

TOP SECRET

A-150-20

2021 FCA 92

TRÈS SECRET

A-150-20

2021 CAF 92

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

DANS L’AFFAIRE d’une demande de mandats présentée par [*] 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

et

IN THE MATTER OF Islamist Terrorism, [*]**

DANS L’AFFAIRE VISANT le terrorisme islamiste, [*]**

INDEXED AS: *CANADIAN SECURITY INTELLIGENCE SERVICE ACT (CA) (RE)*

RÉPERTORIÉ : *LOI SUR LE SERVICE CANADIEN DU RENSEIGNEMENT DE SÉCURITÉ (CA) (RE)*

Federal Court of Appeal, de Montigny, Laskin and Mactavish J.J.A.—Ottawa, February 9; May 12, 2021.

Cour d’appel fédérale, juges de Montigny, Laskin et Mactavish, J.C.A.—Ottawa, 9 février; 12 mai 2021.

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

Note de l’arrêtiiste : Les parties caviardées par la Cour sont indiquées par [***].

Security Intelligence — Appeal from Federal Court decision concluding that Canadian Security Intelligence Service (Service) breached duty of candour owed to Court in context of ex parte warrant application — Service seeking to obtain information with respect to threat posed by Canadians travelling to fight for Islamist groups — Paying individual known to be facilitating or carrying out terrorism — Bringing warrant application before Federal Court under Canadian Security Intelligence Service Act (Act), ss. 12, 21 — Testifying that aware those payments possibly illegal — Legal issues raised by warrant application including whether Service having duty to disclose possible contravention to Federal Court in context of warrant applications, source of that duty — Counsel for Attorney General conceding breach of duty of candour having occurred in three files — Federal Court finding Service breached duty of candour by failing to: (1) disclose that some information obtained using methods violating terrorist financing provisions; (2) seek waiver of solicitor-client privilege that attached to legal advice with respect to legality of collection methods — Attorney General contending that Federal Court erred in finding that counsel for Service having duty to proactively seek waiver of solicitor-client privilege — Whether Federal Court erred in finding that Service breached duty of candour owed to Court — Service not breaching duty of candour owed to Court — No evidence supporting Federal Court’s finding — All material facts disclosed — Legal issues of concern also appropriately flagged — Federal Court

Renseignement de sécurité — Appel interjeté d’une décision dans laquelle la Cour fédérale a statué que le Service canadien du renseignement de sécurité (Service) avait manqué à son obligation de franchise envers la Cour dans le contexte d’une demande de mandats entendue ex parte — Le Service cherchait à obtenir des informations sur la menace que représentent des Canadiens qui se sont déplacés pour combattre dans les rangs de groupes islamistes — Il a versé des paiements à un individu connu pour faciliter ou effectuer des actes de terrorisme — Il a présenté à la Cour fédérale une demande de mandats en vertu des art. 12 et 21 de la Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité (Loi) — Il a témoigné qu’il savait que ces paiements pouvaient être illégaux — Les questions juridiques découlant de la demande de mandats consistaient notamment à savoir si le Service avait l’obligation, dans le contexte d’une demande de mandats, de signaler à la Cour fédérale un possible acte illégal et de préciser la source d’une telle obligation — L’avocat du procureur général a reconnu qu’il y avait eu manquement à l’obligation de franchise dans trois dossiers — La Cour fédérale a conclu que le Service avait manqué à son obligation de franchise en omettant : 1) de lui communiquer que certaines des informations avaient été obtenues par des méthodes qui enfreignaient les dispositions sur le financement d’activités terroristes; 2) de demander une renonciation au secret professionnel de l’avocat relativement aux avis juridiques obtenus quant à la légalité des méthodes de collecte — Le procureur général a soutenu que la Cour fédérale a commis

prompted to conclude that Service breached its duty of candour because of its failure to recognize issue of illegality, raise it with Court — Federal Court entitled to come to that conclusion with respect to earlier warrant application, but erred in applying same conclusion to warrant application in present case — Federal Court wrong to infer that duty of candour requiring counsel to appear on behalf of Service to seek waiver of solicitor-client privilege prior to appearing before Court — Waiving solicitor-privilege as quid pro quo for asking Court to make exceptional ruling, admit illegally-gathered evidence in support of warrant request unjustifiable, dangerous incursion into solicitor-client privilege — Requiring counsel to seek waiver risking disincentive for Service to seek candid legal advice — This antithetical to preservation of rule of law in context of intelligence activities — Solicitor-client privilege subject to few exceptions — Parliament having to abrogate or curtail privilege in clear, precise, unequivocal language — Service not deemed to have voluntarily waived solicitor-client privilege merely by relying upon illegally gathered evidence in support of its warrant application — Damage to rule of law worse if Service routinely required to disclose its legal advice rather than being allowed to rely on privilege — Service must be able to seek frank legal advice — Courts should not peek behind veil of solicitor-client privilege to assess Service's state of mind — Appeal allowed.

Barristers and Solicitors — Solicitor-client privilege — Federal Court concluding that Canadian Security Intelligence Service (Service) breached duty of candour owed to Court in context of ex parte warrant application by failing to seek waiver of solicitor-client privilege that attached to legal advice with respect to legality of collection methods — Federal Court wrong to infer that duty of candour requiring counsel to appear on behalf of Service to seek waiver of solicitor-client privilege prior to appearing before Court — Waiving solicitor-privilege as quid pro quo for asking Court to make exceptional ruling,

une erreur lorsqu'elle a conclu que l'avocat du Service était tenu de demander de façon proactive une renonciation au secret professionnel de l'avocat — Il s'agissait de savoir si la Cour fédérale a conclu à tort que le Service avait manqué à son obligation de franchise envers la Cour — Le Service n'a pas manqué à son obligation de franchise envers la Cour — La preuve n'abondait pas dans le sens de la conclusion de la Cour fédérale — Les faits importants ont tous été communiqués — Les questions juridiques préoccupantes ont aussi été dûment signalées — L'omission, par le Service, de reconnaître le problème d'illégalité et de le signaler à la Cour fédérale a mené cette dernière à conclure que le Service avait manqué à son obligation de franchise — La Cour fédérale pouvait en arriver à cette conclusion relativement à une demande antérieure, mais appliquer la même conclusion à la demande dans la présente affaire était une erreur — La Cour fédérale a conclu à tort que l'obligation de franchise exigeait de l'avocat représentant le Service qu'il demande une renonciation au secret professionnel de l'avocat avant de se présenter devant la Cour — La renonciation au secret professionnel de l'avocat comme contrepartie au fait de demander à la Cour de rendre une décision ayant un caractère exceptionnel et d'admettre des éléments de preuve recueillis illégalement en appui à une demande de mandats entraînerait une atteinte injustifiable et dangereuse au secret professionnel de l'avocat — Exiger d'un avocat qu'il demande une renonciation risque de dissuader le Service de demander des avis juridiques francs — Une telle exigence va à l'encontre du maintien de la primauté du droit dans le contexte des activités de renseignement — Le secret professionnel de l'avocat souffre très peu d'exceptions — S'il souhaite supprimer ce privilège ou en atténuer la portée, le législateur doit en exprimer l'intention clairement, précisément et sans équivoque — Le Service n'est pas réputé avoir renoncé volontairement au secret professionnel de l'avocat en raison du simple fait d'avoir utilisé des éléments de preuve recueillis illégalement en appui à sa demande de mandats — Il est plus dommageable, pour la primauté du droit, que le Service soit régulièrement tenu de communiquer les avis juridiques qu'il reçoit plutôt que de pouvoir se prévaloir du secret professionnel de l'avocat — Le Service doit être en mesure de demander un avis juridique franc — Un tribunal ne devrait pas soulever le voile du secret professionnel de l'avocat pour évaluer l'état d'esprit du Service — Appel accueilli.

Avocats — Secret professionnel de l'avocat — La Cour fédérale a statué que le Service canadien du renseignement de sécurité (Service) avait manqué à son obligation de franchise envers la Cour dans le contexte d'une demande de mandats entendue ex parte en omettant de demander une renonciation au secret professionnel de l'avocat relativement aux avis juridiques obtenus quant à la légalité des méthodes de collecte — La Cour fédérale a conclu à tort que l'obligation de franchise exigeait de l'avocat représentant le Service qu'il demande une renonciation au secret professionnel de l'avocat

admit illegally-gathered evidence in support of warrant request unjustifiable, dangerous incursion into solicitor-client privilege — Requiring counsel to seek waiver risking disincentive for Service to seek candid legal advice — This antithetical to preservation of rule of law in context of intelligence activities — Solicitor-client privilege subject to few exceptions — Parliament having to abrogate or curtail privilege in clear, precise, unequivocal language — Service not deemed to have voluntarily waived solicitor-client privilege merely by relying upon illegally gathered evidence in support of its warrant application — Damage to rule of law worse if Service routinely required to disclose its legal advice rather than being allowed to rely on privilege — Service must be able to seek frank legal advice — Courts should not peek behind veil of solicitor-client privilege to assess Service’s state of mind.

This was an appeal from a Federal Court decision concluding that the Canadian Security Intelligence Service (the Service) had breached the duty of candour owed to the Court in the context of an *ex parte* warrant application.

The Service has for a number of years sought to obtain information with respect to the threat to the security of Canada posed by Canadians who have travelled to fight for Islamist groups. As part of its continuing efforts to obtain such information, the Service conducted an investigation during which it paid an individual known to be facilitating or carrying out terrorism. In 2018, the Service brought a warrant application before the Federal Court under sections 12 and 21 of the *Canadian Security Intelligence Service Act* (Act). The question of the legality of these payments was raised at the hearing of that application. The Federal Court, however, issued the warrants as requested. The Service later brought a fresh warrant application before the Federal Court to address errors and omissions in the record. The Service testified that it was aware that paying money to an individual who was engaged in terrorist activity “could be viewed” as being illegal, and that it had “very serious implications”. The Federal Court worked with the parties to define the legal issues raised by the warrant application, including whether the Service had a duty to disclose a possible contravention of the law to the Federal Court, including a potential breach of the *Criminal Code*, in the context of warrant applications, and the source of that duty. During an

avant de se présenter devant la Cour — La renonciation au secret professionnel de l’avocat comme contrepartie au fait de demander à la Cour de rendre une décision ayant un caractère exceptionnel et d’admettre des éléments de preuve recueillis illégalement en appui à une demande de mandats entraînerait une atteinte injustifiable et dangereuse au secret professionnel de l’avocat — Exiger d’un avocat qu’il demande une renonciation risque de dissuader le Service de demander des avis juridiques francs — Une telle exigence va à l’encontre du maintien de la primauté du droit dans le contexte des activités de renseignement — Le secret professionnel de l’avocat souffre très peu d’exceptions — S’il souhaite supprimer ce privilège ou en atténuer la portée, le législateur doit en exprimer l’intention clairement, précisément et sans équivoque — Le Service n’est pas réputé avoir renoncé volontairement au secret professionnel de l’avocat en raison du simple fait d’avoir utilisé des éléments de preuve recueillis illégalement en appui à sa demande de mandats — Il est plus dommageable, pour la primauté du droit, que le Service soit régulièrement tenu de communiquer les avis juridiques qu’il reçoit plutôt que de pouvoir se prévaloir du secret professionnel de l’avocat — Le Service doit être en mesure de demander un avis juridique franc — Un tribunal ne devrait pas soulever le voile du secret professionnel de l’avocat pour évaluer l’état d’esprit du Service.

Il s’agissait d’un appel interjeté d’une décision dans laquelle la Cour fédérale a statué que le Service canadien du renseignement de sécurité (Service) avait manqué à son obligation de franchise envers la Cour dans le contexte d’une demande de mandats entendue *ex parte*.

Depuis quelques années, le Service cherche à obtenir des informations sur la menace que représentent, pour la sécurité du Canada, des Canadiens qui se sont déplacés pour combattre dans les rangs de groupes islamistes. Dans le cadre des efforts qu’il déploie sans cesse pour obtenir de telles informations, le Service a mené une enquête au cours de laquelle il a versé des paiements à un individu connu pour faciliter ou effectuer des actes de terrorisme. En 2018, le Service a présenté à la Cour fédérale une demande de mandats en vertu des articles 12 et 21 de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité* (Loi). La question de la légalité de ces paiements a été soulevée dans le cadre de l’audition de cette demande. Toutefois, la Cour fédérale a décerné les mandats demandés. Le Service a par la suite présenté une nouvelle demande de mandats à la Cour fédérale afin de régler les erreurs et les omissions dans le dossier. Il a témoigné qu’il savait que remettre de l’argent à une personne qui menait des activités terroristes « pouvait être perçu » comme un acte illégal, et que cela avait « des conséquences très graves ». La Cour fédérale et les parties ont travaillé de concert pour définir les questions juridiques découlant de la demande de mandats, notamment la question de savoir si le Service avait l’obligation, dans le contexte d’une

banc hearing of the designated judges of the Federal Court in February 2019, counsel for the Attorney General conceded that there had been a breach of the duty of candour in three files. The Federal Court concluded that the Service had breached the duty of candour that it owed to the Court based on its finding that the Service had failed to disclose that some of the information on which it relied in support of its warrant application had been obtained using methods that the Service knew likely violated the terrorist financing provisions of the *Criminal Code*, in particular section 83.03 of the *Criminal Code*. The Federal Court observed that such “institutional failures” suggested that it could not rely on the Service representatives appearing before it to be candid. The Federal Court found that whether the Service had illegally collected information that was being relied on to support a warrant application was highly relevant to the Court’s assessment of that information, and to the ultimate exercise of the Court’s discretion to grant or refuse the warrants. It also found, *inter alia*, that the Service counsel breached the duty of candour owed to the Court by failing to seek a waiver of the solicitor-client privilege that attached to the legal advice that had been obtained by the Service with respect to the legality of certain collection methods and the unavailability of the Crown immunity defence. As to the causes of the breach of the duty of candour, the Federal Court found that the breach was “symptomatic of broader, ongoing issues relating to the Service’s organizational and governance structure and perhaps institutional culture.” The Federal Court concluded by addressing the factors that it should consider in determining whether information connected to illegal activity should be admitted in support of a warrant application: the seriousness of the illegal activity; fairness; and the societal interest.

The Attorney General challenged the Federal Court’s finding that the Service had breached its duty of candour in failing to identify and disclose that information that was being relied upon had likely been derived from illegal activities. The Attorney General further contended that the Federal Court erred in finding that in the “unique circumstances” of this case, counsel for the Service had a duty to proactively seek a waiver of the solicitor-client privilege.

The overarching issue was whether the Federal Court erred in finding that the Service had breached the duty of candour that it owed to the Court.

demande de mandats, de signaler à la Cour fédérale un possible acte illégal, notamment une possible infraction au *Code criminel*, et de préciser la source d’une telle obligation. Au cours d’une audience en formation plénière tenue par les juges désignés de la Cour fédérale en février 2019, l’avocat du procureur général a reconnu qu’il y avait eu manquement à l’obligation de franchise dans trois dossiers. La Cour fédérale a conclu que le Service avait manqué à son obligation de franchise envers la Cour après avoir constaté que le Service avait omis de lui communiquer que certaines des informations sur lesquelles il avait fondé sa demande de mandats avaient été obtenues par des méthodes qui, il en était conscient, enfreignaient vraisemblablement les dispositions du *Code criminel* sur le financement d’activités terroristes, plus particulièrement l’article 83.03 du *Code criminel*. La Cour fédérale a souligné que de telles « défaillances organisationnelles » donnaient à penser qu’elle ne pouvait pas tenir pour acquis que les représentants du Service qui se présentaient devant elle faisaient preuve de franchise. La Cour fédérale a conclu que la possibilité que le Service ait illégalement recueilli des informations utilisées en appui à une demande de mandats était un élément très pertinent, tant pour l’évaluation que faisait la Cour de ces informations que pour l’exercice de son pouvoir discrétionnaire quant à la délivrance des mandats. Elle a aussi conclu notamment que l’avocat du Service avait manqué à son obligation de franchise envers la Cour en omettant de demander une renonciation au secret professionnel de l’avocat relativement aux avis juridiques obtenus par le Service quant à la légalité de certaines méthodes de collecte et à l’impossibilité d’invoquer l’immunité de l’État comme moyen de défense. En ce qui concerne les causes du manquement à l’obligation de franchise, la Cour fédérale a conclu que le manquement était « un symptôme de problèmes plus profonds et récurrents qui [avaient] trait à la structure du Service, à sa gouvernance et, peut-être à sa culture organisationnelle ». La Cour fédérale a ensuite abordé les facteurs dont elle devrait tenir compte pour déterminer si des informations découlant d’activités illégales pouvaient être utilisées en appui à une demande de mandats : la gravité de l’acte illégal; l’équité; et l’intérêt de la collectivité.

Le procureur général a contesté la conclusion de la Cour fédérale selon laquelle le Service a manqué à son obligation de franchise en négligeant de reconnaître et de communiquer qu’il avait utilisé des informations découlant probablement d’activités illégales. Le procureur général a soutenu également que la Cour fédérale a commis une erreur lorsqu’elle a conclu que, dans les « circonstances uniques » de l’affaire, l’avocat du Service était tenu de demander de façon proactive une renonciation au secret professionnel de l’avocat.

La question principale était de savoir si la Cour fédérale a conclu à tort que le Service avait manqué à son obligation de franchise envers la Cour.

Held, the appeal should be allowed.

The Service did not breach the duty of candour it owed to the Court. When the Service seeks a warrant pursuant to section 21 of the Act, all material information should be disclosed. As a matter of law, information is material if it is relevant to the determination a judge must make in deciding whether to issue a warrant, and if so, on what terms. Material facts will be those that may be relevant to a designated judge in determining whether the criteria set forth in paragraphs 21(2)(a) and (b) have been met. It is therefore incumbent upon counsel and affiants appearing on behalf of the Service to provide every piece of information in their possession that could inform the judge's determinations with respect to both types of findings. The Federal Court's finding that the duty of candour was breached by the Service in this particular application was not supported by the evidence. Not only were all the material facts disclosed, but the legal issues that could be of concern to the Court were also appropriately flagged. In light of all the evidence and of the fact that the required affiants appeared voluntarily before the Court without any subpoenas being issued, it was difficult to say that the Service was not forthcoming or that it did not disclose all the material facts regarding the potentially unlawful activities from which the information supporting the application originated. It appears that what prompted the Federal Court to conclude that the Service breached its duty of candour was its failure to recognize the issue of illegality and to raise it with the Court. It was difficult to conceive how it could be said that the Service breached its duty of candour in failing to proactively identify and disclose its use of information likely derived from illegal activities in support of its application in different files. The Federal Court was obviously entitled to come to that conclusion with respect to an earlier application, but it was a palpable and overriding error in effect to amalgamate the two applications and to apply the same conclusion to the application herein.

It is uncontroversial that the rule of law must be observed in all security operations. What was novel, however, was the inference drawn by the Federal Court that the duty of candour, as a corollary to the respect for the rule of law, necessarily required counsel appearing on behalf of the Service to seek a waiver of solicitor-client privilege prior to appearing before the Court. This would permit counsel to inform the Court that the Service was aware of the illegal character of its collection activities based on the legal advice it had received. Waiving solicitor-privilege as the *quid pro quo* for asking the Court to make an exceptional ruling and to admit illegally-gathered evidence in support of a warrant request would result in an unjustifiable and dangerous incursion into the solicitor-client

Arrêt : l'appel doit être accueilli.

Le Service n'a pas manqué à son obligation de franchise envers la Cour. Lorsqu'il demande un mandat en vertu de l'article 21 de la Loi, le Service doit communiquer toutes les informations importantes. En droit, est considérée comme « importante » toute information qui présente un intérêt pour le juge appelé à décerner les mandats, qu'elle ait trait à la décision elle-même ou aux conditions connexes, s'il y a lieu. Sont importants les faits qui pourraient permettre au juge désigné de déterminer si les critères établis aux alinéas 21(2)a) et b) ont été respectés. Partant, il incombe aux avocats et aux déposants qui représentent le Service de fournir au juge toute information qu'ils possèdent et qui peut l'aider à en arriver aux deux types de conclusions. La preuve n'abondait pas dans le sens de la conclusion de la Cour fédérale, qui a statué que le Service avait manqué à son obligation de franchise dans cette demande en particulier. Non seulement les faits importants ont-ils tous été communiqués, mais les questions juridiques susceptibles de préoccuper la Cour fédérale ont aussi été dûment signalées. Compte tenu de toute cette preuve et du fait que chacun des déposants s'est présenté devant la Cour de sa propre initiative, sans citation à comparaître, il était difficile d'affirmer que le Service n'était pas disposé à collaborer ou qu'il n'a pas communiqué l'ensemble des faits importants ayant trait aux activités peut-être illégales ayant donné lieu aux informations utilisées en appui à la demande. Il semble que l'omission, par le Service, de reconnaître le problème d'illégalité et de le signaler à la Cour fédérale ait été l'élément qui a mené cette dernière à conclure que le Service avait manqué à son obligation de franchise. Il était difficile d'imaginer comment il était possible d'affirmer que le Service avait manqué à son obligation de franchise en omettant de reconnaître et de communiquer, de façon proactive, qu'il avait utilisé des informations découlant probablement d'activités illégales en appui à la demande dans divers dossiers. De toute évidence, la Cour fédérale pouvait en arriver à cette conclusion relativement à une demande antérieure; toutefois, amalgamer les deux demandes et appliquer la même conclusion à la demande dans la présente affaire était, de fait, une erreur manifeste et dominante.

Il est nécessaire de respecter la primauté du droit dans toutes les opérations de sécurité. Cela ne soulève aucune controverse. Ce qui était nouveau, toutefois, c'était que la Cour fédérale a conclu que l'obligation de franchise, un corollaire du respect de la primauté du droit, exigeait de l'avocat représentant le Service qu'il demande une renonciation au secret professionnel avant de se présenter devant la Cour. Il serait ainsi en mesure d'aviser cette dernière que le Service avait connaissance du caractère illégal de ses activités de collecte sur le fondement des avis juridiques qu'il avait reçus. La renonciation au secret professionnel de l'avocat comme contrepartie au fait de demander à la Cour de rendre une décision ayant un caractère exceptionnel et d'admettre des éléments de preuve recueillis illégalement

privilege. Requiring counsel to seek a waiver from the Service relating to the legal advice it received concerning the potential illegality of its collection activities, even in what the Federal Court presented as “unique circumstances”, risks creating a disincentive for the Service to seek candid legal advice. This is antithetical to the preservation of the rule of law in the context of intelligence activities. Absent a valid waiver, the solicitor-client privilege is subject to very few exceptions. If Parliament seeks to abrogate or curtail the privilege, it must do so in clear, precise and unequivocal language. The Service should not be deemed to have voluntarily waived the solicitor-client privilege merely by relying upon illegally gathered evidence in support of its warrant application. It could not be said that the decision below did not involve an abrogation of the solicitor-client privilege because the Service always has a choice either not to use the illegally obtained evidence or to disclose the legal advice should it wish to use it. Such a proposition would bring to naught the privilege and deprive the Service of the protection of its solicitor-client communications. The damage to the rule of law could be much worse if the Service was routinely required to disclose its legal advice rather than being allowed to rely on the privilege and to resist any attempt to access that advice. The Service must be able to seek frank legal advice before embarking on any investigative operation that is often of the most sensitive nature. In the absence of exceptional circumstances, courts should not be able to peek behind the veil of solicitor-client privilege to assess the Service’s state of mind in conducting its operations, even if it would be relevant to the determination to be made. This is not to say that the Service’s state of mind is to be left out of the equation and should not be considered in assessing the seriousness of the illegality; only that it should be evaluated without relying on legal advice, admittedly on the basis of other, more indirect evidence. The Service’s decision to waive privilege in this particular file was not meant to be a statement of principle for the future. The Federal Court’s judgment that the Service breached the duty of candour was set aside.

en appui à une demande de mandats entraînerait une atteinte injustifiable et dangereuse au secret professionnel de l’avocat. Exiger d’un avocat qu’il demande au Service une renonciation au secret professionnel pour les avis juridiques obtenus sur la possible illégalité de ses activités de collecte, même dans ce que la Cour fédérale a présenté comme des « circonstances uniques », risque de dissuader le Service de demander des avis juridiques francs. Partant, une telle exigence va à l’encontre du maintien de la primauté du droit dans le contexte des activités de renseignement. En l’absence d’une renonciation valide, le secret professionnel de l’avocat souffre très peu d’exceptions. S’il souhaite supprimer ce privilège ou en atténuer la portée, le législateur doit en exprimer l’intention clairement, précisément et sans équivoque. Le Service ne devrait pas être réputé avoir renoncé volontairement au secret professionnel de l’avocat en raison du simple fait d’avoir utilisé des éléments de preuve recueillis illégalement en appui à sa demande de mandats. L’on ne pourrait dire que la décision ci-dessous n’a pas impliqué la levée du secret professionnel de l’avocat parce que le Service a toujours le choix de ne pas utiliser les éléments de preuve obtenus illégalement ou, s’il décide de le faire, de communiquer l’avis juridique. Une telle proposition réduirait à néant le secret professionnel de l’avocat et priverait de protection les communications du Service avec ses avocats. Il pourrait être bien plus dommageable, pour la primauté du droit, que le Service soit régulièrement tenu de communiquer les avis juridiques qu’il reçoit plutôt que de pouvoir se prévaloir du secret professionnel de l’avocat et s’opposer à toute tentative de consulter ces avis. Le Service doit être en mesure de demander un avis juridique franc avant de se lancer dans une opération d’enquête qui, souvent, est de nature très sensible. En l’absence de circonstances exceptionnelles, un tribunal ne devrait pas pouvoir soulever le voile du secret professionnel de l’avocat pour évaluer dans quel état d’esprit le Service mène ses opérations, même si cela lui serait utile pour se prononcer. Cela ne signifie pas qu’il y a lieu d’ignorer l’état d’esprit du Service pour ce qui est de déterminer la gravité de l’acte illégal, mais seulement qu’il est nécessaire de l’évaluer sans se fonder sur des avis juridiques, mais, il est vrai, en fonction d’autres éléments de preuve plus indirects. La décision du Service de renoncer au secret professionnel de l’avocat dans ce dossier ne se voulait pas une déclaration de principe pour l’avenir. La décision de la Cour fédérale selon laquelle le Service a manqué à son obligation de franchise a été annulée.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Bankruptcy and Insolvency Act, R.S.C., 1985, c. B-3.
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], ss. 7, 8, 24(2).

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 7, 8, 24(2).
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 83.03, 185, 196, 490.

Canadian Security Intelligence Service Act, R.S.C., 1985, c. C-23, ss. 12, 16, 21.
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 83.03, 185, 196, 490.

CASES CITED

APPLIED:

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

CONSIDERED:

X (Re), 2016 FC 1105, [2017] 2 F.C.R. 396; *R. v. Campbell*, [1999] 1 S.C.R. 565, (1999), 171 D.L.R. (4th) 193; *Ruby v. Canada (Solicitor General)*, 2002 SCC 75, [2002] 4 S.C.R. 3; *X (Re)*, 2013 FC 1275, [2015] 1 F.C.R. 635, affd 2014 FCA 249, [2015] 1 F.C.R. 684; *R. v. Araujo*, 2000 SCC 65, [2000] 2 S.C.R. 992; *R. v. Grant*, [1993] 3 S.C.R. 223, [1993] 8 W.W.R. 257; *R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353; *Smith v. Jones*, [1999] 1 S.C.R. 455, (1999), 169 D.L.R. (4th) 385; *Lavallee, Rackel & Heintz v. Canada (Attorney General)*, 2002 SCC 61, [2002] 3 S.C.R. 209; *R. v. National Post*, 2010 SCC 16, [2010] 1 S.C.R. 477; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. University of Calgary*, 2016 SCC 53, [2016] 2 S.C.R. 555; *R. v. McClure*, 2001 SCC 14, [2001] 1 S.C.R. 445; *Three Rivers District Council & Ors v. Bank of England*, [2004] UKHL 48; *Stevens v. Canada (Prime Minister)*, [1998] 4 F.C. 89, (1998), 161 D.L.R. (4th) 85 (C.A.); *Waterford v. Australia* (1987), 163 C.L.R. 54 (H.C.); *R. v. Ahmad* (2008), 59 C.R. (6th) 308, 77 W.C.B. (2d) 804 (Ont. Sup. C.).

