

A-145-14  
2014 FCA 249

A-145-14  
2014 CAF 249

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

**AFFAIRE INTÉRESSANT une demande présentée par [\*\*\*] visant la délivrance de mandats 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**

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

**ET DANS L’AFFAIRE INTÉRESSANT [\*\*\*]**

*INDEXED AS: X (RE)*

*RÉPERTORIÉ : X (RE)*

Federal Court of Appeal, Blais C.J., Dawson and Mainville J.J.A.—Ottawa, March 17 and July 31, 2014.

Cour d’appel fédérale, juge en chef Blais et juges Dawson et Mainville, J.C.A.—Ottawa, 17 mars et 31 juillet 2014.

Editor’s Note: Portions deleted by the Court are indicated by [\*\*\*].

Note de l’arrêstiste : Les parties expurgées par ordonnance de la Cour sont indiquées par [\*\*\*].

*Security Intelligence — Appeal from further reasons of Federal Court responding to recent developments, clarifying scope, limits of 2009 reasons issuing warrant authorizing Canadian Security Intelligence Service (CSIS) to intercept foreign telecommunications, conduct searches from within Canada — CSIS initially applying to Federal Court to obtain warrant to assist in investigation of threat-related activities but Federal Court dismissing warrant application on ground not having jurisdiction to authorize CSIS employees to conduct intrusive investigative activities outside of Canada in circumstances where activities authorized by warrant likely to constitute violation of foreign law (prior application or decision) — Later, in 2009, CSIS asking Federal Court to revisit, distinguish earlier decision (subsequent application or decision) — In issuing warrant CSIS sought, Federal Court of view prior decision distinguishable on basis different legal argument and different description of facts presented in earlier decision — Subsequently, fresh or renewal warrants (Domestic Interception of Foreign Telecommunications and Search (DIFTS)) issued — Federal Court then issuing impugned reasons after new information coming to light — Concluding that CSIS breaching duty of candour by failing to disclose to Federal Court in DIFTS applications intention to make requests to foreign agencies to intercept telecommunications of Canadians abroad; that CSIS having no lawful authority under Canadian Security Intelligence Service Act (Act), s. 12 to make such requests; that Act, s. 21 not allowing Court to authorize CSIS to request that foreign agencies intercept communications of Canadians travelling abroad — Whether Federal Court erring in finding that CSIS breaching duty of candour owed to Court in initial application for DIFTS warrant or in subsequent applications therefor; in finding that CSIS not having legal authority to seek assistance through*

*Renseignement de sécurité — Appel interjeté à l’encontre de motifs supplémentaires d’ordonnance de la Cour fédérale visant à répondre à de récents développements et à clarifier la portée et les limites des motifs prononcés par le juge en 2009 décernant un mandat autorisant le Service canadien du renseignement de sécurité (SCRS) à intercepter des communications étrangères et à effectuer des fouilles en territoire canadien — Le SCRS a présenté initialement à la Cour fédérale une demande en mandat afin de faciliter son enquête à l’égard d’activités susceptibles de constituer des menaces, mais la Cour fédérale a rejeté la demande en mandat au motif qu’elle n’avait pas compétence pour autoriser les employés du SCRS à mener à l’extérieur du Canada des enquêtes comportant intrusion dans des circonstances où les interventions autorisées par le mandat étaient susceptibles de constituer des violations de la loi étrangère (demande ou décision antérieure) — Plus tard, en 2009, le SCRS a demandé à la Cour fédérale de réexaminer la décision antérieure et d’opérer une distinction (demande ou décision ultérieure) — En décernant le mandat demandé par le SCRS, la Cour fédérale était d’avis que la décision antérieure devait faire l’objet d’une distinction en se fondant sur un argument juridique différent et sur un exposé des faits différent de celui qui avait été fait dans le cadre de la décision antérieure — Par la suite, d’autres juges ont décerné de nouveaux mandats (mandats d’interception au Canada de télécommunications étrangères (ICTE)) ou les ont reconduits — La Cour fédérale a ensuite prononcé les motifs contestés après que de nouveaux renseignements eurent été mis en lumière — La Cour fédérale a conclu que le SCRS a manqué à son obligation de franchise en ne l’avisant pas à l’occasion des demandes de mandat d’ICTE qu’il allait demander à des agences étrangères d’intercepter les communications de Canadiens qui se trouvent à l’étranger; la Cour a*

*Communications Security Establishment Canada (CSEC) from foreign partners to intercept telecommunications of Canadians while outside of Canada — Federal Court not erring in finding that CSIS breaching duty of candour — Information Federal Court finding to be material to warrant application not disclosed to Court in prior application — Federal Court not articulating unintelligible standard for disclosure — Court's reference to matters Court could reasonably be concerned about reflecting discretionary nature of Act, s. 21 warrant — Once decision made to routinely seek assistance of foreign agencies after issuance of DIFTS warrant, duty of candour, utmost good faith requiring that CSIS disclose to Federal Court scope of anticipated investigation — Federal Court not erring in finding that CSIS not having legal authority to seek assistance through CSEC from foreign partners to intercept telecommunications of Canadians while outside of Canada — Federal Court right in concluding that Parliament not intending to give CSIS authority to engage foreign agencies to intercept private communications of Canadians under general power to investigate granted to CSIS by Act, s. 12 — However, Court's conclusion intrusive investigative measures conducted abroad would violate international law not endorsed — As well, necessary to add that judicial authorization in form of warrant issued pursuant to Act, s. 21 required when CSIS' methods of investigation intrusive — Appeal dismissed.*

This was an appeal from further reasons of the Federal Court responding to recent developments and clarifying the scope and limits of reasons released in 2009 issuing a warrant authorizing the Canadian Security Intelligence Service (CSIS) to intercept foreign telecommunications and conduct searches from within Canada.

*également conclu que le SCRS n'était pas autorisé par l'art. 12 de la Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité (la Loi) à faire ces demandes et que l'art. 21 de la Loi ne permettait pas à la Cour d'autoriser le SCRS à demander à des agences étrangères d'intercepter les communications de Canadiens qui se trouvent à l'étranger — Il s'agissait de savoir si la Cour fédérale a commis une erreur lorsqu'elle a conclu que le SCRS a manqué à son obligation de franchise envers la Cour lorsqu'il a demandé la délivrance d'un mandat d'ICTE ou à l'occasion de toute demande ultérieure et si elle a commis une erreur lorsqu'elle a conclu que le SCRS n'a pas le pouvoir légal de demander, par l'intermédiaire du Centre de la sécurité des télécommunications Canada (CST), à des partenaires étrangers de l'aider à intercepter les télécommunications de Canadiens pendant que ceux-ci se trouvent à l'étranger — La Cour fédérale n'a pas commis d'erreur en concluant que le SCRS avait manqué à son obligation de franchise — Les renseignements que la Cour fédérale a considérés comme importants aux fins de la demande de mandat n'avaient pas été communiqués à la Cour fédérale dans la demande de mandat présentée antérieurement — La Cour fédérale n'a pas formulé une norme inintelligible en ce qui a trait à la communication — La mention, par la Cour, des questions qui pourraient raisonnablement la préoccuper reflétait la nature discrétionnaire de la délivrance d'un mandat en vertu de l'art. 21 de la Loi — À partir du moment où la décision a été prise de demander régulièrement l'aide des agences étrangères après la délivrance d'un mandat d'ICTE, le SCRS, en vertu de l'obligation de franchise et de bonne foi absolue, devait communiquer à la Cour fédérale la portée de l'enquête envisagée — La Cour fédérale n'a pas commis d'erreur en concluant que la loi n'accordait pas au SCRS le pouvoir de demander de l'assistance, par l'entremise du CST, à des partenaires étrangers pour intercepter les télécommunications des Canadiens alors que ceux-ci sont à l'extérieur du Canada — La Cour fédérale a conclu à bon droit que le législateur n'avait pas l'intention de conférer au SCRS le pouvoir d'avoir recours aux agences internationales afin d'intercepter les communications de Canadiens au titre du pouvoir général d'enquête que l'art. 12 de la Loi lui accorde — Cependant, la Cour n'a pas retenu la conclusion du juge selon laquelle les activités d'enquête comportant intrusion menées à l'étranger contreviendraient au droit international — En outre, il convenait d'ajouter que l'autorisation de la Cour, qui prend la forme d'un mandat décerné en vertu de l'art. 21 de la Loi, est nécessaire lorsque les méthodes d'enquête du Service comportent intrusion — Appel rejeté.*

Il s'agissait d'un appel interjeté à l'encontre de motifs supplémentaires d'ordonnance prononcés par la Cour fédérale visant à répondre à de récents développements et à clarifier la portée et les limites des motifs prononcés en 2009 de décerner un mandat autorisant le Service canadien du renseignement de sécurité (SCRS) à intercepter des communications étrangères et à effectuer des fouilles en territoire canadien.

In 2007, CSIS applied to the Federal Court to obtain a warrant to assist in the investigation of threat-related activities CSIS believed individuals would engage in while traveling outside of Canada. However, the Federal Court dismissed the warrant application on the ground that it did not have jurisdiction to authorize CSIS employees to conduct intrusive investigative activities outside of Canada in circumstances where the activities authorized by the warrant were likely to constitute a violation of foreign law (prior application or decision). In 2009, CSIS asked the Federal Court to revisit and distinguish this earlier decision. Another judge of the Federal Court was persuaded to issue the warrant CSIS sought (subsequent application or decision). The Federal Court was of the view that the prior decision was distinguishable, a conclusion reached on the basis that a different legal argument and a different description of facts concerning the methods of interception and seizure of information were presented in the earlier decision. Subsequently, fresh or renewal warrants were issued under sections 12 and 21 of the *Canadian Security Intelligence Service Act*. This type of warrant is referred to as a Domestic Interception of Foreign Telecommunications and Search (DIFTS) warrant. The Federal Court then issued the impugned reasons after new information came to light. It concluded that CSIS had breached its duty of candour by failing to disclose to the Federal Court in DIFTS warrant applications that it intended to make requests to foreign agencies to intercept the telecommunications of Canadians abroad. It also concluded that CSIS had no lawful authority under section 12 of the Act to make such requests and section 21 thereof did not allow the Court to authorize CSIS to request that foreign agencies intercept the communications of Canadians travelling abroad.

The issues in this appeal were whether the Federal Court erred in finding that CSIS breached the duty of candour owed to the Court in its initial application for a DIFTS warrant or in subsequent applications for DIFTS warrants and in finding that CSIS does not have the legal authority to seek assistance through Communications Security Establishment Canada (CSEC) from foreign partners to intercept the telecommunications of Canadians while they are outside of Canada.

*Held*, the appeal should be dismissed.

The Federal Court did not err in finding that CSIS had breached the duty of candour. It was argued that the evidentiary record did not support the conclusion that there was a decision to omit information in applications for DIFTS

En 2007, le SCRS a présenté à la Cour fédérale une demande en mandat afin de faciliter son enquête à l'égard d'activités susceptibles de constituer des menaces auxquelles, selon le SCRS, des personnes pourraient se livrer au cours de déplacements à l'étranger. La Cour fédérale a cependant rejeté la demande en mandat au motif qu'elle n'avait pas compétence pour autoriser les employés du SCRS à mener à l'extérieur du Canada des enquêtes comportant intrusion dans des circonstances où les interventions autorisées par le mandat étaient susceptibles de constituer des violations de la loi étrangère (demande ou décision antérieure). En 2009, le SCRS a demandé à la Cour fédérale de réexaminer la décision du juge et d'opérer une distinction. Un autre juge désigné de la Cour fédérale s'est laissé convaincre de décerner le mandat demandé par le SCRS (demande ou décision ultérieure). La Cour fédérale était d'avis que la décision antérieure devait faire l'objet d'une distinction, la Cour fédérale tirant cette conclusion en se fondant sur un argument juridique différent et sur un exposé des faits concernant les méthodes d'interception et la collecte de renseignements différent de celui qui avait été fait dans le cadre de la décision antérieure. Par la suite, d'autres juges ont décerné de nouveaux mandats ou reconduit des mandats en vertu des articles 12 et 21 de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*. Ces mandats sont désignés par l'expression « mandats d'interception au Canada de télécommunications étrangères » (ICTE). La Cour fédérale a ensuite prononcé les motifs contestés après que de nouveaux renseignements eurent été mis en lumière. Elle a conclu que le SCRS a manqué à son obligation de franchise en n'avisant pas la Cour fédérale à l'occasion des demandes de mandat d'ICTE qu'il allait demander à des agences étrangères d'intercepter les communications de Canadiens qui se trouvent à l'étranger. Elle a également conclu que le SCRS n'était pas autorisé par l'article 12 de la Loi à faire ces demandes et que l'article 21 de la Loi ne permettait pas à la Cour d'autoriser le SCRS à demander à des agences étrangères d'intercepter les communications de Canadiens qui se trouvent à l'étranger.

Il s'agissait de savoir dans le cadre du présent appel si la Cour fédérale a commis une erreur lorsqu'elle a conclu que le SCRS a manqué à son obligation de franchise envers la Cour lorsqu'il a demandé la délivrance d'un mandat d'ICTE ou à l'occasion de toute demande ultérieure et si elle a commis une erreur lorsqu'elle a conclu que le SCRS n'a pas le pouvoir légal de demander, par l'intermédiaire du Centre de la sécurité des télécommunications Canada (CST), à des partenaires étrangers de l'aider à intercepter les télécommunications de Canadiens pendant que ceux-ci se trouvent à l'étranger.

*Arrêt* : l'appel doit être rejeté.

La Cour fédérale n'a pas commis d'erreur en concluant que le SCRS avait manqué à son obligation de franchise. On a fait valoir que les éléments de preuve versés aux débats ne vont pas dans le sens de la conclusion selon laquelle il a été décidé

warrants, especially since the omitted information had been fully disclosed on the previous application. However, this argument was rejected. The information the Federal Court found to be material to the warrant application was not disclosed to the Court in the prior warrant application. The Court found that it had jurisdiction to issue the requested warrant based upon a different description of the facts concerning the methods of interception and seizure of information than that described in the prior application. Specifically, in the subsequent application, the Federal Court was told that the acts the Court was asked to authorize would all take place in Canada whereas in the prior application, the evidence presented was that, if granted, the warrant would authorize activities outside of Canada. In its prior decision, the Federal Court decided that section 21 of the Act did not authorize the Court to issue the requested warrant because the intrusive activities the warrant would authorize were activities that would likely violate the laws of the jurisdiction where the activities were likely to occur; the Federal Court did not find that it was without jurisdiction to issue warrants authorizing CSIS to seek foreign assistance through CSEC. It was moreover acknowledged in the initial decision that not all extraterritorial intrusive activities would be illegal in every jurisdiction. It was thus open to the Court to conclude that, once the decision was made to routinely seek foreign assistance, a strategic decision was made not to include that information in the affidavit evidence filed in support of DIFTS warrants.

As to whether the information said to be omitted was material to the relevant warrant applications in deciding whether to issue the requested warrant, the Federal Court did not articulate an unintelligible standard for disclosure as submitted. Its reference to matters the Court could reasonably be concerned about reflected the discretionary nature of a section 21 warrant. The relief's discretionary nature is made plain by subsection 21(3) of the Act which states that if satisfied of the matters enumerated in paragraphs 21(2)(a) and (b), a warrant "may" be issued. The Federal Court properly found that the prior application and the potential implications of sharing information about Canadian persons with foreign security and intelligence agencies were material considerations in deciding whether to issue the requested warrant. Thus, the Court did not make any palpable and overriding error in the application of the test for materiality. Consequently, once the decision was made to routinely seek the assistance of foreign agencies after the issuance of a DIFTS warrant, the duty of candour and utmost good faith required that CSIS disclose to the Federal Court the scope of its anticipated investigation and, in particular, that CSIS considered itself authorized by section 12 of the Act to seek foreign agency assistance without a warrant. CSIS failed to make such disclosure.

d'omettre des renseignements dans les demandes de mandats d'ICTE, surtout que les renseignements omis avaient été entièrement communiqués à l'occasion de la demande antérieure. Cet argument a cependant été rejeté. Les renseignements que la Cour fédérale a considérés comme importants aux fins de la demande de mandat n'avaient pas été communiqués à la Cour fédérale dans la demande de mandat antérieure. La Cour a conclu qu'elle avait compétence pour décerner le mandat demandé en fonction d'un exposé différent des faits relatifs aux méthodes d'interception et de saisie de renseignements de la description donnée dans la demande antérieure. Plus précisément, dans la demande ultérieure, il a été dit à la Cour fédérale que les activités qu'on lui demandait d'autoriser auraient toutes lieu au Canada, alors que dans la demande antérieure, selon les éléments de preuve présentés, il était établi que, s'il était décerné, le mandat autoriserait certaines activités à l'extérieur du Canada. Dans sa décision antérieure, la Cour fédérale a conclu que l'article 21 de la Loi n'autorisait pas la Cour fédérale à décerner le mandat demandé, parce que les interventions comportant intrusion visées par le mandat seraient susceptibles de violer les lois du ressort où elles doivent être menées; la Cour fédérale n'a pas conclu qu'elle n'avait pas compétence pour décerner des mandats autorisant le SCRS à demander l'assistance de partenaires étrangers par l'entremise du CST. En outre, il a été reconnu que les activités extraterritoriales comportant intrusion ne seraient pas nécessairement illégales dans tous les ressorts. Il était donc loisible à la Cour de conclure que dès que l'on a décidé d'avoir régulièrement recours à l'assistance étrangère, on a décidé, pour des raisons stratégiques, de ne pas inclure cette information dans les affidavits produits à l'appui des mandats d'ICTE.

