

MANDAT

Examen mené par l'OSSNR à la suite du jugement 2020 CF 616 rendu par la Cour fédérale

Introduction

Le 15 mai 2020, la Cour fédérale du Canada a rendu sa décision dans (2020 CF 616)¹. La décision porte principalement sur la légalité des opérations du Service canadien du renseignement de sécurité (SCRS) fondées sur des sources humaines, sur le caractère adéquat des conseils juridiques fournis par le ministère de la Justice (MJ) et sur le degré de franchise que doivent avoir ces deux organisations envers la Cour.

Cette décision fait suite à un long processus qui a commencé au début de 2018 à la suite d'une demande de mandat fondée sur les articles 12 et 21 de la *Loi sur le SCRS*. Au cours de l'audition de la demande, le juge Noël a posé différentes questions sur la légalité des activités du SCRS fondées sur des sources humaines ayant permis d'obtenir les renseignements utilisés pour étayer la demande de mandat.

Le 21 février 2019, une audience en formation plénière de quatorze juges désignés a permis de se pencher sur le fait que le SCRS comptait sur l'immunité de l'État pour se défendre d'éventuelles infractions au *Code criminel*, et sur les conseils juridiques qui avaient guidé les décisions prises au SCRS. De multiples audiences ont suivi, quatorze déposants ont présenté des éléments de preuve et onze ont comparu devant la Cour, dont bon nombre étaient des hauts fonctionnaires du SCRS et du MJ.

Dans sa décision, la Cour fédérale conclut que le SCRS a manqué à son obligation de franchise envers elle en négligeant de reconnaître et de communiquer de façon proactive le fait que les renseignements ayant servi à étayer des demandes de mandats découlaient probablement d'activités illégales. Certaines des conclusions de la Cour liées à l'obligation de franchise sont actuellement portées en appel.

Examen de l'OSSNR

Dans sa décision, la Cour recommande qu'un examen approfondi et indépendant soit fait de ce qu'elle appelle les lacunes et défaillances systémiques, culturelles et liées à la gouvernance qui ont conduit le SCRS à mener des activités opérationnelles dont il a reconnu l'illégalité et à manquer à son obligation de franchise à cet égard.

Cette décision de la Cour fait suite à deux autres décisions dans lesquelles elle a conclu que le SCRS avait manqué à son obligation de franchise envers elle. Cette obligation exige une divulgation complète, franche et équitable, et elle est renforcée par la nature *ex parte* des demandes de mandat portant atteinte aux droits garantis par la *Charte*. Le juge qui entend pareilles demandes doit assurer l'équilibre entre la sécurité nationale et les intérêts des personnes visées par des mesures envahissantes de la part de l'État,

¹ La décision a été publiée le 16 juillet 2020.

dans des situations qui ne permettent ni transparence ni mise en place d'un processus contradictoire pour contester ces mesures². Il s'ensuit que le juge désigné doit pouvoir croire que l'avocat divulgue de façon complète, franche et équitable tous les faits et points relatifs à l'affaire. Cette divulgation complète est également essentielle dans le contexte *ex parte* pour que le juge qui délivre le mandat puisse effectivement exercer le pouvoir discrétionnaire que lui confèrent les alinéas 21(4)f) ou 21.1(5)f) de la *Loi sur le SCRS* et préciser les conditions qu'il estime indiquées dans l'intérêt public.

Hormis la réserve faite plus bas, l'examen englobera les éléments recommandés par la Cour. L'examen portera également sur les circonstances conduisant le SCRS à mener des activités illégales et à manquer à son obligation de franchise, afin de comprendre les facteurs systémiques, culturels et liés à la gouvernance qui ont contribué à cet état de choses, ainsi que les mesures prises jusqu'à maintenant pour remédier à certains des problèmes relevés. Au terme de son examen, l'OSSNR formulera les recommandations qu'il juge appropriées pour remédier à tout problème constaté.

Fondement juridique

Bien que le ministre de la Justice et le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile, suivant la recommandation de la Cour fédérale, aient confié cet examen à l'OSSNR sous l'alinéa 8(1)c) de la *Loi sur l'OSSNR*, l'OSSNR procédera également à cet examen en vertu de sa propre compétence sous les alinéas 8(1)a) et 8(1)b) de la *Loi sur l'OSSNR*.