REFERRED TO:

Mahjoub v. Canada (Citizenship and Immigration), 2017 FCA 157, [2018] 2 F.C.R. 344; *R. v. Morelli*, 2010 SCC 8, [2010] 1 S.C.R. 253; *R. v. Land* (1990), 55 C.C.C. (3d) 382 (Ont. H.C.J.); *R. v. Lee*, 2007 ABQB 767, [2008] 8 W.W.R. 317; *R. v. Ebanks*, [2007] O.J. No. 2412 (QL) (S.C.J.); *Roofmart Ontario Inc. v. Canada (National Revenue)*, 2020 FCA 85, 448 D.L.R. (4th) 437; *Secure 2013 Group Inc. v. Tiger Calcium Services Inc.*, 2017 ABCA 316, 58 Alta. L.R. (6th) 209; *United States of America v. Friedland* (1996), 30 O.R. (3d) 568, [1996] O.J. No. 3375 (QL) (Gen. Div.); *Green v. Jernigan*, 2003 BCSC 1097, 18 B.C.L.R. (4th) 366; *Nafie v. Badawy*, 2015 ABCA 36, 381 D.L.R. (4th) 208; *Nexen Energy ULC v. ITP SA*, 2020 ABQB 83, [2020] A.J. No. 166 (QL); *British Columbia (Director of Civil Forfeiture) v. Angel Acres Recreation and Festival Property Ltd.*, 2010 BCCA 539, 12 B.C.A.C. 230; *TMR Energy Ltd. v. State Property Fund of Ukraine*, 2005 FCA 28, [2005] 3 F.C.R. 111; *Environmental Packaging Technologies, Ltd. v. Rudjuk*, 2012 BCCA 342, 326

Loi sur la faillite et l'insolvabilité, L.R.C. (1985), ch. B-3.
Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité, L.R.C. (1985), ch. C-23, art. 12, 16, 21.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISION APPLIQUÉE :

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

DÉCISIONS EXAMINÉES :

X (Re), 2016 CF 1105, [2017] 2 R.C.F. 396; *R. c. Campbell*, [1999] 1 R.C.S. 565; *Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, 2002 CSC 75, [2002] 4 R.C.S. 3; *X (Re)*, 2013 CF 1275, [2015] 1 R.C.F. 635, conf. par 2014 CAF 249, [2015] 1 R.C.F. 684; *R. v. Araujo*, 2000 CSC 65, [2000] 2 R.C.S. 992; *R. c. Grant*, [1993] 3 R.C.S. 223; *R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353; *Smith c. Jones*, [1999] 1 R.C.S. 455; *Lavallee, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 61, [2002] 3 R.C.S. 209; *R. c. National Post*, 2010 CSC 16, [2010] 1 R.C.S. 477; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. University of Calgary*, 2016 CSC 53, [2016] 2 R.C.S. 555; *R. c. McClure*, 2001 CSC 14, [2001] 1 R.C.S. 445; *Three Rivers District Council & Ors v. Bank of England*, [2004] UKHL 48; *Stevens c. Canada (Premier ministre)*, [1998] 4 C.F. 89 (C.A.); *Waterford v. Australia* (1987), 163 C.L.R. 54 (H.C.); *R. v. Ahmad* (2008), 59 C.R. (6th) 308, 77 W.C.B. (2d) 804. (C. sup. Ont.)

DÉCISIONS CITÉES :

Mahjoub c. Canada (Citoyenneté et Immigration), 2017 CAF 157, [2018] 2 R.C.F. 344; *R. c. Morelli*, 2010 CSC 8, [2010] 1 R.C.S. 253; *R. v. Land* (1990), 55 C.C.C. (3d) 382 (H.C.J. de l'Ont.); *R. v. Lee*, 2007 ABQB 767, [2008] 8 W.W.R. 317; *R. v. Ebanks*, [2007] O.J. n° 2412 (QL) (C.S.J.); *Roofmart Ontario Inc. c. Canada (Revenu national)*, 2020 CAF 85; *Secure 2013 Group Inc. v. Tiger Calcium Services Inc.*, 2017 ABCA 316, 58 Alta. L.R. (6th) 209; *United States of America v. Friedland* (1996), 30 O.R. (3d) 568, [1996] O.J. n° 3375 (QL) (Div. gén.); *Green v. Jernigan*, 2003 BCSC 1097, 18 B.C.L.R. (4th) 366; *Nafie v. Badawy*, 2015 ABCA 36, 381 D.L.R. (4th) 208; *Nexen Energy ULC v. ITP SA*, 2020 ABQB 83, [2020] A.J. n° 166 (QL); *British Columbia (Director of Civil Forfeiture) v. Angel Acres Recreation and Festival Property Ltd.*, 2010 BCCA 53, 12 B.C.A.C. 230; *TMR Energy Ltd. c. State Property Fund of Ukraine*, 2005 CAF 28, [2005] 3 R.C.F. 111; *Environmental Packaging Technologies, Ltd. v. Rudjuk*, 2012 BCCA 342, 326 B.C.A.C. 213; *Marciano*

B.C.A.C. 213; *Marciano (Séquestre de)*, 2012 QCCA 1881, [2012] R.J.Q. 2001; *R. v. Garofoli*, [1990] 2 S.C.R. 1421, (1990), 60 C.C.C. (3d) 161; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Harkat*, 2014 SCC 37, [2014] 2 S.C.R. 33; *Almrei (Re)*, 2009 FC 1263, [2011] 1 F.C.R. 163; *Charkaoui (Re)*, 2004 FCA 421, [2005] 2 F.C.R. 299; *R. v. G.B. (application by Bogiatzis, Christodoulou, Cusato and Churchill)* (2003), 108 C.R.R. (2d) 294, [2003] O.J. No. 3335 (QL) (S.C.J.); *R. v. Luciano*, 2011 ONCA 89, 267 C.C.C. (3d) 16; *R. v. Spackman* (2008), 173 C.R.R. (2d) 333, [2008] O.J. No. 2722 (QL) (S.C.J.); *X (Re)*, 2018 FC 738, [2019] 1 F.C.R. 567; *R. v. Spencer*, 2014 SCC 43, [2014] 2 S.C.R. 212; *R. v. Mahmood*, 2011 ONCA 693, 107 O.R. (3d) 641; *R. v. Wiley*, [1993] 3 S.C.R. 263, (1993), 84 C.C.C. (3d) 161; *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821, (1979), 105 D.L.R. (3d) 745; *Descôteaux et al. v. Mierzwinski*, [1982] 1 S.C.R. 860, (1982), 141 D.L.R. (3d) 590; *Canada (Privacy Commissioner) v. Blood Tribe Department of Health*, 2008 SCC 44, [2008] 2 S.C.R. 574; *Greenough v. Gaskell* (1833), 39 E.R. 618, 1 My. & K. 98 (Ch. Div.); *Anderson v. Bank of British Columbia* (1876), 2 Ch. D. 644.

AUTHORS CITED

Commission of Inquiry Concerning Certain Activities of the Royal Canadian Mounted Police. *Second Report: Freedom and Security under the Law*, Ottawa: Privy Council Office, 1981 (Chair: D. C. McDonald).

Department of Justice. Report of Murray D. Segal, *Review of CSIS Warrant Practice*, December 2016.

Dodek, Adam M. *Solicitor-Client Privilege*. Toronto: LexisNexis, 2014.

Federation of Law Societies of Canada. *Model Code of Professional Conduct*, as amended October 19, 2019.

Lederman, Sidney N., Alan W. Bryant and Michelle K. Fuerst. *The Law of Evidence in Canada*, 5th ed. Toronto: Lexis Nexis, 2018.

Monahan, Patrick J. “‘In the Public Interest’: Understanding the Special Role of the Government Lawyer” (2013), 63 *S.C.L.R.* (2d) 43.

Zuckerman, Adrian. *Civil Procedure: Principles of Practice*, London: Thompson/Sweet & Maxwell, 2006.

APPEAL from a decision of the Federal Court (2020 FC 616, [2021] 1 F.C.R. 417) concluding that the Canadian Security Intelligence Service had breached the duty of candour it owed to the Court in the context of an *ex parte* warrant application. Appeal allowed.

(*Séquestre de*), 2012 QCCA 1881, [2012] R.J.Q. 2001; *R. c. Garofoli*, [1990] 2 R.C.S. 1421; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Harkat*, 2014 CSC 37, [2014] 2 R.C.S. 33; *Almrei (Re)*, 2009 CF 1263, [2011] 1 R.C.F. 163; *Charkaoui (Re)*, 2004 CAF 421, [2005] 2 R.C.F. 299; *R. v. G.B. (application by Bogiatzis, Christodoulou, Cusato and Churchill)* (2003), 108 C.R.R. (2d) 294, [2003] O.J. n° 3335 (QL) (C.S.J.); *R. v. Luciano*, 2011 ONCA 89, 267 C.C.C. (3d) 16; *R. v. Spackman* (2008), 173 C.R.R. (2d) 233, [2008] O.J. n° 2722 (QL) (C.S.J.); *X (Re)*, 2018 CF 738, [2019] 1 R.C.F. 567; *R. c. Spencer*, 2014 CSC 43, [2014] 2 R.C.S. 212; *R. v. Mahmood*, 2011 ONCA 693, 107 O.R. (3d) 641; *R. c. Wiley*, [1993] 3 R.C.S. 263; *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821; *Descôteaux et autre c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860; *Canada (Commissaire à la protection de la vie privée) c. Blood Tribe Department of Health*, 2008 CSC 44, [2008] 2 R.C.S. 574; *Greenough v. Gaskell* (1833), 39 E.R. 618, 1 My. & K. 98 (Ch. Div.); *Anderson v. Bank of British Columbia* (1876), 2 Ch. D. 644.

DOCTRINE CITÉE

Commission d’enquête sur certaines activités de la Gendarmerie royale du Canada. *Deuxième rapport : La liberté et la sécurité devant la loi*, Ottawa : Bureau du Conseil privé, 1981 (Président : D. C. McDonald).

Dodek, Adam M. *Solicitor-Client Privilege*. Toronto : LexisNexis, 2014.

Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada. *Code type de déontologie professionnelle* (tel que modifié le 19 octobre 2019).

Lederman, Sidney N., Alan W. Bryant et Michelle K. Fuerst. *The Law of Evidence in Canada*, 5^e éd. Toronto : Lexis Nexis, 2018.

Ministère de la Justice. Rapport de Murray D. Segal, *Examen du processus de demande de mandats au SCRS*, décembre 2016.

Monahan, Patrick J. « “In the Public Interest” : Understanding the Special Role of the Government Lawyer » (2013), 63 *S.C.L.R.* (2d) 43.

Zuckerman, Adrian. *Civil Procedure : Principles of Practice*, London : Thompson/Sweet & Maxwell, 2006.

APPEL interjeté d’une décision dans laquelle la Cour fédérale (2020 CF 616, [2021] 1 R.C.F. 417) a statué que le Service canadien du renseignement de sécurité avait manqué à son obligation de franchise envers la Cour dans le contexte d’une demande de mandats entendue *ex parte*. Appel accueilli.

APPEARANCES

Robert Frater, Owen Rees and Jennifer Poirier for appellant.
Gordon Cameron and Matthew Gourlay as amici curiae.

SOLICITORS OF RECORD

Deputy Attorney General of Canada for appellant.
Gordon Cameron and Matthew Gourlay as amici curiae.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

DE MONTIGNY AND MACTAVISH J.J.A.:

Table of Contents

	Paragraph
I. Background.....	4
A. The Terrorist Financing Provisions of the <i>Criminal Code</i>	5
B. The Investigation	7
C. The Warrant Application in [***Case A***]	12
D. The Warrant Application in [***Case B***]	20
E. The Appointment of the <i>Amici</i>	28
F. The October 2018 Hearings before Justice Gleeson.....	29
G. The Formulation of the Legal Issues.....	38
H. Possible Illegalities Disclosed in Relation to Other Warrant Applications	43
I. The Filing of Additional Evidence in [***Case B***] and the Disclosure of Legal Opinions.....	52
J. The February 21, 2019 <i>En Banc</i> Hearing.....	66

ONT COMPARU :

Robert Frater, Owen Rees et Jennifer Poirier pour l'appelant.
Gordon Cameron et Matthew Gourlay à titre d'amici curiae.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

La sous-procureure générale du Canada pour l'appelant.
Gordon Cameron et Matthew Gourlay à titre d'amici curiae.

Ce qui suit est la version française des motifs du jugement rendus par

LES JUGES DE MONTIGNY ET MACTAVISH, J.C.A. :

Table des matières

	Paragraphe
I. Contexte	4
A. Dispositions du <i>Code criminel</i> sur le financement d'activités terroristes.....	5
B. Enquête	7
C. Demande de mandats [***Dossier A***]	12
D. Demande de mandats [***Dossier B***].....	20
E. Nomination des <i>amici curiae</i>	28
F. Audiences d'octobre 2018 devant le juge Gleeson.....	29
G. Formulation des questions juridiques.....	38
H. Cas possibles d'illégalité ayant trait à d'autres demandes de mandats ...	43
I. Présentation de nouveaux éléments de preuve dans le [***Dossier B***] et communication d'avis juridiques.....	52
J. Audience en formation plénière du 21 février 2019	66

<ul style="list-style-type: none"> K. Events Following the <i>En Banc</i> Hearing and the Issuance of the Warrants in [***Case B***] 75 L. The “Common Issues Hearings”... 80 II. Justice Gleeson’s Decision..... 88 <ul style="list-style-type: none"> A. The Duty of Candour and the Illegality Issue..... 90 B. Whether Duty of Candour Required that the Service Proactively Disclose Legal Advice to the Court 96 C. The Causes of the Breach of the Duty of Candour 103 D. The Factors to be Considered in Assessing whether Information Connected to Illegal Conduct Should be Admitted in Support of a Warrant Application 112 III. Issues..... 116 <ul style="list-style-type: none"> A. The Duty of Candour 120 B. Solicitor-Client Privilege 156 IV. Conclusion 192 	<ul style="list-style-type: none"> K. Événements consécutifs à l’audience de février 2019 et à la délivrance des mandats [***Dossier B***]..... 75 L. Audiences sur les questions d’intérêt commun 80 II. Décision du juge Gleeson 88 <ul style="list-style-type: none"> A. Obligation de franchise et problème d’illégalité..... 90 B. Possibilité qu’en raison de l’obligation de franchise, le Service ait été tenu de communiquer des avis juridiques à la Cour fédérale de façon proactive 96 C. Causes du manquement à l’obligation de franchise 103 D. Facteur à prendre en considération pour déterminer s’il y a lieu d’utiliser des informations découlant d’actes illégaux en appui à une demande de mandats 112 III. Questions..... 116 <ul style="list-style-type: none"> A. Obligation de franchise 120 B. Secret professionnel de l’avocat ... 156 IV. Conclusion 192
---	---

[1] Before the Court is an appeal from a decision of Justice Gleeson, sitting as a designated judge of the Federal Court (reported as *Canadian Security Intelligence Services Act (Re)*, 2020 FC 616, [2021] 1 F.C.R. 417). Justice Gleeson concluded that the Canadian Security Intelligence Service (the Service) had breached the duty of candour it owed to the Court in the context of an *ex parte* warrant application. The Federal Court came to this conclusion based on its finding that the Service had failed to disclose that some of the information on which it relied in support of its warrant application had been obtained using methods that the Service knew likely violated the terrorist financing provisions of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46 (the *Criminal Code*).

[2] The Attorney General of Canada submits that the Federal Court erred in finding that the Service had breached its duty of candour in relation to this application, and that all of the relevant material facts had been put before the Court in this case. The Court further erred,

[1] La Cour est saisie de l’appel interjeté d’une décision (*Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité (Re)*, 2020 CF 616, [2021] 1 R.C.F. 417) du juge Gleeson, juge désigné de la Cour fédérale, dans laquelle il a statué que le Service canadien du renseignement de sécurité (SCRS ou Service) avait manqué à son obligation de franchise envers la Cour fédérale dans le contexte d’une demande de mandats entendue *ex parte*. La Cour fédérale est arrivée à cette conclusion après avoir constaté que le Service avait omis de lui communiquer que certaines des informations sur lesquelles il avait fondé sa demande de mandats avaient été obtenues par des méthodes qui, il en était conscient, enfreignaient vraisemblablement les dispositions du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46 (*Code criminel*) sur le financement d’activités terroristes.

[2] Le procureur général du Canada (procureur général) soutient que la Cour fédérale a conclu à tort que le Service avait manqué à son obligation de franchise dans le cadre de la demande en question, et que tous les faits importants avaient été portés à son attention. Le

the Attorney General says, in finding that the duty of candour required that the Service proactively waive the solicitor-client privilege that attached to legal opinions provided to the Service with respect to the legality of operations such as the one in issue in this case.

[3] For the reasons that follow, we have concluded that the Federal Court erred in concluding that the Service breached its duty of candour because it did not disclose that some of the information in support of warrant application [***Case B***] was likely derived from illegal activities. We have further found that the Federal Court erred in finding that in “the unique circumstances of this case”, the duty of candour required counsel for the Service to have sought a waiver of solicitor-client privilege prior to appearing before the Court on this warrant application. Consequently, we would grant the appeal.

I. Background

[4] In order to put the issues raised by the Attorney General on this appeal into context, it is necessary to have an understanding of the law governing terrorist financing. It is also necessary to understand precisely how the proceedings before the Federal Court unfolded, what were the issues before the Court in the warrant application that resulted in the decision under appeal [***Case B***] and the history of this and other matters as they relate to the Service’s efforts to obtain warrants against targets of their investigations.

A. *The Terrorist Financing Provisions of the Criminal Code*

[5] In the wake of the terrorist attacks in the United States on September 11, 2001, the *Criminal Code* was amended to expressly prohibit the financing of terrorists and terrorist entities. Of particular concern in this case is section 83.03 of the *Criminal Code*, which makes it an indictable offence to provide financial assistance to individuals knowing that it will be used for the purpose of facilitating or carrying out terrorist activities.

procureur général ajoute que la Cour fédérale a aussi conclu à tort qu’en raison de l’obligation de franchise, le Service était tenu de renoncer de façon proactive au secret professionnel de l’avocat relativement aux avis juridiques qui lui sont donnés quant à la légalité d’opérations comme celle en cause.

[3] Pour les motifs exposés ci-dessous, la Cour conclut que la Cour fédérale a statué à tort que le Service avait manqué à son obligation de franchise en négligeant de lui communiquer que certaines informations utilisées à l’appui de la demande de mandats [***Dossier B***] avaient probablement été obtenues au moyen d’activités illégales. La Cour conclut également que la Cour fédérale a statué à tort qu’en raison de l’obligation de franchise, dans « les circonstances uniques de l’affaire », les avocats du Service étaient tenus de demander une renonciation au secret professionnel avant de se présenter devant la Cour fédérale pour présenter la demande de mandats. Partant, la Cour accueille l’appel.

I. Contexte

[4] Afin de mettre en contexte les questions soulevées en l’espèce par le procureur général, il est nécessaire de comprendre les dispositions législatives qui s’appliquent au financement d’activités terroristes. Il est aussi nécessaire de comprendre avec précision le déroulement de l’instance à la Cour fédérale, les questions soulevées dans le cadre de la demande de mandats qui ont mené à la décision portée en appel [***Dossier B***], ainsi que l’historique de la cause et d’autres affaires relatives aux efforts que déploie le Service pour obtenir des mandats contre les cibles de ses enquêtes.

A. *Dispositions du Code criminel sur le financement d’activités terroristes*

[5] Dans la foulée des attentats terroristes perpétrés le 11 septembre 2001 aux États-Unis, le *Code criminel* a été modifié de manière à interdire expressément le financement d’activités et d’entités terroristes. En l’espèce, l’article 83.03 du *Code criminel* revêt une importance particulière; selon cet article, est coupable d’un acte criminel quiconque offre de l’argent à une personne en sachant qu’elle l’utilisera pour mener une activité terroriste ou pour faciliter une telle activité.

[6] There appears to be no dispute that the [***] targets of the Service’s investigation named in the [***Case B***] application were involved in terrorist activities [***]. What is in issue is the potential illegality of the payments and material support that was provided to [***] by the Service, and the significance that this had for the warrant application.

B. *The Investigation*

[7] The Service has for a number of years sought to obtain information with respect to the threat to the security of Canada posed by Canadians who have travelled [***] to fight for Islamist groups [***] Such individuals are known as “extremist travellers”.

[8] The Service has faced significant challenges in obtaining information with respect to extremist travellers [***]

[9] As part of its continuing effort to obtain information with respect to extremist travellers, [***] the Service decided to [***conduct an investigation, during which it paid an individual known to be facilitating or carrying out terrorism [***]

[10] [***]

[11] [***]

C. *The Warrant Application in [***Case A***]*

[12] In furtherance of its investigation regarding extremist travellers, in March of 2018, the Service brought a warrant application before the Federal Court under sections 12 and 21 of the *Canadian Security Intelligence Service Act*, R.S.C., 1985, c. C-23 (the Act [or the CSIS Act]). The Service was seeking a variety of warrant powers with respect to [***] on the basis that they posed a threat to the security of Canada (file number [***Case A***].

[13] Some of the information being relied on by the Service in support of its warrant application had been obtained as a result of the [***investigation***]. The

[6] Personne ne semble mettre en doute que les [***] cibles de l’enquête du Service mentionnées dans la demande de mandats [***Dossier B***] étaient impliquées dans des activités terroristes [***]. La question porte plutôt sur la possible illégalité des paiements versés et de l’appui matériel fourni par le Service [***] ainsi que sur l’incidence de cette possibilité sur la demande de mandats.

B. *Enquête*

[7] Depuis quelques années, le Service cherche à obtenir des informations sur la menace que représentent, pour la sécurité du Canada, les « voyageurs extrémistes », c’est-à-dire des Canadiens qui se sont rendus [***] pour y combattre dans les rangs de groupes islamistes [***]

[8] Le Service a beaucoup de mal à obtenir des informations sur les voyageurs extrémistes [***]

[9] [***] dans le cadre des efforts qu’il déploie sans cesse pour obtenir des informations sur les voyageurs extrémistes, le Service a décidé [***de mené une enquête. Au cours de cette enquête, le Service a versé des paiements à un individu connu pour faciliter ou effectuer des actes de terrorisme***]

[10] [***]

[11] [***]

C. *Demande de mandats [***Dossier A***]*

[12] En mars 2018, dans le cadre de son enquête sur les voyageurs extrémistes, le Service a présenté à la Cour fédérale une demande 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 (Loi). Le Service demandait divers pouvoirs à exercer contre [***] qui, à son avis, représentaient une menace pour la sécurité du Canada [Dossier A].

[13] Certaines informations sur lesquelles le Service a fondé sa demande de mandats découlaient [***de l’enquête***]. L’affidavit présenté à la Cour fédérale en

affidavit filed with the Federal Court in support of the warrant application described the [***investigation and payments***] There was, however, nothing in the materials filed by the Service in [***Case A***] to suggest that the payments [***] may have been illegal, or that some of the information being relied upon in support of the warrant application may have been illegally obtained.

[14] The [***Case A***] warrant application was heard by Justice Noël on April [***] 2018. In the course of questioning the affiant, Justice Noël asked about the payments made [***] The affiant advised Justice Noël that [***the service had provided payments over a few years to an individual or individuals known to be facilitating or carrying out terrorism.***]

[15] There was nothing in counsel's submissions to Justice Noël, or in the affiant's affidavit or her initial testimony, to suggest that there was anything potentially illegal about the payments that the Service had made [***] Counsel representing the Service at the April [***] 2018 hearing subsequently explained that he had not brought the potential illegality of the payments to the attention of the Court as he was not aware of the terrorist financing provisions of the *Criminal Code* when he prepared the application materials and appeared before the Court in [***Case A***].

[16] It was only towards the end of Justice Noël's questions regarding the payments [***] that the question of the legality of these payments was raised by Justice Noël himself. When the affiant and counsel were unable to provide information to address certain concerns of Justice Noël, undertakings were given to provide further information in this regard. Justice Noël did, however, issue the warrants as requested, based largely on the strength of information obtained from [***] without consideration of the evidence obtained through [***the collection methods he had questioned***].

[17] Following a series of exchanges between counsel and the Court, a case management conference was held by Justice Noël on May 31, 2018, with new counsel now representing the Service. During this conference, counsel

appui à la demande décrivait [***l'enquête et les paiements***] Toutefois, rien dans les documents déposés par le Service dans le [***Dossier A***] ne laissait entendre que les paiements versés pouvaient avoir été illégaux ni que certaines des informations utilisées en appui à la demande de mandats pouvaient avoir été obtenues illégalement.

[14] Le [***] avril 2018, le juge Noël a entendu la demande de mandats [***Dossier A***]. Le juge a interrogé la déposante sur les paiements versés [***]. Selon elle, [***Le Service a versé des paiements pendant quelques années à un individu ou des individus connus pour faciliter ou effectuer des actes de terrorisme.***]

[15] Rien dans les observations présentées par l'avocat au juge Noël, dans l'affidavit de la déposante, ni dans son témoignage initial ne donnait à penser qu'il pouvait y avoir eu quelque chose d'illégal quant aux paiements versés [***] par le Service. Par la suite, l'avocat qui représentait le Service à l'audience du [***] avril 2018 a expliqué qu'il n'avait pas porté à l'attention de la Cour fédérale le possible caractère illégal des paiements, car il ne connaissait pas les dispositions du *Code criminel* sur le financement d'activités terroristes lorsqu'il avait préparé les documents relatifs à la demande et s'était présenté devant la Cour fédérale dans le [*** Dossier A***].

[16] Ce n'est que vers la fin de son interrogatoire sur les paiements versés [***] que le juge Noël a soulevé la question de leur légalité. Des démarches ont été entreprises pour lui donner les informations répondant à certaines de ses préoccupations à cet égard, puisque la déposante et l'avocat n'ont pas été en mesure de le faire séance tenante. Toutefois, le juge Noël a décerné les mandats demandés, en grande partie sur la foi d'informations obtenues de [***] sans tenir compte des éléments de preuve découlant [***des méthodes de collecte qu'il avait remises en question***].

[17] Le 31 mai 2018, par suite d'une série d'échanges entre l'avocat et la Cour fédérale, le juge Noël a tenu une conférence de gestion d'instance à laquelle un nouvel avocat représentait le Service. L'avocat a reconnu la

for the Service acknowledged that the questions that had been raised by Justice Noël during the April [***] 2018 hearing were both valid and important. Counsel suggested, however, that the questions would be better determined on the basis of a more complete record. Consequently, counsel proposed that the Service ‘start from zero’ by bringing a fresh warrant application, supported by an affidavit from a different affiant — one who would provide the evidentiary record necessary to address the lingering concerns on the part of Justice Noël.

[18] In the course of the discussions surrounding the Service’s proposal, Justice Noël voiced his concern that the payments that had been made [***] by the Service potentially violated the terrorist financing provisions of the *Criminal Code*. This was the first time that a concern with respect to the possible violation of section 83.03 of the *Criminal Code* was expressly articulated by anyone in connection with [***Case A***].

[19] The Service’s suggestion that it start over by bringing a fresh warrant application was reiterated in a June 6, 2018, letter to the Court. Counsel acknowledged in that letter that there had been errors and omissions in the record that had been put before the Court in [***Case A***] and that these would be addressed in the new application. Justice Noël accepted the Service’s proposal as a way of dealing with the Court’s outstanding concerns.

