the authority to conduct investigations, collect, analyse and retain information and report to the Government of Canada respecting any activities which may reasonably be suspected of constituting threats to the security of Canada. The scope of the power granted by section 12 must be

communications de Canadiens ou à accéder aux renseignements de Canadiens, et ce, sans mandat et sans surveillance de la Cour ». M. Cameron a qualifié cette interprétation de [TRADUCTION] « contournement de l’article 21 et suivants de la Loi ». Il a toutefois soutenu que je n’avais pas à trancher la question de la portée de l’article 12 de la Loi, ou la question de la compétence de la Cour de décerner un mandat au SCRS l’autorisant à solliciter, par l’intermédiaire du CSTC, l’assistance de pays de seconde partie, pour discuter la question de la violation de l’obligation de franchise.

[97] Selon moi, il est nécessaire que la Cour se prononce sur la question en raison du rapport public du commissaire du CSTC et du lien qui est fait entre l’émission des 30-08 par la Cour et les demandes d’assistance de la part des secondes parties. Comme j’en discuterai ci-après, cette association déclarée a été davantage soulignée par la publication récente du rapport annuel du Comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité (CSARS). La Cour se doit d’être préoccupée par le fait que le pouvoir qui lui est accordé par le législateur d’autoriser le Service à mener des activités d’enquête intrusives peut être perçu sur la scène publique comme étant une approbation de la surveillance et de l’interception des communications de Canadiens par des agences étrangères.

[98] L’article 12 de la Loi sur le SCRS est ainsi libellé :

**12.** Le Service recueille, au moyen d’enquêtes ou autrement, dans la mesure strictement nécessaire, et analyse et conserve les informations et renseignements sur les activités dont il existe des motifs raisonnables de soupçonner qu’elles constituent des menaces envers la sécurité du Canada; il en fait rapport au gouvernement du Canada et le conseille à cet égard.

Information  
et rensei-  
gnements

[99] L’article 12 accorde au Service le pouvoir de mener des enquêtes, de recueillir, d’analyser et de conserver des renseignements sur les activités dont il existe des motifs raisonnables de soupçonner qu’elles constituent des menaces envers la sécurité du Canada et d’en faire rapport au gouvernement canadien. En ce qui



read in conjunction with the scheme of the Act, the guarantees and protections set out in the Charter and any limitations imposed under domestic law such as the *Criminal Code*.

[100] Section 12 does not give the Service an exemption from the operation of these laws of general application. Where required, the Service may seek the authority of a warrant under section 21 to engage in investigative methods that would otherwise constitute a crime or a breach of the Charter guarantee against unreasonable search and seizure. As discussed above, section 26 provides that Part VI of the *Criminal Code* does not apply to any interception of a communication under the authority of a warrant issued under section 21 or in relation to any communication so intercepted. Absent such protection, Service personnel are exposed to liability under Part VI of the Code in relation to the interception of any communication that has a Canadian end.

[101] The DAGC points to Commissioner Décarý's conclusion that the second parties can intercept communications of Canadian subjects of a 30-08 warrant because they are acting within their own legal frameworks. Canadian law cannot either authorize or prohibit the second parties from carrying out any investigation they choose to initiate with respect to Canadian subjects outside of Canada. That does not exempt Canadian officials from potential liability for requesting the interception and receiving the intercepted communication. I recognize that it is unlikely that this would actually result in charges against CSIS or CSEC personnel. However, the potential for the issue to arise with respect to the admissibility of any intercepted communication or derivative evidence in a subsequent prosecution against the targets or as the basis of an action for a remedy under the Charter is, I believe, realistic. As noted above, the Supreme Court did not close the door in *Hape* to a remedy under subsection 24(1) of the Charter where the result of the actions of Canadian officials abroad has an impact on the exercise of Charter rights in Canada.

concerne la portée du pouvoir accordé par l'article 12, ce texte doit être interprété au regard de l'économie de la Loi, des garanties et des protections énoncées dans la Charte et des limites imposées par le droit interne comme le *Code criminel*.

[100] L'article 12 ne soustrait pas le Service à l'application de ces lois d'application générale. Lorsque cela est nécessaire, le Service peut demander un mandat, au titre de l'article 21, l'autorisant à utiliser des méthodes d'enquête qui constitueraient par ailleurs un crime ou une violation de la garantie prévue par la Charte contre les fouilles et les saisies abusives. Comme je l'ai déjà dit, selon l'article 26, la partie VI du *Code criminel* ne vise pas l'interception de communication autorisée par un mandat décerné en vertu de l'article 21 ni la communication elle-même. En l'absence d'une telle protection, le personnel du Service pourrait être poursuivi en vertu de la partie Part VI du Code relativement à l'interception d'une communication dont une extrémité se trouve au Canada.