Quant à savoir si les renseignements qui auraient été omis étaient importants aux fins des demandes de mandat en question pour décider d'émettre ou non le mandat demandé, la Cour fédérale n'a pas formulé une norme inintelligible en ce qui a trait à la communication. La mention des questions qui pourraient raisonnablement préoccuper la Cour reflétait la nature discrétionnaire de la délivrance d'un mandat en vertu de l'article 21. La nature discrétionnaire de la mesure ne fait aucun doute, à la lecture du paragraphe 21(3) de la Loi, qui dispose que le juge « peut » décerner le mandat s'il est convaincu de l'existence des faits énumérés aux alinéas 21(2) a) et b). La Cour fédérale a conclu à bon droit qu'il était pertinent qu'il tienne notamment compte, pour se prononcer sur la question de savoir s'il devait décerner ou non le mandat, de la demande précédente et des incidences éventuelles du partage avec des agences étrangères de sécurité et de renseignements sur des Canadiens. Donc, la Cour n'a pas commis d'erreur manifeste et dominante dans l'application du critère relatif à la pertinence. Par conséquent, à partir du moment où la décision a été prise de demander régulièrement l'aide des agences étrangères après la délivrance d'un mandat d'ICTE, le SCRS, en vertu de l'obligation de franchise et de bonne foi absolue, devait communiquer à la Cour fédérale la portée de l'enquête

The Federal Court did not err in finding that CSIS did not have the legal authority to seek assistance, through CSEC, from foreign partners to intercept telecommunications of Canadians while they are outside of Canada. The proper interpretation of section 12 of the Act had to be determined. Based on the required textual, contextual and purposive analysis, CSIS is not confined to operating within Canada. The Federal Court properly concluded that Parliament did not intend to give CSIS authority to engage foreign agencies to intercept private communications of Canadians under the general power to investigate granted to CSIS by section 12 of the Act. However, the Court's conclusion that intrusive investigative measures conducted abroad would necessarily violate international law or the principle of comity between nations could not be endorsed. As well, it had to be added to the Court's reasons that judicial authorization in the form of a warrant issued pursuant to section 21 of the Act is required when CSIS' methods of investigation are intrusive, as in the case of the interception of telecommunications, whether conducted directly or indirectly through the auspices of a foreign intelligence service. Section 12 does not give CSIS an exemption from the operation of laws of general application. Thus, when intrusive investigation methods are resorted to, CSIS may apply to the Federal Court for the issuance of a warrant under section 21 of the Act.

Finally, in the prior application, the conclusion that the Federal Court lacks the jurisdiction to issue warrants authorizing CSIS to conduct activities in another state where those activities may violate the laws of that state had to be questioned. The intricacies of international law and the complexities of the national security context did not lend themselves to an answer on such a topic without a better record and fully developed arguments. It thus remained an open question whether the Federal Court possesses such jurisdiction.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

*Anti-terrorism Act*, S.C. 2001, c. 41.  
*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].

envisagée, et surtout le fait qu'il se considérait lui-même autorisé, en application de l'article 12 de la Loi, à demander l'aide d'agences étrangères, sans mandat. Le SCRS ne l'a jamais fait.

La Cour fédérale n'a pas commis d'erreur en concluant que la loi n'accordait pas au SCRS le pouvoir de demander de l'assistance, par l'entremise du CST, à des partenaires étrangers pour intercepter les télécommunications des Canadiens alors que ceux-ci sont à l'extérieur du Canada. Il fallait déterminer quelle interprétation donner à l'article 12 de la Loi. En se fondant sur les nécessaires analyses textuelles, contextuelles et téléologiques, les activités du SCRS ne sont pas limitées aux frontières du Canada. La Cour fédérale a conclu à bon droit que le législateur n'avait pas l'intention de conférer au SCRS le pouvoir d'avoir recours aux agences internationales afin d'intercepter les communications de Canadiens au titre du pouvoir général d'enquête que l'article 12 de la Loi lui accorde. Cependant, la Cour n'a pas retenu la conclusion de la Cour fédérale selon laquelle les activités d'enquête comportant intrusion menées à l'étranger contreviendraient nécessairement au droit international ou au principe de courtoisie entre nations. En outre, il convenait d'ajouter aux motifs de la Cour que l'autorisation de la Cour, qui prend la forme d'un mandat décerné en vertu de l'article 21 de la Loi, est nécessaire lorsque les méthodes d'enquête du Service comportent intrusion, comme c'est le cas lors de l'interception de télécommunications, que cette interception soit effectuée directement, ou indirectement par l'intermédiaire d'un service de renseignement étranger. L'article 12 n'accorde pas au SCRS une dispense de l'application des lois d'application générale. Il s'ensuit que, lorsque les méthodes d'enquête comportent intrusion, le SCRS peut demander à la Cour fédérale qu'elle décerne un mandat en vertu de l'article 21 de la Loi.

Enfin, dans la demande antérieure, la Cour avait des réserves quant à la conclusion selon laquelle la Cour fédérale n'a pas compétence pour décerner des mandats autorisant le SCRS à effectuer des interventions dans un autre État lorsque ces interventions peuvent contrevenir au droit de cet État. Vu les subtilités du droit international et la complexité des questions relatives à la sécurité nationale, il n'était pas possible de se prononcer à ce sujet en l'absence d'un dossier plus étoffé et d'arguments suffisamment développés. La Cour était par conséquent d'avis que la question de savoir si la Cour fédérale dispose d'une telle compétence n'est toujours pas réglée.

#### 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].  
*Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46.

*Canadian Security Intelligence Service Act*, R.S.C., 1985, c. C-23, ss. 2 “intercept”, “threats to the security of Canada”, 12, 16, 21, 26.

*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46.

*Foreign Intelligence Surveillance Act of 1978*, Pub. L. 95-511, 92 Stat. 1783, 50 U.S.C. § 1801.

*National Defence Act*, R.S.C., 1985, c. N-5, s. 273.64(1)(a),(c),(2),(3), 273.65(2).

*Foreign Intelligence Surveillance Act of 1978*, Pub. L. 95-511, 92 Stat. 1783, 50 U.S.C. § 1801.

*Loi antiterroriste*, L.C. 2001, ch. 41.

*Loi sur la défense nationale*, L.R.C. (1985), ch. N-5, art. 273.64(1a),c),(2),(3), 273.65(2).

*Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*, L.R.C. (1985), ch. C-23, art. 2 « intercepter », « menaces envers la sécurité », 12, 16, 21, 26.

#### CASES CITED

##### APPLIED:

*Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235.

##### CONSIDERED:

*Canadian Security Intelligence Service Act (Re)*, 2008 FC 301, [2008] 4 F.C.R. 230; *R. v. Hape*, 2007 SCC 26, [2007] 2 S.C.R. 292; *Canada (Justice) v. Khadr*, 2008 SCC 28, [2008] 2 S.C.R. 125; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, (1998), 36 O.R. (3d) 418; *R. v. Ulybel Enterprises Ltd.*, 2001 SCC 56, [2001] 2 S.C.R. 867; *Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601; *ATCO Gas and Pipelines Ltd. v. Alberta (Energy and Utilities Board)*, 2006 SCC 4, [2006] 1 S.C.R. 140; *R. v. Monney*, [1999] 1 S.C.R. 652, (1999), 171 D.L.R. (4th) 1; *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2008 SCC 38, [2008] 2 S.C.R. 326; *Libman v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 178, (1985), 21 D.L.R. (4th) 174; *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 SCC 9, [2007] 1 S.C.R. 350.

##### REFERRED TO:

*Assiniboine v. Meeches*, 2013 FCA 114, 444 N.R. 285; *Celgene Corp. v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 1, [2011] 1 S.C.R. 3; *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Minister of National Defence)*, 2011 SCC 25, [2011] 2 S.C.R. 306.

#### AUTHORS CITED

Canada. Commission of Inquiry Concerning Certain Activities of the Royal Canadian Mounted Police. *Third Report: Certain R.C.M.P. Activities and the Question of Governmental Knowledge* (1981) (Justice D. C. McDonald (Chairman)), online: <<http://epe.lac-bac.gc.ca/100/200/301/pco-bcp/commissions-ef/mcdonald1979-81-eng/mcdonald1979-81-eng.htm>>.

Canada. Senate. Report of the Special Committee of the Senate on the Canadian Security Intelligence Service. *Delicate Balance: A Security Intelligence Service in a Democratic Society*. Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, November 1983.

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISION APPLIQUÉE :

*Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235.

##### DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité (Re)*, 2008 CF 301, [2008] 4 R.C.F. 230; *R. c. Hape*, 2007 CSC 26, [2007] 2 R.C.S. 292; *Canada (Justice) c. Khadr*, 2008 CSC 28, [2008] 2 R.C.S. 125; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *R. c. Ulybel Enterprises Ltd.*, 2001 CSC 56, [2001] 2 R.C.S. 867; *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601; *ATCO Gas and Pipelines Ltd. c. Alberta (Energy and Utilities Board)*, 2006 CSC 4, [2006] 1 R.C.S. 140; *R. c. Monney*, [1999] 1 R.C.S. 652; *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2008 CSC 38, [2008] 2 R.C.S. 326; *Libman c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 178; *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CSC 9, [2007] 1 R.C.S. 350.

##### DÉCISIONS CITÉES :

*Assiniboine c. Meeches*, 2013 CAF 114; *Celgene Corp. c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 1, [2011] 1 R.C.S. 3; *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Ministre de la Défense nationale)*, 2011 CSC 25, [2011] 2 R.C.S. 306.

#### DOCTRINE CITÉE

Canada. Commission d'enquête sur certaines activités de la Gendarmerie royale du Canada. *Troisième rapport : Certaines activités de la GRC et la connaissance qu'en avait le gouvernement* (1981) (M. le juge D. C. McDonald (président)), en ligne : <<http://epe.lac-bac.gc.ca/100/200/301/pco-bcp/commissions-ef/mcdonald1979-81-fra/mcdonald1979-81-fra.htm>>.

Canada. Sénat. Rapport du Comité sénatorial spécial du Service canadien du renseignement de sécurité. *Équilibre délicat : Un Service du renseignement de sécurité dans une société démocratique*. Ottawa : Ministère des Approvisionnements et Services Canada, novembre 1983.

Cohen, Stanley A. “Safeguards in and Justifications for Canada’s New *Anti-terrorism Act* ” (2002-2003), 14 *N.J.C.L.* 99.

Décary, Robert, Q.C. *2012-2013 Annual Report of the Commissioner of the Communications Security Establishment Commissioner*, June 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)>.

APPEAL from further reasons for order (2013 FC 1275, [2015] 1 F.C.R. 635) responding to recent developments and clarifying the scope and limits of reasons (2009 FC 1058, [2010] 1 F.C.R. 460) issuing a warrant authorizing the Canadian Security Intelligence Service to intercept foreign telecommunications and conduct searches from within Canada. Appeal dismissed.

#### APPEARANCES

*Robert Frater, Isabelle Chartier and Jacques-Michel Cyr* for appellant.  
*Gordon Cameron* as *amicus curiae*.

#### SOLICITORS OF RECORD

*Deputy Attorney General of Canada* for appellant.

*The following are the redacted reasons for judgment rendered in English by*

THE COURT :

#### I. Introduction

[1] In 2007, in Court File CSIS-10-07, the Canadian Security Intelligence Service (CSIS or the Service) applied to the Federal Court to obtain a warrant to assist in the investigation of threat-related activities CSIS believed individuals would engage in while traveling outside of Canada. For reasons reported as *Canadian Security Intelligence Service Act (Re)*, 2008 FC 301, [2008] 4 F.C.R. 230, Justice Blanchard (a designated judge of the Federal Court) dismissed the warrant application. In Justice Blanchard’s view, the Federal Court did not have jurisdiction to authorize CSIS

Cohen, Stanley A. « Safeguards in and Justifications for Canada’s New *Anti-terrorism Act* » (2002-2003), 14 *N.J.C.L.* 99.

Décary, Robert c.r. *Rapport annuel 2012-2013 du Commissaire du Centre de la Sécurité des Télécommunications*, juin 2013, en ligne : <[http://www.ocsec-bccst.gc.ca/ann-rpt/2012-2013/ann-rpt\\_f.pdf](http://www.ocsec-bccst.gc.ca/ann-rpt/2012-2013/ann-rpt_f.pdf)>.

APPEL interjeté à l’encontre de motifs supplémentaires d’ordonnance (2013 CF 1275, [2015] 1 R.C.F. 635) visant à répondre à de récents développements et à clarifier la portée et les limites de motifs (2009 CF 1058, [2010] 1 R.C.F. 460) décernant un mandat autorisant le Service canadien du renseignement de sécurité à intercepter des communications étrangères et à effectuer des fouilles en territoire canadien. Appel rejeté.

#### ONT COMPARU

*Robert Frater, Isabelle Chartier et Jacques-Michel Cyr* pour l’appelant.  
*Gordon Cameron* à titre d’*amicus curiae*.

#### AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Le sous-procureur général du Canada* pour l’appelant.

*Ce qui suit est la version française des motifs caviardés du jugement rendu par*

LA COUR :

#### I. Introduction

[1] En 2007, dans l’affaire SCRS-10-07, le Service canadien du renseignement de sécurité (le SCRS ou le Service) a présenté à la Cour fédérale une demande en mandat afin de faciliter son enquête à l’égard d’activités susceptibles de constituer des menaces auxquelles, selon le SCRS, des personnes pourraient se livrer au cours de déplacements à l’étranger. Par les motifs formulés dans la décision *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité (Re)*, 2008 CF 301, [2008] 4 R.C.F. 230, le juge Blanchard (juge désigné de la Cour fédérale) a rejeté la demande en mandat. Selon le juge Blanchard, la Cour

employees to conduct intrusive investigative activities outside of Canada in circumstances where the activities authorized by the warrant were likely to constitute a violation of foreign law.

[2] No appeal was taken from this decision.

[3] Instead, in 2009, in Court File CSIS-30-08, CSIS asked the Federal Court to revisit and distinguish Justice Blanchard's decision. Another designated judge of the Federal Court, Justice Mosley (Judge), was persuaded to issue a warrant authorizing CSIS to intercept foreign telecommunications and conduct [\*\*\*] searches from within Canada. For reasons reported as *X (Re)*, 2009 FC 1058, [2010] 1 F.C.R. 460, the Judge was persuaded that the prior decision of Justice Blanchard was distinguishable and he issued the requested warrant. Briefly stated, the Judge reached this conclusion based upon a legal argument different from that before Justice Blanchard and upon a description of the facts concerning the methods of interception and seizure of information different from that put before Justice Blanchard.

[4] Specifically, CSIS argued that the Federal Court had jurisdiction to issue the requested warrant to ensure a measure of judicial control over activities of government officials acting in Canada in connection with an investigation that extended beyond Canada's borders. Counsel for CSIS justified this argument on the basis that the acts the Court was asked to authorize would all take place in Canada.

[5] Since the Judge issued this warrant, other designated judges of the Federal Court have issued fresh or renewal warrants in relation to targets of investigation under sections 12 and 21 of the *Canadian Security Intelligence Service Act*, R.S.C., 1985, c. C-23 (CSIS Act). These warrants are referred to as Domestic Interception of Foreign Telecommunications and Search (DIFTS) warrants.

fédérale n'avait pas compétence pour autoriser les employés du SCRS à mener à l'extérieur du Canada des enquêtes comportant intrusion dans des circonstances où les interventions autorisées par le mandat étaient susceptibles de constituer des violations de la loi étrangère.

[2] Aucun appel n'a été interjeté de cette décision.

[3] Plutôt que d'interjeter appel, le SCRS, en 2009, dans le dossier SCRS-30-08, a demandé à la Cour fédérale de réexaminer la décision du juge et d'opérer une distinction. Un autre juge désigné de la Cour fédérale, le juge Mosley (le juge), s'est laissé convaincre de décerner un mandat autorisant le SCRS à intercepter des communications étrangères et à effectuer [\*\*\*] des fouilles en territoire canadien. Par les motifs énoncés dans la décision *X (Re)*, 2009 CF 1058, [2010] 1 R.C.F. 460, le juge a conclu que la décision rendue par le juge Blanchard devait faire l'objet d'une distinction et il a décerné le mandat demandé. En résumé, le juge a tiré cette conclusion en se fondant sur un argument juridique différent de celui qui avait été invoqué devant le juge Blanchard et sur un exposé des faits concernant les méthodes d'interception et la collecte de renseignements différent de celui qui avait été fait devant le juge Blanchard.

[4] Plus précisément, le SCRS a soutenu que la Cour fédérale avait compétence pour décerner le mandat demandé afin d'assurer un certain degré de surveillance judiciaire sur les activités exercées par des représentants du gouvernement intervenant au Canada relativement à une enquête qui s'étendait au-delà des frontières du Canada. L'avocat du SCRS a justifié cet argument en faisant valoir que les interventions qu'on demandait à la Cour d'autoriser auraient toutes lieu au Canada.

[5] Depuis que le juge a décerné ce mandat, d'autres juges désignés de la Cour fédérale ont décerné, 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 SCRS), de nouveaux mandats ou reconduit des mandats relatifs aux personnes visées par l'enquête. Ces mandats sont désignés par l'expression « mandats d'interception au Canada de télécommunications étrangères » (ICTE).

[6] In the *2012-2013 Annual Report of the Commissioner of the Communications Security Establishment Commissioner*, the Honourable Robert Décary, Q.C. recommended that the Communications Security Establishment Canada (CSEC) advise CSIS to provide the Federal Court with explicit evidence in DIFTS warrant applications that CSEC's assistance to CSIS might include the interception of private communications of the Canadian subjects of the DIFTS warrants by CSEC's second party partners in the United States, United Kingdom, Australia and New Zealand, and also involve the sharing of identity information of those Canadians with the four partners. These partners are, together with Canada, referred to as the "Five Eyes".

[7] After reading a public version of Commissioner Décary's report, the Judge issued an order [2013 FC 1275, [2015] 1 F.C.R. 635] requiring counsel for both CSEC and CSIS to appear before him. The order directed that [at paragraph 53]:

... 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.

[8] On the basis of documents provided for that hearing, the Judge was of the view that the focus of Commissioner Décary's concern was that information that had been before Justice Blanchard in the CSIS-10-07 application was not presented to the Federal Court in the CSIS-30-08 application or in any subsequent application for a DIFTS warrant. The evidence that was before Justice Blanchard was evidence that if the requested warrant was issued, CSEC would provide assistance to CSIS by, among other things, tasking its partners within the "Five Eyes" alliance to conduct surveillance on warrant targets.

[6] Dans le *Rapport annuel 2012-2013 du Commissaire du Centre de la Sécurité des Télécommunications Canada*, l'honorable Robert Décary, c.r., a recommandé que le Centre de la sécurité des télécommunications Canada (le CST) conseille au SCRS de produire devant la Cour fédérale des éléments de preuves explicite dans les demandes de délivrance de mandats d'ICTE portant que l'assistance apportée par le CST au SCRS pourrait comprendre l'interception de communications privées de Canadiens visés par les mandats d'ICTE par les partenaires de seconde partie du CST, à savoir les États-Unis, le Royaume-Uni, l'Australie et la Nouvelle-Zélande, et pourrait comporter également la communication aux quatre partenaires de renseignements sur l'identité de ces Canadiens. Ces partenaires, ainsi que le Canada, sont membres du « Groupe des cinq ».

[7] Après avoir lu la version publique du rapport du commissaire Décary, le juge a ordonné que les avocats du CST et du SCRS comparaissent devant lui. L'ordonnance [2013 CF 1275, [2015] 1 R.C.F. 635] portait [au paragraphe 53] :

[...] les avocats doivent être prêts à dire si l'application de la recommandation du commissaire du CST 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 ultérieure.