D. *The Warrant Application in [***Case B***]*

[20] Justice Gleeson was subsequently assigned to deal with the fresh warrant application. He held a case management conference with counsel for the Service on July 4, 2018, in anticipation of the Service bringing its new application. The purpose of this conference was to identify the Court’s continuing areas of concern, to provide counsel for the Service with an opportunity to detail a proposed way forward in addressing the outstanding areas of concern, and to allow the Court to assess whether the appointment of an *amicus curiae* would be appropriate in this case.

[21] In the course of the case management conference, Justice Gleeson asked that any new warrant application deal with the legal issues that had been raised

validité et l’importance des questions soulevées par le juge Noël à l’audience du [***] avril 2018, mais a laissé entendre, toutefois, qu’un dossier plus complet permettrait de mieux les circonscrire. Partant, il a proposé que le Service recommence depuis le début et présente une nouvelle demande de mandats appuyée par un affidavit d’un autre déposant, qui fournirait les données probantes permettant de répondre aux préoccupations persistantes du juge Noël.

[18] Au cours des discussions portant sur la proposition du Service, le juge Noël a exprimé sa préoccupation quant à la possibilité que les paiements versés [***] par le Service aient contrevenu aux dispositions du *Code criminel* sur le financement d’activités terroristes. Il s’agissait de la première fois que quiconque évoquait expressément la possibilité d’une infraction à l’article 83.03 du *Code criminel* relativement au [***Dossier A***].

[19] Le 6 juin 2018, dans une lettre à la Cour fédérale, le Service a réitéré sa suggestion de reprendre le tout du début et de présenter une nouvelle demande de mandats. Dans la lettre, l’avocat a reconnu que les documents présentés à la Cour fédérale dans le [***Dossier A***] comportaient des erreurs et des omissions que la nouvelle demande corrigerait. Le juge Noël a accepté la proposition du Service, qui était une manière de répondre aux préoccupations persistantes de la Cour fédérale.

D. *Demande de mandats [***Dossier B***]*

[20] Le juge Gleeson a été saisi de la nouvelle demande de mandats, en vue de laquelle il a tenu une conférence de gestion d’instance avec l’avocate du Service le 4 juillet 2018. Il s’agissait alors de cerner les questions qui préoccupaient encore la Cour fédérale, de donner à l’avocate du Service la possibilité de proposer une manière de procéder pour les régler, et de permettre à la Cour fédérale d’évaluer s’il y avait lieu de nommer un *amicus curiae*.

[21] Au cours de cette conférence, le juge Gleeson a demandé à ce que toute nouvelle demande de mandats règle les questions juridiques soulevées dans le

in [***Case A***] but that the new warrant application not be linked to [***Case A***] and that it “stand on its own”.

[22] One legal issue that Justice Gleeson identified during the case management conference was the legality of the Service’s [***investigation***] and the potential contravention of the terrorist financing provisions of the *Criminal Code* by Service personnel. Justice Gleeson also noted his concern as to whether information obtained [***] that was being relied upon by the Service had been legally obtained, or potentially involved the commission of criminal offences.

[23] In the course of this case management conference, Justice Gleeson also reminded the Service of its obligation to bring unique or special circumstances in warrant applications to the attention of the Court.

[24] A fresh warrant application was filed by the Service on September [***] 2018, as [***Case B***] A motion was also brought by the Service to set aside the warrants issued by Justice Noël, in the event that the Court was prepared to issue new warrants in [***Case B***] so as to prevent there being overlapping warrants. In the meantime, the warrants issued by Justice Noël remained in effect so as to avoid any gaps in the Service’s operational capabilities.

[25] The [***Case B***] application was supported by an affidavit from [***] an intelligence officer with the Service. [***] affidavit contained similar information to that placed before Justice Noël in [***Case A***] but provided additional detail about [***the collection methods he had questioned***] and updated information regarding the payments and other forms of support that had been provided [***] since Justice Noël had issued his warrants in April of 2018 [***] affidavit also discussed the nature of the information that had been obtained [***] and the importance of this information to the Service’s investigation of Canadian extremist travellers.

[26] [***] advised that additional payments had been made [***] between the time that the application in [***Case A***] was heard in April of 2018 and early

[***Dossier A***], mais qu’elle s’en distingue et n’y soit pas liée.

[22] Pendant la conférence, le juge Gleeson a soulevé la question de la légalité [***de l’enquête***] du Service [***] et la possibilité que du personnel du Service ait enfreint les dispositions du *Code criminel* sur le financement d’activités terroristes. Le juge Gleeson a aussi fait part de ses préoccupations quant aux informations fournies [***] et mises à contribution par le Service : avaient-elles été obtenues légalement ou, peut-être, par suite d’actes criminels?

[23] Au cours de la conférence, le juge Gleeson a aussi rappelé au Service son obligation de porter à l’attention de la Cour fédérale toute circonstance unique ou spéciale ayant trait aux demandes de mandats.

[24] Le [***] septembre 2018, le Service a présenté une nouvelle demande de mandats, [***Dossier B***], ainsi qu’une requête en annulation des mandats décernés par le juge Noël. En effet, le Service souhaitait prévenir les chevauchements, si la Cour fédérale lui décernait de nouveaux mandats dans le [***Dossier B***]. Entre-temps, les mandats décernés par le juge Noël demeureraient en vigueur afin d’éviter tout hiatus dans les capacités opérationnelles du Service.

[25] La demande de mandats [***Dossier B***] s’accompagnait d’un affidavit [***], agent de renseignement au Service. L’affidavit de [***] contenait des informations similaires à celles qui avaient été présentées au juge Noël dans le [***Dossier A***], mais donnait d’autres détails sur [***les méthodes de collecte qu’il avait remises en question***] et faisait le point sur les paiements et les autres formes de soutien offert [***] depuis la délivrance des mandats par le juge Noël en avril 2018. L’affidavit de [***] traitait aussi de la nature des informations fournies [***] et de leur importance pour l’enquête du Service sur les voyageurs extrémistes canadiens.

[26] Selon [***] de nouveaux paiements entre l’audition de la demande [***Dossier A***] en avril 2018 et la présentation de la demande [***Dossier B***]

September of 2018, when the warrant application in [***Case B***] was filed. As of the date of his affidavit, [***] stated that [***] during this intervening period. [***] further advised that [***] and that the Service was seeking additional warrant powers to address this eventuality.

[27] Although there was nothing in [***] affidavit regarding the potential illegality of the payments [***] the covering letter from the Service's counsel accompanying the application referred to the question of the legality of the payments made [***] In addition, all of the information in [***] affidavit that was being relied upon by the Service in support of the warrant application that had been obtained through [***collection methods questioned by Justice Noël***] was highlighted.

E. *The Appointment of the Amici*

[28] By order dated September 19, 2018, Justice Gleeson appointed Messrs. Gordon Cameron and Matthew Gourlay to act as *amici* in [***Case B***] In a subsequent order, Justice Gleeson specified that the role of the *amici* would be to assist the Court in deciding the legal questions raised by the application.

F. *The October 2018 Hearings before Justice Gleeson*

[29] A hearing in [***Case B***] was held on October 18, 2018, during which [***] testified before Justice Gleeson.

[30] [***] explained that the Service had provided additional benefits [***] during the period between the hearing in [***Case A***] in April of 2018, and the filing of the warrant application in [***Case B***] in September of 2018. [***]

[31] [***] testified that after the warrants were issued by Justice Noël in [***] a payment [***] was made to [***Case A and Case B***].

[32] To be clear: the payments [***] occurred after Justice Noël raised the issue of the potential illegality of the payments [***] at the April [***] 2018 hearing,

au début de septembre de la même année. Il a affirmé qu'en date du dépôt de son affidavit, [***] au cours de la période en question, [***] En outre, selon [***], et le Service cherchait à ce que les pouvoirs prévus par les mandats tiennent compte de cette possibilité.

[27] Même si l'affidavit de [***] ne traitait pas de la possible illégalité des paiements [***], la lettre d'accompagnement rédigée par l'avocate du Service abordait la question de leur légalité. Par ailleurs, l'affidavit mettait en relief toutes les informations découlant [***des méthodes de collecte remises en question par le juge Noël***] et utilisées par le Service en appui à la demande de mandats.

E. *Nomination des amici curiae*

[28] Le 19 septembre 2018, le juge Gleeson a nommé par ordonnance MM. Gordon Cameron et Matthew Gourlay à titre d'*amici curiae* pour le [***Dossier B***]. Dans une ordonnance subséquente, le juge Gleeson a précisé que les *amici* auraient pour rôle d'aider la Cour fédérale à se prononcer sur les questions juridiques découlant de la demande.

F. *Audiences d'octobre 2018 devant le juge Gleeson*

[29] [***] a témoigné devant le juge Gleeson lors d'une audience tenue le 18 octobre 2018 dans le dossier [***Dossier B***].

[30] [***] a expliqué que le Service avait procuré d'autres avantages [***] dans l'intervalle entre l'audience d'avril 2018 [***Dossier A***] et la présentation de la demande de mandats [***Dossier B***] en septembre 2018. [***]

[31] [***] le témoignage de [***], après la délivrance des mandats [***Dossier A***] par le juge Noël, un paiement [***] a été versé [***]. [***Dossier A et Dossier B***].

[32] Précisons en outre que le versement des paiements [***] ont eu lieu après que le juge Noël eut soulevé la question de la possible illégalité des paiements

a concern that Service counsel subsequently acknowledged was both valid and important.

[33] [***] testified that the Service was aware that paying money to an individual who was engaged in terrorist activity “could be viewed” as being illegal, and that it had “very serious implications”. As a consequence, such operations required the approval of the Director of the Service, who would, in turn, advise the Minister of Public Safety and Emergency Preparedness (the Minister) of the activity in question. [***] also testified that, despite the illegality concern, the Service was of the view that the risks posed by such payments could be managed.

[34] [***] subsequently testified that payments such as those in issue in this case “could be construed as financing a terrorist”, and that “there is a risk of that occurring”. According to [***] the Service had not reached the conclusion that such payments violated the *Criminal Code*, but it recognized that operations such as the one in issue in this case carried with them “a high legal risk”.

[35] At this point in [***] testimony, counsel for the Service intervened to advise the Court that the Department of Justice had been consulted with respect to the legality of payments being made by the Service to those engaged in terrorist activities, and that its analysis was subject to solicitor-client privilege. This disclosure was followed by a discussion between the parties and Justice Gleeson as to the potential relevance of any legal opinions that may have been provided to the Service by the Department of Justice. Justice Gleeson concluded it was not necessary to deal with the solicitor-client privilege issue at that point, but that this issue might have to be revisited once the legal issues raised by the application were fully fleshed out.

[36] The hearing before Justice Gleeson resumed the following day. In the course of a discussion regarding the legal issues raised by the application, Justice Gleeson raised a question as to whether the events that took place before Justice Noël in [***Case A***] were relevant to the determination of the issues in [***Case B***] In this

[***] lors de l’audience du [***] avril 2018, une préoccupation reconnue ensuite comme valable et importante par l’avocate du Service.

[33] [***] a affirmé dans son témoignage que le Service savait que remettre de l’argent à une personne qui menait des activités terroristes [TRADUCTION] « pouvait être perçu » comme un acte illégal, et que cela avait « des conséquences très graves ». Partant, les opérations de ce genre devaient être approuvées par le directeur du Service, qui en avisait le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile [ministre]. [***] a ajouté que, malgré la préoccupation relative à l’illégalité, le Service estimait qu’il était possible de gérer les risques que de tels paiements représentaient.

[34] Toujours dans son témoignage, [***] a affirmé que les paiements comme ceux dont il était question [TRADUCTION] « pouvaient être interprétés comme du financement d’activités terroristes », et que cela « risquait de se produire ». Selon lui, le Service n’avait pas conclu que de tels paiements violaient le *Code criminel*, mais il reconnaissait que les opérations comme celle en cause comportaient des « risques juridiques élevés ».

[35] À ce moment, l’avocate du Service est intervenue dans le témoignage de [***] pour aviser la Cour fédérale que le Service avait consulté le ministère de la Justice quant à la légalité des paiements qu’il versait aux personnes qui menaient des activités terroristes, et que cette analyse était protégée par le secret professionnel de l’avocat. S’en est suivi une discussion entre les parties et le juge Gleeson sur la pertinence éventuelle de tout avis juridique pouvant avoir été donné au Service par le ministère de la Justice. Le juge Gleeson a conclu qu’il n’était pas nécessaire, à ce moment, d’aborder la question du secret professionnel de l’avocat, mais qu’il pourrait y avoir lieu d’y revenir une fois pleinement définies les questions juridiques découlant de la demande.

[36] L’audience devant le juge Gleeson a repris le lendemain. Au cours d’une discussion sur les questions juridiques découlant de la demande, le juge Gleeson s’est interrogé sur la pertinence des événements qui s’étaient déroulés devant le juge Noël relativement au [***Dossier A***] pour ce qui était de trancher les

context, Justice Gleeson stated “[a]nd it’s not in the context of this specific application, but really why we’re here with this specific application coming out of [***Case A***] And it really does link back to this question of [the] duty of candour, but candour in the context of ‘prepared to engage’”? Justice Gleeson then went on to ask counsel about the propriety of looking at “that whole question, the Segal Report (*Review of CSIS Warrant Practice*, Report of Murray D. Segal, December 2016 (Segal Report)), and what happened here”.

[37] At the conclusion of the October 19, 2018, hearing, Justice Gleeson stated that he was reserving his decision as to whether the warrants should issue pending the resolution of the outstanding legal questions. He asked counsel to confer with each other in an effort to formulate the legal questions that remained outstanding. In the meantime, the warrants issued by Justice Noël in April of 2018 remained in effect.

G. *The Formulation of the Legal Issues*

[38] Throughout the remainder of October and November the Court worked with the parties to define the legal issues raised by the warrant application, and on December 10, 2018, Justice Gleeson issued a Direction setting out the legal questions that were to be addressed in [***Case B***] These included, amongst others, the question of whether an issue of lawfulness arises in circumstances where the Service has provided or directed the provision of money or goods to individuals [***] who the Service believes were engaged in terrorist activities at the time that the money or goods were provided where the provision of money or goods was necessary to facilitate the collection of information relied on in the warrant application.

[39] Justice Gleeson also asked the parties to address whether the Service had a duty to disclose a possible contravention of the law to the Court, including a potential breach of the *Criminal Code*, in the context of warrant applications, and the source of that duty. He further asked the parties to address whether the Service had provided sufficient information initially in [***Case A***]

questions en cause dans le dossier [***Dossier B***]. À ce propos, le juge Gleeson a affirmé que [TRADUCTION] « ce n’est pas dans le contexte de la demande en question; cela a trait aux raisons de notre présence ici, avec cette demande qui découle de [***Dossier A***]. Et cela est vraiment lié à la question de l’obligation de franchise, sous l’angle de la “disposition à collaborer”, n’est-ce pas? » Il a ensuite demandé à l’avocate s’il était adéquat d’examiner [TRADUCTION] « la question dans son ensemble, le rapport Segal (Murray D. Segal, *Examen du processus de demande de mandats au SCRS*, décembre 2016 (rapport Segal)), et ce qui s’[était] produit ici ».

[37] Au terme de l’audience du 19 octobre 2018, le juge Gleeson a déclaré qu’il différerait sa décision sur la délivrance des mandats en attendant que les questions juridiques en suspens soient résolues et a demandé aux avocats de convenir d’une manière de formuler ces questions. Pendant ce temps, les mandats décernés par le juge Noël en avril 2018 demeuraient en vigueur.

G. *Formulation des questions juridiques*

[38] Pendant le reste du mois d’octobre ainsi qu’en novembre, la Cour fédérale et les parties ont travaillé de concert pour définir les questions juridiques découlant de la demande de mandats. Le 10 décembre 2018, le juge Gleeson a émis une directive établissant les questions à régler dans le [***Dossier B***], notamment la possibilité qu’un problème de légalité se pose lorsque le Service a fourni de l’argent ou des biens, ou en a ordonné la fourniture, à des personnes [***] qui, selon le Service, participaient à des activités terroristes au moment où elles ont reçu l’argent ou les biens, dans des circonstances où la fourniture d’argent ou de biens était nécessaire pour faciliter la collecte d’informations servant à appuyer la demande de mandats.

[39] En outre, le juge Gleeson a demandé aux parties de se prononcer sur la possibilité que le Service ait l’obligation, dans le contexte d’une demande de mandats, de signaler à la Cour fédérale un possible acte illégal, notamment une possible infraction au *Code criminel*, et de préciser la source d’une telle obligation. Il a aussi demandé aux parties de déterminer si le Service avait fourni

and then in [***Case B***] with respect to the issue of lawfulness as it related to information or intelligence relied on in those warrant applications.

[40] Justice Gleeson also raised questions as to the standard of proof that the Court should apply in determining whether there had been a potential violation of the law. He further asked what factors the Court should consider in determining whether illegally obtained information should be taken into account in support of a warrant application, or should be excluded from consideration.

[41] Once these legal questions had been formulated, counsel for the Service advised that it would be necessary to file additional evidence with the Court to enable the Service to respond to the questions.

[42] Thus it appeared that the legal issues raised by the [***Case B***] application had been clearly identified as of December 10, 2018. However, as Justice Gleeson noted in his decision, “the candour and illegality issues evolved significantly through January and February of 2019”, and it “became clear that the outstanding issues from [***Case A***] would require some time to fully address”: at paragraph 17. Indeed, as matters progressed before Justice Gleeson, questions as to the legality of [***collection methods questioned by Justice Noël***] and its implications for the warrant hearings emerged as the principal issue.

H. Possible Illegalities Disclosed in Relation to Other Warrant Applications

[43] On January 18, 2019, the Senior General Counsel for the National Security Litigation and Advisory Group [NSLAG] (the group within the Department of Justice responsible for representing and advising the Service) wrote to the Court advising that the Service had become aware that information that it had relied upon in two other warrant applications [***Case C] and [***Case D***] had been derived through activities that “may engage provisions of the *Criminal Code*”. Justice Kane had been

suffisamment d’informations sur la question de la légalité, d’abord dans la demande de mandats [***Dossier A***], puis dans la demande [***Dossier B***], quant aux informations et aux renseignements ayant servi à les fonder.

[40] Le juge Gleeson a aussi soulevé des questions relatives à la norme de preuve que la Cour fédérale devrait appliquer pour déterminer s’il y a eu une infraction, ainsi qu’aux facteurs qu’elle devrait prendre en considération pour déterminer si des informations obtenues illégalement devraient être utilisées en appui à une demande de mandats ou en être exclues.

[41] L’avocate du Service a souligné qu’il faudrait présenter à la Cour fédérale de nouveaux éléments de preuve pour répondre aux questions juridiques qui venaient d’être formulées.

[42] Partant, il semble que, le 10 décembre 2018, les questions juridiques découlant de la demande de mandats [***Dossier B***] étaient clairement circonscrites. Toutefois, comme le juge Gleeson l’a souligné au paragraphe 17 de sa décision, « les questions relatives à l’obligation de franchise et à l’illégalité ont beaucoup évolué en janvier et en février 2019 », et « [i] était devenu manifeste qu’il faudrait du temps pour décortiquer les questions en suspens découlant du dossier [***Dossier A***] ». En effet, au fil de la progression de l’affaire devant le juge Gleeson, la légalité [***des méthodes de collecte remises en question par le juge Noël***] et son incidence sur les audiences liées à la demande de mandats sont devenues les questions principales.

H. Cas possibles d’illégalité ayant trait à d’autres demandes de mandats

[43] Le 18 janvier 2019, l’avocat général principal du Groupe litiges et conseils en sécurité nationale [GLCSN] — qui, au ministère de la Justice, est chargé de représenter et de conseiller le Service — a écrit à la Cour fédérale pour l’aviser que le Service avait réalisé que certaines informations utilisées en appui à deux demandes distinctes — [***Dossier C***] (relevant de la juge Kane) et [***Dossier D***] (relevant du juge Brown) — découlaient d’activités susceptibles [TRADUCTION] « de

seized with [***Case C***] and Justice Brown had been seized with [***Case D***] and warrants had already been issued in each of these cases.

[44] The Court was further advised that the Service was carrying out a review in an effort to determine whether this issue had arisen in any other cases.

[45] Included with counsel's January 18, 2019, letter was a document entitled *Interim Direction on the Conduct of Operations Likely Involving the Commission of Criminal Offences*. This document, which had been issued the previous day by the Service's Deputy Director Operations, indicated that the Service would no longer approve operations that were likely illegal, referring to them as posing a "high legal risk". The Interim Direction further stated that the Service would be reviewing any such operations that were ongoing in order to mitigate any potential illegality.

[46] Counsel for the Service subsequently explained that the issuance of the Interim Direction had been prompted by the Service's experience in [***Case A***] which had led it "to reconsider the legal risk it was prepared to accept in relation to human source operations that potentially engage the *Criminal Code*".

[47] The disclosure that there were other cases where information relied upon by the Service had been derived through potentially illegal activities led to a joint case management conference being convened in [***Case C***] and [***Case D***] on January 21, 2019, by Justice Mosley, who was then the coordinating judge of designated proceedings. Justices Mosley and Kane were present at the case management conference, but Justices Gleeson and Brown were not, as they were not available.

[48] The Senior General Counsel for the NSLAG appeared at the case management conference on behalf of the Service. He confirmed that the provisions of the *Criminal Code* that were referred to in his January 18, 2019, letter were the terrorist financing provisions of the Code, as they related to conduct by the Service, or by human sources acting on its direction.

mettre en cause des dispositions du *Code criminel* ». Dans les deux cas, le Service s'était vu décerner les mandats demandés.

[44] L'avocat général principal précisait en outre que le Service tentait de déterminer si le problème s'était présenté en d'autres circonstances.

[45] Annexé à la lettre se trouvait un document intitulé [TRADUCTION] *Instructions provisoires sur la conduite d'opérations impliquant probablement la commission d'infractions criminelles*, produit la veille par la sous-directrice des Opérations du Service. Selon le document, le Service n'allait plus approuver d'opérations probablement illégales, car elles comportaient des « risques juridiques élevés », et allait examiner toute opération de cette nature en cours afin d'en atténuer l'éventuel caractère illégal.

[46] Par la suite, l'avocate du Service a expliqué que l'émission des instructions provisoires était attribuable à l'expérience du Service dans le [***Dossier A***], qui l'avait mené à [TRADUCTION] « réévaluer les risques juridiques qu'il était prêt à assumer quant aux opérations fondées sur une source humaine susceptibles de mettre en cause le *Code criminel* ».

[47] Cette révélation, à savoir qu'il existait d'autres affaires dans lesquelles le Service avait utilisé des informations découlant d'activités peut-être illégales, a mené le juge Mosley, en sa qualité — à l'époque — de coordonnateur des instances désignées, à convoquer une conférence de gestion d'instance relative aux [***Dossier C***] et [***Dossier D***] le 21 janvier 2019, à laquelle il a assisté avec le juge Kane. Toutefois, les juges Gleeson et Brown n'étaient pas disponibles.

[48] L'avocat général principal du GLCSN y a représenté le Service. Il a confirmé que les dispositions du *Code criminel* sur le financement d'activités terroristes étaient bien celles auxquelles sa lettre du 18 janvier 2019 faisait allusion, car elles avaient trait à des gestes posés par le Service ou des sources humaines agissant pour son compte.

[49] Counsel further advised that the Service had isolated the information that had been collected under the authority of the warrants issued by Justice Kane and Justice Brown in its databases and that although the collection of information in these matters was ongoing, it was being reviewed only to the extent necessary to determine if it disclosed an imminent danger. Counsel finally added that the Service was conducting a review to determine whether information that had been relied upon to obtain any other active warrants had been collected through illegal activity.

[50] In the course of the case management conference, Justice Mosley asked counsel whether legal advice had been provided to the Service as to whether it was potentially at risk of criminal liability. Counsel declined to answer Justice Mosley's inquiry on the basis that the legal advice provided to the Service was subject to solicitor-client privilege.

[51] Justice Mosley then asked counsel whether, in counsel's view, a contravention of the *Criminal Code* by a Service agent or officer would taint a warrant application. Counsel responded that "it ought to have been disclosed to the issuing judge. That goes without saying. So there was a duty, and we accept that there was a duty, on us to disclose these operations to the issuing judges in the warrants". Counsel then went on to state "[h]owever, our position is that a judge may rely on information in the context of a warrant under section 21 that is obtained as a result of those operations".

I. *The Filing of Additional Evidence in [***Case B***] and the Disclosure of Legal Opinions*

[52] On January 25, 2019, counsel for the Service filed additional evidence with the Court in [***Case B***] Included in this package were legal opinions and other documents containing information that was subject to solicitor-client privilege. In the covering letter accompanying the documents, counsel for the Service explained that, for the purpose of this application only, the Director of the Service had waived the solicitor-client privilege that attached to the legal advice that had been received by the Service with respect to the matters at issue in application [***Case B***]

[49] Il a ajouté que le Service avait isolé dans ses bases de données les informations recueillies en vertu des mandats décernés par la juge Kane et le juge Brown, que les informations recueillies dans le cadre des activités de collecte en cours étaient uniquement examinées dans la mesure nécessaire pour déterminer si elles faisaient état d'un danger imminent, et que le Service tentait de déterminer si des informations utilisées pour obtenir d'autres mandats en vigueur découlaient d'activités illégales.

[50] Pendant la conférence de gestion d'instance, le juge Mosley a demandé à l'avocate si le Service avait reçu un avis juridique concernant sa possible responsabilité criminelle. L'avocate a refusé de répondre à la question, soutenant que les avis juridiques fournis au Service étaient protégés par le secret professionnel de l'avocat.

[51] Le juge Mosley lui a alors demandé si, à son avis, la commission d'une infraction au *Code criminel* par un agent ou un représentant du Service entacherait une demande de mandats. Selon l'avocate, [TRADUCTION] « il va sans dire que cela aurait dû être communiqué au juge saisi de la demande. Partant, nous convenons qu'il y avait, pour nous, obligation de faire part de ces opérations aux juges saisis des demandes de mandat [...] Toutefois, nous sommes d'avis que, dans le contexte d'une demande de mandats faite en vertu de l'article 21, un juge peut s'appuyer sur des informations découlant de ces opérations ».

I. *Présentation de nouveaux éléments de preuve dans le [***Dossier B***] et communication d'avis juridiques*

[52] Le 25 janvier 2019, l'avocate du Service a présenté à la Cour fédérale de nouveaux éléments de preuve dans le [***Dossier B***], notamment des avis juridiques et d'autres documents contenant des informations protégées par le secret professionnel de l'avocat. Dans sa lettre d'accompagnement, l'avocate a expliqué que, pour les fins de la demande [***Dossier B***] seulement, le directeur du Service avait renoncé au secret professionnel de l'avocat protégeant les avis juridiques reçus par le Service quant aux questions en cause.

[53] While there was subsequently some suggestion by the Attorney General that the waiver of solicitor-client privilege by the Service had not been entirely voluntary, Justice Gleeson found that this was not the case, and the Attorney General conceded before us that the waiver had indeed been voluntary.

[54] The new evidence included a January 2017 legal opinion from a lawyer with the NSLAG that concluded that it could “no longer be credibly argued that CSIS employees and sources are protected by Crown immunity if they engage in conduct that, on its face, violated the law” (the Lajeunesse opinion). The Lajeunesse opinion went on to state that “[t]he doctrine of Crown immunity has been removed as a possible defence in the national security context”. This conclusion was consistent with earlier legal opinions that had been provided to the Service, and with findings made by the Security Intelligence Review Committee. As was the case with the earlier opinions, the Lajeunesse opinion discussed the need for a “legislative fix” to address the potential exposure of Service employees to criminal charges.