[101] Le SPGC souligne la conclusion du commissaire Décarý selon laquelle les secondes parties peuvent intercepter les communications de Canadiens visés par un 30-08 parce qu'elles interviennent en vertu de leur propre cadre juridique. Le droit canadien ne peut pas permettre ou interdire aux secondes parties de mener une enquête qu'elles décident d'entreprendre relativement à des Canadiens qui se trouvent à l'étranger. Cela ne soustrait pas les représentants canadiens à de possibles poursuites en responsabilité pour avoir demandé l'interception de la communication et l'avoir reçue. Je reconnais qu'il est peu probable que cela puisse donner lieu à des accusations contre le personnel du SCRS ou du CSTC. Toutefois, la possibilité que la question se pose relativement à l'admissibilité en preuve d'une communication interceptée ou d'un élément de preuve dérivé à l'occasion d'une éventuelle poursuite contre les cibles ou comme fondement de l'octroi d'une réparation en vertu de la Charte est, selon moi, réaliste. Comme je l'ai déjà signalé, la Cour suprême n'a pas exclu, à l'occasion de l'affaire *Hape*, un recours en vertu du paragraphe 24(1) de la Charte lorsque le résultat des actions commises par des représentants canadiens à l'étranger a une incidence sur l'exercice des droits garantis par la Charte au Canada.

[102] Section 12 does not expressly authorize the Service to invoke the interception capabilities of foreign agencies. While such interception may be lawful where it is initiated under the domestic legislation of the requested state, such as the *Foreign Intelligence Surveillance Act of 1978*, 50 U.S.C. Ch. 36 (FISA), it may be unlawful in the jurisdiction where the interception actually occurs. FISA, as amended, permits warrantless searches for foreign intelligence collection as authorized by the President and the surveillance of foreign subjects under court order. FISA thus authorizes the violation of foreign sovereignty in the manner which the Supreme Court of Canada in *Hape* recognized as contrary to the principles of customary international law but permissible under domestic law—express legislative authority.

[103] There is nothing in the CSIS Act or in its legislative history, to my knowledge, that suggests that in enacting section 12 Parliament granted express legislative authority to CSIS to violate international law and the sovereignty of foreign nations either directly or indirectly through the agency of CSEC and the second parties.

[104] The DAGC submits that the decision of the Supreme Court of Canada in *Schreiber*, above, is a complete answer to the question of whether a request can be made to a foreign agency to provide information about a Canadian person. But in *Schreiber*, the foreign agency was asked to provide information in conformity with its own laws and in the exercise of its own territorial sovereignty. There was no suggestion in *Schreiber* that in acting upon such a request, the foreign jurisdiction would violate the sovereignty of any other nation, as there is, implicitly, here.

[105] As discussed by the Supreme Court in *Hape*, at paragraphs 51, 52 and 101 and in *Canada (Justice) v. Khadr*, 2008 SCC 28, [2008] 2 S.C.R. 125, at paragraph 18, the principle of comity between nations that implies the acceptance of foreign laws and procedures when Canadian officials are operating abroad ends where clear violations of international law and human rights begin. In tasking the other members of the “Five

[102] L’article 12 n’autorise pas expressément le Service à faire appel aux capacités d’interception d’agences étrangères. Bien qu’une telle interception puisse être légale lorsqu’elle est faite en vertu des lois du pays dont l’assistance est demandée, comme la *Foreign Intelligence Surveillance Act of 1978*, 50 U.S.C. Ch. 36 (FISA), elle peut être illégale dans le territoire où l’interception est faite. La FISA, modifiée, avalise les fouilles sans mandat aux fins de la collecte de renseignements étrangers qui sont approuvées par le président et la surveillance d’étrangers en vertu d’une ordonnance de la cour. La FISA autorise donc la violation de la souveraineté de pays étrangers d’une manière qui, selon la Cour suprême du Canada par la jurisprudence dans l’arrêt *Hape*, contrevient aux principes du droit international coutumier, mais qui est acceptée en vertu du droit américain — un pouvoir législatif exprès.