Ainsi, dans le cadre de cet examen, l'OSSNR exercera son pouvoir indépendant d'examiner les activités liées à la sécurité nationale ou au renseignement. Conformément au paragraphe 8(3) de la *Loi*, l'OSSNR pourra « formuler les conclusions et les recommandations qu'il estime indiquées, notamment en ce qui a trait : a) au respect par les ministères de la loi et des instructions et directives ministérielles applicables; b) au caractère raisonnable et à la nécessité de l'exercice par les ministères de leurs pouvoirs ».

Portée de l'examen et période examinée

L'examen portera principalement sur le MJ et le SCRS. L'OSSNR pourra examiner d'autres éléments en lien avec d'autres ministères s'il le juge nécessaire pour bien comprendre les enjeux.

Quoiqu'il ne s'agit pas d'une limite à la portée de l'examen, l'OSSNR se penchera sur les huit premiers éléments énumérés au paragraphe 2 du jugement *2020 CF 616*. S'il devient nécessaire de prendre en compte le neuvième élément énuméré par la Cour – pour déterminer si des comportements individuels ou des décisions individuelles doivent faire l'objet de mesures additionnelles – l'OSSNR entreprendra un examen distinct. Ce deuxième examen sera mené indépendamment de l'autre et fera l'objet d'un mandat distinct afin d'assurer l'équité procédurale relative à toute autre question qui pourrait découler de cette affaire.

² Examen du processus de demande de mandat au SCRS, Murray D. Segal, décembre 2016.

L'examen portera sur la période allant du 1^{er} janvier 2015 au 30 septembre 2020. Cette période englobe les principaux événements évoqués par la Cour fédérale dans sa décision³. L'OSSNR pourra demander et examiner des renseignements qui débordent de cette période s'il le juge nécessaire pour atteindre les objectifs de son examen.

4. Objectifs

L'examen vise à cerner toutes les lacunes et défaillances systémiques, culturelles et liées à la gouvernance qui ont conduit le SCRS à mener des activités opérationnelles dont il a reconnu l'illégalité et à manquer à son obligation de franchise. Les éléments d'enquête sont organisés en cinq parties d'examen par souci d'efficacité opérationnelle. Certains ajouts concernant des éléments à examiner qui ont été soulevés dans la décision, mais non dans le jugement, ont également été intégrés.

Les objectifs de l'examen sont de cerner et d'analyser les lacunes et manquements relatifs à aux points suivants :

- A. Culture, gouvernance et pratiques organisationnelles internes du SCRS et du MJ, ainsi que leur rôle dans la défense des valeurs essentielles pour que le gouvernement respecte
 - 1- la primauté du droit;
 - 2- l'obligation de franchise, comme expression spécifique de la primauté du droit.
- B. Façon dont le MJ fournit des conseils juridiques au SCRS, notamment en ce qui concerne
 - 1- l'application et la pertinence du cadre de gestion des risques juridiques du MJ comme outil pour fournir des conseils juridiques au SCRS relativement à ses opérations de renseignement;
 - 2- l'existence, dans le cadre de gestion des risques juridiques, de pratiques systémiques ou liées à la gouvernance qui empêchent de bien régir la façon dont les conseils sont communiqués au SCRS, et dont celui-ci les évalue;
 - 3- la communication de l'information au sein du Groupe litiges et conseils en sécurité nationale (GLCSN) du MJ, en particulier entre les employés qui ont une fonction consultative et ceux qui se présentent devant la Cour;
 - 4- les pratiques systémiques, culturelles et liées à la gouvernance qui entourent les communications entre les divers services du MJ avec lesquels le GLCSN interagit; y compris le partage de l'expertise et la mise en œuvre de processus internes pour évaluer et vérifier les conseils juridiques à l'interne avant qu'ils ne soient communiqués au SCRS.

³ 2020 CF 616, paragraphe 56.

C. Rigueur en ce qui concerne les mandats, notamment :

- 1- le processus et la façon dont le MJ informe le SCRS du moment où un mandat est requis;
- 2- le processus et les critères employés au SCRS pour signaler les cas répondant aux exigences de base pour un mandat et, le cas échéant, pour signaler qu'il y a eu demande de mandat;
- 3- le processus par lequel le SCRS et le MJ s'assurent que l'information, en particulier l'information provenant de sources humaines, a fait l'objet d'une remise en question rigoureuse pendant la préparation du mandat, notamment d'une remise en question rigoureuse visant à révéler tout biais opérationnel interne;
- 4- le processus interne suivi au SCRS pour que les renseignements pertinents y soient communiqués aux principaux décideurs et conseillers afin que ces derniers soient attentifs
 - a) aux initiatives opérationnelles qui nécessitent un mandat
 - b) à ce que les initiatives opérationnelles approuvées par voie de mandat respectent les conditions du mandat;
- 5- l'environnement systémique, culturel et lié à la gouvernance dans lequel travaillent les principaux décideurs au SCRS, à savoir s'il contribue ou nuit à leur capacité d'exercer le niveau de surveillance souligné au point précédent.