[55] Also produced was a January 7, 2019, opinion from the Senior General Counsel for the NSLAG that came to a similar conclusion with respect to the non-availability of the Crown immunity defence to the Service (the Rees opinion). In particular, the Rees opinion advised the Director of the Service that “there is no lawful basis for the Service to commit criminal offences under the existing legal framework. The CSIS Act does not authorize the Service to engage in criminal conduct, even if it yields valuable intelligence”. The Rees opinion stated definitively that “CSIS cannot rely on Crown immunity in the context of its human source operations”, and that “[n]o alternative authority exists that would allow the Service to conduct otherwise illegal operations”.

[56] Also produced was all of the relevant documentation regarding the approval of the Service’s payments [***] as well as the provision of material support [***]

[53] Bien que, par la suite, le procureur général a laissé entendre que la renonciation n’avait pas été faite entièrement de plein gré, le juge Gleeson a conclu au contraire, et le procureur général a reconnu cet état de fait à la Cour.

[54] Dans les nouveaux éléments de preuve figurait un avis juridique rédigé par un avocat du GLCSN [avis Lajeunesse] datant de janvier 2017 qui concluait qu’il n’était [TRADUCTION] « plus possible de faire valoir, d’une manière crédible, que les employés et les sources du Service peuvent invoquer l’immunité de l’État s’ils posent des actes qui, à première vue, constituent des infractions ». Toujours selon l’avis Lajeunesse, « [l]e principe de l’immunité de l’État ne peut plus être invoqué comme moyen de défense dans le contexte de la sécurité nationale ». Cette conclusion allait dans le même sens que d’autres avis reçus par le Service et que des conclusions formulées par le Comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité. À l’instar des avis antérieurs, l’avis Lajeunesse traitait de la nécessité de régler, par une « solution législative », la question des accusations criminelles dont pourraient faire l’objet des employés du Service.

[55] Dans un autre avis, celui-là daté du 7 janvier 2019 [avis Rees], l’avocat général principal du GLCSN en arrivait à une conclusion similaire quant à l’impossibilité, pour le Service, d’invoquer l’immunité de l’État comme moyen de défense. En particulier, l’avis Rees précise au directeur du Service [TRADUCTION] qu’« il n’existe, dans le cadre juridique actuel, aucune manière de justifier que le Service puisse commettre des actes criminels. La Loi sur le SCRS n’autorise pas le Service à mener des activités criminelles, même si elles lui permettent d’obtenir des renseignements utiles ». L’avis Rees établit de façon définitive que « le Service ne peut pas invoquer l’immunité de l’État dans le contexte de ses opérations fondées sur des sources humaines », et qu’« il n’existe aucune autre autorisation légale, pour le Service, de mener des opérations qui seraient, par ailleurs, illégales ».

[56] Les nouveaux éléments de preuve comprenaient également tous les documents touchant à l’approbation des paiements versés par le Service [***], ainsi qu’à

These documents (some of which had been provided to the Minister by the then-Director of the Service) indicated that the [***collection methods questioned by Justice Noël were***] identified as presenting “a high legal risk”.

[57] Several of the approvals documents contained excerpts from legal opinions regarding the legality of payments or the provision of material by the Service to individuals engaged in terrorism, and whether the defence of Crown immunity would be available to the Service.

[58] The approvals documents also included legal opinions from counsel for the Service with respect to the payments [***] One such opinion [***] specifically refers to section 83.03 of the *Criminal Code*, noting that “[t]here is little doubt here that most of the elements of the financing terrorism offen[c]e would be met. The Service is directly providing money to [***] a person the Service knows to be engaged in terrorist activity, while knowing that it will be used or benefit him”.

[59] Other comments in the [***] risk analysis note the benefit of [***the collection methods***] and the value of the information received [***] Michel Coulombe, the then-Director of the Service, is recorded as saying “[p]ending DOJ’s final opinion on Crown Immunity and further to the advice provided by [individuals within the Service], I have weighed the value of [***the collection methods***] versus the legal risk”. Mr. Coulombe went on to state “I am of the opinion that the value outweighs the risk and approve [***the collection methods***] to proceed”. He then observed that “prior notification must be given to the Minister [***]”. It appears that such notice was indeed provided to the Minister shortly thereafter.

[60] Mr. Coulombe subsequently explained that he had understood that the Lajeunesse opinion was not intended to be the last word as to the availability of the Crown immunity defence, and that further advice would be forthcoming from the Department of Justice. In the meantime, he was prepared to approve [***the collection methods***] notwithstanding the fact that the

l’apport de soutien matériel [***] Selon ces documents (dont certains avaient été remis au ministre par le directeur du Service) [***les méthodes de collecte, remises en question par le juge Noël, présentaient***] des « risques juridiques élevés ».

[57] Plusieurs des documents d’approbation contenaient des extraits d’avis juridiques portant sur la légalité des paiements versés ou de la fourniture de matériel, par le Service, à des personnes qui menaient des activités terroristes, et sur la possibilité, pour le Service, d’invoquer l’immunité de l’État comme moyen de défense.

[58] Les documents d’approbation comprenaient aussi des avis juridiques d’avocats du Service portant sur les paiements versés [***]. L’un d’eux, [***], renvoyait spécifiquement à l’article 83.03 du *Code criminel*, soulignant qu’il était [TRADUCTION] « plutôt évident que, pour l’essentiel, cela correspondrait à une infraction de financement d’activités terroristes. Le Service fournit directement de l’argent à [***], une personne qui, à sa connaissance, mène des activités terroristes, sachant qu’il utilisera cet argent ou que l’argent lui bénéficiera ».

[59] L’analyse des risques effectuée en [***] comporte des commentaires soulignant les avantages [***des méthodes de collecte***] et l’utilité des informations fournies [***] Michel Coulombe, alors directeur du Service, a affirmé qu’en [TRADUCTION] « attendant que le ministère de la Justice donne son avis définitif sur l’immunité de l’État, et compte tenu des conseils offerts par [des personnes au Service], j’ai mis en balance, d’une part, l’utilité [***des méthodes de collecte***] et, d’autre part, les risques juridiques. [...] J’approuve [***les méthodes de collecte***] estimant que l’utilité est plus élevée que les risques.***] Il a ensuite souligné la nécessité de donner un préavis au ministre à cet égard. Il semble que le ministre ait effectivement reçu ce préavis peu après.

[60] Par la suite, M. Coulombe a expliqué avoir compris que l’avis Lajeunesse n’était pas censé être définitif quant à la possibilité que le Service invoque l’immunité de l’État comme moyen de défense, et que le ministère de la Justice allait produire un autre avis. Entre-temps, il était prêt à approuver [***les méthodes de collecte***], même si les activités du Service enfreignaient

Service's activities likely violated the *Criminal Code*, on the basis that the potential intelligence value of the information that could be obtained [***] outweighed the legal risks [***]

[61] Evidence was also received from Jeff Yaworski, who was the Service's Deputy Director Operations [***]. Mr. Yaworski had recommended to Mr. Coulombe that [***the collection methods***] be approved, notwithstanding that it presented a "high legal risk". He testified that while he was aware that the Service could not engage in illegal activities, the "reality of the operational environment" meant that the Service could find itself "butting up against the *Criminal Code* with respect to terrorist financing". He further explained that the Service had to balance the high legal risk [***] with "the potential for intelligence gain", and that, in his view, the benefit to be derived [***] outweighed the legal risks [***]

[62] Upon the filing of this evidence on January 25, 2019, counsel representing the Service in application [***Case B***] withdrew, as she had provided one of the legal opinions now in issue.

[63] The content of these newly disclosed documents led Justice Gleeson to comment at a February 13, 2019, case management conference that they had "significantly changed the landscape here with respect to the significance of some of the questions that were originally raised in this matter, particularly the candour issues".

[64] Counsel for the Service then explained why it had chosen to voluntarily waive the solicitor-client privilege that attached to the legal opinions and the approvals documents. According to counsel for the Service, "[t]he purpose of providing those documents goes directly to the questions that this Court settled on. One of the questions that the Court has asked is whether the activities in question were lawful or not". Counsel went on to explain that "[o]ur duty of candour required us to provide information. It was already abundantly clear from the very first day of questioning of [***] that questions were being asked about what legal advice was provided".

probablement le *Code criminel*, parce que l'utilité possible sur le plan du renseignement des informations susceptibles d'être fournies [***] surpassait les risques juridiques [***].

[61] D'autres éléments de preuve ont été fournis par Jeff Yaworski, sous-directeur des Opérations du Service [***]. M. Yaworski avait recommandé à M. Coulombe d'approuver [***les méthodes de collecte***] malgré les « risques juridiques élevés » [***]. Dans son témoignage, il a affirmé qu'il savait que le Service ne pouvait pas mener d'activités illégales, mais qu'en raison de la [TRADUCTION] « réalité du contexte opérationnel », le Service pouvait se trouver « en conflit avec le *Code criminel* quant au financement d'activités terroristes ». Il a ajouté que le Service devait mettre en balance, d'une part, les risques juridiques élevés [***] et, d'autre part la « possibilité de réaliser des gains sur le plan du renseignement », et qu'à son avis, les avantages [***] surpassaient les risques juridiques [***].

[62] L'avocate qui représentait le Service dans le [***Dossier B***] s'est récusée au moment de présenter les éléments de preuve le 25 janvier 2019, car elle était l'auteure d'un des avis juridiques en cause.

[63] La teneur des documents nouvellement communiqués a mené le juge Gleeson à affirmer, lors de la conférence de gestion d'instance du 13 février 2019, qu'ils avaient [TRADUCTION] « considérablement changé la donne quant à l'importance de certaines des questions originellement soulevées en l'espèce, surtout celles qui concernent la franchise ».

[64] L'avocat du Service a alors expliqué pourquoi celui-ci avait décidé de renoncer au secret professionnel de l'avocat eu égard aux avis juridiques et aux documents d'approbation. Selon lui, [TRADUCTION] « la présentation de ces documents renvoie directement aux questions dont la Cour fédérale a convenu, notamment celle qui porte sur la légalité des activités en cause ». Il a ajouté qu'en « raison de notre obligation de franchise, nous sommes tenus de donner des informations. Dès le premier jour de l'interrogatoire de [***] il était très clair que des questions portaient sur la teneur des avis juridiques ».

[65] Counsel for the Service went on to state that “[o]ne of the questions is the duty of candour. These are parts of the elements that are before the Court and we are trying to be responsive with the evidence that is requested”.

J. *The February 21, 2019, En Banc Hearing*

[66] In the meantime, Justice Mosley had scheduled an *en banc* hearing of the designated judges of the Federal Court to take place on February 21, 2019. The purpose of the *en banc* hearing was to address the implications that the disclosure of illegal conduct on the part of the Service had for applications [***Case C, Case B***] and [***Case D***] Also to be considered was what, if any, obligation there was on the part of the Service to disclose such illegality to the Court in the context of warrant applications that seek to rely on illegally obtained evidence, along with other related issues.

[67] Of particular relevance to the issues in this appeal is the scope of the concessions that were made by counsel for the Attorney General at the *en banc* hearing.

[68] At the commencement of the hearing, Justice Mosley asked why it had taken the Service and the Attorney General so long to inform the Court that the Service had been relying on information in support of warrant applications that had been obtained by methods that, on their face, contravened the *Criminal Code*, “based on, at best, a shaky claim for justification under the Crown immunity doctrine”. Justice Mosley went on to ask “[h]ow does that behaviour, protracted behaviour, conform to respect for the rule of law and the duty of candour of both the Service and the Attorney General to this Court?”.

[69] Justice Noël then reviewed what had happened in [***Case A***] including the failure of the Service to flag the fact that some of the evidence on which it was relying in support of the warrant application in that case had been obtained using methods that potentially contravened the terrorist financing provisions of the *Criminal Code*.

[65] L’avocat du Service a aussi déclaré que [TRADUCTION] « [l]’obligation de franchise est l’une de ces questions. C’est en partie ce dont est saisie la Cour fédérale, et nous tentons de fournir les éléments de preuve demandés ».

J. *Audience en formation plénière du 21 février 2019*

[66] Entre-temps, le juge Mosley a convoqué les juges désignés de la Cour fédérale à une audience en formation plénière le 21 février 2019 [audience de février 2019] devant porter sur l’incidence, sur les demandes [***Dossier C, Dossier B***] et [***Dossier D***], de la révélation que le Service avait agi dans l’illégalité. L’audience devait aussi traiter de l’obligation éventuelle, par le Service, de faire part de tels actes illégaux à la Cour fédérale dans le contexte de demandes de mandats fondées sur des éléments de preuve obtenus illégalement, entre autres questions connexes.

[67] L’ampleur des faits reconnus par l’avocat du procureur général à l’audience de février 2019 revêt une importance particulière eu égard aux questions en l’espèce.

[68] D’entrée de jeu à l’audience, le juge Mosley a demandé pourquoi il avait fallu autant de temps au procureur général et au Service pour informer la Cour fédérale que ce dernier avait utilisé, en appui à des demandes de mandats, des informations obtenues grâce à des méthodes qui, à première vue, contrevenaient au *Code criminel*, [TRADUCTION] « en invoquant le principe de l’immunité de l’État, justification bancaire dans le meilleur des cas. [...] En quoi est-ce qu’un tel comportement, ce long retard, est-il un gage de respect de la primauté du droit et de l’obligation de franchise du Service et du procureur général envers la Cour fédérale? ».

[69] Le juge Noël a alors passé en revue les événements entourant le [***Dossier A***] notamment l’omission, par le Service, de signaler que certains des éléments de preuve utilisés en appui à cette demande de mandats avaient été obtenus grâce à des méthodes pouvant avoir contrevenu aux dispositions du *Code criminel* sur le financement d’activités terroristes.

[70] Counsel for the Attorney General commenced his submissions at the *en banc* hearing by stating that “you are not going to hear any argument from me that the duty of candour was met in these files. There has been a failure by both the Department of Justice or the Attorney General and CSIS in warrant applications ...”. Counsel went on to acknowledge that where a warrant application is placed before the Court that may involve information that was illegally obtained, the duty of candour required that the Service and counsel representing the Service ensure that the judge seized with the application was made aware of the illegality so that the judge could assess its relevance in deciding whether or not warrants should issue. Counsel agreed that this had not been done “in these three files”.

[71] The question, then, is which three files was counsel referring to?

[72] Counsel for the Attorney General discussed what had occurred in [***Case A***] at the *en banc* hearing, stating that once Justice Noël had raised the illegality issue, “it’s not that we didn’t take action. We did take action. It’s as a result of the action that we took that the issues were identified to have occurred in two other files” (emphasis added).

[73] Counsel for the Attorney General went on to state that “[t]he investigation is still ongoing. We think it’s limited to those three files” (emphasis added). Further on in the hearing, counsel for the Attorney General addressed Justice Noël’s concerns as to what had gone on in [***Case A***] by saying “you were owed better”, acknowledging that Justice Noël should have been made aware of the potential illegality. When Justice Noël asked what was to be done about this now, counsel responded by stating “[w]hat we did in fact was to withdraw that application and try and start again”.

[74] It thus appears that while the *en banc* hearing had been convened in the context of applications [***Case C, Case B***] and [***Case D***] counsel’s concession

[70] À l’audience de février 2019, l’avocat du procureur général a amorcé ses observations par la remarque suivante : [TRADUCTION] « [V]ous ne m’entendrez pas soutenir que l’obligation de franchise a été respectée dans ces dossiers. Il y a eu manquement tant de la part du ministère de la Justice ou du procureur général que du Service relativement à des demandes de mandats [...] » L’avocat a reconnu que l’obligation de franchise implique que le Service et l’avocat qui le représente, lorsqu’ils font une demande de mandats pouvant contenir des informations obtenues illégalement, doivent s’assurer que le juge qui en est saisi est au courant du caractère illégal afin de pouvoir évaluer si cela a une incidence sur sa décision relative à la délivrance des mandats. L’avocat a reconnu que, [TRADUCTION] « dans les trois dossiers en cause », cela n’avait pas été fait.

[71] La question se pose toutefois : quels sont les trois dossiers auxquels l’avocat faisait allusion?

[72] À l’audience de février 2019, l’avocat du procureur général a discuté des événements entourant le [***Dossier A***] déclarant qu’une fois que le juge Noël avait signalé le problème de l’illégalité, [TRADUCTION] « ce n’est pas que nous n’avons rien fait; nous avons bel et bien pris des mesures. C’est en conséquence de ces mesures qu’il a été constaté que ces problèmes s’étaient aussi posés dans deux autres dossiers » (non souligné dans l’original).

[73] Toujours selon l’avocat du procureur général, [TRADUCTION] « [l]’enquête se poursuit. Nous croyons qu’elle se limite à ces trois dossiers » (non souligné dans l’original). Plus tard au cours de l’audience, l’avocat du procureur général a abordé les préoccupations du juge Noël quant aux événements entourant le [***Dossier A***] : « vous méritiez mieux », a-t-il affirmé, reconnaissant que le juge aurait dû être mis au courant de la possibilité d’actes illégaux. Interrogé par le juge Noël sur ce qu’il y avait maintenant lieu de faire, l’avocat a répondu que « [n]ous avons, en fait, retiré la demande, et nous allons tenter de reprendre du début ».

[74] Partant, il semble que, si l’audience de février 2019 portait sur les demandes [***Dossier C***], [***Dossier B et Dossier D***] les faits reconnus par l’avocat, c’est-à-dire

that there had been a breach of the duty of candour in three files actually related to applications [***Case C, Case A***] and [***Case D***] and not [***Case B***]

*K. Events Following the En Banc Hearing and the Issuance of the Warrants in [***Case B***]*

[75] The warrants issued by Justice Noël in [***Case A***] were scheduled to expire on April [***] 2019. Consequently, in [***] April, 2019, the Service filed a further affidavit from [***] updating the information with respect to the Service's investigation into the threat-related activities of the [***] targets of the warrants sought in [***Case B***]. Once again, the information in [***] affidavit that was being relied on by the Service in support of the warrant application that had been obtained through [***potentially unlawful collection methods***] was identified by highlighting.

[76] A hearing and case management conference was held before Justice Gleeson on April 3, 2019. [***] testified before Justice Gleeson once again, and additional submissions were received from counsel for the Service and the *amici*. [***] testified that [***] additional payments had been made [***to a target***] [***] since [***] had testified in October of 2018.

[77] After hearing from [***] Justice Gleeson was satisfied that the Service had provided sufficient information to justify the issuance of the warrants against the [***] named individuals, even if no reliance was placed on any of the [***impugned information***]. Consequently, Justice Gleeson issued the warrants sought by the Service, albeit for only three months. He further stated that he would remain seized of [***Case B***] for the purpose of dealing with the questions identified in his December 10, 2018, Direction.

[78] One additional payment to a target [***] came to light after the warrants were issued by Justice Gleeson in April, 2019. It was subsequently discovered that a human source had, with the Service's approval, provided [***a target***] with [***a financial benefit valued at less than \$20***]. While the payment had been made prior to the commencement of the application in

qu'il y avait eu manquement à l'obligation de franchise dans trois dossiers, avaient trait, en fait, aux demandes [***Dossier C, Dossier A***] et [***Dossier D***] mais pas [***Dossier B***].

*K. Événements consécutifs à l'audience de février 2019 et à la délivrance des mandats [***Dossier B***]*

[75] Puisque les mandats [***Dossier A***] décernés par le juge Noël devaient arriver à échéance le [***] avril 2019, le Service a présenté [***] avril 2019, par l'entremise de [***] un affidavit supplémentaire qui mettait à jour les informations relatives à son enquête sur les activités liées à la menace des [***] cibles des mandats [***Dossier B***]. De nouveau, les informations découlant [***des méthodes de collection potentiellement illégales***] utilisées par le Service en appui à la demande y étaient mises en relief.

[76] Une audience et une conférence de gestion d'instance ont été tenues le 3 avril 2019 devant le juge Gleeson. [***] a de nouveau livré son témoignage; l'avocat du Service et les *amici* ont présenté d'autres observations. Selon [***], depuis son témoignage en octobre 2018, [***] en paiements additionnels avaient été versés [***à une cible.***]

[77] Après avoir entendu [***], le juge Gleeson s'est dit convaincu que le Service avait présenté suffisamment d'informations pour justifier la délivrance des mandats contre les [***] personnes mentionnées, même si [***] l'information contestée***] n'avaient en rien servi à appuyer la demande. Partant, le juge Gleeson a décerné les mandats demandés par le Service, mais seulement pour trois mois. Il a aussi déclaré qu'il demeurerait saisi du [***Dossier B***] pour ce qui était des questions soulevées dans sa directive du 10 décembre 2018.

[78] Un autre paiement versé à une cible [***] a été signalé après leur délivrance par le juge Gleeson en avril 2019. Il a été découvert [***], une source humaine, avec l'approbation du Service, avait remis [***à une cible un bénéfice financier d'une valeur de moins de 20 \$***]. Même si ce paiement avait été versé avant la présentation de la demande [***Dossier B***], il n'avait été constaté

[***Case B***] it had only recently been uncovered in a file review relating to the human source, and the Court was promptly advised accordingly. The Attorney General submitted that this was the only instance where a payment had been made or a benefit had been provided to a subject of the investigation that had not been disclosed to the Court before the warrants were issued in [***Case B***]

[79] A new warrant application was filed by the Service in June of 2019, seeking to renew the warrants against [***] and new warrants were subsequently issued [***] The issuance of those warrants is not in issue in this appeal. [***]

L. *The “Common Issues Hearings”*

[80] In the meantime, hearings had commenced before Justices Gleeson, Kane and Brown, sitting together, to address the issues that were common to the cases with which each of them were seized. These “common issues hearings” proceeded off and on over the next several months, with the judges receiving affidavits and oral testimony from numerous current and former senior officials within the Service and the Department of Justice. Testimony was also received from several counsel for the Service, including counsel who had represented the Service before Justice Noël in [***Case A***]

[81] In a case management conference held on April 12, 2019, Justice Gleeson stated that as the evidence had unfolded in these cases, an issue had emerged as to “who knew what when with respect to the issues in play here”. Indeed, counsel for the Attorney General submits that “who knew what when” about the giving and receipt of legal advice then became the primary focus of the hearings before Justices Gleeson, Kane and Brown.

[82] The evidence received at the common issues hearings addressed a range of topics, including the legal advice that had been provided to the Service with respect to the availability of the Crown immunity defence for Service personnel. Also discussed was what had happened within the Service over the two years between the

que récemment lors d’un examen du dossier de la source humaine. La Cour fédérale a rapidement été mise au courant en bonne et due forme. Le procureur général a soutenu qu’il s’agissait de la seule occurrence d’un paiement versé ou d’un avantage procuré à une cible d’enquête à ne pas avoir été communiquée à la Cour fédérale avant la délivrance des mandats [***Dossier B***].

[79] En juin 2019, le Service a présenté une nouvelle demande pour faire reconduire les mandats [***]; de nouveaux mandats [***] ont ainsi été décernés. La délivrance de ces mandats n’est pas en cause en l’espèce. [***]

L. *Audiences sur les questions d’intérêt commun*

[80] Pendant ce temps ont commencé des audiences rassemblant les juges Gleeson, Kane et Brown. Elles visaient à régler les questions communes aux dossiers dont chacun était saisi. Ces « audiences sur les questions d’intérêt commun » se sont déroulées par intermittence au cours des quelques mois suivants. De nombreux représentants haut placés du Service et du ministère de la Justice, anciens et actuels, ont présenté aux juges des affidavits et des témoignages oraux. Plusieurs avocats du Service ont aussi livré leur témoignage, y compris celui qui l’avait représenté devant le juge Noël dans le [***Dossier A***].

[81] Lors d’une conférence de gestion d’instance tenue le 12 avril 2019, le juge Gleeson a déclaré qu’au fil de la présentation des éléments de preuve dans ces affaires, une question s’est dégagée : [TRADUCTION] « qui savait quoi, et quand, au sujet des questions en cause? » En effet, l’avocat du procureur général a fait valoir que, dès lors, savoir « qui savait quoi, et quand » était devenu l’élément central des audiences tenues par les juges Gleeson, Kane et Brown.

[82] La preuve présentée lors des audiences sur les questions d’intérêt commun touchait à une vaste gamme de sujets, dont les avis juridiques donnés au Service quant à la possibilité qu’il puisse invoquer l’immunité de l’État pour défendre ses employés. Il a aussi été question des événements qui s’étaient déroulés au Service pendant

Lajeunesse opinion being provided in early 2017 and the delivery of the Rees opinion in early 2019.

[83] Michelle Tessier, the Service’s Deputy Director of Operations, stated that upon receipt of the Lajeunesse opinion, the Director of the Service suspended all “high legal risk” source operations, effective January 31, 2017. However, Mr. Coulombe authorized the resumption of “high legal risk” operations on March 30, 2019.

[84] Mr. Coulombe subsequently explained that as a result of a meeting with senior officials within the Department of Justice in February of 2017, he understood that the applicability of Crown immunity remained uncertain, and that further research was to be done by the Department in this regard. Given his view that the terrorism threat “had never been so high”, Mr. Coulombe was concerned about the impact that ceasing operations would have for public safety and the Service’s ability to fulfill its mandate. Consequently, he resumed approving operations that potentially involved illegal activities on the part of Service personnel.

[85] Also discussed by several witnesses were the efforts that had been made to obtain a legislative “fix” that would address the potential criminal exposure of Service personnel who used illegal means to obtain useful information.

[86] Witnesses also addressed the risk assessment methods employed by the Service in determining whether a particular operation should be authorized, and the warrant approval process employed by the Service. The Service personnel’s understanding of the duty of candour owed to the Court, and the efforts that had been made by the Service to ensure that their employees understood their obligations in this regard, also formed part of the discussions.

[87] Justice Gleeson continued to receive evidence with respect to [***Case B***] during this period, in the absence of Justices Kane and Brown. The hearings into application [***Case B***] were completed on

les deux ans séparant l’avis Lajeunesse (début 2017) de l’avis Rees (début 2019).

[83] Michelle Tessier, sous-directrice des Opérations du Service, a affirmé qu’après avoir pris connaissance de l’avis Lajeunesse, à compter du 31 janvier 2017, le directeur du Service avait suspendu toutes les opérations qui présentaient des « risques juridiques élevés ». Toutefois, M. Coulombe a autorisé la reprise de telles opérations le 30 mars 2019.

[84] Par la suite, M. Coulombe a expliqué qu’une réunion tenue en février 2017 avec de hauts fonctionnaires du ministère de la Justice lui avait donné à penser que la question de l’invocation possible de l’immunité de l’État n’était pas réglée, et que le ministère devait poursuivre les recherches à ce sujet. Puisqu’il considérait que la menace terroriste [TRADUCTION] « avait atteint des sommets », M. Coulombe s’inquiétait de l’incidence possible de la cessation des opérations sur la sécurité publique et sur la capacité du Service à s’acquitter de son mandat. Partant, il a autorisé la reprise des opérations susceptibles d’impliquer des activités illégales menées par des employés du Service.

[85] Par ailleurs, plusieurs témoins ont parlé des efforts déployés pour régler, au moyen de mesures législatives, la question des accusations criminelles dont pourraient faire l’objet des employés du Service pour avoir recouru à des moyens illégaux afin d’obtenir des informations utiles.

[86] En outre, des témoins ont aussi abordé les méthodes d’évaluation des risques employées par le Service pour déterminer si une opération devait être autorisée, ainsi que son processus d’approbation des mandats. Les discussions ont également porté sur la compréhension qu’avait le personnel du Service de l’obligation de franchise envers la Cour fédérale et de leurs obligations à cet égard, ainsi que sur les efforts déployés par le Service pour assurer cette compréhension.

[87] Pendant cette période, le juge Gleeson a continué à recevoir des éléments de preuve dans le [***Dossier B***] en l’absence des juges Kane et Brown. Les audiences relatives à la demande [***Dossier B***] ont pris fin le

November 1, 2019, and Justice Gleeson rendered his decision in this matter on May 15, 2020.