[103] À ma connaissance, il ne ressort nullement de la Loi sur le SCRS ou des travaux préparatoires que, en adoptant l’article 12, le législateur a accordé au SCRS le pouvoir légal explicite de violer le droit international et la souveraineté de pays étrangers, directement ou indirectement, par l’intermédiaire du CSTC et des secondes parties.

[104] Le SPGC soutient que l’arrêt rendu par la Cour suprême à l’occasion de l’affaire *Schreiber*, précité, est une réponse compétente à la question de savoir si on peut demander à une agence étrangère de fournir des renseignements sur un Canadien. Mais, dans l’affaire *Schreiber*, on a demandé à l’agence étrangère de fournir des renseignements en conformité avec les lois de son pays et dans le cadre de l’exercice de sa souveraineté territoriale. La jurisprudence *Schreiber* n’enseigne pas qu’en intervenant en vertu d’une telle demande, le territoire étranger violerait la souveraineté d’un autre pays, alors que, en l’occurrence, tel me semble être le cas.

[105] Comme la Cour suprême l’a affirmé dans l’arrêt *Hape*, aux paragraphes 51, 52 et 101, et dans l’arrêt *Canada (Justice) c. Khadr*, 2008 CSC 28, [2008] 2 R.C.S. 125, au paragraphe 18, le principe de la courtoisie entre pays selon lequel le responsable canadien en mission à l’étranger se plie aux règles de droit et de procédure étrangères cesse dès que la participation du Canada aux activités d’un État étranger ou de ses

Eyes” to intercept the communications of the Canadian targets, CSIS and CSEC officials knew, based on the legal advice that they had been given about the implications of *Hape* and Justice Blanchard’s decision, that this would involve the breach of international law by the requested second parties.

[106] CSEC is expressly prohibited under the legislation adopted in 2001 by Parliament from targeting Canadian persons unless it is done under its mandate to assist federal law enforcement and security agencies in the performance of their lawful duties and subject to any limitation imposed by law on those agencies. In this context, CSEC has no greater authority than that conferred upon CSIS.

[107] The record before me indicates that CSEC consistently interpreted Parliament’s references to “lawful duties” and “limitations imposed by law” in the 2001 amendments to the *National Defence Act* [S.C. 2001, c. 41, section 102] as requiring a warrant. The legal advice given to CSEC in May 2009 stipulated that CSIS would make a request for second party assistance only where a warrant was in place. To Mr. Abbott’s knowledge, the Service had never made a request for second-party collection unless they have had a parallel authority in the form of a warrant. To his recollection, there had never been a discussion between the two agencies about the use of section 12 as the sole ground of lawful authority for CSEC to assist CSIS in its investigation by tasking the second party [\*\*\*] (transcript, October 23, 2013, at pages 80–81):

If they were to come to us and it wasn’t a parallel 30-08 warrant, we would then have a very – I will use the words serious discussion with our legal counsel and with the Service as to if this was the first time we were going to do this, let’s make sure everybody is clear and understands, as I said earlier, based on the legal advice that we received to date, legally my understanding of what we had been told is we could do that.

représentants constitue une violation manifeste du droit international et des droits fondamentaux de la personne. En demandant aux autres membres du « Groupe des cinq » d’intercepter les communications de cibles canadiennes, les représentants du SCRS et du CSTC savaient, compte tenu de l’avis juridique qu’ils avaient reçu à propos de l’incidence de la jurisprudence *Hape* et de la décision du juge Blanchard, qu’en s’exécutant les secondes parties violeraient le droit international.

[106] La loi adoptée par le législateur en 2001 interdit expressément au CSTC de cibler des Canadiens, sauf s’il le fait en vertu de sa mission qui consiste à aider les agences policières et de sécurité dans l’exécution de leurs obligations légales, sous réserve des limites qui leur sont imposées par la loi. Dans ce contexte, le CSTC ne dispose pas d’un pouvoir plus grand que celui qui est conféré au SCRS.