[8] Sur la foi de documents produits pour cette audience, le juge a conclu que le commissaire était principalement préoccupé par le fait que les renseignements qui avaient été produits devant le juge Blanchard dans le cadre de la demande SCRS-10-07 n'avaient pas été produits devant la Cour fédérale à l'occasion de la demande SCRS-30-08 ou de quelque demande ultérieure de délivrance de mandat d'ICTE que ce soit. Selon les éléments de preuve produits devant le juge Blanchard, si le mandat était décerné, le CST assurerait une assistance au SCRS, notamment en demandant à ses partenaires membres du « Groupe des cinq » de surveiller les cibles des mandats.

[9] After reading the top secret version of Commissioner Décary's 2012-2013 report (one of the documents provided for the initial hearing) and hearing the preliminary submissions of counsel for CSIS and CSEC, the Judge directed that further evidence and argument be presented on two issues. The issues were:

- (1) Did CSIS meet its duty of full and frank disclosure when it applied for a DIFTS warrant in application CSIS-30-08 and any subsequent DIFTS warrant application?
- (2) Did CSIS possess the legal authority, acting through CSEC, to seek assistance from its foreign partners to intercept the telecommunications of Canadians while they are outside of Canada?

[10] The Judge appointed Mr. Gordon Cameron as *amicus curiae* to assist in the examination of these two issues.

[11] After receiving additional evidence and hearing oral submissions by counsel for the Deputy Attorney General of Canada (Attorney General) and the *amicus*, the Judge concluded that CSIS breached its duty of candour by failing to disclose to the Federal Court in DIFTS warrant applications that it intended to make requests to foreign agencies to intercept the telecommunications of Canadians abroad. The Judge also concluded that CSIS had no lawful authority under section 12 of the CSIS Act to make such requests and section 21 of the CSIS Act did not allow the Court to authorize CSIS to request that foreign agencies intercept the communications of Canadians travelling abroad. On a going forward basis the Judge directed that:

- When an application is made to the Federal Court for a DIFTS 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.

[9] Après avoir lu la version très secrète du rapport du commissaire Décary pour 2012-2013 (l'un des documents produits à l'audience initiale), et après avoir entendu les observations préliminaires des avocats du SCRS et du CST, le juge a ordonné que d'autres éléments de preuve et d'autres témoignages soient produits quant à deux questions. Ces questions sont les suivantes :

- 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 mandat d'ICTE dans le cadre de la demande SCRS-30-08 et de toute demande ultérieure de délivrance d'un mandat d'ICTE?
- 2) Le SCRS avait-il le pouvoir légal de demander, par l'intermédiaire du CST, à des partenaires étrangers de l'aider à intercepter les télécommunications de Canadiens pendant que ceux-ci se trouvent à l'étranger?

[10] Le juge a nommé M<sup>e</sup> Gordon Cameron *amicus curiae* pour l'aider à examiner ces deux questions.

[11] Après avoir reçu des éléments de preuve additionnels et après avoir entendu les plaidoiries de l'avocat du sous-procureur général du Canada (le procureur général) et de l'*amicus*, le juge a conclu que le SCRS a manqué à son obligation de franchise en n'avisant pas la Cour fédérale à l'occasion des demandes de mandat d'ICTE qu'il allait demander à des agences étrangères d'intercepter les communications de Canadiens qui se trouvent à l'étranger. Le juge a également conclu que le SCRS n'était pas autorisé par l'article 12 de la Loi sur le SCRS à faire ces demandes et que l'article 21 de la Loi sur le SCRS ne permettait pas à la Cour d'autoriser le SCRS à demander à des agences étrangères d'intercepter les communications de Canadiens qui se trouvent à l'étranger. Le juge a ordonné que, à l'avenir :

- Lorsqu'une demande de mandat d'ICTE est faite à la Cour, il faut l'informer si une demande d'assistance étrangère a été faite et, le cas échéant, il faut l'informer quant aux conséquences subies par les personnes visées par la demande.

- It must be made clear in any grant of a DIFTS warrant that the 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.
- 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 such use is conducted under the authority of a section 21 warrant issued by the Federal Court.
- Finally, a copy of the Court's reasons was to be provided to the Chair of the Security Intelligence Review Committee and to the CSEC Commissioner.
- Il faut préciser que, dans tous les cas de délivrance d'un mandat d'ICTE, celui-ci n'autorise pas l'interception, directement ou indirectement, de communications de Canadiens par une agence étrangère pour le compte du SCRS par l'intermédiaire du CST.
- Le SCRS ou le CST, ou leurs conseillers juridiques, ne doivent plus affirmer, lorsqu'ils évoquent l'utilisation d'équipements de seconde partie, qu'une telle utilisation est autorisée par un mandat décerné par la Cour fédérale en vertu de l'article 21.
- Enfin, une copie des motifs de la Cour doit être remise au président du Comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité et au commissaire du CST.

[12] The Judge's conclusions were contained in a document entitled "Further Reasons for Order". The Judge explained in his further reasons for order that they were intended to respond to recent developments and were intended to clarify the scope and limits of the Judge's reasons issued in 2009. Subsequently, further amended reasons for order (further reasons) were issued by the Judge, correcting four clerical errors contained in the initial version of the reasons. Nothing turns on this.

[12] Les conclusions du juge figuraient dans un document intitulé « Motifs supplémentaires d'ordonnance ». Le juge a expliqué dans ses motifs supplémentaires d'ordonnance que ceux-ci visaient à répondre à de récents développements et à clarifier la portée et les limites des motifs prononcés par le juge en 2009. Par la suite, des motifs supplémentaires d'ordonnance modifiés (motifs supplémentaires) ont été prononcés par le juge afin que soient corrigées quatre erreurs d'écriture figurant dans la version initiale des motifs. Cela importe peu.

[13] Notwithstanding the title of the document, no order was issued by the Judge and he denied a request by the Attorney General that an order issue reflecting the Judge's views.

[13] Malgré l'intitulé du document, aucune ordonnance n'a été rendue par le juge et il a rejeté la demande, faite par le procureur général, d'une ordonnance exprimant ses opinions.

[14] The Attorney General now seeks to appeal from the further reasons.

[14] Le procureur général interjette maintenant appel quant aux motifs supplémentaires.

[15] At a case management conference held by the then Chief Justice of this Court, three preliminary issues were identified:

[15] Lors d'une conférence de gestion de l'instance tenue par le juge en chef de la Cour de l'époque, trois questions préliminaires ont été relevées :

- i. Does this Court have jurisdiction to hear an appeal from the further reasons in light of the fact that no formal order was rendered by the Judge?
- i. La Cour a-t-elle compétence pour entendre un appel interjeté des motifs supplémentaires étant donné qu'aucune ordonnance officielle n'a été rendue par le juge?

- ii. Should the Court grant the appellant an extension of time to file the notice of appeal from the further reasons?
- iii. Is a challenge to the further reasons moot on the ground that the warrant granted by the Judge in CSIS-30-08 has expired?

[16] The Chief Justice directed that these issues be addressed at a hearing to be held on March 17, 2014. Mr. Cameron's appointment as an *amicus* was renewed and counsel were also directed to be prepared to argue the merits of the appeal at the hearing.

[17] On March 17, 2014, we heard all submissions on the three preliminary issues. We reserved our decision and then heard arguments on the merits of the appeal.

[18] These are our reasons for extending the time in which to file the notice of appeal, taking jurisdiction to hear the appeal, concluding the appeal is not moot and that the appeal should be dismissed.

## II. Preliminary Issues

- A. *Does this Court have jurisdiction to hear an appeal from the further reasons in light of the fact no formal order was rendered by the Judge?*

[19] The *amicus* argues that the further reasons were issued in an application for a warrant that was granted and has expired. The further reasons therefore did not affect the outcome of the warrant application. As such, no appeal should lie from the further reasons.

[20] We disagree for the following two reasons.

[21] First, we accept the Attorney General's characterization of the proceeding before the Judge: it had the character of a generalized inquiry as opposed to the

- ii. La Cour doit-elle accorder à l'appelant une prorogation de délai pour déposer l'avis d'appel visant les motifs supplémentaires?
- iii. La contestation des motifs supplémentaires est-elle théorique vu que le mandat décerné dans l'affaire SCRS-30-08 est échu?

[16] Le juge en chef a ordonné que ces questions soient débattues lors de l'audience fixée au 17 mars 2014. La nomination de M<sup>c</sup> Cameron à titre d'*amicus* a été renouvelée et il a été enjoint aux avocats d'être prêts à défendre leurs thèses quant au fond de l'appel à l'audience.

[17] Le 17 mars 2014, notre Cour a entendu toutes les observations portant sur les questions préliminaires. Notre Cour a mis l'affaire en délibéré, puis elle a entendu les observations portant sur le fond de l'appel.

[18] Voici les motifs de notre Cour pour proroger le délai prévu pour déposer l'avis d'appel, pour se déclarer compétente pour entendre l'appel, pour conclure que l'appel n'est pas théorique et qu'il doit être rejeté.

## II. Questions préliminaires

- A. *Notre Cour a-t-elle compétence pour entendre un appel interjeté des motifs supplémentaires étant donné qu'aucune ordonnance officielle n'a été rendue par le juge?*

[19] L'*amicus* soutient que les motifs supplémentaires ont été rendus à l'occasion d'une demande de mandat, lequel a été décerné et est maintenant échu. Les motifs supplémentaires n'ont donc eu aucune incidence sur l'issue de la demande de mandat. Par conséquent, il ne peut être interjeté appel des motifs supplémentaires.

[20] Notre Cour ne retient pas cette thèse, et ce, pour les deux raisons suivantes.

[21] Premièrement, notre Cour retient la qualification de l'instance devant le juge faite par le procureur général : il s'agissait d'une enquête générale plutôt que de la

continuation of the warrant application. This is reflected in the order that commenced the inquiry. Counsel for CSIS and CSEC were required to appear and be prepared to speak to whether Commissioner Décary's recommendation to CSEC "relates to the evidence presented to the Court in the application to obtain CSIS-30-08 or any subsequent applications" (order, Volume 1, appeal book, Tab 13, at page 245).

[22] The generalized nature of the inquiry is also reflected in the Judge's reasons at paragraph 75. The Judge noted that while there may not have been non-disclosure in CSIS-30-08, there was no disclosure of the request for foreign assistance in the applications that followed. The Judge then referenced the Attorney General's agreement that "[r]ather than have the matter addressed in each of those files it should be dealt with in a single proceeding". Given this, and the significance of the Judge's finding that CSIS has repeatedly failed in its duty of candour, the absence of a formal order should not be an impediment to the appellant's right to have the Judge's findings of fact and law reviewed by this Court. In the unique circumstances before us, the absence of a formal order is an irregularity.

[23] Our second reason for this conclusion is that the Judge's further reasons were declaratory in nature. It is trite law that a declaration declares what the law is. An entity that is subject to a declaration is bound by it and so is obliged to comply with the declaration. If the entity has doubts about the propriety of a court's declaration, the entity is obliged to appeal it (*Assiniboine v. Meeches*, 2013 FCA 114, 444 N.R. 285, at paragraphs 12 through 15). The finding of lack of candour and the legal conclusions on the scope of sections 12 and 21 of the CSIS Act were declaratory in nature. They are of such importance that they cannot be immunized from review.

suite de la procédure de demande de mandat. Cela ressort de l'ordonnance rendue au début de l'enquête. Il a été demandé aux avocats du SCRS et du CST de comparaître et d'être prêts à débattre la question de savoir si la recommandation faite par le commissaire Décary au CST [TRADUCTION] « a trait aux éléments de preuve présentés devant la Cour dans le cadre de la demande d'acquisition SCRS-30-08 et à toutes les autres demandes ultérieures » (ordonnance, volume 1, dossier d'appel, onglet 13, à la page 245).

[22] La nature générale de l'enquête ressort également des motifs du juge, au paragraphe 75. Le juge a relevé que bien qu'il n'y ait pas eu de non-communication à l'occasion de la demande SCRS-30-08, il n'y a pas eu communication des demandes d'aide étrangère à l'occasion des demandes qui ont suivi. Le juge a ensuite renvoyé à la reconnaissance par le procureur général que [TRADUCTION] « la question devait être discutée dans le cadre d'une seule instance plutôt que d'être discutée dans le cadre de chacun des dossiers ». Compte tenu de ceci et de l'importance de la conclusion du juge selon laquelle le SCRS a à maintes reprises manqué à son obligation de franchise, l'absence d'une ordonnance officielle ne doit pas nuire au droit qu'a l'appelant de demander que les conclusions de fait et de droit du juge soient examinées par notre Cour. Dans les circonstances uniques de l'espèce, l'absence d'une ordonnance officielle constitue une irrégularité.

[23] La deuxième raison pour laquelle notre Cour a tiré cette conclusion est que les motifs supplémentaires du juge étaient de nature déclaratoire. Le droit est bien fixé : une déclaration expose l'état du droit. L'entité qui fait l'objet d'une déclaration est liée par celle-ci et est donc tenue de s'y conformer. Si l'entité a des doutes quant à une déclaration d'un juge, elle est tenue d'en appeler de celle-ci (*Assiniboine c. Meeches*, 2013 CAF 114, aux paragraphes 12 à 15). La constat de manque de franchise et les conclusions juridiques relatives à la portée des articles 12 et 21 de la Loi sur le SCRS étaient de nature déclaratoire. Elles sont d'une telle importance qu'elles ne peuvent pas échapper à l'examen du juge.

B. *Should the Court grant an extension of time to file the notice of appeal from the further reasons?*

[24] The Judge issued his further reasons on November 22, 2013. Therefore, a notice of appeal should have been filed on or before December 23, 2013. Counsel for the Attorney General mistakenly believed that the Christmas recess suspended the 30-day filing deadline. She therefore calculated the appeal period to expire on January 9, 2014. The registry declined to accept the notice of appeal for filing on January 8, 2014 on the ground the appeal period had expired. The Attorney General therefore moves for an extension of time to file the notice of appeal.

[25] The *amicus* took no position on the motion for an extension of time.

[26] In deciding whether to grant an extension of time to file a notice of appeal, the over-riding consideration is whether the interests of justice favour granting the extension. Relevant factors to consider are whether:

- (a) there is an arguable case on appeal;
- (b) special circumstances justify the delay in filing the notice of appeal;
- (c) the delay is excessive; and
- (d) the respondent will be prejudiced if the extension is granted.

[27] We are of the view that the interests of justice favour granting the extension. We reach this conclusion for the following reasons:

- (a) there are arguable issues raised in the appeal and they are issues of importance;
- (b) counsel's misunderstanding of the effect of the Christmas recess is a special circumstance that explains the delay;

B. *Notre Cour doit-elle accorder une prorogation de délai pour déposer l'avis d'appel visant les motifs supplémentaires?*

[24] Le juge a prononcé ses motifs supplémentaires le 22 novembre 2013. Par conséquent, un avis d'appel aurait dû être déposé au plus tard le 23 décembre 2013. L'avocate du procureur général a, à tort, cru que, en raison du congé de Noël, le délai de 30 jours pour déposer l'avis était suspendu. Selon ses calculs, le délai pour interjeter appel prenait fin le 9 janvier 2014. Le greffe a refusé l'avis d'appel présenté pour dépôt le 8 janvier 2014 au motif que le délai d'appel était échu. Le procureur général a donc présenté une requête en prorogation du délai prévu pour déposer l'avis d'appel.

[25] L'*amicus* n'a pris aucune position concernant la requête en prorogation de délai.

[26] Lorsqu'il s'agit de décider s'il convient d'accorder une prorogation de délai pour déposer un avis d'appel, le critère le plus important est celui qui consiste à rechercher s'il est dans l'intérêt de la justice d'accorder la prorogation. Les facteurs à considérer sont les suivants :

- a) s'il y a des questions défendables dans l'appel;
- b) s'il existe des circonstances particulières justifiant le non-respect du délai prévu pour déposer l'avis d'appel;
- c) si le retard est excessif;
- d) si la prorogation du délai imparti causera un préjudice à l'intimé.

[27] Notre Cour est d'avis qu'il est dans l'intérêt de la justice d'accorder la prorogation. Notre Cour tire cette conclusion pour les raisons suivantes :

- a) des questions défendables ont été soulevées dans l'appel et elles sont importantes;
- b) la méprise de l'avocate quant à l'incidence du congé de Noël est une circonstance particulière justifiant le retard;

- (c) the delay was not excessive; and
- (d) the *amicus* is not prejudiced by the granting of the extension.
- [28] For these reasons, the extension is granted.
- C. *Is a challenge to the further reasons moot on the ground that the warrant granted by the Judge in CSIS-30-08 has expired?*
- [29] We are of the view that the appeal is not moot for the following two reasons.
- [30] First, as explained above, the proceeding before the Judge had the character of a generalized inquiry. It therefore affects existing warrant applications.
- [31] Second, also as explained above, the further reasons were declaratory in nature. As such, the reasons bound, and continue to bind, CSIS.
- [32] The appeal, therefore, is not moot.
- III. The Issues
- [33] Two substantive issues are raised in this appeal:
- (1) Did CSIS breach the duty of candour owed to the Court in its application for a DIFTS warrant in CSIS-30-08 or in subsequent applications for DIFTS warrants?
- (2) 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?
- [34] Before considering these issues, it is helpful to review the relevant findings of the Judge.
- c) le retard n'était pas excessif;
- d) la prorogation ne cause aucun préjudice à l'*amicus*.
- [28] Par ces motifs, la prorogation est accordée.
- C. *La contestation des motifs supplémentaires est-elle théorique vu que le mandat décerné à l'occasion de l'affaire SCRS-30-08 est échu?*
- [29] Selon notre Cour, l'appel n'est pas devenu théorique, et ce, pour les deux raisons suivantes.
- [30] Premièrement, comme il a déjà été expliqué, l'instance devant le juge était de la nature d'une enquête générale. Elle a donc une incidence sur les demandes de mandat en cours.
- [31] Deuxièmement, également comme il a déjà été expliqué, les motifs supplémentaires étaient de nature déclaratoire. Par conséquent, ces motifs lient, et continuent de lier le SCRS.
- [32] L'appel n'a donc pas un caractère théorique.
- III. Les questions en litige
- [33] Deux questions de fond sont soulevées dans le présent appel :
- 1) Le SCRS a-t-il manqué à son obligation de franchise envers la Cour lorsqu'il a demandé la délivrance d'un mandat d'ICTE à l'occasion de la demande SCRS-30-08 ou à l'occasion de toute demande ultérieure de délivrance d'un mandat d'ICTE?
- 2) Le SCRS a-t-il le pouvoir légal de demander, par l'intermédiaire du CST, à des partenaires étrangers de l'aider à intercepter les télécommunications de Canadiens pendant que ceux-ci se trouvent à l'étranger?
- [34] Avant de se pencher sur ces questions, il est utile d'examiner les conclusions pertinentes du juge.