II. Justice Gleeson's Decision

[88] Justice Gleeson's decision is lengthy and detailed, and it addresses a number of matters that are not in issue in this appeal. The focus of this summary is thus on Justice Gleeson's treatment of the duty of candour issue as it relates to the legality of [***the collection methods questioned by Justice Noël***] and the Service's reliance on information obtained [***from those collection methods.***]

[89] Also at issue is Justice Gleeson's finding that, in the unique circumstances of this case, the duty of candour required that counsel should have proactively sought a waiver of solicitor-client privilege with respect to the legal advice that had been provided to the Service prior to appearing before the Court in the warrant application.

A. *The Duty of Candour and the Illegality Issue*

[90] After a lengthy review of the history of this case and that of [***Case A***] Justice Gleeson first considered whether the Service had complied with its duty of candour in failing to identify the illegality issue arising out of the Service's [***collection methods***]. He concluded that the Service had breached the duty of candour that it owed to the Court by failing to proactively identify and disclose that it was relying on information in support of the warrant applications in [***Case A***] and [***Case B***] that was likely derived from illegal activities: at paragraph 93.

[91] In coming to this conclusion, Justice Gleeson started his analysis by stating that the Attorney General had acknowledged that the duty of candour had been breached in this case. He also noted that the Attorney General had contended that counsel and the Service had acted in good faith, and that they had tried to uphold their duty of candour in this matter and in the cases before Justice Kane and Justice Brown. The Attorney General had also argued that individual conduct was not in issue

1^{er} novembre 2019, et le juge Gleeson a rendu sa décision le 15 mai 2020.

II. Décision du juge Gleeson

[88] Le juge Gleeson a rendu une décision longue et étoffée qui touche à de nombreux éléments qui ne sont pas en cause en l'espèce. Partant, le présent sommaire porte sur le traitement qu'il a accordé à la question de l'obligation de franchise relativement à la légalité [***des méthodes de collecte remises en question par le juge Noël***] et au fait que le Service s'est appuyé sur des informations [***provenant de ces méthodes de collecte.***]

[89] Est aussi en cause sa conclusion selon laquelle, en raison de l'obligation de franchise, dans les circonstances uniques de l'affaire, les avocats étaient tenus de demander une renonciation au secret professionnel de l'avocat visant les avis juridiques donnés au Service, et ce, de façon proactive et avant de se présenter devant la Cour fédérale dans le cadre de la demande de mandats.

A. *Obligation de franchise et problème d'illégalité*

[90] Après une longue rétrospective de l'affaire dont il était saisi et du [***Dossier A***], le juge Gleeson s'est d'abord penché sur le lien entre le problème d'illégalité découlant [***des méthodes de collecte***] et l'obligation de franchise. Il a conclu que le Service avait manqué à son obligation de franchise envers la Cour fédérale en omettant de reconnaître et de communiquer à celle-ci de façon proactive qu'il s'était appuyé, dans les demandes de mandat [***Dossier A***] et [***Dossier B***] sur des informations probablement obtenues dans le cadre d'activités illégales (au paragraphe 93).

[91] Le juge Gleeson a lancé l'analyse menant à cette conclusion en affirmant que le procureur général avait reconnu qu'il y avait eu manquement à l'obligation de franchise, mais qu'il avait soutenu que les avocats et le Service avaient agi de bonne foi et tenté de respecter l'obligation dans l'affaire en cause et dans les demandes dont les juges Kane et Brown avaient été saisis. Selon le procureur général, les comportements individuels n'étaient pas en cause : le manquement était plutôt

in this case, but that the breach resulted from “institutional failures” that had prevented Service employees and counsel from recognizing the illegality issue and raising it with the Court: at paragraph 91.

[92] While seemingly accepting the Attorney General’s arguments, Justice Gleeson observed that such “institutional failures” did not lessen “the corrosive effect of the breach on the Court’s confidence in the Service’s ability to be candid”. According to Justice Gleeson, it suggested rather that the Court could not rely on the Service representatives appearing before it to be candid—not because of individual failings—but because of institutional failings that rendered it difficult or impossible for individuals to inform themselves of relevant information or to act on the information of which they are aware. According to Justice Gleeson, this was perhaps more troubling than a single individual’s failure to comply with the duty of candour: at paragraph 92.

[93] Justice Gleeson concluded this section of his analysis by finding that there was no doubt that the Service had breached its duty of candour “in this matter”. He further found that whether the Service had illegally collected information that was being relied on to support a warrant application was highly relevant to the Court’s assessment of that information, and to the ultimate exercise of the Court’s discretion to grant or refuse the warrants: at paragraph 93.

[94] Justice Gleeson noted that Justice Noël had clearly been concerned that payments had been made to an individual who had been involved in terrorism, explicitly referring to potential breaches of the terrorist financing provisions of the *Criminal Code*. While counsel had assured Justice Noël that the Service had “addressed the issue”, this was clearly not the case. While new counsel assigned to deal with [***Case A***] did subsequently acknowledge to Justice Noël that the legality of the Service’s actions was in issue, Justice Gleeson was of the view that this acknowledgement did not paint a full and candid picture of the history of the matter: at paragraphs 94–95.

attribuable à des « défaillances organisationnelles » qui avaient empêché les employés du Service et les avocats de constater le problème d’illégalité et de le signaler à la Cour fédérale (au paragraphe 91).

[92] S’il a semblé accepter les arguments du procureur général, le juge Gleeson a néanmoins souligné que de telles « défaillances organisationnelles » n’atténuaient en rien « l’effet d’effritement que produit ce manquement sur la confiance de la Cour [fédérale] envers la capacité du Service à faire preuve de franchise ». Selon lui, cela donnait à penser que la Cour fédérale ne pouvait pas tenir pour acquis que les personnes qui se présentaient devant elle faisaient preuve de franchise; il ne s’agissait pas de jeter le blâme sur les personnes elles-mêmes, mais d’envisager que des défaillances organisationnelles les empêchaient, en tout ou en partie, d’obtenir les informations utiles ou d’utiliser celles qu’elles possédaient. De l’avis du juge Gleeson, il aurait été moins troublant de constater que le manquement à l’obligation de franchise était le fait d’une seule personne (au paragraphe 92).

[93] Le juge Gleeson a conclu cette partie de l’analyse en statuant qu’il ne faisait aucun doute que le Service avait manqué à l’obligation de franchise « en l’espèce », ajoutant que la possibilité que le Service ait illégalement recueilli des informations utilisées en appui à une demande de mandats était un élément très pertinent, tant pour l’évaluation que faisait la Cour fédérale de ces informations que pour l’exercice de son pouvoir discrétionnaire quant à la délivrance des mandats (au paragraphe 93).

[94] Le juge Gleeson a souligné que le juge Noël était manifestement préoccupé par le fait que des paiements avaient été versés à une personne impliquée dans des activités terroristes et avait explicitement fait allusion à de possibles infractions aux dispositions du *Code criminel* sur le financement d’activités terroristes. Même si l’avocat avait assuré au juge Noël que le Service « avait réglé le problème », ce n’était visiblement pas le cas. Si, par la suite, le nouvel avocat chargé du [***Dossier A***] a effectivement reconnu au juge Noël que la légalité des actes du Service était en cause, le juge Gleeson a toutefois estimé que cela ne traçait pas un portrait complet et franc de l’historique de l’affaire (aux paragraphes 94 et 95).

[95] Justice Gleeson stated that he immediately attributed the failure to accurately respond to Justice Noël's concerns to counsel, but that this failure had to be placed in its broader, more concerning context. He noted that Service advisors had been aware for years that the Service was gathering information to be used in warrant applications through activities that were, on their face, illegal. Despite this, experienced Service counsel was apparently unaware that illegality was an issue when he appeared before Justice Noël in April of 2018. According to Justice Gleeson, this demonstrated “not only a lack of individual awareness but also a severe institutional failing”: at paragraph 96. As will be discussed below, these broader concerns were considered in greater detail further on in Justice Gleeson's reasons.

B. Whether Duty of Candour Required that the Service Proactively Disclose Legal Advice to the Court

[96] Justice Gleeson was also very concerned that the Service had continued to engage in potentially illegal activities, even after it had been told that the Crown immunity defence would not be available to it.

[97] After reviewing the legal advice that had been provided to the Service over time, Justice Gleeson stated that “[i]t is difficult to overstate how disturbing these circumstances are. Operational activity was undertaken in the face of legal advice to the effect that the activity was not authorized by the CSIS Act.” He further noted that reliance had been placed on the Crown immunity doctrine “despite the Service having been advised by senior counsel ... that “[b]estowing of Crown immunity on CSIS is not consistent with the CSIS Act.” Nevertheless, the Service continued to rely on Crown immunity, with the apparent acquiescence of the Department of Justice, notwithstanding the unambiguous direction from the Minister that “the Service must observe the rule of law in discharging its responsibilities”: at paragraph 122.

[95] Le juge Gleeson a déclaré qu'il estimait d'emblée que l'avocat portait le blâme de ne pas avoir répondu avec exactitude aux préoccupations du juge Noël, mais qu'il comprenait que ce manquement s'inscrivait dans un contexte élargi et, de ce fait, inquiétant. Il a souligné que les conseillers du Service savaient depuis des années que celui-ci recueillait des informations à l'appui des demandes de mandats au moyen d'activités illégales à première vue et que, malgré cela, un avocat aguerri du Service ignorait apparemment qu'il y avait un problème d'illégalité lorsqu'il s'est présenté devant le juge Noël en avril 2018. Selon le juge Gleeson, cela démontrait « non seulement une certaine méconnaissance sur le plan personnel, mais aussi l'existence de graves défaillances organisationnelles » (au paragraphe 96). Comme il en sera question ci-dessous, le juge Gleeson a approfondi ces grandes préoccupations plus loin dans ses motifs.

B. Possibilité qu'en raison de l'obligation de franchise, le Service ait été tenu de communiquer des avis juridiques à la Cour fédérale de façon proactive

[96] Le juge Gleeson était également très préoccupé par la possibilité que le Service ait continué de mener des activités peut-être illégales, même après avoir appris qu'il ne pourrait pas invoquer l'immunité de l'État comme moyen de défense.

[97] Après avoir pris connaissance des avis juridiques donnés au Service au fil du temps, le juge Gleeson a affirmé qu'il était « difficile de trop insister sur le caractère troublant de ces circonstances. Des activités opérationnelles ont été entreprises malgré un avis juridique précisant que la Loi sur le SCRS ne les cautionnait pas ». Il a ajouté que le Service s'était appuyé sur le principe de l'immunité de l'État, « même si [un] avoca[t] principa[l] [...] lui avait affirmé que “[l]e fait de reconnaître l'immunité de l'État au SCRS ne s'accord[ait] pas avec la Loi sur le SCRS” ». Le Service a néanmoins continué de s'appuyer sur ce principe, avec — semble-t-il — l'accord tacite du ministère de la Justice, même s'il s'était vu signifier sans équivoque par le ministre qu'il devait « exercer ses fonctions dans le respect de la primauté du droit » (au paragraphe 122).

[98] Justice Gleeson then found that the Service counsel breached the duty of candour owed to the Court by failing to seek a waiver of the solicitor-client privilege that attached to the legal advice that had been obtained by the Service with respect to the legality of [***certain collection methods***] and the unavailability of the Crown immunity defence: at paragraph 134.

[99] The *amici* had argued before Justice Gleeson that the candour breach continued even after counsel identified illegality as an issue in [***Case A***] because counsel did not candidly advise the Court that the Service was aware, based on the legal advice, of the illegal character of the collection activities it had undertaken. The *amici* had submitted to Justice Gleeson that counsel was required to proactively seek a waiver of the solicitor-client privilege that attached to this legal advice prior to appearing before the Court so as to allow these circumstances to be fully disclosed.

[100] Justice Gleeson noted that counsel appearing for the Service in [***Case B***] had provided evidence in this proceeding and had testified that she was mindful of her obligations to not disclose legal advice that had been provided to the Service. Justice Gleeson noted that counsel had also asserted that, in her view, she was under no obligation to disclose the Service's degree of knowledge as to the potential illegality of [***certain collection methods***] or the legal conclusions that had been reached within the NSLAG at that point in the proceedings: at paragraph 133.

[101] However, Justice Gleeson accepted the *amici*'s argument, finding that in the "unique circumstances" of this case, the duty of candour required that counsel seek a waiver of privilege prior to appearing before the Court on the warrant application: at paragraph 134.

[102] Justice Gleeson recognized, however, that counsel had been faced with a difficult task in balancing her duty of candour against her duty to protect the solicitor-client privilege that attached to the legal advice that had been

[98] Le juge Gleeson a ensuite statué que l'avocat du Service avait manqué à son obligation de franchise envers la Cour fédérale en omettant de demander une renonciation au secret professionnel de l'avocat relativement aux avis juridiques obtenus par le Service quant à la légalité [***de certaines méthodes de collecte***] et à l'impossibilité d'invoquer l'immunité de l'État comme moyen de défense (au paragraphe 134).

[99] Les *amici* ont soutenu au juge Gleeson que le manquement à l'obligation de franchise s'était poursuivi même après que l'avocat eut reconnu le problème de l'illégalité dans le [***Dossier A***], et ce, parce qu'il n'avait pas avisé la Cour fédérale en toute franchise que le Service, en raison des avis juridiques qu'il avait reçus, était au courant du caractère illégal des activités de collecte entreprises. Selon les *amici*, pour que les circonstances aient pu être pleinement exposées, il aurait fallu que l'avocat demande de façon proactive une renonciation au secret professionnel ayant trait à ces avis avant de se présenter devant la Cour fédérale.

[100] Le juge Gleeson a souligné que l'avocate qui avait représenté le Service dans le [***Dossier B***] avait reconnu qu'elle était consciente de son obligation de ne rien divulguer des avis juridiques fournis au Service. Selon le juge Gleeson, elle avait aussi soutenu qu'à son avis, rien ne l'obligeait à communiquer l'état des connaissances du Service sur la possible illégalité [***de certaines méthodes de collecte***] ni les conclusions juridiques auxquelles était parvenu le GLCSN à cette étape de l'instance (au paragraphe 133).

[101] Toutefois, le juge Gleeson a admis l'argument des *amici*, concluant que, dans les « circonstances uniques » de l'affaire, en raison de l'obligation de franchise, l'avocate était tenue de demander une renonciation au secret professionnel avant de se présenter devant la Cour fédérale dans le cadre de la demande de mandats (au paragraphe 134).

[102] Le juge Gleeson a cependant reconnu que l'avocate avait eu la tâche difficile d'équilibrer, d'une part, l'obligation de franchise et, d'autre part, l'obligation relative au secret professionnel ayant trait aux avis juridiques

received by the Service. He went on to state that how counsel were to resolve these conflicting duties required “active consideration and discussion in advance of a situation such as the one that arose”. He further found that “[n]either the Service nor the Department of Justice were well-positioned to identify and engage in a principled balancing of the competing interests early on in the process” and that “[t]his needs to be addressed moving forward”: at paragraph 134.

C. The Causes of the Breach of the Duty of Candour

[103] These findings led Justice Gleeson to then examine the causes of the breach of the duty of candour and what he saw as the institutional and systemic issues that had contributed to the candour breach in this case.

[104] Justice Gleeson reviewed the voluminous body of evidence before him, including the various legal opinions that had been provided to the Service with respect to the availability of the Crown immunity defence. He also considered matters such as the role of the Department of Justice and its legal risk assessment framework, NSLAG’s knowledge management and information sharing processes, information silos and compartmentalization, communications among senior Service officials and the Service’s warrant application process. He then concluded that “[t]he circumstances disclosed here suggest a degree of institutional disregard for—or, at the very least, a cavalier institutional approach to—the duty of candour and regrettably the rule of law”: at paragraph 163.

[105] In addressing what he viewed as the causes of the breach of the duty of candour, Justice Gleeson noted that the evidence before him indicated that the issue of the potential illegality of the Service’s operations had been widely known within the circle of the organizations and institutions that play a role in the oversight or management of such operations. However, despite this widespread knowledge, and the potential relevance that the issue of illegality had in the context of warrant applications, the illegality issue was never brought to the

donnés au Service. Selon lui, pour composer avec ces obligations concurrentes, un avocat doit « étudier activement et [...] discuter de la résolution de ces conflits [...] avant toute situation comme celle en l’espèce ». Il a ajouté que « [n]i le Service ni le ministère de la Justice n’étaient bien placés pour reconnaître la situation et réaliser, très tôt dans le processus, une mise en balance des intérêts concurrents fondée sur des principes », et qu’il était « nécessaire de régler cette question » (au paragraphe 134).

C. Causes du manquement à l’obligation de franchise

[103] Ces conclusions ont mené le juge Gleeson à se pencher sur les causes du manquement à l’obligation de franchise et sur ce qu’il considérait être les problèmes systémiques et organisationnels y ayant contribué.

[104] Le juge Gleeson a passé en revue la preuve volumineuse qu’il avait en main, y compris les différents avis juridiques donnés au Service quant à la possibilité d’invoquer l’immunité de l’État comme moyen de défense. En outre, il a pris en considération des facteurs comme le rôle du ministère de la Justice et de son cadre d’évaluation des risques juridiques, les processus de gestion des connaissances et de communication d’informations du GLCSN, le cloisonnement des informations, la communication entre les cadres supérieurs du Service ainsi que le processus de demande de mandats. Il a conclu que « [l]es circonstances exposées dans les présentes donnent à penser qu’à l’échelle organisationnelle, dans une certaine mesure, les différents intervenants ont fait peu de cas de l’obligation de franchise et — malheureusement — de la primauté du droit ou, tout au moins, ont adopté à leur égard une attitude cavalière » (au paragraphe 163).

[105] Dans son examen des facteurs qui, à son avis, ont été à l’origine du manquement à l’obligation de franchise, le juge Gleeson a souligné que, selon la preuve dont il disposait, le problème de la possible illégalité des opérations du Service était très bien connu dans le cénacle des organisations et des institutions qui jouent un rôle dans la surveillance ou la gestion de telles opérations. Toutefois, malgré cette connaissance répandue et l’importance éventuelle du problème de l’illégalité dans le contexte des demandes de mandats, cette question

Court’s attention, and “only the Court was left in the dark”: at paragraph 168.

[106] According to Justice Gleeson, this was “inexcusable”, especially given that there was “a heightened awareness of the import of the duty of candour and ongoing engagement between the Court, the Service and the Department of Justice in the aftermath of [the Federal Court’s decision in *X (Re)*, 2016 FC 1105, [2017] 2 F.C.R. 396] and the Segal Report”: at paragraph 168.

[107] Justice Gleeson further found that the breach of candour in this case was “symptomatic of broader, ongoing issues relating to the Service’s organizational and governance structure and perhaps institutional culture.” He noted that questions had been raised with respect to the way in which legal services were structured and delivered to the Service and that, “even more fundamentally, the roles and responsibilities of AGC counsel.” In particular, Justice Gleeson asked rhetorically why interim measures to address the issue of illegality had not been pursued before January of 2019: at paragraph 170.

[108] Justice Gleeson noted that the Supreme Court had observed in *R. v. Campbell*, [1999] 1 S.C.R. 565, (1999), 171 D.L.R. (4th) 193 (*Campbell and Shirose*) that any police illegality is a serious matter, but that police illegality that is planned and approved and is implemented “in defiance of legal advice would, if established, suggest a potential systemic problem concerning police accountability and control”: *Campbell and Shirose*, at paragraph 73, quoted in Justice Gleeson’s decision, at paragraph 171. While these comments were made in the context of police illegality, Justice Gleeson observed that illegality on the part of the Service is as serious as police illegality: at paragraph 172.

[109] After discussing the need for public confidence in the Service, Justice Gleeson noted that the Court also had to be able to have confidence in the organization,

n’avait jamais été portée à l’attention de la Cour fédérale qui, « seule [...] [avait] été laissée dans l’ignorance » (au paragraphe 168).

[106] Le juge Gleeson était d’avis que « [r]ien n’excus[ait] cet état de fait », compte tenu surtout du fait que, « dans la foulée de la décision [de la Cour fédérale dans *X (Re)*, 2016 CF 1105, [2017] 2 R.C.F. 396] et du rapport Segal, la Cour [fédérale], le Service et le ministère de la Justice [étaient] très sensibilisés à l’importance de l’obligation de franchise et entre[tenaient] une collaboration à ce sujet » (au paragraphe 168).

[107] Le juge Gleeson a conclu en outre que le manquement à l’obligation de franchise en cause était « un symptôme de problèmes plus profonds et récurrents qui [avaient] trait à la structure du Service, à sa gouvernance et, peut-être à sa culture organisationnelle ». Il a souligné que des questions avaient été soulevées quant à l’organisation et à la prestation des services juridiques au SCRS et, « de manière plus fondamentale, quant aux rôles et aux responsabilités des avocats du procureur général ». En particulier, le juge Gleeson s’est demandé pourquoi aucune mesure temporaire n’avait été prise avant janvier 2019 pour régler le problème de l’illégalité (au paragraphe 170).

[108] Le juge Gleeson a souligné que la Cour suprême avait fait observer, au paragraphe 73 de l’arrêt *R. c. Campbell*, [1999] 1 R.C.S. 565 (*Campbell et Shirose*), qu’une illégalité de quelque sorte commise par la police est une affaire grave, mais qu’une illégalité policière planifiée, approuvée et mise en œuvre « en dépit d’un avis juridique contraire pourrait indiquer, si cela était établi, un problème systémique potentiel en matière de responsabilisation et de contrôle de la police » (cité dans la décision du juge Gleeson, au paragraphe 171). Bien que ces commentaires aient été formulés dans un contexte d’illégalité policière, le juge Gleeson a tout de même fait remarquer qu’une illégalité attribuable au Service était tout aussi grave (au paragraphe 172).

[109] Après avoir abordé l’importance de la confiance du public pour le Service, le juge Gleeson a souligné que la confiance nécessaire de la Cour fédérale envers

and that the Court’s confidence in the Service had once again been shaken. In coming to this conclusion, Justice Gleeson referred to the fact that the illegality, or the likelihood thereof, of the payments made [***] “was not proactively disclosed; in fact it was not even identified by the Service or the Department of Justice in the preparation of warrants”: at paragraph 174.

[110] Justice Gleeson further noted that the illegality in this case “did not arise in context of exigent or unforeseen circumstances; it arose in the context of a difficult reality.” According to Justice Gleeson, the institutional response to that difficult reality “was to act as though it did not exist”: at paragraph 174.

[111] Justice Gleeson concluded his findings with respect to the duty of candour by observing that the circumstances and events that led to the Service engaging in illegal acts contrary to legal advice warranted a comprehensive and detailed review—one that was mandated to consider “broad issues of institutional structure, governance and culture within both the Service and relevant elements of the Department of Justice”. According to Justice Gleeson “[a]nything less than this will, in my view, fall short of ensuring that confidence and trust in the Service as a key national institution is restored and enhanced”: at paragraph 174. While recognizing that it was beyond his authority to order a review of this type, he strongly recommended that such a review take place: at paragraph 175.

D. The Factors to be Considered in Assessing whether Information Connected to Illegal Conduct Should be Admitted in Support of a Warrant Application

[112] After considering a number of other issues that need not be addressed here, Justice Gleeson concluded that illegally obtained evidence did not automatically have to be excised from warrant applications: at paragraphs 186–187. He then addressed the factors that the Court should consider in determining whether information connected to illegal activity should be admitted in support of a warrant application.

le Service avait été ébranlée une fois de plus, faisant remarquer que l’illégalité — avérée ou probable — des paiements versés [***] « n’a[vait] pas été communiquée de façon proactive » et qu’en fait, « elle a[vait] été passée sous silence par le Service ou le ministère de la Justice dans le processus de préparation des mandats » (au paragraphe 174).

[110] Le juge Gleeson a ajouté que l’illégalité « n’a[vait] pas découlé de situations d’urgences ou d’imprévus, mais bien d’une réalité difficile » à laquelle, selon lui, l’organisation avait réagi en faisant « comme si de rien n’était » (au paragraphe 174).

[111] En conclusion de ses observations relatives à l’obligation de franchise, le juge Gleeson a souligné que les circonstances et les événements qui ont mené le Service à agir dans l’illégalité malgré des avis juridiques justifiaient un examen approfondi qui devait tenir compte des « grandes questions touchant la structure organisationnelle, la gouvernance et la culture tant au Service qu’au sein des composantes concernées du ministère de la Justice ». À son avis, « toute démarche de portée inférieure ne saurait assurer le rétablissement et l’accroissement de la confiance dont jouit le Service à titre d’institution nationale essentielle » (au paragraphe 174). S’il a reconnu ne pas avoir le pouvoir d’ordonner un tel examen exhaustif, il en a chaudement recommandé la réalisation (au paragraphe 175).

D. Facteur à prendre en considération pour déterminer s’il y a lieu d’utiliser des informations découlant d’actes illégaux en appui à une demande de mandats

[112] Après s’être penché sur un certain nombre de questions sans incidence en l’espèce, le juge Gleeson a conclu qu’il n’y avait pas lieu d’exclure automatiquement des demandes de mandats les éléments de preuve obtenus illégalement (aux paragraphes 186 et 187). Il a ensuite abordé les facteurs dont la Cour fédérale devrait tenir compte pour déterminer si des informations découlant d’activités illégales pouvaient être utilisées en appui à une demande de mandats.

[113] After reviewing the relevant jurisprudence, Justice Gleeson held at paragraph 195 of his decision that the Court should consider three factors when determining whether illegally obtained evidence should be admitted in support of a warrant application. These factors are:

- (1) the seriousness of the illegal activity;
- (2) fairness; and
- (3) the societal interest.

[114] Justice Gleeson further stated that each factor required that the Court consider a series of sub-questions, some of which are relevant to the issues on this appeal. These sub-questions are:

A. Seriousness of the Illegal Activity:

- i. Was the illegality minor, technical or trivial, or was it a significant breach of the law?
- ii. Did the illegality arise out of inadvertent or unwitting conduct undertaken in good faith, or was it pursued knowingly, out of ignorance, recklessness, negligence, or willful blindness?
- iii. Was the illegality isolated or part of a broader pattern of conduct?

B. Fairness:

- i. How closely linked was the illegal activity to the collection of the information?
- ii. Did the illegality meaningfully impact on individual legal rights or interests?
- iii. Does the illegality undermine the credibility or reliability of the information?

[113] Après avoir passé en revue la jurisprudence pertinente, le juge Gleeson a soutenu (au paragraphe 195) que la Cour fédérale devrait tenir compte de trois facteurs lorsqu'elle détermine s'il y a lieu d'utiliser des informations découlant d'actes illégaux en appui à une demande de mandats :

- 1) la gravité de l'acte illégal;
- 2) l'équité;
- 3) l'intérêt de la collectivité.

[114] Le juge Gleeson a ajouté que chacun des facteurs s'accompagne de questions auxquelles la Cour fédérale doit donner réponse, dont certaines sont pertinentes en l'espèce.

A. Gravité de l'acte illégal

- i. S'agit-il d'un acte mineur, technique ou banal, ou s'agit-il d'une infraction grave?
- ii. S'agit-il d'un acte commis de bonne foi, de façon involontaire ou par inadvertance, ou s'agit-il d'un geste posé en toute connaissance de cause, par ignorance, insouciance, négligence ou aveuglement volontaire?
- iii. Est-ce un acte isolé ou s'inscrit-il dans un ensemble de comportements?

B. Équité [Retour à la TABLE DES MATIÈRES]

- i. À quel point l'acte illégal est-il lié à la collecte d'informations?
- ii. L'acte illégal a-t-il empiété de façon importante sur les droits ou les intérêts individuels?
- iii. Le caractère illégal de l'acte remet-il en cause la crédibilité ou la fiabilité des informations?

C. Societal Interest:

- i. Are there extenuating circumstances including, but not limited to, the immediacy or severity of any threat to the security of Canada, linked to the unlawfulness?
- ii. Are there any other factors that arise out of the unique circumstances of the case?