[107] Il ressort du dossier dont je suis saisi que le CSTC a toujours interprété les termes « fonctions que la loi lui confère » et « limites que la loi impose » employés par le législateur dans les modifications apportées en 2001 à la *Loi sur la défense nationale* [L.C. 2001, ch. 41, article 102] comme exigeant l’émission d’un mandat. L’avis juridique donné au CSTC en mai 2009 mentionnait que le SCRS ne présenterait une demande d’assistance de la part d’une seconde partie que lorsqu’un mandat serait décerné. Selon M. Abbott, le Service n’a présenté des demandes de collecte de la part d’une seconde partie que s’il disposait d’une autorisation parallèle concrétisée par un mandat. D’après son souvenir, les deux agences n’ont jamais discuté du recours à l’article 12 comme seul fondement permettant d’autoriser légalement le CSTC à assister le SCRS dans ses enquêtes en mettant à contribution [\*\*\*] des secondes parties (transcription, 23 octobre 2013, aux pages 80 et 81) :

[TRADUCTION] S’ils s’adressaient à nous et qu’il n’y avait pas un 30-08 parallèle en vigueur, nous aurions eu alors ce que j’appellerais une discussion sérieuse avec notre conseiller juridique et avec le Service comme si c’était la première fois que nous faisons cela, assurons-nous que tout le monde est clair et comprend, comme je l’ai déjà dit, compte tenu de l’avis juridique que nous avons reçu jusqu’à maintenant, que je comprends sur le plan juridique que ce qu’on nous a dit est que l’on pouvait faire cela.

[108] [\*\*\*], the CSIS witness who was responsible for the warrant process in 2009, also acknowledged that CSIS looked primarily to the judicial warrants issued by this Court for the authority to ask CSEC to request the assistance of the second parties to intercept and collect the communications of Canadians. Neither agency appears to have been prepared to proceed solely on the strength of the DAGC's October 2008 opinion. The 30-08 warrants gave the officials of both agencies comfort that they were acting within the scope of their lawful authority.

[109] The DAGC acknowledges this and submits that the power under section 12 is broader than what CSIS and CSEC have previously chosen to exercise. It is appropriate, it is argued, that the two agencies decided to proceed only where a 30-08 warrant has been issued. The process of establishing judicial authority for the 30-08 warrant shows that they have gone before a court, established on reasonable grounds that the activities of the particular individual or individuals are believed to be a threat to the security of Canada and that they are going to be traveling outside Canada's borders. This shows respect for the rule of law, the DAGC contends.

[110] While that may be the case, it is clear that the exercise of the Court's warrant issuing authority has been used as protective cover for activities that it has not authorized.

[111] The DAGC's interpretation of the scope of section 12 of the CSIS Act provided to the Service in October 2008 is, in my view, highly questionable. There is nothing in any of the material that I have read or in the oral submissions of counsel for the DAGC that persuades me that it was the intent of Parliament to give the Service authority to engage the collection resources of the second-party allies to intercept the private communications of Canadians under the general power to investigate in section 12. Moreover, I have reviewed the legislative history of the amendments to the *National Defence Act* in 2001 and found nothing that would suggest that Parliament had contemplated that CSEC could extend such assistance to CSIS solely under the authority of section 12.

[108] [\*\*\*], le témoin du SCRS chargé du processus concernant les mandats en 2009, a également reconnu que le SCRS a principalement confirmé l'existence de mandats décernés par la Cour afin d'être autorisé à demander au CSTC de demander aux secondes parties de l'aider à intercepter et à recueillir des communications de Canadiens. Aucune des deux agences ne semble avoir été disposée à procéder uniquement sur la foi de l'opinion d'octobre 2008 du SPGC. Les 30-08 ont donné aux représentants des deux agences l'assurance qu'ils agissaient conformément à la portée de leur autorisation légale.

[109] Le SPGC reconnaît ceci et soutient que le pouvoir conféré par l'article 12 est plus large que celui que le SCRS et le CSTC avaient déjà décidé d'exercer. Il est soutenu qu'il convenait que les deux agences décident de ne procéder que lorsqu'un 30-08 aurait été décerné. Le processus d'établissement de l'autorité judiciaire pour les 30-08 révèle qu'ils se sont adressées au juge et ont démontré qu'il est raisonnable de croire que les activités de la ou des personnes visées constituent une menace envers la sécurité du Canada et que cette ou ces personnes allaient se déplacer à l'extérieur des frontières du Canada. Le SPGC soutient que cela reflète le respect du principe de la primauté du droit.

[110] Bien que ce soit peut-être le cas, il est manifeste que l'exercice de l'autorisation accordée par le mandat décerné par la Cour a été utilisé comme couverture à l'égard d'activités qu'elle n'a pas autorisées.