D. Communication horizontale au sein du SCRS entre les principaux décideurs, notamment :

- 1- les pratiques et les normes de communication interne suivies par la direction du SCRS pour que les principaux décideurs soient suffisamment au fait de tous les aspects et de tous les liens entre les différentes initiatives opérationnelles de manière à
 - a) assurer la primauté du droit
 - b) s'acquitter de leur obligation de transparence et de responsabilité envers le ministre
 - c) s'acquitter de l'obligation de franchise envers la Cour;
- 2- l'environnement systémique, culturel et lié à la gouvernance dans lequel fonctionne le SCRS pour ce qui est du compartimentage de l'information au niveau de la haute direction.

E. Questions relatives à l'obligation de franchise envers la Cour, notamment :

- 1- l'environnement systémique, culturel et lié à la gouvernance au GLCSN en lien avec l'interrelation de l'obligation de franchise des avocats du SCRS envers la Cour et leur obligation de loyauté envers le SCRS;
- 2- l'environnement systémique, culturel et lié à la gouvernance au GLCSN en ce qui concerne la nature et l'étendue de toute obligation d'agir lorsque l'avocat du procureur général du Canada constate qu'un client opère, ou opère probablement, en contravention de la loi;

- 3- les mesures adoptées par le SCRS et le MJ pour préparer et informer les déposants afin qu'ils puissent s'acquitter pleinement de leur obligation de franchise dans le cadre d'un processus de demande de mandat;
- 4- la mise sur pied d'une formation sur l'obligation de franchise à l'intention de tout employé du GLCSN et du SCRS qui doit interagir avec la Cour.

Critères d'évaluation

SCRS

- 1 Le SCRS a-t-il favorisé le respect de la primauté du droit et la franchise envers les avocats, ainsi que la franchise envers la Cour fédérale et d'autres organismes d'examen et de surveillance?
- 2 Le SCRS a-t-il favorisé une culture qui fait que la bonne information est communiquée au bon moment et de manière efficace à l'interne et aux avocats du MJ?
- 3 Le SCRS a-t-il établi des processus, des politiques, des procédures et des directives internes clairs, exhaustifs et solides concernant :
 - i Le processus demande de mandat? Notamment
 - i.a le cycle de vie du mandat;
 - i.b la désignation et la participation des personnes nécessaires à la préparation des documents judiciaires requis, p. ex., précis sur les sources humaines;
 - i.c les moyens d'assurer l'exactitude et l'intégralité des renseignements utilisés dans les demandes de mandat;
 - i.d la reddition de comptes dans le cadre des demandes de mandat, y compris l'établissement de rôles et de responsabilités clairement définis.
 - ii La communication de renseignements aux avocats du MJ et aux déposants pendant la préparation du mandat?
 - iii La mise en œuvre des Instructions du ministre pour les opérations et la responsabilisation de 2015.
 - iv La mise en œuvre des Instructions du ministre sur la responsabilisation de 2019.

SCRS et MJ

- 4 Le SCRS s'est-il assuré que ses employés reçoivent une formation sur le cadre de gestion des risques juridiques du MJ et qu'ils le comprennent bien?

- 5 Le SCRS et le MJ ont-ils mis en place des procédures et des processus internes clairs, exhaustifs et solides pour l'application des principes contenus dans la « Politique du SCRS et du MJ sur l'obligation de franchise lors d'instances *ex parte* »?
- 6 Le SCRS et le MJ ont-ils formé les employés et les avocats relativement à leur devoir de divulgation complète, franche et équitable à la Cour?
- 7 Le SCRS et le MJ ont-ils suivi un processus rigoureux et formel leur permettant de cerner les questions nouvelles ou naissantes dont la Cour devrait être informée au sujet des mandats?