#### IV. The Judge's Decision

[35] After describing in detail the factual background, framing the issues to be decided and dealing with a preliminary question of privilege, the Judge commenced his analysis. No appeal is brought from the Judge's conclusion that certain material was not privileged.

[36] The issues framed by the Judge were:

- (1) Whether CSIS met its duty of full and frank disclosure when it applied for a DIFTS warrant in application CSIS-30-08 and any subsequent DIFTS warrant applications; 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.

[37] With respect to the first issue, the Judge concluded that:

- i. It was not clear that a request for foreign assistance was made in CSIS-30-08. The Attorney General conceded, however, that foreign assistance was requested in connection with the DIFTS warrants granted following the rationale developed in CSIS-30-08 and further conceded that those requests were not disclosed to the Court. The Attorney General acknowledged that the issue of compliance with the duty of full and frank disclosure should not be decided on the basis that there was no actual nondisclosure in CSIS-30-08 (reasons, paragraph 75).
- ii. The CSEC employee who provided affidavit evidence and was cross-examined before the Judge "candidly stated that his evidence in CSIS-30-08

#### IV. La décision du juge

[35] Après avoir exposé en détail les faits, formulé les questions à trancher et discuté la question préliminaire de la confidentialité, le juge a entamé son analyse. Aucun appel n'est interjeté au sujet de la conclusion du juge selon laquelle certains documents n'étaient pas confidentiels.

[36] Les questions formulées par le juge étaient les suivantes :

- 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 mandat d'ICTE dans le cadre de la demande SCRS-30-08 et de toute demande ultérieure de délivrance d'un mandat d'ICTE?
- 2) Le SCRS avait-il le pouvoir légal de demander, par l'intermédiaire du CST, à des partenaires étrangers de l'aider à intercepter les télécommunications de Canadiens pendant que ceux-ci se trouvent à l'étranger?

[37] En ce qui concerne la première question, le juge a conclu :

- i. Il n'est pas clair qu'une demande d'aide étrangère a été faite à l'occasion de la demande SCRS-30-08. Le procureur général a cependant concédé qu'une demande d'aide étrangère avait été faite relativement aux mandats d'ICTE décernés suivant le raisonnement exposé dans l'affaire SCRS-30-08 et a aussi concédé que ces demandes n'avaient pas été communiquées à la Cour fédérale. Le procureur général a reconnu que la question du respect de l'obligation de divulgation complète et franche ne devrait pas être tranchée en fonction du fait qu'il n'y avait pas eu de véritable non-communication à l'occasion de la demande SCRS-30-08 (motifs, au paragraphe 75).
- ii. L'employé du CST qui a témoigné par affidavit et qui a été contre-interrogé devant le juge a « déclaré avec franchise que le témoignage qu'il avait

- was ‘crafted’ with legal counsel to exclude any reference to the role of the second parties described in his affidavit [filed] before Justice Blanchard” (reasons, paragraph 76).
- rendu dans le cadre de la demande SCRS-30-08 avait été “élaboré” avec les avocats afin que soit exclue toute mention du rôle joué par les secondes parties décrites dans l’affidavit présenté au juge Blanchard » (motifs, au paragraphe 76).
- iii. CSEC knew the collection efforts of [\*\*\*] (reasons, paragraph 76). iii. Le CST était au courant des efforts déployés pour recueillir des [\*\*\*] (motifs, au paragraphe 76).
- iv. In relation to the individuals who were subject to a DIFTS warrant, in the preceding 12-month period [\*\*\*] It was a reasonable inference that the results in previous years would be similar (reasons, paragraph 78). iv. En ce qui concerne les personnes qui ont été visées par un mandat d’ICTE au cours des 12 mois précédents [\*\*\*]. Il était raisonnable de conclure que les résultats obtenus au cours des années précédentes seraient semblables (motifs, au paragraphe 78).
- v. While CSIS acknowledged that the duty of full and frank disclosure (also known as the duty of utmost good faith and candour) applies to all of its *ex parte* warrant applications, CSIS submitted that it complied with this duty (reasons, paragraphs 82 and 83). v. Bien que le SCRS ait reconnu que l’obligation de communication complète et franche (également qualifiée d’obligation de bonne foi la plus absolue) jouait dans toutes les demandes de mandat *ex parte*, il a soutenu qu’il avait respecté cette obligation (motifs, aux paragraphes 82 et 83).
- vi. Specifically, CSIS submitted that [reasons, paragraph 84]: vi. Plus précisément, le SCRS a soutenu que [motifs, au paragraphe 84] :
- ... 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 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. [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 CST, de la part de 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 comme pertinent par le juge 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.
- vii. In advancing this argument, the Attorney General relied on the definition of “material facts” developed in decisions relating to criminal proceedings. In this context, evidence is material if what is offered to prove or disprove is a fact in issue. What is in issue is a function of the allegations contained in the indictment and the governing vii. Pour avancer cette thèse, le procureur général a invoqué la définition de « faits importants » consacrée par la jurisprudence relative aux instances pénales. Dans un tel contexte, l’élément de preuve est important si ce qu’il vise à prouver ou à réfuter est un fait controversé. La controverse est fonction des allégations figurant dans l’acte

- procedural and substantive law (reasons, paragraph 85).
- viii. The Attorney General submitted that in the context of a warrant application, materiality referred to information that is probative to the legal or factual determination that a judge would make when deciding whether to grant the requested warrant. It followed, in the submission of the Attorney General, that reference to requests for assistance made to foreign partners was legally and factually irrelevant to the issuance of the requested warrant. This was a consequence of Justice Blanchard's earlier decision that the Court lacked jurisdiction to govern the relationship between CSIS and the foreign partners (reasons, paragraph 86).
- ix. The Judge accepted the submission that in the context of a warrant application, material facts are those which may be relevant to the determination of whether the criteria contained in subsections 21(2) and (3) of the CSIS Act were made out. The Judge described the criteria as follows [reasons, paragraph 88]:
- (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 had failed and 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.
- x. That said, the Judge rejected a narrow concept of relevance. In his view, relevant matters included 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
- d'accusation et des règles de fond et procédurales applicables à l'affaire (motifs, au paragraphe 85).
- viii. Le procureur général a soutenu que, en matière de demande de mandat, le caractère important faisait référence aux éléments probants quant à la conclusion sur le plan juridique ou factuel que le juge tirerait pour décider de décerner, ou non, le mandat demandé. Il s'ensuit, selon lui, que le renvoi aux demandes d'assistance de la part de partenaires étrangers n'avait aucune pertinence sur le plan juridique et sur le plan factuel quant à la délivrance du mandat demandé. Cela découlait de la décision antérieure du juge Blanchard selon laquelle la Cour fédérale n'avait pas compétence pour gérer la relation entre le SCRS et les partenaires étrangers (motifs, au paragraphe 86).
- ix. Le juge a retenu la thèse portant que, en matière de demande de mandat, les faits importants sont ceux qui peuvent aider le juge à rechercher si les critères énoncés aux paragraphes 21(2) et (3) de la Loi sur le SCRS sont réunis. Le juge a défini les critères de la manière suivante [motifs, au paragraphe 88] :
- 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.
- x. Cela dit, le juge a rejeté une conception étroite de la pertinence. À son avis, les éléments pertinents comprenaient l'historique des tentatives faites en vue d'obtenir de la Cour fédérale l'autorisation de recueillir des renseignements de sécurité à l'étranger et les incidences que peut comporter le

security and intelligence agencies (reasons, paragraph 89).

- xi. Based on the evidence before him the Judge was 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” (reasons, paragraph 90).

- xii. The Judge found that the CSEC witness 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.” At paragraph 91 of his reasons, the Judge quoted the following excerpt from the witness’ cross-examination:

... 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. (Transcript, October 23, 2013 p. 59)

- xiii. The Judge concluded that “[i]t was a material omission for the Service not to explain its new, different and never articulated to the Court theory 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” (reasons, paragraph 92).

[38] With respect to the second issue, the Judge reasoned as follows:

partage de renseignements concernant des Canadiens avec des agences étrangères de sécurité et de renseignements (motifs, au paragraphe 89).

- xi. Compte tenu des éléments de preuve dont il était saisi, le juge a conclu « que les représentants du SCRS, après avoir consulté leurs conseillers juridiques, ont décidé d’omettre [stratégiquement], dans les demandes [de mandats d’ICTE], 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 eu lieu au Canada ou seraient toutes contrôlées par les autorités canadiennes » (motifs, au paragraphe 90).

- xii. Le juge a conclu que le témoin du CST comprenait l’importance de produire devant la Cour fédérale les renseignements concernant le processus [TRADUCTION] « afin que la Cour puisse bien comprendre comment ces activités seraient entreprises ». Au paragraphe 91 de ses motifs, le juge a cité l’extrait suivant du contre-interrogatoire du témoin :

[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. (Transcription, le 23 octobre 2013, à la page 59)

- xiii. Le juge a conclu que « [l]e service [avait] omis un renseignement important en n’expliquant pas à la Cour sa nouvelle et différente thèse selon laquelle, contrairement à ce qu’il [avait] 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 » (motifs, au paragraphe 92).

[38] En ce qui concerne la deuxième question en litige, le juge a retenu le raisonnement suivant :

- i. The interception of the communications for which authorization was sought in the applications before Justice Blanchard in 2008 and the Judge in 2009 would come within the broad meaning of the term “intercept” as defined in section 2 of the CSIS Act by reference to the definition contained in the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46. Section 26 of the CSIS Act provides that Part VI [sections 183 to 196.1] of the *Criminal Code* does not apply in relation to any interception of a communication under the authority of warrant issued under section 21 of the Act. Without this protection, Part VI of the *Criminal Code* would apply to the interception of any “private communication”; a “private communication” is any private communication when either the originator or the recipient was in Canada. Given that the place of “interception” under the *Criminal Code* has been interpreted as the location where a call has been acquired and recorded, the concern about potential liability in the absence of a warrant expressed to the Court in the application before Justice Blanchard was realistic (reasons, paragraphs 23 and 24).
- ii. CSEC’s mandate is set out in the *National Defence Act*, R.S.C., 1985, c. N-5 as amended by the *Anti-terrorism Act*, S.C. 2001, c. 41. Under paragraph 273.64(1)(a) of this legislation, CSEC is authorized to acquire and use information obtained from communication systems, information technology systems, networks and the like for the purpose of providing foreign intelligence to the government of Canada. Prior to the amendments made in 2001, it was unlawful for CSEC to intercept the communications of a foreign target that either originated or terminated in Canada. The 2001 legislation allowed the Minister of National Defence to authorize CSEC to target foreign entities physically located outside of Canada that may engage in communications to or from Canada, for the sole purpose of obtaining foreign intelligence (reasons, paragraphs 13 and 14).
- i. L’interception de communications pour laquelle une autorisation avait été sollicitée par les demandes présentées au juge Blanchard en 2008 et au juge en 2009 est visée par le mot « intercepter », pris au sens large, tel qu’il est défini à l’article 2 de la Loi sur le SCRS par renvoi à la définition figurant dans la *Loi sur le Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46. L’article 26 de la Loi sur le SCRS dispose que la partie VI [articles 183 à 196.1] du Code criminel ne vise pas l’interception de communications autorisée par un mandat décerné en vertu de l’article 21 de la Loi. Sans cette protection, la partie VI du Code criminel viserait l’interception de toute « communication privée »; c’est-à-dire toute communication privée dont l’auteur ou le destinataire se trouvait au Canada. Comme le lieu d’« interception » selon le Code criminel a été interprété comme le lieu où l’appel a été acquis et enregistré, la crainte de faire l’objet de poursuites en l’absence d’un mandat qui a été signalée à la Cour fédérale dans la demande présentée au juge Blanchard était réaliste (motifs, aux paragraphes 23 et 24).
- ii. La mission du CST est énoncée dans la *Loi sur la défense nationale*, L.R.C. (1985), ch. N-5, modifiée par la *Loi antiterroriste*, L.C. 2001, ch. 41. Selon l’alinéa 273.64(1)a) de cette loi, le CST est autorisé à acquérir et à utiliser l’information provenant de systèmes de communication, de systèmes de technologie de l’information, de réseaux et d’autres systèmes semblables dans le but de fournir des renseignements de provenance étrangère au gouvernement du Canada. Avant les modifications de 2001, le CST n’avait pas le droit d’intercepter les communications d’une cible étrangère en provenance du Canada ou destinées au Canada. La loi de 2001 a conféré au ministre de la Défense nationale le pouvoir d’autoriser le CST à cibler des entités étrangères matériellement situées à l’extérieur du pays qui peuvent établir des communications à destination ou en provenance du Canada, dans le seul but d’obtenir des renseignements étrangers (motifs, aux paragraphes 13 et 14).

- iii. Paragraph 273.64(2) of the *National Defence Act* expressly prohibits CSEC from directing these activities at Canadian citizens and permanent residents (together “Canadian persons”) wherever located, or at any person in Canada, regardless of their nationality. 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 agents in the performance of their lawful duties pursuant to paragraph 273.64(1)(c) of the *National Defence Act*. Subsection 273.64(3) of the legislation provides that such assistance activities are subject to any limitations imposed by law on the federal agencies in the performance of their duties (reasons, paragraphs 15 and 16).
- iv. In the warrant application before Justice Blanchard, CSIS’ main argument was that the warrant sought was required in order to ensure that Canadian agents engaged in intrusive searches and seizures abroad did so in conformity with Canadian law, because the impugned investigative activities might, absent a warrant, breach the Charter [*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 contravene the *Criminal Code*. In its submission, the requested warrant could be issued under section 21 of the CSIS Act; this approach would respect the rule of law and be consistent with the mandated regime of judicial control (reasons, paragraph 93).
- v. CSIS now asserts that it accepted the outcome of Justice Blanchard’s decision, particularly his conclusion that the Court had no authority to issue the requested warrant. In light of that, with the assistance of counsel, CSIS concluded that a warrant was not required for the Service to engage the assistance of second parties through CSEC in order to intercept the private communications of Canadians outside the country. In
- iii. Le paragraphe 273.64(2) de la *Loi sur la défense nationale* interdit expressément au CST de viser, par ces activités, les citoyens canadiens et les résidents permanents (ensemble les « Canadiens ») peu importe où ils se trouvent ou toute autre personne au Canada, peu importe sa nationalité. Les limites concernant les Canadiens et toute personne au Canada ne visent pas l’assistance technique et opérationnelle que le CST peut assurer aux forces de l’ordre fédérales et aux agents chargés 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 dispose que ces activités d’assistance sont assujetties aux limites que la loi impose à l’exercice des fonctions des organismes fédéraux (motifs, aux paragraphes 15 et 16).
- iv. Dans la demande de mandat présentée au juge Blanchard, le SCRS a principalement soutenu que le mandat demandé était nécessaire afin de garantir que les fouilles et les perquisitions intrusives que les agents canadiens mèneraient à l’étranger soient conformes au droit canadien, parce que les activités d’enquête controversées pourraient, à défaut de mandat, être contraires à la Charte [*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*. Le SCRS a soutenu que le mandat demandé pouvait être décerné au titre de l’article 21 de la Loi sur le SCRS et que cette approche était conforme au principe de la primauté du droit ainsi qu’au régime de contrôle judiciaire prescrit par la Loi (motifs, au paragraphe 93).
- v. Le SCRS soutient maintenant qu’il a accepté la solution retenue par le juge Blanchard, notamment sa conclusion selon laquelle la Cour n’avait pas compétence pour décerner le mandat demandé. Compte tenu de cela, avec l’aide de ses conseillers juridiques, le SCRS a conclu qu’il n’avait pas besoin d’un mandat pour demander aux secondes parties, par l’intermédiaire du CST, de l’aider à intercepter les communications

- CSIS' submission, CSEC does not breach the prohibition against targeting Canadians contained in the *National Defence Act* when it provides assistance to CSIS operating under the general investigative authority granted to the Service by section 12 of the CSIS Act (reasons, paragraph 94).
- vi. On the record before the Judge, it appeared that no attempt was made to rely on section 12 as the lawful authority required by CSEC to target Canadians until after the Court had issued the first DIFTS warrant (reasons, paragraph 95).
- vii. In the view of the *amicus*, this interpretation of the scope of section 12 allows CSIS "to contract out interceptions of Canadians' communications or accessing Canadians' information without any warrant or supervision by this Court". While the *amicus* submitted that the Judge did not have to determine the scope of section 12 of the Act, the Judge disagreed. In his view, it was necessary for the Court to express an opinion on the issue because of the public association, through the CSEC Commissioner's Report, between the issuance of the DIFTS warrants by the Federal Court and the requests for second party assistance (reasons, paragraphs 96 and 97).
- viii. Section 12 of the CSIS Act allows CSIS 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 this power must be read in conjunction with the scheme of the Act, the guarantees of protections set out in the Charter and any limitations imposed under domestic law (such as the *Criminal Code*) (reasons, paragraph 99).
- privées de Canadiens se trouvant à l'étranger. Le SCRS a soutenu que le CST n'avait pas violé l'interdiction de cibler des Canadiens prévue par la *Loi sur la défense nationale* lorsqu'il lui avait fourni une assistance alors qu'il intervenait en vertu du pouvoir général d'enquête qui lui est accordé par l'article 12 de la Loi sur le SCRS (motifs, au paragraphe 94).
- vi. Compte tenu des éléments dont le juge était saisi, il semble que ce n'est qu'après que la Cour fédérale eut décerné le premier mandat d'ICTE qu'on a tenté d'invoquer l'article 12 à titre de pouvoir légal exigé par le CST pour cibler des Canadiens (motifs, au paragraphe 95).
- vii. Selon l'*amicus*, cette interprétation de la portée de l'article 12 autorise le SCRS [TRADUCTION] « à sous-traiter à un autre intervenant la mission qui consiste à intercepter les communications de Canadiens où à accéder aux renseignements de Canadiens, et ce, sans mandat et sans surveillance de la Cour ». Bien que l'*amicus* ait soutenu que le juge n'avait pas à trancher la question de la portée de l'article 12 de la Loi, ce dernier ne fut pas de cet avis. Selon lui, il était nécessaire que la Cour fédérale se prononce sur la question en raison du rapport public du commissaire du CST et du lien qui est fait entre la délivrance des mandats d'ICTE par la Cour fédérale et les demandes d'assistance de la part des secondes parties (motifs, aux paragraphes 96 et 97).
- viii. L'article 12 de la Loi sur le SCRS accorde au SCRS le pouvoir de mener des enquêtes, de recueillir, d'analyser et de conserver des renseignements sur les activités pour lesquelles 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. La portée de ce pouvoir doit être interprétée 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*) (motifs, au paragraphe 99).