[111] L'interprétation du SPGC quant à la portée de l'article 12 de la Loi sur le SCRS qui a été communiquée au Service en octobre 2008 est, selon moi, très douteuse. Rien dans les documents que j'ai lus ou dans les observations verbales des avocats du SPGC me convainc que le législateur visait à donner au Service l'autorisation de mettre à contribution les moyens de collecte des secondes parties alliées afin d'intercepter, en vertu du pouvoir général d'enquête prévu à l'article 12, les communications privées de Canadiens. De plus, j'ai examiné l'historique législatif des modifications apportées à la *Loi sur la défense nationale* en 2001 et je n'ai rien vu dont on puisse déduire que le législateur avait envisagé que le CSTC pourrait assurer une telle assistance au SCRS sur le seul fondement de l'article 12.

[112] I am satisfied that the Service and CSEC chose to act upon the new, broad and untested interpretation of the scope of section 12 only where there was a 30-08 warrant in place. My view of the matter has been reinforced by the publication on October 31, 2013 of the *Annual Report 2012 – 2013* of the Security Intelligence Review Committee. A section of the report refers to a review of CSIS’s “Review of a new section 21 warrant power” [emphasis added]. A copy of the classified version of that study was provided to the Court by counsel to the DAGC by letter dated November 6, 2013, as it had been referenced during the hearing on October 23 and 24, 2013.

[113] SIRC [at page 18] reported on what it described in the public report as “a new warrant power under Section 21 of the *CSIS Act* which was initially authorized by the Federal Court in 2009”. The discussion of this review in the public report includes the following statements [at page 18]:

During the review period, 35 warrants (plus seven supplemental warrants) that included the new power were issued.... by relying on partner agencies—both domestic and foreign—for collection, some efficiency will ultimately be sacrificed. There has been substantial progress since the first warrant was issued; however, CSIS is still in a learning phase and it will need to manage expectations against the realities, meaning limitations, of reporting from this collection.

In order to maximize collection under the new warrant power, CSIS, in almost every case, leverages the assets of the Five Eyes community (Canada, plus the United States, the United Kingdom, Australia and New Zealand). SIRC noted that even with the assistance of allies, the collection or intelligence yield under this power has provided different gains and challenges than the Service initially expected.

[114] The classified version contains additional statements that I consider relevant to this matter:

[112] Je conclus que le Service et le CSTC ont décidé de n’agir en fonction de la nouvelle interprétation élargie, non mise à l’épreuve, de la portée de l’article 12 que lorsqu’un 30-08 a été décerné. Mon opinion sur la question a été renforcée par la publication, le 31 octobre 2013, du *Rapport annuel 2012–2013* du Comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité. Dans une section du rapport, il est fait mention de « Examen du nouveau pouvoir octroyé au moyen de mandat en vertu de l’article 21 » [non souligné dans l’original] du SCRS. Comme il avait été fait mention de ce rapport durant les audiences du 23 et 24 octobre 2013, une copie de la version secrète de l’étude a été remise à la Cour par les avocats du SPGC au moyen d’une lettre datée du 6 novembre 2013.

[113] Le CSARS [à la page 18] a fait rapport sur ce qu’il a qualifié dans le rapport public de « nouveau pouvoir octroyé au moyen de mandat en vertu de l’article 21 de la *Loi sur le SCRS*, qui a été à l’origine autorisé par la Cour fédérale en 2009 ». Les observations suivantes figurent dans la discussion portant sur l’examen de ce rapport public [à la page 18] :

Au cours de la période durant laquelle l’étude a été menée, 35 mandats (plus sept mandats supplémentaires) ont été décernés par voie du nouveau pouvoir. Le Comité a constaté que plusieurs défis s’étaient posés au SCRS, notamment l’efficacité de la collecte de renseignement, le contrôle sur l’information recueillie, et des attentes peut-être irréalistes pour l’avenir. En effet, il a été noté que s’appuyer sur des organismes partenaires canadiens et étrangers pour la collecte de renseignements se fait finalement au détriment d’une certaine efficacité. De grands progrès ont été faits depuis l’émission du premier mandat, mais le SCRS est encore dans une phase d’apprentissage et le Service devra gérer les attentes et les réalités, notamment les limites, des rapports sur des renseignements ainsi obtenus.

Dans presque tous les cas, le SCRS mise sur la communauté du Groupe des cinq (soit le Canada, les États-Unis, le Royaume-Uni, l’Australie et la Nouvelle-Zélande) pour tirer le meilleur parti de la collecte de renseignements dans le cadre du nouveau pouvoir octroyé au moyen de mandat. Le CSARS a noté que, même avec l’aide d’alliés, la collecte de renseignements ou les informations obtenues par voie de ce pouvoir avaient présenté des avantages et des défis que le Service n’avait initialement pas prévu.