[115] Neither the Attorney General nor the *amici* take issue with this test. The *amici* argue, however, that the seriousness of the illegal activity is very much in issue in this case. In particular, the *amici* point to the fact that the illegality on the part of the Service in this case was not minor, technical or trivial, but was, rather, a significant breach of the law that was pursued knowingly, in the face of legal advice, and that it formed part of a broader pattern of conduct.

III. Issues

[116] The overarching issue on this appeal is whether Justice Gleeson erred in finding that the Service had breached the duty of candour that it owed to the Court in [***Case B***]

[117] In particular, the Attorney General challenges Justice Gleeson's finding that the Service had breached its duty of candour in failing to identify and disclose that information that was being relied upon in both [***Case A***] and [***Case B***] had likely been derived from illegal activities. While the Attorney General concedes that issues of potential illegalities committed in the course of the Service's investigation should have been more clearly brought to the attention of Justice Noël in [***Case A***] he contends that no such concession was made with regard to [***Case B***]

[118] The Attorney General further contends that Justice Gleeson erred in finding that in the "unique circumstances" of this case, counsel for the Service had a duty to proactively seek a waiver of the solicitor-client privilege that attached to the legal advice that the Service had received with respect to the legality of [***certain collection methods***] and the payments and benefits

C. Intérêt de la collectivité

- i. Existe-t-il des circonstances atténuantes liées à l'acte illégal, par exemple la gravité ou l'imminence d'une menace pour la sécurité du Canada?
- ii. D'autres facteurs découlent-ils des circonstances uniques de l'affaire?

[115] Ni le procureur général ni les *amici* ne contestent ces facteurs. Toutefois, les *amici* soutiennent que la gravité de l'acte illégal constitue un point très important en l'espèce. En particulier, ils font valoir que l'acte commis par le Service n'avait rien de mineur, de technique, ni de banal, mais qu'il constituait plutôt une infraction grave commise en toute connaissance de cause malgré un avis juridique, et s'inscrivait dans un ensemble de comportements.

III. Questions

[116] La question principale en l'espèce est la suivante : le juge Gleeson a-t-il conclu à tort que le Service avait manqué à son obligation de franchise envers la Cour fédérale dans le [***Dossier B***]?

[117] En particulier, le procureur général conteste la conclusion du juge Gleeson selon laquelle le Service a manqué à son obligation de franchise en négligeant de reconnaître et de communiquer de façon proactive qu'il avait utilisé, dans les [***Dossier A***] et [***Dossier B***], des informations découlant probablement d'activités illégales. Si le procureur général admet que la question des actes illégaux ayant pu être commis au cours de l'enquête du Service aurait dû être portée plus clairement l'attention du juge Noël dans le [***Dossier A***], il soutient que rien de tel n'a été reconnu relativement au [***Dossier B***].

[118] Le procureur général soutient également que le juge Gleeson a commis une erreur lorsqu'il a conclu que, dans les « circonstances uniques » de l'affaire, l'avocat du Service était tenu, d'une part, de demander de façon proactive une renonciation au secret professionnel ayant trait aux avis juridiques obtenus par le Service quant à la légalité [***de certaines méthodes de collecte***]

provided to [***targets***] and to provide that advice to the Court.

[119] There is no issue between the parties that the applicable standard of review is that set out in *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235. This is indeed the standard that has been applied by this Court in matters involving the issuance of warrants pursuant to sections 12, 16 and 21 of the Act, and more generally when this Court sits on appeal from Federal Court decisions relating to national security: see *X (Re)*, 2014 FCA 249, [2015] 1 F.C.R. 684, at paragraphs 41–42; *Mahjoub v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2017 FCA 157, [2018] 2 F.C.R. 344. Accordingly, pure questions of fact are reviewed on correctness, whereas findings of fact and of mixed fact and law are reviewed on the standard of palpable and overriding error, unless an extricable error in principle is established. If an extricable question of law or legal principle can be identified, the standard of correctness applies.

A. *The Duty of Candour*

[120] The duty to make full, fair and frank disclosure of all material facts on *ex parte* applications is a well-established principle, and the judge’s articulation of the scope and content of that duty is clearly a question of law reviewable on a correctness standard. To what extent, if at all, the duty of candour requires counsel to seek a waiver of solicitor-client privilege or the disclosure of legal advice, for example, is clearly a question of law. On the other hand, whether the judge erred in finding that the duty of candour was breached as a result of a failure to disclose material facts (e.g. illegal activities) is a question of mixed fact and law that attracts a lower level of scrutiny.

[121] The duty of candour is central to the repute of the administration of justice. As officers of justice, counsel in particular are bound by their professional code of

ainsi que des paiements versés et des avantages procurés [***à des cibles***] et, d’autre part, de remettre ces avis à la Cour fédérale.

[119] Les parties conviennent que la norme de contrôle applicable est celle qui a été établie dans l’arrêt *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235. Il s’agit effectivement de la norme qu’applique la Cour dans les affaires impliquant la délivrance de mandats en vertu des articles 12, 16 et 21 de la Loi sur le SCRS et, plus généralement, quand elle entend l’appel interjeté d’une décision de la Cour fédérale ayant trait à la sécurité nationale. Voir à cet effet *X (Re)*, 2014 CAF 249, [2015] 1 R.C.F. 684, aux paragraphes 41 et 42, ainsi que *Mahjoub c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2017 CAF 157, [2018] 2 R.C.F. 344. Partant, la Cour examine les pures questions de droit selon la norme de la décision correcte, tandis que les conclusions de fait et les questions mixtes de faits 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. S’il existe une question de droit ou un principe juridique isolable, la norme de la décision correcte s’applique.

A. *Obligation de franchise*

[120] L’obligation de communiquer de façon pleine et entière l’ensemble des faits importants ayant trait à une demande présentée *ex parte* est un principe bien établi, et la détermination, par le juge, de la portée et de la teneur de cette obligation est de toute évidence une question de droit susceptible de contrôle selon la norme de la décision correcte. La mesure dans laquelle l’obligation de franchise exige — peut-être — d’un avocat qu’il demande une renonciation au secret professionnel ou qu’il communique un avis juridique, par exemple, constitue manifestement une question de droit. Par contre, déterminer si un juge a conclu à tort à un manquement à l’obligation de franchise attribuable à l’omission de communiquer des faits importants (p. ex. des activités illégales) est une question mixte de faits et de droit à laquelle s’applique une norme de contrôle inférieure.

[121] L’obligation de franchise est au cœur de la considération dont jouit l’administration de la justice. En particulier, le code de déontologie professionnelle des avocats

conduct to treat courts and tribunals with fairness and in a way that promotes the parties' right to a fair hearing in which justice can be done. Where a party is before a court on an *ex parte* basis, that duty is elevated and the party must act in utmost good faith, both in the representations made and in the evidence presented. As the Supreme Court stated in *Ruby v. Canada (Solicitor General)*, 2002 SCC 75, [2002] 4 S.C.R. 3, at paragraph 27, "[t]he evidence presented must be complete and thorough and no relevant information adverse to the interest of that party may be withheld". See also: *R. v. Morelli*, 2010 SCC 8, [2010] 1 S.C.R. 253 (*Morelli*), at paragraph 102. The breach of that duty can be visited with legal consequences, and most codes of professional conduct also impose such an ethical obligation on lawyers: see, for example, Federation of Law Societies of Canada, *Model Code of Professional Conduct*, as amended October 19, 2019, paragraph 5.1-1, page 79.

[122] The rationale behind the duty of candour is obvious: when the Court hears an *ex parte* motion in the absence of one of the parties and is at the mercy of the party bringing the motion, the ordinary checks and balances of the adversarial system do not operate, and the opposite party is deprived of the opportunity to challenge the factual and legal grounds advanced by the moving party. This is why the Court must be able to trust that all material information will be laid before it. The duty is shared by counsel and the affiant: *R. v. Land* (1990), 55 C.C.C. (3d) 382 (Ont. H.C.J.), at page 398; *R. v. Lee*, 2007 ABQB 767, [2008] 8 W.W.R. 317, at paragraph 28; *R. v. Ebanks*, [2007] O.J. No. 2412 (QL) (S.C.J.) (*Ebanks*), at paragraph 26.

[123] The duty of candour has been applied in all kinds of *ex parte* proceedings. *Mareva* and *Anton Piller* orders, for example, have been held to trigger a high standard of disclosure: *Roofmart Ontario Inc. v. Canada (National Revenue)*, 2020 FCA 85, 448 D.L.R. (4th) 437, at paragraph 52; *Secure 2013 Group Inc. v. Tiger Calcium Services Inc.*, 2017 ABCA 316, 58 Alta. L.R. (6th) 209, at paragraph 46; *United States of America v. Friedland*,

exige d'eux qu'à titre d'officiers de justice, ils traitent les tribunaux avec équité et de manière favorable au droit des parties à un procès équitable, au terme duquel justice peut être rendue. Cette obligation est d'autant plus importante au cours d'une audience *ex parte*, et la partie qui y plaide doit faire preuve de la bonne foi la plus absolue, tant pour ce qui est des observations que pour les éléments de preuve. Comme l'énonce la Cour suprême dans l'arrêt *Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, 2002 CSC 75, [2002] 4 R.C.S. 3, au paragraphe 27, « [e]lle doit offrir une preuve complète et détaillée, et n'omettre aucune donnée pertinente qui soit défavorable à son intérêt ». Voir aussi *R. c. Morelli*, 2010 CSC 8, [2010] 1 R.C.S. 253 (*Morelli*), au paragraphe 102. Tout manquement à cette obligation entraîne des conséquences juridiques; pour la plupart, les codes de déontologie professionnelle imposent également une telle obligation éthique aux avocats. À titre d'exemple, se reporter au point 5.1-1 du *Code type de déontologie professionnelle* (tel que modifié le 19 octobre 2019) de la Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada, à la page 88.

[122] L'obligation de franchise a une justification évidente : la Cour fédérale, lorsqu'elle entend une requête *ex parte* — donc, en l'absence d'une des parties — se trouve à la merci de la partie qui présente la requête; partant, les freins et contrepoids ordinaires du système contradictoire sont absents, et la partie absente n'a pas la possibilité de contester les motifs factuels et juridiques avancés par le requérant. C'est pourquoi la Cour fédérale doit pouvoir avoir la certitude que toutes les informations importantes lui seront présentées. L'avocat et le déposant partagent cette obligation; voir à ce propos *R. v. Land* (1990), 55 C.C.C. (3d) 382 (H.C.J. de l'Ont.), à la page 398; *R. v. Lee*, 2007 ABQB 767, [2008] 8 W.W.R. 317, au paragraphe 28; *R. v. Ebanks*, [2007] O.J. n° 2412 (QL) (C.S.J.) (*Ebanks*), au paragraphe 26.

[123] L'obligation de franchise a été appliquée dans toutes sortes d'instances *ex parte*. À titre d'exemple, les injonctions de type *Mareva* et les ordonnances *Anton Piller* ont été assujetties à une norme de communication élevée : *Roofmart Ontario Inc. c. Canada (Revenu national)*, 2020 CAF 85, au paragraphe 52; *Secure 2013 Group Inc. v. Tiger Calcium Services Inc.*, 2017 ABCA 316, 58 Alta. L.R. (6th) 209, au paragraphe 46; *United States of*

30 O.R. (3d) 568, [1996] O.J. No. 3375 (QL) (Gen. Div.), at paragraph 9; *Green v. Jernigan*, 2003 BCSC 1097, 18 B.C.L.R. (4th) 366, at paragraph 25. The same stringent standard has been applied in the context of an *ex parte* order for exclusive possession of a matrimonial home in the context of divorce proceedings (*Nafie v. Badawy*, 2015 ABCA 36, 381 D.L.R. (4th) 208, at paragraph 127), when issuing an order for service *ex juris* (*Nexen Energy ULC v. ITP SA*, 2020 ABQB 83, [2020] A.J. No. 166 (QL), at paragraphs 72–76), when applying for an order permitting seizure of private property without notice (*British Columbia (Director of Civil Forfeiture) v. Angel Acres Recreation and Festival Property Ltd.*, 2010 BCCA 539, 12 B.C.A.C. 230, at paragraphs 16–30), in a motion for an *ex parte* order to enforce a foreign arbitral award (*TMR Energy Ltd. v. State Property Fund of Ukraine*, 2005 FCA 28, [2005] 3 F.C.R. 111, at paragraphs 63 ff), and in an *ex parte* application for a garnishing order before an action (*Environmental Packaging Technologies, Ltd. v. Rudjuk*, 2012 BCCA 342, 326 B.C.A.C. 213, at paragraphs 36–51). An interesting and extensive discussion of the duty of candour in the context of *ex parte* orders made pursuant to the *Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C., 1985, c. B-3 can also be found in *Marciano (Séquestre de)*, 2012 QCCA 1881, [2012] R.J.Q. 2001, at paragraphs 40–57.

[124] Needless to say, the duty of candour is particularly critical when the Service applies for warrants pursuant to section 21 of the Act, not only because of their breadth and intrusiveness but also because they rarely lead to a criminal prosecution. This contrasts with *ex parte* applications for search and seizure warrants issued under the *Criminal Code*.

[125] Under section 196 of the *Criminal Code*, persons whose private communications have been intercepted pursuant to a judicial authorization delivered *ex parte* in accordance with section 185 of the Code must be notified, generally within 90 days after the period for which the authorization was given, that they were the subject of such interceptions. Similarly, section 490 of the *Criminal Code* sets out an elaborate procedure

America v. Friedland (1996), 30 O.R. (3d) 568, [1996] O.J. n° 3375 (QL) (Div. gén.), au paragraphe 9; *Green v. Jernigan*, 2003 BCSC 1097, 18 B.C.L.R. (4th) 366, au paragraphe 25. La même norme rigoureuse a été appliquée dans différents contextes : une ordonnance *ex parte* quant à la possession exclusive du domicile conjugal (*Nafie v. Badawy*, 2015 ABCA 36, 381 D.L.R. (4th) 208, au paragraphe 127); une ordonnance de signification *ex juris* (*Nexen Energy ULC v. ITP SA*, 2020 ABQB 83, [2020] A.J. n° 166 (QL), aux paragraphes 72 à 76); une demande d’ordonnance de saisie de biens privés sans avis (*British Columbia (Director of Civil Forfeiture) v. Angel Acres Recreation and Festival Property Ltd.*, 2010 BCCA 539, 12 B.C.A.C. 230, aux paragraphes 16 à 30); une requête en délivrance d’une ordonnance *ex parte* visant l’exécution d’une sentence arbitrale étrangère (*TMR Energy Ltd. c. State Property Fund of Ukraine*, 2005 CAF 28, [2005] 3 R.C.F. 111, aux paragraphes 63 et suiv.); une demande d’ordonnance de saisie-arrêt présentée *ex parte* avant une action (*Environmental Packaging Technologies, Ltd. v. Rudjuk*, 2012 BCCA 342, 326 B.C.A.C. 213, aux paragraphes 36 à 51). L’arrêt *Marciano (Séquestre de)*, 2012 QCCA 1881, [2012] R.J.Q. 2001, aux paragraphes 40 à 57, contient également une discussion intéressante et approfondie sur l’obligation de franchise dans le contexte d’ordonnances rendues *ex parte* en vertu de la *Loi sur la faillite et l’insolvabilité*, L.R.C. (1985), ch. B-3.

[124] Il va sans dire que l’obligation de franchise revêt une importance particulière dans le contexte des demandes de mandats faites par le Service en vertu de l’article 21 de la Loi sur le SCRS, non seulement en raison de la portée et du caractère intrusif de tels documents, mais aussi parce qu’ils mènent rarement à des poursuites criminelles, contrairement aux mandats de perquisition permettant la saisie demandés *ex parte* en vertu du *Code criminel*.

[125] En application de l’article 196 du *Code criminel*, quiconque dont les communications ont été interceptées en vertu d’une autorisation judiciaire obtenue *ex parte* conformément à l’article 185 doit être avisé, généralement dans les 90 jours qui suivent la période pour laquelle l’autorisation a été donnée, qu’il faisait l’objet d’une telle interception. De manière similaire, l’article 490 du *Code criminel* prévoit une procédure détaillée de détention et

governing the retention and the return of things seized pursuant to a search warrant. In both cases, the target of the search and seizure can challenge the warrant authorizing it. Moreover, an accused is entitled to a pre-trial hearing (also referred to as a “*Garofoli*” hearing, named after the Supreme Court decision allowing for such procedure: see *R. v. Garofoli*, [1990] 2 S.C.R. 1421, (1990), 60 C.C.C. (3d) 161) to determine whether the wiretap authorization complies with section 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44] (the Charter) and, if not, whether the evidence should be excluded under subsection 24(2) of the Charter. In the course of that proceeding, the accused is entitled to have the contents of the affidavits upon which the authorization to intercept the communications was granted, subject to editing, in order to enable him to make full answer and defence.

[126] Unless a warrant issued under section 21 of the Act leads to a criminal prosecution, which is the exception rather than the rule, the target of the warrant will never know that he or she was the subject of investigative measures or information collection and there will never be *ex post facto* adversarial litigation over the propriety or legality of the warrant. The Court will therefore be, in most instances, the only check on state power since the target of the warrant cannot rely on the adversarial process to test the assertions made by the Service. This very special feature of the warrants issued to the Service, for the investigation of threats to the security to Canada and the performance of its duties under section 16 of the Act, makes it even more incumbent on counsel and affiants to show the highest degree of good faith and transparency. That requirement has been applied to all of the Service’s *ex parte* proceedings: see *Canada (Citizenship and Immigration) v. Harkat*, 2014 SCC 37, [2014] 2 S.C.R. 33, at paragraphs 101–102, referring to *Almrei (Re)*, 2009 FC 1263, [2011] 1 F.C.R. 163, at paragraph 500; *Charkaoui (Re)*, 2004 FCA 421, [2005] 2 F.C.R. 299, at paragraphs 153–154; *X (Re)*, 2013 FC 1275, [2015] 1 F.C.R. 635 (*X (Re) 2013 FC*), at paragraph 83, aff’d 2014 FCA 249, [2015] 1 F.C.R. 684 (*X (Re) 2013 FCA*); *X (Re)*, 2016 FC 1105, [2017] 2 F.C.R. 396 (*X (Re) 2016 FC*), at paragraphs 100 and 107.

de remise des choses saisies en vertu d’un mandat de perquisition. Dans les deux cas, la cible de la fouille, de la perquisition ou de la saisie peut contester le mandat l’autorisant. En outre, l’intimé a droit à la tenue d’une conférence préparatoire (aussi appelée « audience *Garofoli* », d’après l’arrêt de la Cour suprême permettant une telle procédure, à savoir *R. v. Garofoli*, [1990] 2 R.C.S. 1421) visant à déterminer si l’autorisation d’écoute électronique respecte l’article 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44] (Charte) et, dans le cas contraire, si la preuve devrait être exclue en application du paragraphe 24(2) de la Charte. Au cours de l’instance, l’intimé a le droit de prendre connaissance de l’affidavit sur lequel a été fondée l’autorisation d’intercepter les communications, sous réserve de caviardage, pour être en mesure de présenter une défense pleine et entière.

[126] À moins qu’un mandat décerné contre elle en vertu de l’article 21 de la Loi sur le SCRS n’entraîne une poursuite criminelle, ce qui serait l’exception plutôt que la règle, la cible ne saura jamais qu’elle faisait l’objet de mesures d’enquête ou de collecte d’information, pas plus qu’il n’y aura de procédure contradictoire *a posteriori* quant au bien-fondé ou à la légalité du mandat. Partant, dans la plupart des cas, la Cour fédérale sera le seul frein au pouvoir étatique, puisque la cible du mandat ne peut pas compter sur le processus contradictoire pour mettre à l’épreuve les assertions du Service. En raison de cette caractéristique notable des mandats décernés au Service pour lui permettre d’enquêter sur les menaces envers la sécurité du Canada et d’exercer ses fonctions prévues à l’article 16 de la Loi sur le SCRS, il est encore plus important qu’avocats et déposant fassent preuve du degré le plus élevé de bonne foi et de transparence. Cette exigence a été appliquée dans le cadre de toutes les instances *ex parte* du Service; se reporter à l’arrêt *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Harkat*, 2014 CSC 37, [2014] 2 R.C.S. 33, aux paragraphes 101 et 102, renvoyant à *Almrei (Re)*, 2009 CF 1263, [2011] 1 R.C.F. 163, au paragraphe 500; *Charkaoui (Re)*, 2004 CAF 421, [2005] 2 R.C.F. 299, aux paragraphes 153 et 154; *X (Re)*, 2013 CF 1275, [2015] 1 R.C.F. 635 (*X (Re) 2013 CF*), au paragraphe 83, conf. par 2014 CAF 249, [2015] 1 R.C.F.

[127] What, then, are the disclosure obligations of the Service when it seeks a warrant pursuant to section 21 of the Act? The short answer to that question is that all material information should be disclosed. As a matter of law, information is material if it is relevant to the determination a judge must make in deciding whether or not to issue a warrant, and if so, on what terms.

[128] The leading case on disclosure obligations in warrant applications is the decision of the Supreme Court in *R. v. Araujo*, 2000 SCC 65, [2000] 2 S.C.R. 992, where the Court (*per* LeBel) wrote [at paragraphs 46–47]:

...The legal obligation on anyone seeking an *ex parte* authorization is full and frank disclosure of material facts All that [the affidavit] must do is set out the facts fully and frankly for the authorizing judge in order that he or she can make an assessment of whether these rise to the standard required in the legal test for the authorization. Ideally, an affidavit should be not only full and frank but also clear and concise....

A corollary to the requirement of an affidavit being full and frank is that it should never attempt to trick its readers. At best, the use of boiler-plate language adds extra verbiage and seldom anything of meaning; at worst, it has the potential to trick the reader into thinking that the affidavit means something that it does not.... There is nothing wrong—and much right—with an affidavit that sets out the facts truthfully, fully and plainly. Counsel and police officers submitting materials to obtain wiretapping authorizations should not allow themselves to be led into the temptation of misleading the authorizing judge, either by the language used or strategic omissions. [Emphasis in original.]

[129] This notion that police officers seeking a search warrant must refrain from concealing or omitting relevant facts was taken up again in *Morelli*, at paragraph 102. The Supreme Court did not elaborate on what constitutes a material fact. But the case law is replete with statements to the effect that material facts are those which

684 (*X (Re) 2013 CAF*); *X (Re)*, 2016 CF 1105, [2017] 2 R.C.F. 396 (*X (Re) 2016 CF*), aux paragraphes 100 et 107.

[127] Donc, à quelles obligations de communication le Service est-il assujéti lorsqu'il demande un mandat en vertu de l'article 21 de la Loi sur le SCRS? Cela tient en quelques mots : il doit communiquer toutes les informations importantes. En droit, est considérée comme « importante » toute information qui présente un intérêt pour le juge appelé à décerner les mandats, qu'elle ait trait à la décision elle-même ou aux conditions connexes, s'il y a lieu.

[128] S'agissant de l'obligation de communication dans les demandes de mandats, le cas d'espèce est l'arrêt de la Cour suprême *R. v. Araujo*, 2000 CSC 65, [2000] 2 R.C.S. 992, sous la plume du juge LeBel [aux paragraphes 46 et 47] :

[...] Quiconque demande une autorisation *ex parte* a l'obligation juridique d'exposer de manière complète et sincère les faits considérés [...] [L'affidavit] doit simplement énoncer les faits de manière complète et sincère pour que le juge saisi de la demande d'autorisation puisse déterminer s'ils remplissent le critère juridique applicable et justifient l'autorisation. Idéalement, il devrait non seulement être complet et sincère, mais aussi clair et concis [...]

En plus d'être complet et sincère, l'affidavit ne devrait jamais viser à tromper le lecteur. Dans le meilleur des cas, le recours à un libellé standard ne fait qu'ajouter au verbiage et se révèle rarement utile. Dans le pire des cas, il peut inciter le lecteur à penser que l'affidavit a un sens qu'il n'a pas. [...] On ne peut reprocher au déposant — il faudrait plutôt l'en féliciter — d'énoncer les faits de manière sincère, complète et simple. Les avocats et les policiers qui présentent des documents à l'appui d'une demande d'autorisation d'écoute électronique devraient résister à la tentation d'induire le juge en erreur en utilisant certaines formules ou en omettant stratégiquement certains éléments. [Non souligné dans l'original.]

[129] Cette notion selon laquelle le policier qui demande un mandat de perquisition doit éviter de dissimuler ou d'omettre des faits pertinents a été reprise dans l'arrêt *Morelli*, au paragraphe 102. La Cour suprême n'a pas défini ce qu'elle entendait par « faits considérés » (ou « faits importants »). Toutefois, la jurisprudence

may be relevant to an authorizing judge in exercising his or her discretion and determining whether the criteria for granting an authorization have been met. Needless to say, relevant facts will include those facts known to the affiant which would tend to go against what is sought: see, for example, *R. v. G.B. (application by Bogiatzis, Christodoulou, Cusato and Churchill)* (2003), 108 C.R.R. (2d) 294, [2003] O.J. No. 3335 (QL) (S.C.J.), at paragraph 11; *R. v. Luciano*, 2011 ONCA 89, 267 C.C.C. (3d) 16, at paragraph 207. Counsel should also ensure that the legal issues raised by an application are clearly identified: *R. v. Spackman* (2008), 173 C.R.R. (2d) 333, [2008] O.J. No. 2722 (QL) (S.C.J.), at paragraph 18, citing *Ebanks*, at paragraph 30.

[130] What does that mean in the context of section 21 of the Act? Pursuant to subsection 21(3), a judge to whom an application is made must be satisfied of the matters set out in paragraphs 21(2)(a) and (b), which state as follows:

21 ...

Matters to be specified in application for warrant

(2) An application to a judge under subsection (1) shall be made in writing and be accompanied by an affidavit of the applicant deposing to the following matters, namely,

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

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

regorge d'énoncés selon lesquels sont considérés comme « importants » les faits qui peuvent permettre au juge saisi d'une demande d'exercer son pouvoir discrétionnaire et de vérifier si les critères applicables à l'autorisation ont été satisfaits. Il va sans dire que les faits importants comprennent ceux dont dispose le déposant qui pourraient aller à l'encontre de l'autorisation demandée. Voir, à titre d'exemple, *R. v. G.B. (application by Bogiatzis, Christodoulou, Cusato and Churchill)* (2003), 108 C.R.R. (2d) 294, [2003] O.J. n° 3335 (QL) (C.S.J.), au paragraphe 11, ainsi que *R. v. Luciano*, 2011 ONCA 89, 267 C.C.C. (3d) 16, au paragraphe 207. L'avocat doit aussi veiller à bien circonscrire les questions juridiques découlant de la demande. À cet égard, se reporter à *R. v. Spackman* (2008), 173 C.R.R. (2d) 233, [2008] O.J. n° 2722 (QL) (C.S.J.), au paragraphe 18, citant *Ebanks*, au paragraphe 30.

[130] Qu'est-ce que cela signifie dans le contexte de l'article 21 de la Loi sur le SCRS? Aux termes du paragraphe 21(3), le juge saisi de la demande doit être convaincu de l'existence des faits mentionnés aux alinéas 21(2)a) et b).

21 [...]

Contenu de la demande

(2) La demande visée au paragraphe (1) est présentée par écrit et accompagnée de l'affidavit du demandeur portant sur les points suivants :

(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;

[131] It would appear, therefore, that material facts will be those that may be relevant to a designated judge in determining whether the criteria set forth in paragraphs 21(2)(a) and (b) have been met. To make such a determination, the judge will have to make findings of both fact and law. It is therefore incumbent upon counsel and affiants appearing on behalf of the Service to provide every piece of information in their possession that could inform the judge's determinations with respect to both types of findings. Because of the special nature of warrants covered by the Act, this Court went even further in *X (Re) 2013 FCA* and confirmed the broad conception of relevance adopted by the Federal Court.