- 
- ix. Section 12 does not exempt CSIS from the operation of these laws of general application. When required, the Service may seek the authority of a warrant under section 21 of the CSIS Act to engage in investigative methods that would otherwise constitute a crime or a breach of the Charter guarantee against unreasonable search and seizure (reasons, paragraph 100).
- x. Section 12 does not expressly authorize CSIS to invoke the interception capabilities of foreign agencies. While such interceptions may be lawful where they are initiated under the domestic legislation of the requested state, it may be unlawful in the jurisdiction where the interception actually occurs. Legislation such as the *Foreign Intelligence Surveillance Act of 1978*, Pub. L. 95-511, 92 Stat. 1783, 50 U.S.C. § 1801 (FISA) permits warrantless searches for foreign intelligence collection as authorized by the President of the United States and, also authorizes the surveillance of foreign subjects under court order. FISA therefore authorizes the violation of foreign sovereignty in the manner the Supreme Court of Canada recognized as contrary to the principles of customary international law, but permissible under domestic law with express legislative authority (*R. v. Hape*, 2007 SCC 26, [2007] 2 S.C.R. 292) (reasons, paragraph 102).
- xi. Nothing in the Act or its legislative history suggested that when 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 (reasons, paragraph 103).
- xii. 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
- ix. L'article 12 ne soustrait pas le SCRS à l'application de ces lois d'application générale. Lorsque cela est nécessaire, le SCRS peut demander, au titre de l'article 21 de la Loi sur le SCRS, un mandat 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 (motifs, au paragraphe 100).
- x. L'article 12 n'autorise pas expressément le SCRS à faire appel aux capacités d'interception d'agences étrangères. Bien que de telles interceptions puissent être légales lorsqu'elles sont faites en vertu des lois du pays dont l'assistance est demandée, elles peuvent être illégales dans le territoire où l'interception est faite. Une loi comme le *Foreign Intelligence Surveillance Act of 1978*, Pub. L. 95-511, 92 Stat. 1783, 50 U.S.C. § 1801 (le FISA) avalise les fouilles sans mandat aux fins de collecte de renseignements étrangers qui sont approuvées par le président des États-Unis. Cette loi autorise aussi la surveillance des étrangers en vertu d'une ordonnance de la cour. Le FISA autorise donc la violation de la souveraineté de pays étrangers d'une manière qui, selon la Cour suprême du Canada, contrevient aux principes du droit international coutumier, mais qui est acceptée selon le droit américain — un pouvoir législatif exprès (*R. c. Hape*, 2007 CSC 26, [2007] 2 R.C.S. 292) (motifs, au paragraphe 102).
- xi. 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 CST et des secondes parties (motifs, au paragraphe 103).
- xii. Comme la Cour suprême du Canada l'a affirmé par 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

- 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 communications of Canadian targets, CSIS and CSEC officials knew, based on the legal advice 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 second parties (reasons, paragraph 105).
- xiii. The record before the Judge indicated that CSEC consistently interpreted Parliament’s references to “lawful duties” and “limitation imposed by law” in the 2001 amendments to the *National Defence Act* as requiring a warrant. 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 (reasons, paragraph 107).
- xiv. The CSIS witness responsible for the warrant process in 2009 acknowledged that CSIS looked primarily to the judicial warrants issued by the Federal Court for the authority to ask CSEC to request the assistance of second parties to intercept and collect communications of Canadians (reasons, paragraph 108).
- xv. The exercise of the Federal Court’s warrant issuing authority was used as protective cover for activities the Court has not authorized (reasons, paragraph 110).
- xvi. The Judge was not persuaded that Parliament intended 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
- 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 représentants constitue une violation manifeste du droit international et des droits fondamentaux de la personne. En chargeant les autres membres du « Groupe des cinq » d’intercepter les communications de cibles canadiennes, les représentants du SCRS et du CST 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 (motifs, au paragraphe 105).
- xiii. Il ressort du dossier dont le juge était saisi que le CST a toujours interprété les mots « fonctions que la loi lui confère » et « restrictions que la loi impose » employés par le législateur dans les modifications apportées en 2001 à la *Loi sur la défense nationale* comme exigeant la délivrance d’un mandat. L’avis juridique donné au CST en mai 2009 signalait que le SCRS ne présenterait une demande d’assistance de la part d’une seconde partie que lorsqu’un mandat serait décerné (motifs, au paragraphe 107).
- xiv. Le témoin du SCRS chargé du processus concernant les mandats en 2009 a reconnu que le SCRS s’appuyait surtout sur l’existence de mandats décernés par la Cour fédérale pour autoriser la demande au CST pour l’assistance des secondes parties dans l’interception et la collecte des communications de Canadiens (motifs, au paragraphe 108).
- xv. L’exercice du pouvoir de la Cour fédérale d’émettre des mandats a été utilisé pour protéger des activités que la Cour fédérale n’avait pas autorisées (motifs, au paragraphe 110).
- xvi. Le juge n’a pas été convaincu que l’intention du législateur était de donner au SCRS le pouvoir de mettre à contribution les moyens de collecte des secondes parties alliées afin d’intercepter, en vertu du pouvoir général d’enquête prévu à

contained in section 12. Moreover, nothing in the legislative history of the amendments to the *National Defence Act* in 2001 suggested that Parliament intended that CSEC could extend such assistance to CSIS solely on the authority of section 12 (reasons, paragraph 111).

xvii. The Judge was satisfied that CSIS and CSEC “chose to act upon the new broad and untested interpretation of the scope of s 12 only where there was a 30-08 warrant in place.” This view was reinforced by the 2012-2013 Annual Report of the Security Intelligence Review Committee (SIRC) which refers to a review of a new section 21 warrant power. After reviewing both the public and classified versions of this report the Judge was of the view that passages of the report suggest that SIRC is operating under the mistaken belief that the DIFTS warrants issued by the Federal Court authorize the collection of intercepts respecting Canadian persons by foreign agencies (reasons, paragraphs 112 and 115).

xviii. As soon as it was determined that CSIS would rely on the general power to investigate contained in section 12 of the CSIS Act to request second party assistance with the interception of communications of Canadian subjects abroad, that determination constituted facts known to individuals who swore affidavits in support of warrant applications which could lead the Court to find that there was no investigative necessity to issue a DIFTS warrant. The failure to disclose that information was the result of a deliberate decision to keep the Federal Court “in the dark about the scope and extent of foreign collection efforts that would flow from the Court’s issuance of a warrant.” This was a breach of the duty of candour owed by CSIS and its legal advisers to the Court, and has led to misinformation in the public record about the scope of the authority granted to

l’article 12, les communications privées de Canadiens. De plus, il ne ressortait nullement des travaux préparatoires concernant les modifications apportées à la *Loi sur la défense nationale* en 2001 que le législateur avait envisagé que le CST pouvait fournir une telle assistance au SCRS sur le seul fondement de l’article 12 (motifs, au paragraphe 111).

xvii. Le juge a conclu que le SCRS et le CST avaient « 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 [mandat d’ICTE avait] été décerné ». Cette opinion sur la question a été renforcée par le rapport annuel 2012-2013 du Comité de surveillance des activités de renseignements de sécurité (le CSARS), lequel signale un examen du nouveau pouvoir accordé au moyen d’un mandat en vertu de l’article 21. Après avoir examiné la version publique et la version secrète de ce rapport, le juge s’est dit d’avis qu’il ressort de certains extraits du rapport que le CSARS opère en pensant à tort que les mandats d’ICTE décernés par la Cour fédérale autorisent la collecte, par les agences étrangères, d’interceptions concernant des Canadiens (motifs, aux paragraphes 112 et 115).

xviii. Dès qu’il a été décidé que le SCRS se fierait au pouvoir général d’enquête énoncé à l’article 12 de la Loi sur le SCRS pour demander à une seconde partie de l’aider à intercepter les communications de Canadiens qui se trouvent à l’étranger, cette décision constituait un fait connu par les affiants dont les affidavits présentés à l’appui de mandats pouvaient amener la Cour fédérale à conclure que l’enquête n’appelait pas la délivrance d’un mandat d’ICTE. Le défaut de communiquer ces renseignements est la conséquence de la décision délibérée « de ne pas informer la Cour [fédérale] quant à la portée et l’ampleur des opérations de collecte étrangères qui découleraient du lancement du mandat par la Cour ». Il y avait là manquement à l’obligation de franchise à laquelle le SCRS et ses conseillers juridiques sont tenus envers la Cour fédérale, et

CSIS by the issuance of the DIFTS warrants (reasons, paragraphs 117 and 118).

ce manquement a donné lieu à des déclarations inexactes dans le dossier public à propos de la portée de l'autorisation accordée au SCRS par la délivrance des mandats d'ICTE (motifs, aux paragraphes 117 et 118).

xix. The conclusion that the Federal Court has 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 (reasons, paragraph 119).

xix. La conclusion selon laquelle la Cour fédérale 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 vraie. Cette compétence ne comprend pas l'autorisation de permettre au SCRS de demander que des agences étrangères interceptent, directement ou par l'entremise du CST en vertu de sa mission d'assistance, les communications de Canadiens qui voyagent à l'étranger (motifs, au paragraphe 119).

xx. The interpretation of section 12 asserted by CSIS and the Attorney General is inconsistent with the scheme of the act as a whole and 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 (reasons, paragraph 122).

xx. L'interprétation de l'article 12 avancée par le SCRS et le procureur général n'est pas conforme à l'économie de la Loi dans son ensemble ni avec l'enseignement de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Hape*, portant que la violation du droit international ne peut être justifiée que par une autorisation expresse de la part du législateur (motifs, au paragraphe 122).

#### V. The asserted errors

#### V. Les erreurs invoquées

[39] The Attorney General asserts that with respect to the first issue, that is whether CSIS breached the duty of candour it owed to the Court, the Judge committed the following errors:

[39] Le procureur général soutient qu'en ce qui concerne la première question, soit celle de savoir si le SCRS a manqué à son obligation de franchise envers la Cour, le juge a commis les erreurs suivantes :

- (i) Erroneously finding that information had been strategically omitted because such finding was not supported by the record.
- (ii) Erroneously finding that the information said to have been omitted was material to the relevant warrant applications.

- i) il a conclu à tort que les renseignements avaient été stratégiquement omis parce qu'une telle conclusion n'était pas fondée par le dossier;
- ii) il a conclu à tort que les renseignements qui auraient été omis étaient importants en ce qui concerne les demandes de mandat en question.

[40] With respect to the second issue, the scope of section 12 of the CSIS Act, the Judge is said to have erred by:

[40] En ce qui concerne la deuxième question, la portée de l'article 12 de la Loi sur le SCRS, le juge aurait commis les erreurs suivantes :

- |  |   |
|--|---|
| (i) Erroneously concluding that section 12 does not provide CSIS with authority to request that foreign partners intercept telecommunications of Canadians abroad. | i) il a conclu à tort que l'article 12 ne donne pas au SCRS le pouvoir de demander à des partenaires étrangers d'intercepter les télécommunications de Canadiens à l'étranger;  |
| (ii) Erroneously concluding that asking foreign partners to intercept the telecommunication of Canadians abroad is contrary to international law.                  | ii) il a conclu à tort que le fait de demander à des partenaires étrangers d'intercepter les télécommunications de Canadiens à l'étranger est contraire au droit international. |

VI. The standard of appellate review

VI. La norme de contrôle applicable en appel

[41] The parties did not make detailed submissions on the standard of appellate review to be applied to the Judge's decision. In our view, the standard to be applied is that articulated by the Supreme Court of Canada in *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235.

[41] Les parties n'ont pas présenté d'observations détaillées sur la norme de contrôle applicable par les juges d'appel à la décision du juge de première instance. À notre avis, la norme applicable est celle que la Cour suprême du Canada a formulée à l'occasion de l'affaire *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235.

[42] It follows that:

[42] Il s'ensuit que :

- |  |  |
|--|--|
| (i) The standard of review on a pure question of law is correctness ( <i>Housen</i> , at paragraph 8).   | i) La norme de contrôle applicable à une pure question de droit est celle de la décision correcte ( <i>Housen</i> , au paragraphe 8).  |
| (ii) Findings of fact may not be reversed unless it is established that the Judge at first instance made a palpable and overriding error. The same standard is to be applied to inferences of fact drawn by the Judge. A palpable and overriding error is one that is plainly seen ( <i>Housen</i> , at paragraphs 7, 10 and 19 through 23). | ii) Les conclusions de fait ne peuvent être infirmées que s'il est établi que le juge de première instance a commis une erreur manifeste et dominante. La même norme doit être appliquée aux inférences de fait tirées par le juge. Une erreur manifeste et dominante est une erreur qui est évidente ( <i>Housen</i> , aux paragraphes 7, 10 et 19 à 23). |
| (iii) Findings of mixed fact and law are reviewed on the standard of palpable and overriding error, unless an extricable error in principle is established. Such an extricable error is reviewed on the standard of correctness ( <i>Housen</i> , at paragraph 36).  | iii) Les questions mixtes de fait et de droit sont assujetties à la norme de l'erreur manifeste et dominante, à moins qu'il ne soit établi qu'une erreur de principe isolable a été commise. Une telle erreur isolable doit être examinée suivant la norme de la décision correcte ( <i>Housen</i> , au paragraphe 36).                                    |

VII. Application of the standard of appellate reviewA. *Did the Judge err in finding that CSIS had breached the duty of candour?*

[43] As explained above, two errors are asserted in connection with this finding. The first is that the evidentiary record does not support the conclusion that there was a decision to “strategically omit” information in applications for DIFTS warrants. This Court may only set aside this finding if there was a palpable and overriding error with respect to underlying findings of fact or if the inference-drawing process used to reach this conclusion was palpably in error.

[44] The Attorney General asserts palpable and overriding error on the basis that:

- (i) The omitted information had been fully disclosed on the previous application before Justice Blanchard, who purportedly found that the Federal Court lacked jurisdiction to authorize such requested warrants.
- (ii) There was no evidence to support the finding that CSEC’s evidence was “crafted”.

[45] In our view, these arguments must fail for the following reasons.

[46] First, it does not assist CSIS to argue that information the Judge found to be material to the warrant application before him was disclosed to the Court in the prior warrant application made before Justice Blanchard. This is particularly the case when the Judge found the Court to have jurisdiction to issue the requested warrant based upon a different description of the facts concerning the methods of interception and seizure of information than that described to Justice Blanchard. Specifically, the Judge was told that the acts the Court was asked to authorize would all take place in Canada.

VII. Application de la norme de contrôle pertinenteA. *Le juge a-t-il commis une erreur en concluant que le SCRS avait manqué à son obligation de franchise?*

[43] Comme il a été expliqué ci-dessus, deux erreurs sont invoquées relativement à cette conclusion. La première est que les éléments de preuve versés aux débats ne vont pas dans le sens de la conclusion selon laquelle il a été décidé d’« omettre [stratégiquement] » des renseignements dans les demandes de mandats d’ICTE. La Cour peut seulement annuler cette conclusion si une erreur manifeste et dominante a été commise en ce qui concerne les conclusions de fait sous-jacentes ou si le raisonnement suivi pour tirer cette conclusion était manifestement erroné.

[44] Le procureur général soutient qu’une erreur manifeste et dominante a été commise compte tenu de ce qui suit :

- i) les renseignements omis avaient été entièrement communiqués à l’occasion de la demande antérieurement présentée au juge Blanchard, lequel aurait conclu que la Cour fédérale n’avait pas compétence pour autoriser la délivrance de tels mandats;
- ii) nul élément de preuve ne tendait à confirmer la conclusion selon laquelle la preuve du CST avait été « élaborée ».

[45] Selon notre Cour, ces arguments ne peuvent pas être retenus pour les raisons suivantes.

[46] Tout d’abord, le fait de soutenir que les renseignements que le juge a considérés comme importants aux fins de la demande de mandat dont il était saisi avaient été communiqués à la Cour fédérale dans la demande de mandat présentée antérieurement au juge Blanchard n’est d’aucune utilité au SCRS, surtout lorsque l’on tient compte du fait que le juge a conclu que la Cour avait compétence pour décerner le mandat demandé en fonction d’un exposé différent des faits relatifs aux méthodes d’interception et de saisie de renseignements de la description donnée au juge

The evidence before Justice Blanchard established that, if granted, the warrant would authorize activities outside of Canada.

[47] Second, it is not fair to characterize Justice Blanchard's decision to be that the Federal Court lacked jurisdiction to issue a warrant authorizing the making of requests for assistance to second parties. It is clear from Justice Blanchard's reasons that on that warrant application CSIS acknowledged that the activities sought to be authorized by the warrant were "likely to constitute a violation of foreign law" (Justice Blanchard's reasons, paragraph 29, see also paragraph 50).

[48] What Justice Blanchard did decide was that section 21 of the CSIS Act did not authorize the Federal Court to issue the requested warrant because the intrusive activities the warrant would authorize were activities that would likely violate the laws of the jurisdiction where the activities were likely to occur (Justice Blanchard's reasons, paragraph 50).

[49] Further and importantly, Justice Blanchard expressly acknowledged that not all extraterritorial intrusive activities would be illegal in every jurisdiction. Thus, he concluded paragraph 50 by noting that:

The Service intends to execute the warrant wherever the targets are located. Understandably, no specific foreign state is identified in the application since the Service is likely unable to predict where these targets may travel once they leave Canada. It is therefore difficult, if not impossible, to lead evidence as to the legality of the investigative activities sought to be authorized in a given jurisdiction at the application stage, since no foreign state is identified.

[50] This passage is wholly inconsistent with the Attorney General's assertion that Justice Blanchard held the Federal Court lacked jurisdiction to authorize second party requests. It is also inconsistent with the further

Blanchard. Plus précisément, il a été dit au juge que les activités qu'on lui demandait d'autoriser auraient toutes lieu au Canada. Vu les éléments de preuve dont le juge Blanchard était saisi, il était établi que, s'il était décerné, le mandat autoriserait certaines activités à l'extérieur du Canada.

[47] Dans un deuxième temps, il est injuste de soutenir que le juge Blanchard a conclu que la Cour fédérale n'avait pas compétence pour décerner un mandat autorisant la présentation de demandes d'assistance à des secondes parties. Il ne fait aucun doute, à la lecture des motifs du juge Blanchard que, dans le cas de la demande de mandat en cause, le SCRS a reconnu que les activités à l'égard desquelles le SCRS demandait l'autorisation sous forme de mandat étaient « susceptibles de constituer une violation du droit étranger » (motifs du juge Blanchard, au paragraphe 29; voir aussi au paragraphe 50).