[114] La version secrète contient des déclarations additionnelles que j’estime pertinentes en l’espèce :

[TRANSLATION]

[\*\*\*]

[115] These passages suggest that SIRC is operating under the mistaken impression that the 30-08 warrants issued by this Court authorize the collection of intercepts respecting Canadian persons by foreign agencies. In doing so, the Court is associated with the concern identified by SIRC that the ability of a Five Eyes partner to act independently on CSIS-originated information carries the risk of the detention of or other harm to a Canadian person based on that information. Both Commissioner Décarý and SIRC have recognized in their reports the hazards related to the lack of control over intelligence information once it has been shared. Given the unfortunate history of information sharing with foreign agencies over the past decade and the reviews conducted by several Royal Commissions there can be no question that the Canadian agencies are aware of those hazards. It appears to me that they are using the 30-08 warrants as authorization to assume those risks.

## CONCLUSION

[116] The Service, acting on the advice of the Department of Justice, sought authorization from the Court to engage in security intelligence activities outside of Canada for which they require a warrant if conducted in Canada. The Service and their counsel were told by the Court that it lacked the jurisdiction to issue a warrant for such purposes under section 21 of the CSIS Act. They then returned to the Court with a new rationale for the issuance of a warrant based on the clearly stated grounds that the proposed interceptions [\*\*\*] would be carried out from within Canada and controlled by Canadian government personnel. Having obtained authorization under warrant to conduct such interceptions [\*\*\*] from and under the control of Canada, they engaged the assistance of second-party foreign allies [\*\*\*] and failed to inform the Court that this was being done on any of the subsequent applications.

[\*\*\*]

[115] Vu ces extraits, le CSARS fonctionne en pensant à tort que les 30-08 décernés par la Cour autorisent la collecte, par des agences étrangères, d'interceptions concernant des Canadiens. Ce faisant, la Cour retient la préoccupation relevée par le CSARS voulant que le fait qu'un partenaire du Groupe des cinq puisse se servir de façon indépendante de renseignements provenant du SCRS comporte le risque qu'un Canadien soit emprisonné ou subisse d'autres préjudices en raison de ces renseignements. Le commissaire Décarý et le CSARS ont fait part dans leurs rapports des dangers découlant de l'absence de contrôle sur les renseignements après qu'ils aient été partagés. Compte tenu que, au cours des 10 dernières années, le partage de renseignements avec des agences étrangères a souvent mal tourné et que les examens qui ont été effectués par de nombreuses Commissions royales, il ne fait aucun doute que les agences canadiennes sont conscientes de ces dangers. Il me semble qu'elles se servent des 30-08 à titre d'autorisation à assumer ces risques.

## CONCLUSION

[116] Le Service, sur les conseils du ministère de la Justice, a demandé à la Cour de l'autoriser à mener à l'étranger des activités de renseignements de sécurité, qui, si elles étaient menées au Canada, nécessiteraient l'émission d'un mandat. Le Service et ses avocats se sont fait dire par la Cour qu'elle n'avait pas compétence pour décerner un mandat aux fins de l'article 21 de la Loi sur le SCRS. Il est ensuite revenu devant la Cour pour lui présenter un nouveau raisonnement justifiant l'émission d'un mandat. Ce raisonnement reposait sur les motifs clairement énoncés selon lesquels les interceptions [\*\*\*] envisagées seraient faites à partir du Canada et seraient contrôlées par le personnel du gouvernement canadien. Après avoir obtenu l'autorisation par mandat de faire ces interceptions [\*\*\*] à partir et sous le contrôle du Canada, le Service a demandé à des alliés étrangers de seconde partie [\*\*\*] et a omis d'aviser la Cour qu'il a fait la même chose dans le cadre des demandes ultérieures.

[117] In my view, as soon as it was determined that the Service would rely on the general power to investigate set out in section 12 of the Act to request second-party assistance with the interception of the communications of Canadian subjects abroad, that determination constituted facts known to the affiant which could lead the Court to find that there was no investigative necessity to issue a 30-08 warrant. The failure to disclose that information was the result of a deliberate decision to keep the Court in the dark about the scope and extent of the foreign collection efforts that would flow from the Court's issuance of a warrant.