[132] In that case, Justice Mosley had issued a warrant authorizing the Service to intercept foreign telecommunications and [***] from within Canada. He was persuaded that a prior decision by his colleague Justice Blanchard, holding that the Federal Court did not have jurisdiction to authorize the Service employees to conduct intrusive investigative activities outside of Canada where those activities were likely to constitute a violation of foreign law, was distinguishable. He came to that conclusion on the basis of a different legal argument presented by the Service according to which the Federal Court had jurisdiction to issue the requested warrants because the acts the Court was asked to authorize would all take place in Canada. Yet it was later found that the Service failed to disclose to Justice Mosley that it intended to make requests to foreign agencies to intercept the telecommunications of Canadians abroad, information that was before Justice Blanchard. Justice Mosley found that the Service had breached its duty of candour as a result of that omission, and also concluded not only that the Service had no lawful authority under section 12 of the Act to request foreign agencies to intercept the telecommunications of Canadians abroad, but also that section 21 did not allow the Federal Court to authorize the Service to make such requests.

[133] In coming to his conclusion on the duty of candour, Justice Mosley rejected a narrow conception of relevance that would exclude information about the context in which warrant applications are brought. Rather,

[131] Il semble donc que sont importants les faits qui pourraient permettre au juge désigné de déterminer si les critères établis aux alinéas 21(2)a) et b) ont été respectés. Pour ce faire, celui-ci devra se prononcer tant sur les faits que sur le droit. Partant, il incombe aux avocats et aux déposants qui représentent le Service de fournir au juge toute information qu'ils possèdent et qui peut l'aider à en arriver aux deux types de conclusions. En raison de la nature particulière des mandats prévus par la Loi sur le SCRS, la Cour, dans l'arrêt *X (Re) 2013 CAF*, a confirmé la conception large de la pertinence adoptée par la Cour fédérale.

[132] Dans cette affaire, le juge Mosley avait décerné un mandat autorisant le Service à intercepter des télécommunications étrangères et [***] en territoire canadien. Il avait conclu à l'inapplicabilité en l'espèce d'une décision de son collègue, le juge Blanchard, qui avait statué que la Cour fédérale n'avait pas compétence pour autoriser les employés du Service à mener, à l'extérieur du Canada, des enquêtes comportant intrusion lorsque ces activités violeraient probablement des lois étrangères. Pour en arriver à cette conclusion, il s'est fondé sur un autre argument juridique avancé par le Service, selon lequel la Cour fédérale avait compétence pour décerner les mandats demandés parce les actes qu'elle devait autoriser allaient tous être posés au Canada. Cependant, il a été établi plus tard que le Service avait omis de communiquer au juge Mosley qu'il entendait demander à des services étrangers d'intercepter les télécommunications de Canadiens à l'étranger, information dont disposait le juge Blanchard. D'une part, le juge Mosley a statué que le Service avait manqué à son obligation de franchise en raison de cette omission. D'autre part, il a statué que, non seulement l'article 12 de la Loi sur le SCRS n'autorisait pas le Service à demander à des services étrangers d'intercepter les télécommunications de Canadiens à l'étranger, mais aussi que l'article 21 ne permettait pas à la Cour fédérale d'autoriser le Service à présenter de telles demandes.

[133] Pour ainsi se prononcer sur l'obligation de franchise, le juge Mosley a rejeté une conception étroite de la pertinence qui exclurait les informations relatives au contexte dans lequel une demande de mandat est

Justice Mosley expressed the view that the Court should not be kept in the dark “about matters it may have reason to be concerned about if it was made aware of them” (*X (Re) 2013 FC*, at paragraph 89). On appeal, the Attorney General objected to that test for disclosure, claiming that it did not articulate an intelligible standard. While conceding that this paragraph of the Federal Court decision could have been more elegantly crafted, this Court confirmed that “factors beyond those enumerated in paragraphs 21(2)(a) and (b) will be material to the judicial exercise of discretion” on warrant applications by the Service. As this Court stated, “[h]ad Parliament intended otherwise, subsection 21(3) would provide that upon being satisfied of the enumerated matters a judge ‘shall’ issue a warrant”, instead of “may” (*X (Re) 2013 FCA*, at paragraph 61). In the particular circumstances of this case, therefore, considerations material to the Court’s decision whether to issue the requested warrants included the prior attempt to obtain Justice Blanchard’s authorization to collect security intelligence abroad, and the potential implications of sharing information about Canadian persons with foreign security and intelligence agencies.

[134] It is against this backdrop that Justice Gleeson’s finding of a breach of candour must be assessed. He found that neither the Service nor counsel brought the issue of illegally collected information to the Court’s attention. The Attorney General submits that the Judge erred in so finding. It bears reiterating that 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.

[135] At the very beginning of his reasons, Justice Gleeson made it clear that it was only as a result of Justice Noël’s inquiries in warrant application [***Case A***] that the issue came to light: at paragraphs 3–4. After a long recapitulation of the vagaries through which that file, the two companion applications [***Case C***] and [***Case D***] and the file he was seized with [***Case B***] had passed, he concluded [at paragraph 168]:

présentée. Le juge Mosley était plutôt d’avis que la Cour fédérale doit être informée des « questions au sujet desquelles elle pourrait avoir des réserves si elle en était informée » (*X (Re) 2013 CF*, au paragraphe 89). En appel, le procureur général s’est opposé à ce critère de communication, soutenant qu’il ne s’agissait pas d’une norme intelligible. Si elle a reconnu que ce paragraphe de la décision de la Cour fédérale aurait pu être libellé plus élégamment, la Cour a confirmé que « certains facteurs, outre ceux énumérés aux alinéas 21(2)a) et b), sont pertinents quant à l’exercice du pouvoir discrétionnaire du juge ». Comme l’a énoncé la Cour, « [s]i le législateur en avait voulu autrement, le paragraphe 21(3) aurait disposé que le juge “doit” décerner le mandat », plutôt que « peut » (*X (Re) 2013 CAF*, au paragraphe 61). Partant, dans les circonstances particulières de cette affaire, la demande présentée au juge Blanchard pour obtenir l’autorisation de recueillir des renseignements de sécurité à l’étranger, ainsi que les conséquences possibles d’un échange d’informations sur des Canadiens avec des services de sécurité et de renseignement étrangers, faisaient partie des éléments importants dont la Cour fédérale devait tenir compte dans sa décision relative à la délivrance des mandats.

[134] C’est à la lumière de ces circonstances qu’il y a lieu d’évaluer la conclusion du juge Gleeson quant au manquement à l’obligation de franchise. Il a statué que ni le Service ni l’avocat n’avaient porté à l’attention de la Cour fédérale la question de la collecte illégale d’informations. Le procureur général soutient que le juge a ainsi commis une erreur. Rappelons que la Cour ne peut écarter cette conclusion que si elle constate une erreur manifeste et dominante quant aux conclusions de fait ou si le processus inférentiel était manifestement erroné.

[135] Dans ses motifs, le juge Gleeson a précisé d’entrée de jeu que le problème n’avait été signalé qu’en raison des questions posées par le juge Noël dans le cadre de la demande de mandats [***Dossier A***] (aux paragraphes 3 et 4). Après avoir longuement récapitulé les aléas du dossier, des deux demandes connexes [***Dossier C***] et [***Dossier D***] et de l’affaire dont il était saisi [***Dossier B***], il a conclu [au paragraphe 168] que :

The evidence indicates that the issue of potential illegality was widely known within the circle of those organizations and institutions that play a role in the oversight or management of CSIS operations. SIRC has undertaken reviews and identified concerns to the Service; Public Safety and the Privy Council Office also had knowledge not later than January 2017 as a result of the meeting convened by the then Director that was attended by the then Deputy Minister of Public Safety and the then National Security Advisor. Despite this widespread knowledge and the potential relevance the issue of illegality had in the context of warrant applications, the matter was never brought to this Court's attention. This is inexcusable, particularly where there was a heightened awareness of the import of the duty of candour and ongoing engagement between the Court, the Service and the Department of Justice in the aftermath of the *Associate Data* decision and the Segal Report. It appears only the Court was left in the dark.

[136] The Attorney General submits that the Judge erred in finding that the Service breached its duty of candour in the case before him; that is, [***Case B***] With all due respect, we are of the view that the Attorney General's submission is well-taken, and that the Judge arrived at this finding in large part because the Judge was overly influenced by the genesis of the [***Case B***] application and the protracted proceedings that preceded its filing in September 2018.

[137] There is no doubt that the Service and the Attorney General failed to meet their duty of candour to provide all material facts and to identify the legal issues that may be of concern to the Court in [***Case A, Case C***] and [***Case D***] This was repeatedly and explicitly acknowledged by the Attorney General, first at the *en banc* meeting of February 21, 2019 (see above, paragraphs 70–74), and then both before Justice Gleeson and this Court, in writing and orally. Indeed, the whole purpose of filing a fresh application for warrants in September 2018 was to remedy that failure. At the case management conference of May 2018, counsel for the Attorney General suggested starting over to ensure that all facts be disclosed, that the concerns raised by Justice Noël be addressed and that potential illegalities be identified and dealt with. This was repeated at the *en banc* hearing, where counsel for the Attorney General stated, in reply to a question from Justice Noël, “you were owed better”, and explained that

Selon la preuve, le problème de la possible illégalité était très bien connu dans le cénacle des organisations et des institutions qui jouent un rôle dans la surveillance ou la gestion des opérations du Service. Le CSARS a effectué des examens et signalé ses préoccupations au Service; Sécurité publique et le Bureau du conseil privé en avaient aussi connaissance, et ce, dès janvier 2017, par suite de la réunion alors convoquée par le directeur et à laquelle avaient assisté le sous-ministre de la Sécurité publique et le conseiller à la sécurité nationale (postes qui, depuis, ont changé de titulaire). Malgré cette connaissance répandue et l'importance éventuelle du problème de l'illégalité dans le contexte des demandes de mandats, cette question n'a jamais été portée à l'attention de la Cour. Rien n'excuse cet état de fait, compte tenu, surtout, que dans la foulée de *Données connexes* et du rapport Segal, la Cour, le Service et le ministère de la Justice sont très sensibilisés à l'importance de l'obligation de franchise et entretiennent une collaboration à ce sujet. Il semble que seule la Cour ait été laissée dans l'ignorance.

[136] Le procureur général soutient que le juge a conclu à tort que le Service avait manqué à son obligation de franchise dans le dossier dont il était saisi, c'est-à-dire [***Dossier B***]. Avec égards, la Cour est d'avis que l'observation du procureur général est bien fondée, et que le juge en est arrivé à sa conclusion en grande partie parce qu'il a été trop influencé par l'origine de la demande [***Dossier B***] et par la très longue instance qui en a précédé la présentation en septembre 2018.

[137] Il ne fait aucun doute que, dans les [***Dossier A, Dossier C***] et [***Dossier D***], le Service et le procureur général ont manqué à leur obligation de franchise, c'est-à-dire communiquer tous les faits importants et soulever les questions juridiques susceptibles de préoccuper la Cour fédérale. Le procureur général a maintes fois reconnu explicitement cet état de fait, de vive voix et par écrit, d'abord à l'audience du 21 février 2019 (se reporter aux paragraphes 70 à 74), puis devant le juge Gleeson et, ensuite, devant la Cour. En fait, la nouvelle demande de mandats faite en septembre 2018 visait essentiellement à remédier à ce manquement. Lors de la conférence de gestion d'instance tenue en mai 2018, l'avocat du procureur général a proposé de repartir du début pour veiller à communiquer tous les faits, à répondre aux préoccupations soulevées par le juge Noël, ainsi qu'à reconnaître et à régler les cas possibles d'illégalité. La suggestion a été réitérée à l'audience de février 2019, où l'avocat du

the new application was meant to disclose all the facts allowing the Court to determine whether the information upon which the application was sought had been legally obtained.

[138] In their memorandum before this Court, counsel for the Attorney General submitted that all the material facts regarding the activities by the Service and persons operating on its behalf that likely contravened the *Criminal Code* were proactively identified and disclosed in [***Case A***] and that the duty of candour was breached only to the extent that the legal issues of potential concern to the Court were not identified. That distinction was not taken up at the hearing, and in our view nothing turns upon it. For that reason, there is no need to delve into it.

[139] We can readily appreciate the difficulty of dissociating what took place prior to the filing of the application in [***Case B***] and what took place after. In fact, there is a long history of what has been, at times, a tense relationship between the Service and the Federal Court. Referring notably to the cases of *X (Re) 2013 FC* (where Justice Mosley held that the Service had breached its duty of candour by “strategically omit[ting]” to mention the fact that it intended to seek the assistance of foreign partners in the execution of the requested warrants) and *X (Re) 2016 FC* (where the Federal Court noted that it had only become aware that the Service was indefinitely retaining third-party associated data collected in the execution of warrants as a result of the publication of the 2014–2015 Annual Report of the Security Intelligence Review Committee), Murray Segal characterized the Court’s trust in the Service as “strained” (Segal Report, page 6; appeal book, Vol. 7, tab 64-B, page 2580). We also find various expressions of exasperation in comments made by the Chief Justice, Justice Noël and Justice Mosley in the proceedings leading to the hearing before Justice Gleeson, most notably during the February 2019 *en banc* hearing: see, for example, appeal book, Vol. 11, tab 95, pages 4110–4114 and 4126–4128 (summarized above, at paragraph 68). In his Direction

procureur général a déclaré [TRADUCTION] « vous méritiez mieux » en réponse à une question du juge Noël et expliqué que la nouvelle demande visait à communiquer tous les faits permettant à la Cour fédérale de déterminer si les informations sur lesquelles était fondée la demande avaient été obtenues légalement.

[138] Dans le mémoire qu’il a présenté à la Cour, l’avocat du procureur général a soutenu que tous les faits importants ayant trait aux activités du Service et des personnes agissant pour son compte qui avaient probablement enfreint le *Code criminel* avaient été relevés et communiqués de façon proactive dans la demande [***Dossier A***], et qu’il y avait eu manquement à l’obligation de franchise uniquement dans la mesure où des questions juridiques susceptibles de préoccuper la Cour fédérale n’avaient pas été soulevées. Cette distinction n’a pas été faite à l’audience; la Cour est d’avis qu’elle est sans conséquence et que, partant, il n’est pas nécessaire d’approfondir la question.

[139] La Cour comprend bien qu’il est difficile de dissocier les événements précédant et suivant la présentation de la demande [***Dossier B***]. En fait, la relation parfois tendue entre le Service et la Cour fédérale ne date pas d’hier. Se reportant notamment aux décisions *X (Re) 2013 CF* (dans laquelle le juge Mosley a soutenu que le Service avait manqué à son obligation de franchise en « décid[ant] d’omettre » les renseignements concernant son intention de demander l’assistance de partenaires étrangers pour exécuter les mandats demandés) et *X (Re) 2016 CF* (dans laquelle la Cour fédérale a souligné n’avoir appris que le Service conservait indéfiniment des données connexes de tiers recueillies dans l’exécution de mandats qu’à la suite de la publication du rapport annuel de 2014–2015 du Comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité), Murray Segal a affirmé que la confiance de la Cour fédérale envers le Service avait été « minée » (rapport Segal, à la page 7; dossier d’appel, vol. 7, onglet 64-B, à la page 2580). La Cour constate également que des commentaires formulés par le juge en chef, le juge Noël et le juge Mosley au cours des instances menant à l’audience tenue devant le juge Gleeson, particulièrement lors de l’audience de février 2019, témoignent d’une certaine exaspération. À titre d’exemple, se reporter au dossier d’appel, vol. 11, onglet 95, aux

dated March 20, 2019, the Chief Justice again spoke of the “systemic nature” of the failures to respect the duty of candour (appeal book, Vol. 9, tab 72, page 3274). Clearly, the Service has fallen short on numerous occasions of living up to the standard of good faith that one is entitled to expect in *ex parte* proceedings, and a number of judges of the Federal Court have rightly expressed their displeasure with such behaviour.

[140] That being said, judges are expected to rule on the matter before them on the sole basis of the record pertaining to that matter. Having carefully considered the record, affidavits, exhibits and testimony supporting the application in [***Case B***] as well as the transcripts of the various proceedings in that file, we are of the view that Justice Gleeson’s finding that the duty of candour was breached by the Service in this particular application is not supported by the evidence. Not only were all the material facts disclosed, but the legal issues that could be of concern to the Court were also appropriately flagged.

[141] Most of the relevant facts relating to the [***investigation***] in which the Service [***] paid an individual believed to be engaged in terrorist activities in exchange for information, had been already disclosed in the material supporting the [***Case A***] application. In her affidavit dated March [***] 2018, the Service’s affiant described at length the nature of the [***investigation***] The affiant also identified the information in her affidavit that had been collected by [***] Upon appearing before Justice Noël in April 2018, that same affiant was questioned by the Judge and gave more detail.

[142] The real concern of Justice Noël during that *ex parte* April hearing was legal in nature, and did not seem to relate to the facts being disclosed (or not disclosed, for that matter). He was concerned that the application for the warrant appeared to be based on information that may have been potentially illegally collected, and that he was the first one to raise that issue (appeal book, Vol. 3, tab 24, page 905). That failure of the Service and of the Attorney General to proactively raise that issue was the

pages 4110 à 4114 et 4126 à 4128 (propos résumés au paragraphe 68 des présents motifs). Dans sa directive du 20 mars 2019, le juge en chef a de nouveau évoqué la « nature systémique » des manquements à l’obligation de franchise (dossier d’appel, vol. 9, onglet 72, à la page 3274). Manifestement, à de nombreuses reprises, le Service n’a pas su faire preuve de la bonne foi à laquelle les intervenants à une instance *ex parte* sont en droit de s’attendre, et un certain nombre de juges de la Cour fédérale ont, à juste titre, exprimé leur mécontentement à cet égard.

[140] Cela dit, un juge est censé se prononcer sur l’affaire dont il est saisi en se fondant uniquement sur le dossier connexe. Après avoir soigneusement pris connaissance du dossier, des affidavits, des pièces et des témoignages à l’appui de la demande [***Dossier B***] ainsi que des transcriptions des diverses instances, la Cour est d’avis que la preuve n’abonde pas dans le sens de la conclusion du juge Gleeson, qui a statué que le Service avait manqué à son obligation de franchise. Non seulement les faits importants ont-ils tous été communiqués, mais les questions juridiques susceptibles de préoccuper la Cour fédérale ont aussi été dûment signalées.

[141] Pour l’essentiel, les faits importants ayant trait [***à l’enquête***] au cours de laquelle [***] Service a payé, en échange d’informations, une personne soupçonnée de mener des activités terroristes, avaient été communiqués dans les documents en appui à la demande [***Dossier A***]. Dans son affidavit du [***] mars 2018, la déposante du Service a décrit en détail la nature [***de l’enquête***] En outre, dans son affidavit, la déposante a mis en relief les informations [***] avait permis de recueillir. En avril 2018, interrogée par le juge Noël, cette même déposante a donné d’autres détails.

[142] Lors de cette audience tenue *ex parte* en avril, le sujet d’inquiétude véritable du juge Noël était de nature juridique et ne semblait pas liée aux faits communiqués (non communiqués, plutôt); selon lui, la demande de mandats semblait fondée sur des informations susceptibles d’avoir été recueillies illégalement, et il était le premier à soulever cette question (dossier d’appel, vol. 3, onglet 24, à la page 905). Le Service et le procureur général ont omis de soulever cette question de façon

breach of candour in the [***Case A***] application. In a Direction following the April hearing, Justice Noël sought further clarification from the Service on a number of issues. With respect to the [***investigation***] he once again queried the Service's authority to conduct such [***investigations***] and asked for written representations with respect to the legality of the payments made [***]

[143] It was precisely to come to grips with the “important questions” (as counsel for the Service characterized them) raised by Justice Noël, and to ensure that they were dealt with in light of all the relevant facts, that the fresh application in [***Case B***] was filed in September of 2018. In her letter to the Court dated June 6, 2018, counsel acting on behalf of the NSLAG stated that additional evidence would be filed to address the legal issues raised by the Court, one of which she identified as follows: “whether section 12 of the *CSIS Act* authorizes the Service to engage in this type of [***investigation***] and [...] whether there are limits on the collection, retention or use of information obtained through [***an investigation***] that entails providing a payment to [***an individual known to be facilitating or carrying out terrorism***]” (appeal book, Vol. 3, tab 24, page 1062; see also the transcript of the February 2019 *en banc* hearing, appeal book, Vol. 11, tab 95, pages 4119–4120). And this is clearly how the new application was perceived by Justice Gleeson. At the July 4, 2018, case management conference hearing, the Service reiterated that it wanted to file a fresh application to deal with the legal issues that were of concern to the Court, with more evidence, and Justice Gleeson understood that this fresh application “ha[d] its genesis in the circumstances of [***Case A***]” but “need[ed] to stand on its own” (appeal book, Vol. 3, tab 24, page 1103).

[144] The affidavit initially filed in support of the new application in September of 2018 contained much of the same information that had been before Justice Noël, but with additional context and detail with respect to the payment and provision of goods [***] and, [***] to

proactive, ce qui a constitué le manquement à l'obligation de franchise dans le [***Dossier A***]. Dans une directive consécutive à l'audience d'avril, le juge Noël a demandé au Service des précisions sur différentes questions. S'agissant [***de l'enquête***] il a de nouveau mis en doute le pouvoir du Service de mener une telle [***enquête***] et a demandé des observations écrites quant à la légalité des paiements versés [***].

[143] C'est précisément pour faire face aux [TRADUCTION] « questions importantes » (expression utilisée par l'avocat du Service) soulevées par le juge Noël et pour veiller à ce qu'elles soient réglées en fonction de tous les faits pertinents que le Service a présenté, en septembre 2018, la nouvelle demande [***Dossier B***] Dans sa lettre du 6 juin 2018 à la Cour fédérale, l'avocate du GLCSN a affirmé que de nouveaux éléments de preuve allaient être présentés en réponse aux questions juridiques soulevées, dont l'une était la suivante : [TRADUCTION] « la possibilité que l'article 12 de la Loi sur le SCRS autorise le Service à mener ce type [***d'enquête***] et [...] les limites éventuelles de la collecte, de la conservation ou de l'utilisation d'informations obtenues dans le cadre [***d'une enquête***] qui implique le versement d'un paiement à [***un individu connu pour faciliter ou effectuer des actes de terrorisme***] » (dossier d'appel, vol. 3, onglet 24, à la page 1062; transcription de l'audience de février 2019 au dossier d'appel, vol. 11, onglet 95, aux pages 4119 et 4120). C'est ainsi, manifestement, que le juge Gleeson a perçu la nouvelle demande. À la conférence de gestion d'instance du 4 juillet 2018, le Service a réitéré qu'il souhaitait présenter une nouvelle demande comportant davantage d'éléments de preuve afin de régler les questions juridiques qui préoccupaient la Cour fédérale. Le juge Gleeson a compris que cette nouvelle demande [TRADUCTION] « [tirait] son origine dans le contexte entourant la demande [***Dossier A***] », mais qu'elle « [devait] avoir son propre fondement » (dossier d'appel, vol. 3, onglet 24, à la page 1103).

[144] L'affidavit d'abord présenté en septembre 2018 en appui à la nouvelle demande contenait essentiellement les informations déjà soumises au juge Noël, avec de nouveaux éléments de contexte et des détails relatifs aux paiements versés et aux biens fournis [***] et,

[***] The Service went as far as to highlight the paragraphs containing information that had been obtained through [***certain collection methods***] the reliability and legality of which had been questioned by Justice Noël (appeal book, Vol. 6, tab 44, page 2405). During the course of his examination, the affiant acknowledged that the Service was aware that the payments [***] may have been unlawful (appeal book, Vol. 5, tab 37, pages 1852 and 1871).

[145] The Service went beyond this initial affidavit and responded to a number of requests from the Court throughout both the [***Case B***] application and the common issues proceeding. It filed a first supplementary affidavit on November 8, 2018 relating to the Service policies applicable to the [***investigation***] an affidavit of documents on January 25, 2019, disclosing all of the records concerning the approvals of payments and the provision of [***] to [***] and payment operations related to [***] another affidavit of documents sworn January 25, 2019, providing the Court with copies of three legal opinions on the applicability of the Crown immunity defence to the activities of the Service, and two other supplementary affidavits (sworn respectively on February 28, 2019, and March 8, 2019) responding to undertakings and reviewing the documentation and records to determine, among other things, when the potential illegality of [***certain collection methods***] was first considered and whether the Director of the Service, the Minister and the Deputy Minister of Public Safety were alerted to the fact that information relied upon in [***Case A***] and [***Case B***] applications was likely derived from illegal activities.

[146] On top of these affidavits, 11 other affidavits from former and current officials from the Service and the Department of Justice were filed by the Service to address questions from the Court as to “who knew what when” about the provision of legal advice on Crown immunity. As recognized by Justice Gleeson, this brought the total number of affiants who placed evidence before the Court to 14, 11 of whom appeared before the Court for examination and cross-examination on their affidavits: at paragraph 33. Finally, a supplemental affidavit updating the investigation was filed in April 2019,

[***] Le Service est allé jusqu’à mettre en relief les paragraphes contenant les informations obtenues dans le cadre [***de certaines méthodes de collecte***] dont le juge Noël avait remis en question la fiabilité et la légalité (dossier d’appel, vol. 6, onglet 44, à la page 2405). Pendant son interrogatoire, le déposant a reconnu que le Service savait que les paiements versés [***] pouvaient avoir été illégaux (dossier d’appel, vol. 5, onglet 37, aux pages 1852 et 1871).

[145] Le Service ne s’est pas contenté de ce premier affidavit et a répondu à diverses requêtes de la Cour fédérale tant au cours du traitement de la demande [***Dossier B***] que dans le cadre de l’instance sur les questions d’intérêt commun. Le 8 novembre 2018, il a déposé un premier affidavit supplémentaire sur ses politiques applicables [***à l’enquête***]; le 25 janvier 2019, dans un affidavit, il a remis à la Cour fédérale tous les documents relatifs à l’approbation des paiements et à la fourniture de [***] ainsi qu’aux opérations de paiement liées [***]; le 25 janvier 2019 également, dans un autre affidavit de documents, il a donné à la Cour fédérale des copies de trois avis juridiques sur la possibilité d’invoquer l’immunité de l’État quant aux activités du Service; dans deux autres affidavits supplémentaires (déposés les 28 février et 8 mars 2019), il a répondu aux engagements et examiné les documents pour déterminer, entre autres, à quel moment la possible illégalité [***de certaines méthodes de collecte***] avait d’abord été envisagée, et si le directeur du Service, le ministre et le sous-ministre de la Sécurité publique avaient été avisés que des informations utilisées dans les demandes [***Dossier A***] et [***Dossier B***] découlaient probablement d’activités illégales.

[146] En outre, 11 autres affidavits ont été présentés par des représentants anciens et actuels du Service et du ministère de la Justice en réponse à des questions de la Cour fédérale quant à « qui savait quoi, et quand », sur la prestation d’avis juridiques relatifs à l’immunité de l’État. Ainsi, comme l’a souligné le juge Gleeson dans sa décision, 14 déposants ont présenté des éléments de preuve à la Cour fédérale, dont 11 ont été interrogés et contre-interrogés (au paragraphe 33). Enfin, en avril 2019, le Service a fait le point sur l’enquête dans un affidavit supplémentaire donnant des détails sur d’autres paiements

providing details on further payments and provision of [***] by a human source, and a copy of the initial affidavit of September 2018 highlighting all potentially unlawful activities was refiled: at paragraphs 251–252; see also appeal book, Vol. 4, tab 33; Vol. 5, tab 34 and Vol. 6, tab 51.