[48] Le juge Blanchard a bel et bien conclu que l'article 21 de la Loi sur le SCRS n'autorisait pas la Cour fédérale à décerner le mandat demandé, parce que les interventions comportant intrusion visées par le mandat seraient susceptibles de violer les lois du ressort où elles doivent être menées (motifs du juge Blanchard, au paragraphe 50).

[49] En outre, et cela est d'une grande importance, le juge Blanchard a expressément reconnu que les activités extraterritoriales comportant intrusion ne seraient pas nécessairement illégales dans tous les ressorts. Il a donc ainsi conclu le paragraphe 50 :

[Le Service] a l'intention d'exécuter le mandat peu importe où les cibles se trouvent. Naturellement, la demande ne fait mention d'aucun État étranger en particulier, puisque le Service est sans doute incapable de prévoir où ces cibles peuvent se rendre une fois qu'elles ont quitté le Canada. Il est donc difficile, voire impossible, de présenter une preuve quant à la légalité, dans un ressort donné, des investigations dont on vise l'autorisation, et ce, à l'étape de la demande, puisque aucun État étranger n'est désigné.

[50] Ces observations sont complètement incompatibles avec la thèse du procureur général selon laquelle le juge Blanchard a conclu que la Cour fédérale n'avait pas compétence pour autoriser les demandes à une

submission of the Attorney General that Justice Blanchard found that section 21 does not authorize the issuance of the warrant having extraterritorial effect.

[51] It is readily apparent from a fair reading of the whole of Justice Blanchard's decision that his preoccupation was that the Court was asked to issue a warrant that CSIS conceded would likely violate the principles of territorial sovereign equality and non-intervention, and thus violate international law.

[52] Finally, in oral argument the Attorney General briefly argued that the evidence does not support the Judge's finding that CSEC's affidavit evidence on the warrant application was "crafted" to exclude reference to the role of second parties. As we understand this argument, it is that the evidence was not crafted, nor was it capable of being crafted, because it was not until after the first DIFTS warrant issued that a decision was made to seek second party assistance.

[53] In our view, this submission must fail because of the Attorney General's agreement that there was no disclosure of the requests for second party assistance in the applications that followed CSIS-30-08, and his further agreement that rather than addressing the issue of disclosure in all of the subsequent files, the issue of the adequacy of disclosure should be dealt with in a single application. We are satisfied that it was open to the Judge to conclude, at the least, that once the decision was made to routinely seek foreign assistance, a strategic decision was made not to include that information in the affidavit evidence filed in support of DIFTS warrants.

[54] We now turn to consider the Attorney General's second argument on this issue: whether the information said to be omitted was material to the relevant warrant applications.

seconde partie. Elles sont aussi incompatibles avec l'observation supplémentaire du procureur général selon laquelle le juge Blanchard a conclu que l'article 21 n'autorise pas la délivrance de mandats ayant un effet extraterritorial.

[51] Il ressort manifestement de la lecture attentive de l'ensemble des motifs de la décision du juge Blanchard, qu'il était préoccupé par le fait que l'on demandait à la Cour de décerner un mandat lequel, de l'aveu même du SCRS, aurait été susceptible de violer les principes d'égalité souveraine et de non-intervention et, par conséquent, de contrevenir au droit international.

[52] En dernier lieu, le procureur général a brièvement soutenu à l'audience que les éléments de preuve versés au dossier ne vont pas dans le sens de la conclusion du juge selon laquelle le témoignage rendu par l'affidavit joint à la demande de mandat avait été « élaboré » de manière à exclure toute mention du rôle joué par les secondes parties. Selon notre compréhension de cet argument, le témoignage n'a pas été élaboré, et il n'aurait pas pu l'être, puisque la décision de demander l'aide d'une seconde partie n'a été prise qu'après la délivrance du premier mandat d'ICTE.

[53] Notre Cour conclut que cette thèse doit être rejetée, parce que le procureur général a convenu que les demandes d'aide à une deuxième partie n'ont pas été communiquées dans les demandes qui ont suivi le dossier CSIS-30-08, et parce qu'il a aussi convenu que, plutôt que de discuter la question de la communication dans tous les autres dossiers subséquents, la question du caractère adéquat de la communication devrait être traitée dans une seule demande. Notre Cour conclut qu'il était loisible au juge de conclure, à tout le moins, que dès que l'on a décidé d'avoir régulièrement recours à l'assistance étrangère, on a décidé, pour des raisons stratégiques, de ne pas inclure cette information dans les affidavits produits à l'appui des mandats d'ICTE.

[54] Notre Cour passe donc maintenant à la deuxième thèse du procureur général sur cette question : les renseignements qui auraient été omis étaient-ils importants aux fins des demandes de mandat en question?

[55] As explained in more detail at subparagraphs 37(vi) to (vii) above, the Judge accepted that what was material to his decision to issue the first DIFTS warrant was information which was relevant when determining whether the criteria found in paragraphs 21(2)(a) and (b) of the CSIS Act had been met.

[56] The Attorney General acknowledges that this was the correct test at law (appellant’s memorandum of fact and law, at paragraph 49). He asserts, however, that the Judge erred in his application of the test. This is said to be reflected in paragraph 89 of the Judge’s reasons where he wrote:

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

[57] The Attorney General argues that:

- (i) any requirement that CSIS disclose “matters [the Court] may have reason to be concerned about” is not an intelligible standard;
- (ii) the concern about the prior history of attempts to obtain prior authorization is “puzzling” because Justice Blanchard’s decision “made it plain that the Federal Court has no jurisdiction to issue warrants for foreign requests”; and,
- (iii) the final concern about information sharing, while important, is not relevant to the issue of

[55] Comme il a été expliqué plus en détail aux alinéas 37(vi) à (vii) ci dessus, le juge a retenu l’idée que ce qui était important pour décider d’émettre ou non le premier mandat d’ICTE, c’était les renseignements pertinents permettant d’établir si les critères énoncés aux alinéas 21(2)a) et b) de la Loi sur le SCRS avaient été réunis.

[56] Le procureur général reconnaît que tel était le bon critère juridique (mémoire des faits et du droit de l’appelant, au paragraphe 49). Cependant, il soutient que le juge a commis une erreur dans l’application du critère. Il soutient que cette erreur ressort clairement de la lecture du paragraphe 89 des motifs du juge, où il observe :

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

[57] Le procureur général soutient que :

- i) toute obligation portant que le SCRS communique à la Cour « les questions au sujet desquelles elle pourrait avoir des réserves » n’est pas une norme intelligible;
- ii) la préoccupation concernant l’historique des tentatives visant à obtenir l’autorisation de la Cour est [TRADUCTION] « déroutante », puisque la décision du juge Blanchard [TRADUCTION] « était sans équivoque quant au fait que la Cour fédérale n’avait pas compétence pour décerner des mandats relatifs à des demandes d’assistance de la part de partenaires étrangers »;
- iii) la dernière préoccupation, qui a trait au partage de renseignements, bien qu’importante, n’est pas pertinente pour établir si les conditions préalables

whether the preconditions in paragraphs 21(2)(a) and (b) of the CSIS Act have been met.

[58] In our view, the Attorney General has failed to establish any palpable and overriding error on the part of the Judge or any extricable error of principle. We reach this conclusion for the following reasons.

[59] First, read fairly, the Judge did not articulate an unintelligible standard for disclosure. While perhaps paragraph 89 could have been more elegantly crafted, the Judge's reference to matters the Court could reasonably be concerned about reflects the discretionary nature of a section 21 warrant. That the relief is discretionary is made plain by subsection 21(3) of the CSIS Act which states that if satisfied of the matters enumerated in paragraphs 21(2)(a) and (b) a judge "may" issue a warrant.

[60] The discretionary nature of a ruling on warrant application was acknowledged by the Deputy Attorney General in the legal opinion he provided to CSIS dated October 2, 2008 (Volume 2, appeal book, page 431 at page 437).

[61] As submitted by the *amicus*, it follows from this discretionary nature that a decision whether to issue a section 21 warrant is not the simple "box-ticking" exercise the Attorney General suggests. Based on the particular circumstances before the Court in any particular warrant application, factors beyond those enumerated in paragraphs 21(2)(a) and (b) will be material to the judicial exercise of discretion. Had Parliament intended otherwise, subsection 21(3) would provide that upon being satisfied of the enumerated matters a judge "shall" issue a warrant.

[62] We agree with the Judge that on the record before him, considerations material to the decision whether to issue the requested warrant included the prior application before Justice Blanchard and the potential

énoncées aux alinéas 21(2)a) et b) de la Loi sur le SCRS ont été réunies.

[58] Notre Cour est d'avis que le procureur général n'a pas réussi à établir que le juge a commis une erreur manifeste et dominante, ou une erreur de principe qui peut être isolée. Voici les motifs pour lesquels notre Cour tire cette conclusion.

[59] Tout d'abord, selon une lecture juste des motifs, le juge n'a pas formulé une norme inintelligible en ce qui a trait à la communication. Bien qu'il soit possible que le paragraphe 89 aurait pu être rédigé de manière plus élégante, la mention, par le juge, des questions qui pourraient raisonnablement préoccuper la Cour reflète la nature discrétionnaire de la délivrance d'un mandat en vertu de l'article 21. La nature discrétionnaire de la mesure ne fait aucun doute, à la lecture du paragraphe 21(3) de la Loi sur le SCRS, qui dispose que le juge « peut » décerner le mandat s'il est convaincu de l'existence des faits énumérés aux alinéas 21(2)a) et b).

[60] La nature discrétionnaire d'une décision quant à une demande de mandat a été reconnue par le sous-procureur général dans l'avis juridique daté du 2 octobre 2008 qu'il a fourni au SCRS (volume 2 du cahier d'appel, page 431, à la page 437).

[61] Comme l'a soutenu l'*amicus*, il découle de ce caractère discrétionnaire que la décision de décerner ou non un mandat en vertu de l'article 21 ne consiste pas simplement à [TRADUCTION] « cocher les cases d'un formulaire », comme le soutient le procureur général. Compte tenu des faits particuliers dont la Cour est saisie dans le cadre d'une demande de mandat, certains facteurs, outre ceux énumérés aux alinéas 21(2)a) et b), sont pertinents quant à l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge. Si le législateur en avait voulu autrement, le paragraphe 21(3) aurait disposé que le juge « doit » décerner le mandat s'il est convaincu de la véracité des faits mentionnés.

[62] Notre Cour convient avec le juge que, compte tenu des éléments versés au dossier, il était pertinent qu'il tienne notamment compte, pour se prononcer sur la question de savoir s'il devait décerner ou non le

implications of sharing information about Canadian persons with foreign security and intelligence agencies.

[63] The submission of the Attorney General that the Judge's concern about the prior application before Justice Blanchard is "puzzling" is, in our view, again premised upon the same mis-characterization of Justice Blanchard's reasons discussed above—Justice Blanchard did not find that the Federal Court was without jurisdiction to issue warrants authorizing CSIS to seek foreign assistance through CSEC. Rather, he ruled that section 21 did not authorize a judge of the Federal Court to issue a warrant such as that requested of him when CSIS conceded that it would likely violate foreign domestic law and therefore violate international law. As noted above, Justice Blanchard was alive to the notion the investigative activities could be legal in some jurisdictions.

[64] Having dismissed the submissions of the Attorney General, it follows that he has not established any palpable and overriding error in the application of the test for materiality.

[65] To conclude on the first issue, on the record before us:

- (i) Justice Blanchard understood that if he granted the requested warrant, CSEC would, pursuant to its assistance mandate, task the foreign signal intelligence collection systems under its control as well as those under the control of allied agencies.
- (ii) Justice Blanchard also understood that CSEC had the capacity to direct activities from within Canada to [\*\*\*] search [\*\*\*] in order to obtain information and that, if granted the warrant would authorize such conduct.
- (iii) Following his decision, CSIS considered whether other options were available in order to lawfully intercept the telecommunications of Canadians

mandat, de la demande précédente dont avait été saisi le juge Blanchard et des incidences éventuelles du partage avec des agences étrangères de sécurité et de renseignements sur des Canadiens.

[63] L'observation du procureur général selon laquelle la préoccupation du juge concernant la demande tranchée par le juge Blanchard est « déroutante » relève, à notre avis, de la même interprétation erronée des motifs du juge Blanchard dont j'ai discuté plus haut. Le juge Blanchard n'a pas conclu que la Cour fédérale n'avait pas compétence pour décerner des mandats autorisant le SCRS à demander l'assistance de partenaires étrangers par l'entremise du CST. Il a plutôt conclu que l'article 21 n'autorisait aucun juge de la Cour fédérale à décerner un tel mandat lorsque le SCRS admettait que ce mandat était susceptible de violer le droit national d'un autre ressort et, par conséquent, de violer le droit international. Comme il a été signalé plus haut, le juge Blanchard a tenu compte du fait que les activités d'investigation pouvaient être légales dans certains ressorts.

[64] Les observations du procureur général ayant été rejetées par notre Cour, il s'ensuit qu'il n'a pas établi l'existence d'une erreur manifeste et dominante dans l'application du critère relatif à la pertinence.

[65] En guise de conclusion quant à la première question, compte tenu des éléments versés au dossier :

- i) Le juge Blanchard comprenait que s'il faisait droit à la demande de mandat, le CST, conformément à son mandat d'assistance, utiliserait ses systèmes de collecte de renseignements électromagnétiques à l'étranger ainsi que ceux des agences alliées.
- ii) Le juge Blanchard comprenait aussi que le CST avait la capacité de mener des activités de l'intérieur du Canada en vue de [\*\*\*] rechercher [\*\*\*] en vue d'obtenir des renseignements et que le mandat, s'il était décerné, autoriserait de telles activités.
- iii) À la suite de la décision du juge Blanchard, le SCRS a cherché quelles autres possibilités s'offraient à lui pour qu'il puisse procéder à

and to search [\*\*\*] who are outside of Canada. This led to a legal opinion being requested from the Department of Justice. In consequence, on October 2, 2008 a legal opinion was given to CSIS by the Deputy Attorney General. In it, the Deputy Attorney General opined such activity could be undertaken without a warrant pursuant to CSIS' power, conferred by section 12 of the CSIS Act, to investigate through requests for assistance made on CSIS' behalf to foreign partners.

l'interception, en toute légalité, des télécommunications de Canadiens et qu'il puisse fouiller [\*\*\*] qui sont à l'extérieur du Canada. Le SCRS a alors demandé au ministère de la Justice de rédiger un avis juridique sur cette question. Par conséquent, le 2 octobre 2008, le sous-procureur général a transmis un avis juridique au SCRS. Dans cet avis, le sous-procureur général opinait que le SCRS pourrait entreprendre de telles activités sans mandat, conformément au pouvoir d'investiguer par l'entremise de demandes d'assistance formulées pour son propre compte à des partenaires étrangers conféré par l'article 12 de la Loi sur le SCRS.

- |        |   |       |  |
|--------|---|-------|--|
| (iv)   | Following receipt of this opinion, CSIS decided to make a warrant application requesting authority to, from within Canada, intercept telecommunications of Canadian subjects of investigation abroad and search [***].  | iv)   | Après avoir reçu cet avis juridique, le SCRS a décidé de présenter une demande de mandat l'autorisant à intercepter, à partir du Canada, les télécommunications de Canadiens qui faisaient l'objet d'une enquête et qui se trouvaient à l'étranger et de fouiller [***].   |
| (v)    | As a result of this application, the first DIFTS warrant was issued in CSIS-30-08. This warrant authorized CSIS to, from within Canada, intercept telecommunications of Canadian subjects of investigation abroad and search [***].                             | v)    | À la suite de cette demande, le premier mandat d'ICTE a été décerné dans le dossier SCRS-30-08. Ce mandat autorisait le SCRS à intercepter, à partir du Canada, les télécommunications de Canadiens qui faisaient l'objet d'une enquête et qui se trouvaient à l'étranger et à fouiller [***].                                   |
| (vi)   | When issuing CSIS-30-08, the Judge did not understand that requests would be made to foreign agencies. He understood that the only interception of a target's communication would be from sites controlled from within Canada under the authority of a warrant. | vi)   | Le juge, lorsqu'il a décerné le mandat du dossier SCRS-30-08, n'avait pas compris que des demandes seraient faites à des agences étrangères. Selon lui, l'interception des communications des personnes visées aurait lieu à partir de sites exploités à partir du Canada, conformément à l'autorisation conférée par le mandat. |
| (vii)  | After this warrant was issued further discussions that took place between CSIS and CSEC about the possibility to also seeking assistance from foreign partners.   | vii)  | Après que ce mandat a été décerné, des discussions supplémentaires ont eu lieu entre le SCRS et le CST au sujet de la possibilité de demander l'assistance de partenaires étrangers.   |
| (viii) | CSEC explained to CSIS that only [***] CSEC recommended the requests for assistance to foreign partners should be made at the same time as requests for assistance are made by the service to   | viii) | Le CST a expliqué au SCRS que seul [***] le CST a recommandé que les demandes d'assistance aux partenaires étrangers soient faites en même temps que les demandes d'assistance   |

CSEC under a DIFTS warrant. CSIS accepted this recommendation.

- (ix) Subsequently, a CSIS internal memorandum issued entitled “Domestic Interception of Foreign capital communications and Search (DIFTS)—Options for Regions and Procedures” was issued. The memorandum addressed issues surrounding the execution of the DIFTS warrants as well as requests for assistance to foreign partners. This is what was said about request to foreign partners:

2<sup>nd</sup> PARTY ASSETS: These are CSEC’s SIGINT counterparts within the 5-Eyes community – namely the US, UK, Australia and New Zealand. Allowing CSEC to share our collection requirements with 2<sup>nd</sup> party assets [\*\*\*] Although the Service has recognized that the use of 2<sup>nd</sup> Party SIGINT assets for targeting could eventually lead to the taskings being attributed to the Service, upper Service management has agreed that the use of 2<sup>nd</sup> party assets will be the norm. The 2<sup>nd</sup> party assets will not be privy to specific details about our targets; [\*\*\*] and could infer that the collection is being conducted on behalf of the Service as it would be outside the normal practice for CSEC to be adding Canadian [\*\*\*] [Underlining added.]

Thus, seeking the assistance of foreign agencies became the norm when a DIFTS warrant issued.