[118] This was a breach of the duty of candour owed by the Service and their legal advisors to the Court. It has led to misstatements in the public record about the scope of the authority granted the Service by the issuance of the 30-08 warrants.

[119] The conclusion reached in application CSIS-30-08 that the Court has the jurisdiction to issue a warrant under section 21 for the domestic interception of foreign telecommunications under certain defined conditions remains valid in my view. That jurisdiction does not extend to the authority to empower the Service to request that foreign agencies intercept the communications of Canadian persons travelling abroad either directly or through the agency of CSEC under its assistance mandate.

[120] Parliament has given the Minister of National Defence the power to approve foreign intelligence collection activities in respect of certain classes of activities. The legislative authority for CSEC to carry out its functions under the *National Defence Act* does not extend to the specific targeting of Canadian persons. CSEC may only do so in the exercise of its assistance mandate when the assisted federal law enforcement or security agency is acting under lawful authority. In my view, in enacting section 12, Parliament did not contemplate that it would be used by CSIS and CSEC to engage the interception capabilities of foreign agencies against Canadian persons.

[117] Selon moi, aussitôt qu'il fut conclu que le Service se fierait au pouvoir général d'enquête énoncé à l'article 12 de la Loi pour demander à une seconde partie de l'aider à intercepter les communications de Canadiens qui se trouvent à l'étranger, cette conclusion constituait des faits connus par l'affiant qui pouvaient amener la Cour à conclure que l'enquête ne nécessitait pas le lancement d'un 30-08. Le défaut de communiquer ces renseignements est la conséquence de la décision délibérée de ne pas informer la Cour quant à la portée et l'ampleur des opérations de collecte étrangères qui découleraient du lancement du mandat par la Cour.

[118] Il s'agissait d'une violation de l'obligation de franchise à laquelle le Service et ses conseillers juridiques sont tenus envers la Cour. Cette violation a donné lieu à des déclarations inexacts dans le dossier public à propos de la portée de l'autorisation accordée au Service par le lancement de 30-08.

[119] La conclusion tirée dans le cadre de la demande SCRS-30-08 selon laquelle la Cour a compétence pour décerner un mandat en vertu de l'article 21 pour l'interception au Canada de télécommunications étrangères sous certaines conditions précises demeure selon moi valide. Cette compétence ne comprend pas l'autorisation de permettre au Service de demander que des agences étrangères interceptent, directement ou par l'entremise du CSTC en vertu de sa mission d'assistance, les communications de Canadiens qui voyagent à l'étranger.

[120] Le législateur a accordé au ministre de la Défense nationale le pouvoir d'approuver les activités de collecte de renseignements étrangers relativement à certaines catégories d'activité. L'autorisation législative permettant au CSTC d'exercer ses fonctions prévues dans la *Loi sur la défense nationale* ne comprend pas précisément le ciblage de Canadiens. Le CSTC ne peut faire cela que dans le cadre de l'exercice de sa mission d'assistance lorsque l'agence fédérale d'application de la loi ou l'agence fédérale de sécurité qui reçoit l'assistance intervient aux termes d'un pouvoir conféré par la loi. Selon moi, en adoptant l'article 12, le législateur n'a pas envisagé que le SCRS et le CSTC s'en serviraient pour mettre à contribution les capacités d'interception d'agences étrangères contre des Canadiens.

[121] It is open to Parliament, as discussed above, to amend the statute to enable the Court to authorize foreign interception. Authorization by an independent judicial officer on a particularized warrant application would ensure that any rights that the individual subjects may have would be respected and would also extend protection to the officials of the concerned agencies from potential liability so long as they were operating within the scope of the authority granted. Absent amendment to the statute, however, the Court does not have that jurisdiction.

[122] The interpretation of section 12 asserted by the Service and the DAGC is not, I believe, consistent with the scheme of the Act as a whole nor with the position of the Supreme Court of Canada in *Hape* that the violation of international law can only be justified if expressly authorized by Parliament. CSIS and CSEC officials are relying on that interpretation at their peril and, as cautioned by the CSEC Commissioner and SIRC, incurring the risk that targets may be detained or otherwise harmed as a result of the use of the intercepted communications by the foreign agencies. Section 12 does not authorize the Service and CSEC to incur that risk or shield them from liability, in my view.

[123] I express no opinion on the status of any information already collected by the Service as a result of its interpretation of section 12 of the Act and the requests for assistance to the second-party agencies that it has made since 2009 through CSEC. That question may yet need to be addressed by this or another Court.