MJ

- 8 Le MJ a-t-il favorisé les valeurs que sont l'impartialité et l'indépendance des conseils, la vigilance à respecter la primauté du droit et la franchise envers la Cour?
- 9 Le GLCSN a-t-il favorisé une culture qui permet de communiquer la bonne information, au bon moment et de manière efficace au sein de l'organisation et avec les services pertinents du MJ?
- 10 Le processus et la façon dont le MJ fournit des conseils juridiques parviennent-ils clairement à :
 - i montrer si une opération proposée est légale ou illégale?
 - ii distinguer les risques juridiques qui peuvent être atténués de ceux qui ne le peuvent pas?
 - iii décourager la « gestion du risque » des activités illégales?
 - iv répondre aux besoins particuliers de la sécurité nationale et du renseignement?
- 11 Le MJ expose-t-il clairement au SCRS les circonstances et les raisons pour lesquelles un mandat peut être nécessaire afin de mener une certaine activité et lui fournit-il une justification légale justifiant cette démarche?
- 12 Le MJ a-t-il des politiques et des pratiques établies conformément aux directives internes concernant les demandes de mandat?
- 13 Le MJ dispose-t-il de mécanismes clairs, efficaces et appropriés pour la production de rapports et la communication interne?
- 14 Existe-t-il au GLCSN une solide fonction de remise en question des conseils juridiques lui assurant que les conseils juridiques fournis au SCRS reflètent le point de vue réfléchi du MJ dans son ensemble?
- 15 Existe-t-il au MJ des mécanismes et des processus clairs, exhaustifs et solides entourant la façon dont les avocats doivent agir lorsqu'ils constatent qu'un client opère, ou opère probablement, en contravention de la loi?

Méthodologie et renseignements nécessaires

L'OSSNR demandera des séances d'information préliminaires au MJ et au SCRS. L'OSSNR demandera d'autres séances d'information officielles, au besoin, à des personnes qui, selon lui, ont les pouvoirs et les renseignements pertinents relativement aux objectifs de son examen.

L'OSSNR demandera au SCRS et au MJ (y compris le GLCSN) d'émettre un avis de préservation interne, qui sera suivi d'une collecte de documents pertinents. L'OSSNR aura ainsi accès aux documents qui pourraient être pertinents pour son examen, mais qui ne se trouvent pas dans le dépôt ministériel accessible, et il pourra ainsi les examiner.

L'OSSNR demandera des documents relatifs aux processus, procédures et politiques internes du SCRS et du MJ. Plus spécialement, l'OSSNR s'intéressera aux documents liés à la prestation de conseils juridiques par le GLCSN au SCRS en appui à l'élaboration de politiques, à la prise de décisions opérationnelles et à la préparation de mandats. L'OSSNR cherchera également à obtenir des dossiers sur les communications entre le SCRS et le MJ sur ces questions. L'OSSNR pourra demander d'autres documents ou renseignements au besoin.

L'OSSNR tiendra compte des examens internes précédents ainsi que des initiatives en cours et des efforts déployés pour régler les problèmes soulevés par les questions de franchise et les mandats. L'OSSNR demandera des documents relatifs à ces initiatives (y compris les versions provisoires et finales) et à leur mise en œuvre proposée.

Outre l'examen de documents, l'OSSNR utilisera diverses techniques de collecte d'information, comme des questionnaires quantitatifs et qualitatifs.

L'OSSNR fera aussi des entrevues au niveau des employés et à divers niveaux de gestion afin de faire ressortir les enjeux culturels relevés par la Cour. S'inspirant des pratiques exemplaires dans la réalisation d'examens visant à régler des problèmes de culture organisationnelle, l'OSSNR invitera en entrevue un large éventail d'employés du SCRS et du MJ. Ces entrevues demeureront confidentielles, les gestionnaires des employés n'y auront pas accès. Les employés seront assurés qu'il ne sera jamais fait mention d'eux dans aucun rapport lié à l'information obtenue au cours des entrevues. Les entrevues pourront être menées par des membres ou du personnel de l'OSSNR.

L'OSSNR entend consulter divers experts indépendants au Canada et à l'étranger, à diverses étapes de son examen, sur différentes questions concernant la prestation de conseils juridiques en lien avec la sécurité nationale et la défense d'intérêts dans un contexte *ex parte*, pour tirer parti des connaissances d'experts indépendants et valider ses conclusions préliminaires. Ces consultations n'entraîneront pas la communication de renseignements classifiés ou privilégiés. Aucun rapport ne fera mention d'un expert sans le consentement de celui-ci.

Horizon temporel

Les ministères seront tenus au courant des échéanciers et des échéances entourant cet examen à mesure qu'il avancera. Dès qu'une ébauche sera terminée, elle sera présentée aux ministères pour vérifier l'exactitude des faits. La décision de tenir ou non des consultations sur les constatations et les recommandations proposées sera prise plus tard.

Les échéances sont tributaires de nouvelles restrictions liées à la COVID-19 qui pourraient entraîner des retards.

Membres

L'examen sera mené par les membres :

- L'honorable Marie Deschamps, C.C.
- Professeur Craig Forcece