- (x) Activities carried out by CSEC for CSIS under CSEC’s assistance mandate are conducted under the lawful authority of CSIS and subject to any limits on CSIS.
- (xi) The Judge found that CSEC consistently interpreted the requirements of “lawful duties” and “limitation imposed by law” contained in paragraph 273.64(1)(c) and subsection 273.64(3) of

que le SCRS envoie au CST en vertu d’un mandat d’ICTE. Le SCRS a accepté cette recommandation.

- ix) Par la suite, le SCRS a rédigé une note de service interne intitulée [TRADUCTION] « Interception au Canada de télécommunications étrangères (ICTE) — possibilités selon les régions et procédures ». Cette note portait sur les questions se rapportant à l’exécution des mandats d’ICTE ainsi que des demandes d’assistance adressées à des partenaires étrangers. Voici ce que la note de service mentionnait à propos des demandes d’assistance adressées à des partenaires étrangers :

[TRADUCTION] RESSOURCES APPARTENANT AUX SECONDES PARTIES : Il s’agit des contreparties du CST en matière de ROEM au sein du Groupe des cinq – soit, les É.-U., le R.-U., l’Australie et la Nouvelle-Zélande. Permettre au CST de partager nos besoins en matière de cueillette des renseignements avec les équipements de seconde partie [\*\*\*] Bien que le Service ait reconnu que le recours aux ressources de ROEM appartenant aux secondes parties en ce qui a trait au ciblage pourrait éventuellement faire en sorte que les missions soient attribuées au Service, la haute direction du Service a convenu que le recours aux ressources appartenant aux secondes parties sera la norme. Les ressources appartenant aux secondes parties ne seront pas mises au courant des détails précis à propos de nos cibles; [\*\*\*] et l’on pourrait déduire que la cueillette est effectuée pour le compte du Service, puisque cela ne respecterait pas la pratique courante du CST, en ce sens que l’inclusion de ces Canadiens [\*\*\*]. [Non souligné dans l’original.]

Il s’ensuit que demander l’assistance d’agences étrangères est devenue la norme lorsqu’un mandat d’ICTE est décerné.

- x) Les activités qui sont visées par le mandat d’assistance du CST sont menées par le CST pour le compte du SCRS, sous l’autorité légalement compétente du SCRS et sous réserve de toute limite qui lui est imposée.
- xi) Le juge a conclu que le CST a toujours interprété les critères d’« exercice des fonctions que la loi leur confère » et de « [limite] que la loi impose » prévus à l’alinéa 273.64(1)c) et au paragraphe 273.64(3)

the *National Defence Act* to require that CSIS obtain a warrant. Legal advice given to CSEC in May 2009 stipulated that CSIS would make a request of CSEC for second parts assistance only when a warrant was in place.

- (xii) The CSIS witness responsible for the warrant process in 2009 acknowledged that CSIS looked primarily to the warrants issued by the Federal Court for the authority to ask CSEC to request the assistance of second parties to intercept and collect communications of Canadians.
- (xiii) The Judge further found the DIFTS warrants gave officials of both CSIS and CSEC comfort that they were acting within the scope of their lawful authority.
- (xiv) Requests for foreign assistance have only been made when a DIFTS warrant has been issued by the Federal Court. CSEC only targeted communications referred in a DIFTS warrant, for the duration of the warrant, and complied with any conditions in the DIFTS warrant.

[66] On this evidence we are satisfied that once the decision was made to routinely seek the assistance of foreign agencies after the issuance of a DIFTS warrant, the duty of candour and utmost good faith required that CSIS disclose to the Federal Court the scope of its anticipated investigation, and in particular that CSIS considered itself authorized by section 12 of the CSIS Act to seek foreign agency assistance without a warrant. CSIS failed to make such disclosure.

B. *Did the Judge err in finding CSIS did not have the legal authority to seek assistance, through CSEC, from foreign partners to intercept telecommunications of Canadians while they are outside of Canada?*

de la *Loi sur la défense nationale*, comme signifiant que le SCRS avait l'obligation d'obtenir un mandat. L'avis juridique donné au CST en mai 2009 précisait que le SCRS présenterait une demande au CST en vue d'obtenir de l'assistance d'une seconde partie uniquement dans le cas où un mandat avait été décerné.

- xii) Le témoin du SCRS qui était chargé du processus relatif aux mandats en 2009 a reconnu que le SCRS considérait les mandats décernés par la Cour fédérale surtout comme autorisation pour le SCRS de demander au CST de solliciter l'aide de secondes parties pour intercepter et recueillir les communications de Canadiens.
- xiii) Le juge a aussi conclu que les mandats d'ICTE donnaient aux agents du SCRS et à ceux du CST l'assurance qu'ils intervenaient dans les limites du pouvoir que la loi leur confère.
- xiv) Les demandes d'assistance à un partenaire étranger ont uniquement été faites lorsqu'un mandat d'ICTE a été décerné par la Cour fédérale. Le CST ciblait uniquement les communications mentionnées dans le mandat d'ICTE, pour la durée du mandat, et se conformait à toutes les conditions prévues au mandat d'ICTE.

[66] Vu ces éléments de preuve, notre Cour conclut que, à partir du moment où la décision a été prise de demander régulièrement l'aide des agences étrangères après la délivrance d'un mandat d'ICTE, le SCRS, en vertu de l'obligation de franchise et de bonne foi absolue, devait communiquer à la Cour fédérale la portée de l'enquête envisagée, et surtout le fait qu'il se considérait lui-même autorisé, en application de l'article 12 de la Loi sur le SCRS, à demander l'aide d'agences étrangères, sans mandat. Le SCRS ne l'a jamais fait.

B. *Le juge a-t-il commis une erreur en concluant que la loi n'accordait pas au SCRS le pouvoir de demander de l'assistance, par l'entremise du CST, à des partenaires étrangers pour intercepter les télécommunications des Canadiens alors que ceux-ci sont à l'extérieur du Canada?*

[67] Whether CSIS has authority to seek such assistance depends upon the proper interpretation of section 12 of the CSIS Act.

[68] The preferred approach to statutory interpretation has been expressed in the following terms by the Supreme Court (see: *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at paragraph 21. See also: *R. v. Ulybel Enterprises Ltd.*, 2001 SCC 56, [2001] 2 S.C.R. 867, at paragraph 29):

Today there is only one principle or approach, namely, the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament.

[69] The Supreme Court restated this principle in *Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601, at paragraph 10:

It has been long established as a matter of statutory interpretation that “the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament”: see *65302 British Columbia Ltd. v. Canada*, [1999] 3 S.C.R. 804, at para. 50. The interpretation of a statutory provision must be made according to a textual, contextual and purposive analysis to find a meaning that is harmonious with the Act as a whole. When the words of a provision are precise and unequivocal, the ordinary meaning of the words play a dominant role in the interpretive process. On the other hand, where the words can support more than one reasonable meaning, the ordinary meaning of the words plays a lesser role. The relative effects of ordinary meaning, context and purpose on the interpretive process may vary, but in all cases the court must seek to read the provisions of an Act as a harmonious whole.

[70] This formulation of the proper approach to statutory interpretation was repeated in *Celgene Corp. v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 1, [2011] 1 S.C.R. 3, at paragraph 21, and *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Minister of National Defence)*, 2011 SCC 25, [2011] 2 S.C.R. 306, at paragraph 27.

[71] Inherent in the contextual approach to statutory interpretation is the understanding that the grammatical and ordinary sense of a provision is not determinative of

[67] La question de savoir si le SCRS peut présenter une telle demande d’assistance dépend de l’interprétation que l’on donne à l’article 12 de la Loi sur le SCRS.

[68] La méthode privilégiée en ce qui a trait à l’interprétation des lois a été ainsi définie par la Cour suprême du Canada (voir : *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, au paragraphe 21. Voir aussi *R. c. Ulybel Enterprises Ltd.*, 2001 CSC 56, [2001] 2 R.C.S. 867, au paragraphe 29) :

[TRADUCTION] Aujourd’hui il n’y a qu’un seul principe ou solution: il faut lire les termes d’une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec l’esprit de la loi, l’objet de la loi et l’intention du législateur.

[69] La Cour suprême a réaffirmé ce principe par l’arrêt *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601, au paragraphe 10 :

Il est depuis longtemps établi en matière d’interprétation des lois qu’« il faut lire les termes d’une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec l’esprit de la loi, l’objet de la loi et l’intention du législateur » : voir *65302 British Columbia Ltd. c. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 804, par. 50. L’interprétation d’une disposition législative doit être fondée sur une analyse textuelle, contextuelle et téléologique destinée à dégager un sens qui s’harmonise avec la Loi dans son ensemble. Lorsque le libellé d’une disposition est précis et non équivoque, le sens ordinaire des mots joue un rôle primordial dans le processus d’interprétation. Par contre, lorsque les mots utilisés peuvent avoir plus d’un sens raisonnable, leur sens ordinaire joue un rôle moins important. L’incidence relative du sens ordinaire, du contexte et de l’objet sur le processus d’interprétation peut varier, mais les tribunaux doivent, dans tous les cas, chercher à interpréter les dispositions d’une loi comme formant un tout harmonieux.

[70] Cet enseignement quant à la bonne méthode à retenir en matière d’interprétation des lois a été rappelé par les arrêts *Celgene Corp. c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 1, [2011] 1 R.C.S. 3, au paragraphe 21, et *Canada (Commissaire à l’information) c. Canada (Ministre de la Défense nationale)*, 2011 CSC 25, [2011] 2 R.C.S. 306, au paragraphe 27.

[71] L’approche contextuelle de l’interprétation des lois est fondée sur l’idée que le sens grammatical et ordinaire d’une disposition n’est pas déterminant quant à son

its meaning. A court must consider the total context of the provision to be interpreted “no matter how plain the disposition may seem upon initial reading” (*ATCO Gas and Pipelines Ltd. v. Alberta (Energy and Utilities Board)*, 2006 SCC 4, [2006] 1 S.C.R. 140, at paragraph 48). From the text and this wider context the interpreting court aims to ascertain legislative intent, “[t]he most significant element of this analysis” (*R. v. Monney*, [1999] 1 S.C.R. 652, at paragraph 26).

[72] Section 12 is as follows:

Collection,  
analysis and  
retention

**12.** The Service shall collect, by investigation or otherwise, to the extent that it is strictly necessary, and analyse 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.

[73] The phrase “threats to the security of Canada” found in section 12 is defined in section 2 of the CSIS Act to mean:

Definitions

**2.** ...

“threats to the security of Canada”  
« menaces envers la sécurité du Canada »

“threats to the security of Canada” means

(a) espionage or sabotage that is against Canada or is detrimental to the interests of Canada or activities directed toward or in support of such espionage or sabotage,

(b) foreign influenced activities within or relating to Canada that are detrimental to the interests of Canada and are clandestine or deceptive or involve a threat to any person,

(c) activities within or relating to Canada directed toward or in support of the threat or use of acts of serious violence against persons or property for the purpose of achieving a political, religious or ideological objective within Canada or a foreign state, and

sens. Il faut tenir compte du contexte global de la disposition à interpréter, « même si, à première vue, le sens de son libellé peut paraître évident » (*ATCO Gas and Pipelines Ltd. c. Alberta (Energy and Utilities Board)*, 2006 CSC 4, [2006] 1 R.C.S. 140, au paragraphe 48). C’est à partir du libellé et du contexte global que le juge appelé à interpréter le texte recherche l’intention du législateur, qui est « [l]’élément le plus important de cette analyse » (*R. c. Monney*, [1999] 1 R.C.S. 652, au paragraphe 26).

[72] L’article 12 est libellé ainsi :

**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.

Informations  
et renseignements

[73] Les mots « menaces envers la sécurité du Canada », que l’on retrouve à l’article 12, sont ainsi définis à l’article 2 de la Loi sur le SCRS :

**2.** [...]

Définitions

« menaces envers la sécurité du Canada »  
Constituent des menaces envers la sécurité du Canada les activités suivantes :

a) l’espionnage ou le sabotage visant le Canada ou préjudiciables à ses intérêts, ainsi que les activités tendant à favoriser ce genre d’espionnage ou de sabotage;

b) les activités influencées par l’étranger qui touchent le Canada ou s’y déroulent et sont préjudiciables à ses intérêts, et qui sont d’une nature clandestine ou trompeuse ou comportent des menaces envers quiconque;

c) les activités qui touchent le Canada ou s’y déroulent et visent à favoriser l’usage de la violence grave ou de menaces de violence contre des personnes ou des biens dans le but d’atteindre un objectif politique, religieux ou idéologique au Canada ou dans un État étranger;

« menaces envers la sécurité du Canada »  
“threats to the security of Canada”

(d) activities directed toward undermining by covert unlawful acts, or directed toward or intended ultimately to lead to the destruction or overthrow by violence of, the constitutionally established system of government in Canada.

[74] Lawful advocacy, protest or dissent do not constitute threats to Canada's security, unless accompanied by one of the four enumerated activities.

[75] We begin consideration of the scope of section 12 with the uncontroversial observation that nothing in the text of section 12 suggests any geographic limit on the sphere of the Service's operations. Indeed, references in the definition of "threats to the security of Canada" to such things as "foreign influenced activities within or relating to Canada" and "activities within or relating to Canada directed toward ... [the] use of acts of serious violence ... for the purpose of achieving ... [an] objective within Canada or a foreign state" are inconsistent with any notion of a geographic limit on CSIS' areas of operation.

[76] This textual analysis is supported by a contextual analysis when section 12 is compared with subsection 16(1) of the CSIS Act. Section 16 deals with the collection of information concerning foreign states and persons, and provides that the Service may assist the Ministers of National Defence and Foreign Affairs "within Canada". Thus, a contextual analysis reveals that when Parliament wished to limit the Service's geographic sphere of operations it did so expressly.

[77] As for the required purposive analysis, it is undisputed that a state's ability to protect itself from national security threats depends upon its ability to obtain accurate and timely intelligence relating to such threats. For that reason, the Commission of Inquiry Concerning Certain Activities of the Royal Canadian Mounted Police, [*Third Report: Certain R.C.M.P. Activities and the Question of Governmental Knowledge*] 1981 (McDonald Commission) recommended that

d) les activités qui, par des actions cachées et illicites, visent à saper le régime de gouvernement constitutionnellement établi au Canada ou dont le but immédiat ou ultime est sa destruction ou son renversement, par la violence.

[74] Les activités licites de défense d'une cause, de protestation ou d'opposition ne constituent pas des menaces envers la sécurité du Canada, à moins que ces activités ne soient exercées au moyen de l'une des quatre activités énumérées ci-dessus.

[75] Notre Cour amorce son examen de la portée de l'article 12 en faisant remarquer, et cela n'est pas controversé, qu'il ne ressort pas de celui-ci qu'il existe une limite de nature géographique au champ des activités du Service. En fait, les renvois à la définition de « menaces envers la sécurité du Canada » à des éléments comme « les activités influencées par l'étranger qui touchent le Canada ou qui s'y déroulent » et « les activités qui touchent le Canada ou s'y déroulent et visent à favoriser l'usage de la violence grave [...] dans le but d'atteindre un objectif [...] au Canada ou dans un État étranger » ne sont pas compatibles avec quelque notion que ce soit de limite géographique aux champs d'activité du SCRS.

[76] Cette analyse textuelle s'appuie sur une analyse contextuelle lorsque l'on compare l'article 12 avec le paragraphe 16(1) de la Loi sur le SCRS. L'article 16 vise la cueillette d'informations se rapportant à des personnes ou à des États étrangers, et prévoit que le Service peut assister les ministres de la Défense nationale et des Affaires étrangères « dans les limites du Canada ». Il ressort donc de l'analyse contextuelle que, lorsque le législateur a voulu limiter le champ d'opérations du Service sur le plan géographique, il l'a fait expressément.

[77] En ce qui a trait à l'analyse téléologique qu'il convient de faire, il n'est pas controversé que la capacité d'un État à assurer sa protection à l'encontre des menaces envers la sécurité nationale dépend de sa capacité à obtenir des renseignements précis et en temps utile concernant de telles menaces. Pour ce motif, la Commission d'enquête sur certaines activités de la Gendarmerie royale du Canada [*Troisième rapport : Certaines activités de la GRC et la connaissance qu'en*

Canada's intelligence agency should not be confined to collecting intelligence or countering activities on Canadian soil; otherwise, information and sources of information important to Canada's security would be lost. Given that the report of the McDonald Commission led to the creation of CSIS, its recommendations support the conclusion that CSIS was intended to conduct activities at home and abroad.

[78] Having concluded on the basis of the required textual, contextual and purposive analysis that the Service is not confined to operating within Canada, it is next necessary to consider whether section 12 of the CSIS Act permits the Service to seek foreign assistance to intercept the telecommunications of Canadians while they are abroad.

[79] As explained in some detail at paragraph 38 above, the Judge concluded that Parliament did not intend to give the Service authority to engage foreign agencies to intercept private communications of Canadians under the general power to investigate granted to the Service by section 12 of the CSIS Act.

[80] Subject to one caveat, we agree with the Judge's conclusion, substantially for the reasons given by the Judge. Our caveat, developed below, is that we do not endorse his conclusion that intrusive investigative measures conducted abroad would necessarily violate international law or the principle of comity between nations.

[81] To the Judge's reasons we would add the following: on the required textual, contextual and purposive analysis, judicial authorization in the form of a warrant issued pursuant to section 21 of the CSIS Act is required when the Service's methods of investigation are intrusive, as in the case of the interception of telecommunications, whether conducted directly, or

*avait le gouvernement*] (la Commission McDonald), qui a eu lieu en 1981, a recommandé que les services de renseignement canadiens ne soient pas tenus de limiter leurs activités visant à recueillir des renseignements et à déjouer des menaces au seul territoire canadien; sans quoi, ils pourraient perdre les renseignements et les sources de renseignements qui sont importants pour la sécurité du Canada. Compte tenu du fait que le rapport de la Commission McDonald a abouti à la création du SCRS, ses recommandations vont dans le sens de la conclusion selon laquelle l'intention du législateur était que le SCRS puisse effectuer ses opérations à domicile et à l'étranger.

[78] Après avoir conclu, en se fondant sur les nécessaires analyses textuelles, contextuelles et téléologiques, que les activités du Service ne sont pas limitées aux frontières du Canada, notre Cour est maintenant appelée à examiner la question de savoir si l'article 12 de la Loi sur le SCRS lui permet de solliciter l'assistance d'entités étrangères afin d'intercepter les telecommunications de Canadiens se trouvant à l'étranger.

[79] Comme il a été expliqué de manière assez fouillée au paragraphe 38 ci-dessus, le juge a conclu que le législateur n'avait pas l'intention de conférer au Service le pouvoir d'avoir recours aux agences internationales afin d'intercepter les communications de Canadiens au titre du pouvoir général d'enquête que l'article 12 de la Loi sur le SCRS accorde au Service.