[124] Going forward, where an application is made to the Court for a 30-08 warrant, the Court must be informed whether there has been any request for foreign assistance and, if so, what the results were in respect of the subjects of the application. In such circumstances, the Court should consider whether the investigative necessity for the issuance of the warrant has been established. I note in that regard, that the classified SIRC report questions the effectiveness of the 30-08 collection

[121] Il est loisible au législateur, comme je l'ai déjà dit, de modifier la loi afin de permettre à la Cour d'autoriser des interceptions étrangères. L'autorisation donnée par un magistrat indépendant relativement à une demande de mandat précis garantit que les droits des personnes visées seraient respectés et protégerait les agents des agences concernées contre d'éventuelles poursuites tant qu'ils agissent dans le cadre de l'autorisation accordée. Toutefois, tant que la loi ne sera pas modifiée, la Cour n'a pas cette compétence.

[122] L'interprétation de l'article 12 avancée par le Service et le SPGC n'est pas, selon moi, conforme à l'économie de la Loi dans son ensemble et n'est pas non plus conforme à la doctrine retenue par la Cour suprême par la jurisprudence *Hape* selon laquelle la violation du droit international ne peut être justifiée que par une autorisation expresse de la part du législateur. Les agents du SCRS et du CSTC courent un grand risque en se fiant à cette interprétation et, comme l'ont dit le commissaire du CSTC et le CSARS, ils courent le risque que des cibles soient emprisonnées ou subissent d'autres préjudice en conséquence de l'utilisation des communications interceptées par les agences étrangères. Selon moi, l'article 12 n'autorise pas le Service et le CSTC à courir ce risque et ne les protège pas des poursuites.

[123] Je ne formule aucune opinion quant au statut des renseignements qui ont déjà été recueillis par le Service en conséquence de l'interprétation de l'article 12 de la Loi et les demandes d'assistance qui ont été faites, par l'entremise du CSTC, aux agences des deuxièmes parties depuis 2009. Cette question peut devoir être discuté par notre Cour ou par une autre.

[124] À l'avenir, lorsqu'une demande de 30-08 est faite à la Cour, celle-ci doit être informée quant à savoir si une demande d'assistance étrangère a été faite et, le cas échéant, elle doit être informée quant aux conséquences subies par les personnes visées par la demande. Dans de telles circonstances, la Cour doit rechercher s'il a été établi qu'il est nécessaire, aux fins de l'enquête, qu'un mandat soit décerné. Je souligne, à cet égard, que le rapport secret du CSARS met en doute l'efficacité des



activities. Such information should be disclosed to the Court on each application for the Court to determine whether it is necessary to issue the warrant.

[125] It must be made clear, in any grant of a 30-08 warrant, that the warrant does not authorize the interception of the communications of a Canadian person by any foreign service on behalf of the Service either directly or through the assistance of CSEC. To that end, an appropriately worded limitation must be added to the text of the warrant.

[126] There must be no further suggestion in any reference to the use of second-party assets by CSIS and CSEC, or their legal advisors, that it is being done under the authority of a section 21 warrant issued by this Court.

[127] A copy of these further reasons for order will be provided to the Chair of SIRC and to the CSEC Commissioner. The Service will be given two weeks to comment on the public release of these further reasons for order. A public summary will be issued with prior notice to the Service and to the Attorney General.

activités de collecte effectuées en vertu des 30-08. Ces renseignements doivent être communiqués à la Cour lors de chaque demande pour qu'elle décide s'il est nécessaire de décerner le mandat.

[125] Il faut préciser que, dans tous les cas d'octroi d'un 30-08, le mandat n'autorise pas l'interception, directement ou indirectement, de communications d'un Canadien par une agence étrangère pour le compte du Service par l'intermédiaire du CSTC. À cette fin, une limite convenablement libellée doit être ajoutée au texte du mandat.

[126] Le SCRS et le CSTC, ou leurs conseillers juridiques, ne doivent plus affirmer, lorsqu'ils évoquent l'utilisation d'équipements de seconde partie, que celle-ci est autorisée par un mandat décerné par la cour en vertu de l'article 21.

[127] Une copie des présents motifs supplémentaires d'ordonnance sera remise au président du CSARS et au commissaire du CSTC. Le Service dispose de deux semaines pour formuler des observations quant à la publication des présents motifs supplémentaires d'ordonnance. Un résumé sera publié après qu'avis aura été donné au Service et au procureur général.