[80] Notre Cour retient, avec une réserve, la conclusion du juge, essentiellement pour les motifs qu'il a formulés. La réserve, que nous développons plus loin, est celle portant que notre Cour ne retient pas la conclusion du juge selon laquelle les activités d'enquête comportant intrusion menées à l'étranger contreviendraient nécessairement au droit international ou au principe de courtoisie entre nations.

[81] Notre Cour ajoute ce qui suit aux motifs du juge : compte tenu de l'analyse textuelle, contextuelle et téléologique, l'autorisation de la Cour, qui prend la forme d'un mandat décerné en vertu de l'article 21 de la Loi sur le SCRS, est nécessaire lorsque les méthodes d'enquête du Service comportent intrusion, comme c'est le cas lors de l'interception de telecommunications, que

indirectly through the auspices of a foreign intelligence service. We reach this conclusion on the following basis.

[82] As the Judge noted, section 12 does not give CSIS an exemption from the operation of laws of general application. Thus, when intrusive investigation methods are resorted to, which methods would otherwise constitute a crime or a breach of the Charter guarantee against unreasonable search and seizure, the Service may apply to the Federal Court for the issuance of a warrant under section 21 of the CSIS Act.

[83] The condition precedent for the making of such an application is that the CSIS Director, or a designated CSIS employee, “believes, on reasonable grounds, that a warrant under this section is required to enable the Service to investigate a threat to the security of Canada”[section 21].

[84] Again, section 21 contains no geographic limit. Given that “threats to the security of Canada” may include events outside of Canada, it appears that Parliament intended that warrants may be applied for in the context of extraterritorial operations.

[85] This textual analysis is supported contextually by section 26 of the CSIS Act, which renders Part VI of the *Criminal Code* inapplicable in relation to any interception of a communication under the authority of a warrant or in relation to any communication so intercepted. It may be inferred that Parliament intended that such legal protection be available to all Service personnel, no matter where they are conducting investigations. Such an interpretation also ensures that issues with respect to the admissibility of any intercepted communication or derivative evidence will be unlikely to arise.

[86] A purposive interpretation leads to the same conclusion. The need for strict controls on the operations of security intelligence agencies has long been recognized. In *Charkaoui v. Canada (Citizenship and*

cette interception soit effectuée directement, ou indirectement par l’intermédiaire d’un service de renseignement étranger. Voici la raison pour laquelle notre Cour tire cette conclusion.

[82] Comme le juge l’a fait remarquer, l’article 12 n’accorde pas au SCRS une dispense de l’application des lois d’application générale. Il s’ensuit que, lorsque les méthodes d’enquête comportent intrusion et que ces méthodes constitueraient autrement un acte criminel ou une violation du droit à la protection contre les fouilles et les saisies déraisonnables garanti par la Charte, le Service peut demander à la Cour fédérale qu’elle décerne un mandat en vertu de l’article 21 de la Loi sur le SCRS.

[83] La condition préalable pour une telle demande est que le directeur du SCRS, ou un employé désigné du SCRS, ait « des motifs raisonnables de croire que le mandat est nécessaire pour permettre au Service de faire enquête sur les menaces envers la sécurité du Canada » [article 21].

[84] Là encore, l’article 21 ne prévoit aucune limite géographique. Puisque les « menaces envers la sécurité du Canada » peuvent englober des faits qui se produisent hors du Canada, il semble que l’intention du législateur était qu’il soit possible de présenter une demande en vue d’obtenir un mandat dans le contexte d’activités extraterritoriales.

[85] Cette analyse textuelle est appuyée, d’un point de vue contextuel, par l’article 26 de la Loi sur le SCRS, qui rend la partie VI du *Code criminel* inapplicable à toute interception d’une communication autorisée par un mandat ainsi qu’à la communication elle-même. On peut en inférer que l’intention du législateur était que l’ensemble du personnel du Service jouisse de cette protection légale, sans égard au lieu où ils effectuent une enquête. Une telle interprétation garantit aussi que les questions ayant trait à la recevabilité en preuve de toute communication interceptée ou de toute preuve qui en est dérivée sont peu susceptibles de se poser.

[86] Une interprétation téléologique appelle la même conclusion. La nécessité d’assujettir à des contrôles stricts les interventions des agences de renseignement et de sécurité est reconnue depuis longtemps. À l’occasion

*Immigration*), 2008 SCC 38, [2008] 2 S.C.R. 326, the Supreme Court considered the legislative purpose and guiding principles that attended the creation of CSIS. At paragraph 22 of the reasons, the Court quoted from the Report of the Special Committee of the Senate on the Canadian Security Intelligence Service [*Delicate Balance: A Security Intelligence Service in a Democratic Society*] to the effect that:

A credible and effective security intelligence agency does need to have some extraordinary powers, and does need to collect and analyze information in a way which may infringe on the civil liberties of some. But it must also be strictly controlled, and have no more power than is necessary to accomplish its objectives, which must in turn not exceed what is necessary for the protection of the security of Canada.

(Report of the Special Senate Committee, at para. 25)

[87] Requiring judicial authorization of all interception of private telecommunications is consistent with the need to impose strict controls over intrusive collection methods carried out by CSIS.

[88] This conclusion is also consistent with the *National Defence Act*. Under subsection 273.65(2) of that Act, ministerial authorization is required to intercept communications to or from Canada. Paragraph 273.64(2)(a) of that Act prohibits CSEC from directing collection activities against Canadian persons. It is inconsistent with this scheme to interpret section 12 of the CSIS Act to allow CSEC to conduct otherwise prohibited collection activities without any ministerial or judicial oversight.

[89] Having concluded that judicial oversight is required, it is next necessary to consider the ability of the Federal Court to issue such search warrants. This requires, to some extent, consideration of the effect of Justice Blanchard's decision that, on the facts before him, the Federal Court lacked jurisdiction to issue the requested warrant.

de l'affaire *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2008 CSC 38, [2008] 2 R.C.S. 326, la Cour suprême du Canada s'est penchée sur l'objet visé par la loi ainsi que sur les principes directeurs ayant abouti à la création du SCRS. Au paragraphe 22 des motifs de son arrêt, la Cour suprême a cité l'extrait suivant Rapport du Comité sénatorial spécial du Service canadien du renseignement de sécurité [*Équilibre délicat : Un Service du renseignement de sécurité dans une société démocratique*] :

Un service du renseignement de sécurité doit, pour être crédible et efficace, jouir de pouvoirs extraordinaires et être en mesure de recueillir et d'analyser de l'information en empiétant parfois sur les libertés civiles des uns ou des autres. Mais il doit aussi être assujéti à des contrôles sévères et ne pas disposer de plus de pouvoirs qu'il ne lui en faut pour atteindre ses objectifs, qui doivent eux-mêmes se limiter à ce qui est requis pour assurer la sécurité du Canada.

(Rapport du comité sénatorial spécial, par. 25)

[87] L'obligation d'obtenir une autorisation judiciaire pour procéder à toute interception de télécommunications de nature privée est compatible avec la nécessité d'imposer des contrôles stricts quant aux méthodes de cueillette comportant intrusion employées par le SCRS.

[88] Cette conclusion cadre aussi avec la *Loi sur la Défense nationale*. Aux termes du paragraphe 273.65(2) de cette loi, l'autorisation du ministre est nécessaire pour intercepter les communications provenant du Canada ou à destination du Canada. L'alinéa 273.64(2)a) de cette loi interdit au CST de procéder à des opérations de cueillette visant les Canadiens. L'interprétation de l'article 12 de la Loi sur le SCRS qui aurait pour effet de permettre au CST de mener des activités par ailleurs interdites, sans surveillance du ministre ou des juges, serait incompatible avec ce régime.

[89] Étant donné la conclusion de notre Cour selon laquelle la supervision judiciaire est requise, il convient ensuite de se pencher sur la compétence de la Cour fédérale de décerner les mandats en question. Pour cela, il faut, dans une certaine mesure, tenir compte de l'effet de la décision du juge Blanchard portant que, compte tenu des faits dont il était saisi, la Cour fédérale n'avait pas compétence pour décerner le mandat demandé.

[90] Here, we emphatically endorse the submission of the *amicus* that the question of whether the Federal Court had jurisdiction to issue a warrant authorizing the Service to lawfully intercept the communication of Canadians abroad (through the agency of CSEC and another country) was not before Justice Blanchard. Further, we see no legal impediment to the issuance of such a warrant. Thus, for example, the Federal Court could issue a warrant where the interception authorized by the warrant is in accordance with the domestic law of the state in which the interception takes place.

[91] What Justice Blanchard found was that the Federal Court lacked jurisdiction to issue a warrant that authorized activities in another country that CSIS conceded would violate the laws of that country. This issue does not properly arise on this record and cannot be decided on the record before us.

[92] That said, we express concern that the argument presented to Justice Blanchard does not appear to have been well developed. Notably, two important and inter-related legal doctrines do not appear to have been addressed before Justice Blanchard.

[93] First, as Justice La Forest wrote in *Libman v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 178, at pages 212 and 213, what is required to make an activity that occurs outside of Canada subject to the jurisdiction of our courts is that there be a “real and substantial link” between the activity (in that case a criminal offence) and Canada. The real and substantial link or connection test is well-established in both public and private international law.

[94] In *Hape*, at paragraph 62, the majority quoted with approval Justice La Forest’s comment in *Libman* that what constitutes a “real and substantial link” justifying extraterritorial jurisdiction may be “coterminous with requirements of international comity”.

[95] It appears from *Hape*, at paragraphs 61 to 64, that the stronger the real and substantial link between Canada

[90] En l’espèce, notre Cour retient sans réserve l’observation de l’*amicus* selon laquelle le juge Blanchard n’était pas saisi de la question de savoir si la Cour fédérale avait compétence pour décerner un mandat autorisant le Service à intercepter, de manière légale, les communications de Canadiens à l’étranger (par l’intermédiaire du CST et d’un autre pays). De plus, notre Cour ne voit aucun obstacle juridique à ce qu’un tel mandat soit décerné. Il s’ensuit, à titre d’exemple, que la Cour fédérale pourrait décerner un mandat lorsque l’interception visée par celui-ci est conforme au droit national de l’État ou cette interception aura lieu.

[91] Le juge Blanchard a conclu que la Cour fédérale n’avait pas compétence pour décerner un mandat autorisant des interventions dans un autre pays dans le cas où, de l’aveu même du SCRS, les interventions en question seraient contraires aux lois de ce pays. Cette question n’est pas vraiment en jeu dans le présent dossier et notre Cour ne peut donc pas la trancher.

[92] Cela dit, notre Cour est d’avis que la thèse avancée devant le juge Blanchard ne semble pas avoir été bien développée. Notamment, deux principes juridiques importants et étroitement liés ne semblent pas avoir été soulevés devant le juge Blanchard.

[93] Tout d’abord, comme l’a signalé le juge La Forest dans l’arrêt *Libman c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 178, aux pages 212 et 213, il est nécessaire qu’il y ait un « lien réel et important » entre l’activité (dans cette affaire, une infraction criminelle) et le Canada pour qu’une activité menée à l’extérieur du Canada relève de la compétence des tribunaux canadiens. Le critère du lien réel et important est bien établi, autant en droit international public qu’en droit international privé.

[94] Dans l’arrêt *Hape*, au paragraphe 62, les juges majoritaires ont cité et repris l’observation formulée par le juge La Forest dans l’arrêt *Libman* portant qu’une activité comportant un « lien réel et important » fondant la compétence territoriale peut « coïncider avec les exigences de la courtoisie internationale ».

[95] Il semble, selon les paragraphes 61 à 64 de l’arrêt *Hape*, que plus le lien réel et important entre le Canada

and the extraterritorial enforcement of its law, the less such enforcement offends the principle of comity.

[96] It is for another day on another application with a more fully developed record for the Federal Court to consider whether in the national security context, section 21 warrants necessarily have a sufficient real and substantial link to Canada that the Court may issue a warrant that authorizes intrusive extraterritorial activity without offending the principle of comity and principles of international law.

[97] The second argument that apparently was not developed before Justice Blanchard was the unique principles of extraterritorial jurisdiction that can arise in the context of national security.

[98] In *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 SCC 9, [2007] 1 S.C.R. 350, in the opening line of the opening paragraph, the Chief Justice acknowledged that one of the most fundamental responsibilities of a government is to ensure the security of its citizens. This is so because the maintenance of national security is essential to the maintenance of the rule of law.

[99] It follows from the primacy of national security that (Stanley A. Cohen “Safeguards in and Justifications for Canada’s New *Anti-terrorism Act*” (2002-2003), 14 *N.J.C.L.* 99) [at pages 103 and 104]:

National security is arguably the most important justification that can be advanced in support of legislation, springing, as it does, from the necessity to safeguard and preserve the very existence of the state and its democratic institutions and ensure their continued survival. The need to safeguard the security of the nation can also be rooted in the ability of the state to take measures to protect the national interest, conduct its national defence or in the power to enact laws to ensure the “peace, order and good government” of Canada. [Footnotes omitted.]

[100] Again, Justice Blanchard would have benefited from developed legal arguments about the ability of Canada to take measures proportionate to threats to its

et l’application extraterritoriale de sa loi est fort, moins cette application de sa loi contrevient au principe de courtoisie.

[96] C’est à une autre occasion, dans le cadre d’une autre demande, comportant un dossier plus étoffé, que la Cour fédérale se penchera sur la question de savoir si, en matière de sécurité nationale, il existe nécessairement, entre les mandats décernés en vertu de l’article 21 et le Canada, un lien suffisamment réel et important pour que cette Cour décerne un mandat autorisant des interventions extraterritoriales comportant intrusion, sans pour autant contrevenir au principe de courtoisie et aux principes du droit international.

[97] La deuxième thèse qui n’a apparemment pas été avancée devant le juge Blanchard est celle qui se rapporte aux principes particuliers de la compétence extraterritoriale qui peuvent être soulevés en matière de sécurité nationale.

[98] À l’occasion de l’affaire *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CSC 9, [2007] 1 R.C.S. 350, la juge en chef a reconnu, à la toute première ligne du premier paragraphe, que l’une des responsabilités les plus fondamentales d’un gouvernement est d’assurer la sécurité de ses citoyens. Il en est ainsi, parce que le maintien de la sécurité nationale est essentiel au maintien de la primauté du droit.

[99] Il découle ce qui suit du caractère primordial de la sécurité nationale (Stanley A. Cohen « Safeguards in and Justifications for Canada’s New *Anti-terrorism Act* » (2002-2003), 14 *N.J.C.L.* 99) [aux pages 103 et 104] :

[TRADUCTION] La sécurité nationale est probablement la plus importante des justifications qui puisse être invoquée à l’appui de la loi, en raison de la nécessité de protéger et de préserver l’existence même de l’État et de ses institutions démocratiques, ainsi que d’assurer leur survie. La nécessité de protéger la sécurité de la nation peut aussi tirer sa source de la capacité du Canada à prendre des mesures pour protéger l’intérêt national, assurer sa défense nationale ou du pouvoir du Canada d’adopter des lois pour garantir la « paix, l’ordre et le bon gouvernement ». [Renvois omis.]

[100] Une fois de plus, le juge Blanchard aurait pu être éclairé par des thèses juridiques bien argumentées portant sur la capacité des autorités canadiennes à prendre

national security, including arguments based upon the doctrines of necessity, self-defence and precautionary state activity.

[101] In the result, we respectfully question the conclusion that the Federal Court lacks the jurisdiction to issue warrants authorizing CSIS to conduct activities in another state where those activities may violate the laws of that state. The intricacies of international law and the complexities of the national security context do not lend themselves to an answer on such a topic without a better record and fully developed arguments.

### VIII. Conclusion

[102] For the foregoing reasons, we have concluded that an appeal lies from the Judge's decision, the necessary extension of time should be granted and that the decision is not moot. We have also decided that the Judge did not err in his finding that CSIS breached its duty of candour or in his finding that section 12 of the CSIS Act does not authorize CSIS to make requests to foreign partners for the interception of telecommunications of Canadians abroad.

[103] We have additionally noted that a warrant is required when the Service either directly, or through the auspices of a foreign intelligence service, engages in intrusive investigative methods such as the interception of telecommunications. In our view, the Federal Court has jurisdiction to issue such a warrant when the interception is lawful where it occurs. In our further view, it remains an open question as to whether the Federal Court possesses such jurisdiction when the interception is not legal in the country where it takes place.

[104] It follows that we will dismiss the appeal. Counsel for the Service and the *amicus* have 10 days to provide written submissions on any redactions required before these reasons are translated and released to the public.

des mesures proportionnelles aux menaces posées à la sécurité nationale, y compris les thèses fondées sur les principes de la nécessité, de l'autodéfense et des mesures préventives prises par l'État.

[101] Par conséquent, nous avons des réserves, avec égard, quant à la conclusion selon laquelle la Cour fédérale n'a pas compétence pour décerner des mandats autorisant le SCRS à effectuer des interventions dans un autre État lorsque ces interventions peuvent contrevenir au droit de cet État. Vu les subtilités du droit international et la complexité des questions relatives à la sécurité nationale, il n'est pas possible de se prononcer à ce sujet en l'absence d'un dossier plus étoffé et d'arguments suffisamment développées.

### VIII. Conclusion

[102] Par les motifs qui précèdent, notre Cour conclut qu'il peut être interjeté appel de la décision du juge, que la prorogation de délai nécessaire doit être accordée et que l'affaire n'est pas théorique. Notre Cour décide aussi que le juge n'a pas commis d'erreur en concluant que le SCRS a manqué à son devoir de franchise ou en concluant que l'article 12 de la Loi sur le SCRS n'autorise pas le SCRS à demander à des partenaires étrangers d'intercepter des télécommunications de Canadiens se trouvant à l'étranger.

[103] Notre Cour relève également que le Service doit obtenir un mandat lorsque, directement ou par l'intermédiaire d'un service de renseignement étranger, il a recours à des méthodes d'enquête comportant intrusion, comme l'interception de télécommunications. Selon notre Cour, la Cour fédérale a compétence pour décerner un tel mandat lorsque l'interception en question est légale dans le lieu où elle se produit. De plus, notre Cour est d'avis que la question de savoir si la Cour fédérale dispose d'une telle compétence lorsque l'interception n'est pas légale dans le pays où elle a lieu n'est toujours pas réglée.

[104] Notre Cour rejettera donc l'appel. Les avocats du Service et l'*amicus* ont 10 jours pour produire des observations écrites quant à tout caviardage qui pourrait être nécessaire avant traduction et publication des présents motifs.