[147] In light of all that evidence and of the fact that each of the required affiants appeared voluntarily before the Court without any subpoenas being issued, it is difficult to say that the Service was not forthcoming or that it did not disclose all the material facts regarding the potentially unlawful activities from which the information supporting the [***Case B***] application originated. Indeed, Justice Gleeson himself seems to have recognized as much, not only because he granted the warrants but more importantly because he acknowledged in his reasons that the Service “had ... disclosed the circumstances in which payments, goods or services had been provided in contravention or potential contravention of the *Criminal Code*” and that “[t]he information collected through those sources and the [***investigation***] and relied upon in the application was identified”: at paragraph 263.

[148] It appears that what really bothered Justice Gleeson and prompted him to conclude that the Service breached its duty of candour was its failure to recognize the issue of illegality and to raise it with the Court. There are several paragraphs in the reasons where this flaw is identified as being of particular concern for the Court (see, for example, paragraphs 4, 93 and 98). The very first paragraph of the formal judgment, which is precisely the paragraph that the Attorney General seeks to set aside in this appeal, reads as follows:

The Canadian Security Intelligence Service breached the duty of candour it owed to the Court in failing to proactively identify and disclose that it had included in support of warrant applications [***Case A***] and [***Case B***] information that was likely derived from illegal activities.

versés et sur la fourniture d’autre [***] par une source humaine. En outre, une copie de l’affidavit original de septembre 2018 a été déposée, dans laquelle toutes les activités susceptibles d’être illégales étaient mises en relief (aux paragraphes 251 et 252; dossier d’appel, vol. 4, onglet 33, vol. 5, onglet 34 et vol. 6, onglet 51).

[147] Compte tenu de toute cette preuve et du fait que chacun des déposants s’est présenté devant la Cour fédérale de sa propre initiative, sans citation à comparaître, il est difficile d’affirmer que le Service n’était pas disposé à collaborer ou qu’il n’a pas communiqué l’ensemble des faits importants ayant trait aux activités peut-être illégales ayant donné lieu aux informations utilisées en appui à la demande [***Dossier B***] En fait, le juge Gleeson lui-même semble l’avoir reconnu, non seulement parce qu’il a décerné les mandats, mais surtout parce qu’il a admis dans ses motifs que le Service avait « révélé les circonstances du versement, de la fourniture ou de la prestation de paiements, de biens ou de services en infraction ou en possible infraction avec le *Code criminel* » et que « [l]es informations recueillies auprès des sources et au moyen [***de l’enquête***] qui [avaient] servi à établir la demande [avaient] été reconnues comme telles » (au paragraphe 263).

[148] Il semble que l’omission, par le Service, de reconnaître le problème d’illégalité et de le signaler à la Cour fédérale soit l’élément déclencheur des préoccupations du juge Gleeson et ce qui l’a mené à conclure que le Service avait manqué à son obligation de franchise. Dans plusieurs paragraphes de ses motifs (p. ex. les paragraphes 4, 93 et 98), le juge Gleeson souligne que cette lacune préoccupe particulièrement la Cour fédérale. Le tout premier paragraphe du jugement officiel, soit précisément celui que le procureur général cherche à faire annuler en l’espèce, est ainsi libellé :

Le Service canadien du renseignement de sécurité a manqué à son obligation de franchise envers la Cour, c’est-à-dire qu’il a négligé de reconnaître et de communiquer de façon proactive qu’il avait utilisé, en appui aux demandes de mandats dans les dossiers [***Dossier A***] et [***Dossier B***] des informations découlant probablement d’activités illégales.

[149] We must confess that we find it hard to reconcile this finding (as it applies to [***Case B***] with the record that was before Justice Gleeson. The Attorney General did indeed concede that the legal issues flowing from the provision of money and other goods to a person who was [***] believed to be engaged in terrorist activities should have been more clearly brought to the attention of Justice Noël in [***Case A***]. That breach was attributable not only to the failings of a particular counsel who testified that he had not recognized that these issues arose, but more importantly, as noted by Justice Gleeson, to a “severe institutional failing”: at paragraph 96. But the leap from that acknowledgement to the finding that a similar breach occurred in [***Case B***] is never clearly explained and is, in our view, unwarranted.

[150] As previously mentioned, it was at the initiative of counsel for the Service that a proposal was made to file a fresh application to deal more exhaustively with the legal issues raised by Justice Noël in May 2018, a proposal initially well-received by Justice Noël and then formalized by the Service by way of a letter in early June 2018. This offer was taken up by Justice Noël, who issued a Direction a week later whereby he asked the Chief Justice to appoint another designated judge who would deal with the issues he had identified (one of which being the impact of relying on illegally gathered evidence to obtain a warrant) and possibly “adjudicate afresh or *de novo*” a duly filed new application (appeal book, Vol. 3, tab 24, pages 1065–1066).

[151] Following several months of discussion between the Court, counsel for the Service and the *amici*, and after a few case management conferences, the Court finally set out the questions that were to be addressed in [***Case B***] including the legal implications of having provided money or goods to individuals who are subjects of investigation [***]. If questions of lawfulness or the infringement of Charter rights indeed arose in that respect, the Court went on to ask whether the Service, “initially (in [***Case A***] or subsequently in [***Case B***])”, provided sufficient information in

[149] La Cour avoue avoir du mal à concilier, d’une part, cette conclusion (comme elle s’applique au [***Dossier B***] et, d’autre part, le dossier dont disposait le juge Gleeson. Le procureur général a bel et bien reconnu qu’il aurait fallu porter plus clairement à l’attention du juge Noël, dans le [***Dossier A***] les questions juridiques ayant trait à la fourniture d’argent et d’autres biens à une personne qui faisait [***] soupçonnée de mener des activités terroristes. Le manquement a été attribué non seulement à la défaillance d’un avocat en particulier qui, dans son témoignage, a affirmé ne pas avoir reconnu que ces questions se posaient, mais surtout à de « graves défaillances organisationnelles » (au paragraphe 96). Toutefois, le lien entre « reconnaître cet état de fait » et « conclure qu’un manquement de même nature s’est produit dans le [***Dossier B***] » n’est jamais clairement expliqué et, de l’avis de la Cour, n’est pas fondé.

[150] Comme il en a été question plus haut, c’est un avocat du Service qui a proposé de présenter une nouvelle demande de mandats permettant de traiter plus en profondeur les questions juridiques soulevées par le juge Noël en mai 2018. La proposition, bien reçue par ce dernier, a été officialisée au début de juin 2018 dans une lettre du Service. Le juge Noël a saisi l’offre et, une semaine plus tard, a émis une directive dans laquelle il a demandé au juge en chef de saisir un autre juge désigné des questions qu’il avait soulevées (notamment l’incidence d’utiliser, dans une demande de mandats, des éléments de preuve recueillis illégalement), juge qui, peut-être, [TRADUCTION] « se prononcerait *de novo* » sur une nouvelle demande présentée en bonne et due forme (dossier d’appel, vol. 3, onglet 24, aux pages 1065 et 1066).

[151] Après plusieurs mois de discussion entre les avocats du Service, les *amici* et la Cour fédérale, ainsi que quelques conférences de gestion d’instance, cette dernière a finalement circonscrit les questions à traiter dans le [***Dossier B***] notamment l’incidence, sur le plan juridique, de la remise d’argent ou de biens à des personnes qui sont visées par une enquête [***]. Des questions de légalité ou de violation des droits garantis par la Charte ont effectivement été soulevées à cet égard, et la Cour fédérale s’est demandé si le Service, [TRADUCTION] « d’entrée de jeu (dans le [***Dossier A***] ou

respect of those questions as they related to the information relied upon in the warrant applications (appeal book, Vol. 2, tab 17, pages 645–646).

[152] It is difficult to conceive how the question could have been more bluntly put forward, and how it can be said that the Service breached its duty of candour in failing to proactively identify and disclose its use of information likely derived from illegal activities in support of its application in [***Case B***]. The Judge was obviously entitled to come to that conclusion with respect to the [***Case A***] application (it was indeed conceded by the Attorney General), but it was a palpable and overriding error in effect to amalgamate the two applications and to apply the same conclusion to the [***Case B***] application. There is simply no justification to take the Attorney General's concession that the duty of candour had been breached in the first application as an admission that a similar breach occurred in the second, which stood on its own.

[153] The *amici* submitted that the Judge made no such mistake and was not confused when he found a breach of the duty of candour in the case before him. In their view, it was not sufficient for the Attorney General to disclose, both in [***Case A***] and [***Case B***] that the evidence relied upon to support the warrant applications was obtained illegally; what should also have been disclosed is that the illegality was intentional, to the extent that the Service and the Attorney General acted in the face of legal advice confirming that Crown immunity could not be raised as a defence by the Service employees and sources engaged in conduct that violates the prohibition of the *Criminal Code* relating to the financing of terrorism. When Justice Gleeson's reasons are read in context and as a whole, contended the *amici*, it is clear that the duty of candour breach identified in [***Case B***] related to the failure to disclose that background information and the institutional policy of weighing illegality against the value of intelligence. In other words, what the Judge really wanted to say was that the Service, having sought to rely on evidence that

par la suite dans le [***Dossier B***]) », avait fourni suffisamment d'informations sur ces questions quant à leur lien avec les informations utilisées dans les demandes de mandats (dossier d'appel, vol. 2, onglet 17, aux pages 645 et 646).

[152] Il est difficile d'imaginer comment la question aurait pu être posée plus directement et comment il est possible d'affirmer que le Service a manqué à son obligation de franchise en omettant de reconnaître et de communiquer, de façon proactive, qu'il avait utilisé des informations découlant probablement d'activités illégales en appui à la demande [***Dossier B***]. De toute évidence, le juge pouvait en arriver à cette conclusion relativement à la demande [***Dossier A***] (ce qu'a effectivement admis le procureur général); toutefois, amalgamer les deux demandes et appliquer la même conclusion à la demande [***Dossier B***] était, de fait, une erreur manifeste et dominante. Absolument rien ne justifie de considérer que le procureur général, en reconnaissant qu'il y avait eu manquement à l'obligation de franchise dans le cadre de la première demande, admettait également un tel manquement pour la deuxième, qui existait de façon indépendante.

[153] Selon les *amici*, le juge n'a pas commis une telle erreur, et sa conclusion quant au manquement à l'obligation de franchise dans l'affaire dont il était saisi ne traduisait aucune confusion. À leur avis, il ne suffisait pas que le procureur général, s'agissant des demandes [***Dossier A***] et [***Dossier B***], précise que les éléments de preuve utilisés en appui avaient été obtenus illégalement; il lui aurait aussi fallu spécifier que cette illégalité était intentionnelle, au point où le Service et le procureur général avaient agi malgré des avis juridiques confirmant qu'il n'était pas possible d'invoquer l'immunité de l'État pour défendre les employés et les sources du Service qui menaient des activités contrevenant aux dispositions du *Code criminel* sur le financement d'activités terroristes. Les *amici* ont soutenu qu'à la lecture des motifs du juge Gleeson en contexte et de façon globale, il devient manifeste que le manquement à l'obligation de franchise signalé dans le [***Dossier B***] a trait à l'omission de communiquer ces informations contextuelles et la politique organisationnelle consistant à mettre en balance l'illégalité d'un

was likely derived from illegal activities, breached the duty of candour in [***Case B***] by failing to disclose that it knew about the illegal character of these activities.

[154] This interpretation is borne out by the reasons provided by Justice Gleeson, at paragraphs 132 and 134:

The *amici* argue that the candour breach continued even after counsel identified illegality as an issue in [***Case A***]. This is because counsel did not candidly advise the Court that the Service was aware, based on the legal advice it had received, of the illegal character of the collection activities it had undertaken. The *amici* argue that counsel was required to seek a waiver of privilege prior to appearing before the Court to allow these circumstances to be fully disclosed.

...

I am persuaded by the *amici* view: in these unique circumstances candour required that counsel seek a waiver of privilege prior to appearing before the Court....

[155] Needless to say, the Attorney General vigorously disputed this position and stated that there was nothing unique in the circumstances of this case that would justify an interference with solicitor-client privilege. We agree with the *amici* that this is the core issue on this appeal, and we will now turn our attention to it.

B. Solicitor-Client Privilege

[156] In his reasons, Justice Gleeson aptly reiterated that the Service is limited in its capacity to investigate threats to the national security to Canada by its “foundational commitment” to act within the bounds of the law: at paragraph 37. This commitment, as he points out, is rooted in the statement in the 1981 McDonald Commission Report [Commission of Inquiry Concerning Certain Activities of the Royal Canadian Mounted Police, *Second Report: Freedom and Security under the Law*],

acte et l’utilité des renseignements qu’il peut permettre d’obtenir. Autrement dit, le juge voulait dire en réalité que le Service, ayant cherché à s’appuyer sur des éléments de preuve qui découlaient probablement d’activités illégales, avait manqué à son obligation de franchise en omettant de préciser qu’il était au courant du caractère illégal des activités en question.

[154] Les motifs donnés par le juge Gleeson aux paragraphes 132 et 134 confirment cette interprétation :

Les *amici* soutiennent que le manquement à l’obligation de franchise s’est poursuivi même après que les avocats ont reconnu le problème de l’illégalité dans le dossier [***Dossier A***], et ce, parce que les avocats n’ont pas, en toute franchise, avisé la Cour que le Service, sur la foi des avis juridiques qu’il avait reçus, était au courant du caractère illégal des activités de collecte entreprises. Selon les *amici*, pour que les circonstances aient pu être pleinement exposées, il aurait fallu que les avocats demandent une renonciation au privilège avant de comparaître devant la Cour.

[...]

L’opinion des *amici* me convainc : dans ces circonstances uniques, l’obligation de franchise nécessitait que les avocats demandent une renonciation au privilège avant de comparaître devant la Cour [...]

[155] Il va sans dire que le procureur général a contesté vigoureusement cette position et a déclaré que les circonstances de l’affaire ne comportaient aucun élément unique qui justifierait de porter atteinte au secret professionnel de l’avocat. La Cour convient avec les *amici* que cette question, sur laquelle elle se penche ci-dessous, est au cœur de l’espèce.

B. Secret professionnel de l’avocat

[156] Dans ses motifs, le juge Gleeson a réitéré à juste titre que la capacité du Service à enquêter sur les menaces pour la sécurité nationale est restreinte par son « engagement fondamental » envers la collecte légale de renseignements (au paragraphe 37). Cet engagement, a-t-il souligné, tire son origine du rapport de la Commission McDonald de 1981 [Commission d’enquête sur certaines activités de la Gendarmerie royale du Canada, *Deuxième rapport : La liberté et la sécurité*

that the rule of law must be observed in all security operations. This is uncontroversial, and has repeatedly been reiterated by this Court and the Federal Court: see, for example, *X (Re)*, 2018 FC 738, [2019] 1 F.C.R. 567, at paragraphs 22–26; *X (Re) 2016 FC*, at paragraphs 129–132. What is novel, however, is the inference drawn by the Judge that the duty of candour, as a corollary to the respect for the rule of law, necessarily required counsel appearing on behalf of the Service to seek a waiver of solicitor-client privilege prior to appearing before the Court. This would permit counsel to inform the Court that the Service was aware of the illegal character of its collection activities on the basis of the legal advice it had received.

[157] In the Judge’s view, the failure by counsel to disclose the legal advice provided to the Service and, therefore, the degree of knowledge by the Service of the illegally obtained nature of the information relied upon to support its application for a warrant, was “in the unique circumstances of this case”, a breach of the rule of law: at paragraphs 134 and 163. Unfortunately, Justice Gleeson does not elaborate on the rationale underlying this crucial finding, devoting only three paragraphs to the question (at paragraphs 132–134), and one is therefore left to rely on the *amici*’s argument to which he explicitly refers with approval.

[158] In their submission before us, the *amici* developed the argument that they put before the Federal Court. It is premised on the test ultimately adopted by the Federal Court with respect to the use of illegally collected information in support of a section 21 warrant request. A brief discussion of that test is therefore in order to fully grasp the *amici*’s position.

[159] Based on *R. v. Grant*, [1993] 3 S.C.R. 223, [1993] 8 W.W.R. 257 (*Grant No. 1*), at paragraph 79, it appears that a judge must automatically excise evidence arising from a Charter breach or that was otherwise unlawfully obtained when considering a police officer’s reasonable and probable grounds in applying for a warrant. See also, to the same effect, *R. v. Spencer*, 2014 SCC 43, [2014] 2 S.C.R. 212, at paragraph 74; *R. v. Mahmood*, 2011 ONCA 693, 107 O.R. (3d) 641, at paragraph 116;

devant la loi], selon lequel il est nécessaire de respecter la primauté du droit dans toutes les opérations de sécurité. Cela ne soulève aucune controverse; la Cour et la Cour fédérale l’ont répété maintes fois, par exemple dans les décisions *X (Re)*, 2018 CF 738, [2019] 1 R.C.F. 567, aux paragraphes 22 à 26, et *X (Re) 2016 CF*, aux paragraphes 129 à 132. Ce qui est nouveau, toutefois, c’est que le juge a conclu que l’obligation de franchise, un corollaire du respect de la primauté du droit, exige de l’avocat qui représente le Service qu’il demande une renonciation au secret professionnel avant de se présenter devant la Cour fédérale. Il serait ainsi en mesure d’aviser cette dernière que le Service avait connaissance du caractère illégal de ses activités de collecte, et ce, en raison des avis juridiques qu’il avait reçus.

[157] Selon le juge, en ne communiquant pas à la Cour fédérale les avis juridiques donnés au Service et, partant, en taisant ce que savait ce dernier du caractère illégal des informations sur lesquelles il avait fondé la demande de mandats, l’avocat a fait entorse à la primauté du droit « dans les circonstances uniques de l’affaire » (aux paragraphes 134 et 163). Malheureusement, le juge Gleeson ne s’est pas attardé à justifier cette conclusion fondamentale, ne consacrant que trois paragraphes (de 132 à 134) à la question. Partant, il est nécessaire de se reporter à l’argument des *amici*, qu’il cite explicitement avec approbation.

[158] Dans leurs observations à la Cour, les *amici* ont développé l’argument qu’ils avaient présenté à la Cour fédérale. Il repose sur le critère que la Cour fédérale a fini par utiliser quant à la collecte illégale d’informations en appui à une demande de mandats faite en vertu de l’article 21. Partant, une bonne compréhension de la position des *amici* repose sur un bref exposé de ce critère.

[159] Suivant l’arrêt *R. c. Grant*, [1993] 3 R.C.S. 223 (*Grant n°1*), au paragraphe 79, il semble que le juge, lorsqu’il étudie les motifs raisonnables et probables exposés par le policier qui demande un mandat, doit automatiquement exclure les éléments de preuve qui découlent d’une violation de la Charte ou qui ont autrement été obtenus illégalement. À cet égard, se reporter également à l’arrêt *R. c. Spencer*, 2014 CSC 43, [2014] 2 R.C.S. 212, au paragraphe 74; *R. v. Mahmood*, 2011 ONCA 693, 107

R. v. Wiley, [1993] 3 S.C.R. 263, (1993), 84 C.C.C. (3d) 161. This rule may seem harsh, especially in light of the fact that similar evidence will only be excluded at trial as a result of a carefully balanced exercise, but it has survived so far. Both the Attorney General and the *amici* agreed that such a draconian rule was not desirable in a national security context, and the Federal Court also agreed, stating that “[a]n automatic excision rule could lead a designated judge to not issue a warrant due to a minor illegality even where the threat under investigation is significant”: at paragraph 186.

[160] Accepting that it is the role of the designated judge to balance the societal interest of maintaining national security against individual rights and interests, the Court therefore adopted a more nuanced approach along the lines of the test developed in *R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353 (*Grant No. 2*) in the context of subsection 24(2) of the Charter. As a result, the Court held that three factors should be considered when determining whether information that was likely collected in contravention of the law should nevertheless be admitted in support of a warrant application under the Act. These factors (the most relevant one for our purposes being the seriousness of the illegal activities) are reproduced at paragraph 114 of these reasons.

[161] This finding of the Federal Court is not challenged by the parties, nor could it be since it is the test that they proposed in the first place. The *amici*, however, drew a conclusion from this test that was vigorously opposed by the Attorney General.

[162] Stripped to the essential, the *amici*'s argument goes like this. In light of the factors to be considered when determining whether information connected to illegal conduct should be admitted in support of a warrant application, and in particular the first one relating to the seriousness or the intentionality of that illegal conduct, it is not sufficient for the Service to simply let the Court know that the evidence was obtained with knowledge of the illegality involved in its collection. If the judge is to be in a position to perform the balancing analysis called

O.R. (3d) 641, au paragraphe 116; *R. c. Wiley*, [1993] 3 R.C.S. 263. Cette règle peut paraître sévère, compte tenu, surtout, du fait que des éléments de preuves similaires ne seront exclus d'un procès qu'au terme d'un exercice de mise en balance rigoureux; toutefois, elle s'est maintenue jusqu'à maintenant. Tant le procureur général que les *amici* ont convenu qu'une règle aussi draconienne n'était pas souhaitable dans le contexte de la sécurité nationale. La Cour fédérale a abondé dans leur sens : « Une telle règle [d'exclusion automatique] pourrait amener un juge désigné à ne pas décerner un mandat en raison d'une illégalité mineure, même si l'enquête vise une menace grave » (au paragraphe 186).

[160] Reconnaisant le rôle du juge désigné dans la mise en balance, d'une part, de l'intérêt pour la collectivité d'assurer la sécurité nationale et, d'autre part, des droits et des intérêts personnels, la Cour fédérale a donc adopté une approche plus nuancée, inspirée du critère élaboré dans l'arrêt *R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353 (*Grant n° 2*) dans le contexte du paragraphe 24(2) de la Charte, faisant valoir que trois facteurs doivent être pris en considération pour déterminer si des informations probablement recueillies illégalement peuvent néanmoins être utilisées en appui à une demande de mandats faite en vertu de la Loi sur le SCRS. Ces facteurs (dont le plus pertinent en l'espèce est « la gravité de l'acte illégal ») figurent au paragraphe 114 des présents motifs.

[161] Les parties ne contestent pas cette conclusion de la Cour fédérale; d'ailleurs, elles ne le pourraient pas, puisqu'il s'agit du critère qu'elles-mêmes avaient proposé en premier lieu. Toutefois, les *amici* en ont tiré une conclusion à laquelle le procureur général s'est opposé vigoureusement.

[162] Ramené à sa plus simple expression, l'argument des *amici* s'énonce ainsi : compte tenu des facteurs à prendre en considération pour déterminer s'il y a lieu d'utiliser des informations découlant d'actes illégaux en appui à une demande de mandats, particulièrement le premier, à savoir « la gravité de l'acte illégal », le Service ne peut pas se contenter d'informer la Cour fédérale qu'il a obtenu un élément de preuve sachant que l'activité ayant permis sa collecte était illégale. Pour être en mesure de réaliser l'exercice de mise en balance exigé

for by the test adopted by the Court, he or she must be provided with all of the information going to the state of mind of those who obtained the information illegally. According to that logic, it is only through an examination of the legal advice received by the Service and of the Service's response, that a judge will be able to assess the gravity of its conduct and its good faith. In other words, waiving solicitor-privilege is the *quid pro quo* for asking the Court to make an exceptional ruling and to admit illegally gathered evidence in support of a warrant request.

[163] As previously mentioned, this thesis is vigorously opposed by the Attorney General, on the basis that such an exception to solicitor-client privilege is unsupported by the case law and is incompatible with the privilege's fundamental importance for the maintenance of the rule of law. For the reasons that follow, we are of the view that accepting the *amici's* argument and confirming the Federal Court's decision on this matter would result in an unjustifiable and dangerous incursion into the solicitor-client privilege.

[164] Solicitor-client privilege first evolved as a rule of evidence, and was meant to prevent privileged material from being tendered in evidence in a court room. Numerous decisions have since extended its application well beyond its original limits, and it is now considered a substantive rule that attaches to any communication between solicitor and client which entails the asking for or giving of legal advice and which is intended to be confidential by the parties: *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821, at page 837, (1979), 105 D.L.R. (3d) 745 (*Solosky*); *Descôteaux et al. v. Mierzwinski*, [1982] 1 S.C.R. 860, at pages 875–876, (1982), 141 D.L.R. (3d) 590; *Smith v. Jones*, [1999] 1 S.C.R. 455, (1999), 169 D.L.R. (4th) 385 (*Smith*), at paragraphs 48–49; *Canada (Privacy Commissioner) v. Blood Tribe Department of Health*, 2008 SCC 44, [2008] 2 S.C.R. 574, at paragraph 10. Indeed, the Supreme Court reaffirmed in *Lavallee, Rackel & Heintz v. Canada (Attorney General)*, 2002 SCC 61, [2002] 3 S.C.R. 209 (*Lavallee*), at paragraph 49, that solicitor-client privilege is a principle of fundamental justice within the meaning of section 7 of the Charter, and stated in *R. v. National Post*, 2010 SCC

par le critère adopté par la Cour fédérale, le juge doit tout savoir de l'état d'esprit des personnes qui ont obtenu les informations illégalement. Selon ce raisonnement, seul l'examen des avis juridiques donnés au Service et des réponses de ce dernier permettra au juge d'évaluer la gravité de ses actes ainsi que sa bonne foi. Autrement dit, la renonciation au secret professionnel de l'avocat constitue la contrepartie au fait de demander à la Cour fédérale de rendre une décision ayant un caractère exceptionnel et d'admettre des éléments de preuve recueillis illégalement en appui à une demande de mandats.

[163] Comme il en a été question plus haut, le procureur général s'oppose vigoureusement à cette thèse, estimant qu'une telle exception au secret professionnel de l'avocat ne trouve aucun appui dans la jurisprudence et est incompatible avec l'importance fondamentale de ce privilège pour le maintien de la primauté du droit. Pour les motifs exposés ci-dessous, la Cour est d'avis qu'accepter l'argument des *amici* et confirmer la décision de la Cour fédérale en la matière entraînerait une atteinte injustifiable et dangereuse au secret professionnel de l'avocat.

[164] Le secret professionnel de l'avocat a d'abord été considéré comme une règle de preuve. Il visait à prévenir la production en preuve de documents protégés. De nombreuses décisions en ont étendu l'application bien au-delà de ses limites originales. Il est maintenant considéré comme une règle de fond qui s'applique à toute communication entre un avocat et son client qui concerne la recherche ou la prestation d'avis juridiques et dont les parties souhaitent préserver la confidentialité. Se reporter aux arrêts *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821 (*Solosky*), à la page 837; *Descôteaux et autre c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860, aux pages 875 et 876; *Smith c. Jones*, [1999] 1 R.C.S. 455 (*Smith*), aux paragraphes 48 et 49; *Canada (Commissaire à la protection de la vie privée) c. Blood Tribe Department of Health*, 2008 CSC 44, [2008] 2 R.C.S. 574, au paragraphe 10. En fait, dans l'arrêt *Lavallee, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 61, [2002] 3 R.C.S. 209 (*Lavallee*), au paragraphe 49, la Cour suprême a réitéré que le secret professionnel de l'avocat constitue un principe de justice fondamentale visé à l'article 7 de la Charte, et a énoncé dans l'arrêt *R. c. National Post*, 2010 CSC 16,

16, [2010] 1 S.C.R. 477, at paragraph 39 that such privilege is generally seen as a “fundamental and substantive” rule of law. The Supreme Court has repeatedly said that it must remain “as close to absolute as possible” and “should not be interfered with unless absolutely necessary” (*Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. University of Calgary*, 2016 SCC 53, [2016] 2 S.C.R. 555, at paragraph 43), and that it only yields in “certain clearly defined circumstances, and does not involve a balancing of interests on a case-by-case basis” (*R. v. McClure*, 2001 SCC 14, [2001] 1 S.C.R. 445 (*McClure*), at paragraph 35).

[165] It is important to stress that solicitor-client privilege, far from being in tension with the rule of law, is on the contrary, essential to its fulfillment and nurtures it. In his *Solicitor-Client Privilege* (Toronto: LexisNexis, 2014), Professor Adam M. Dodek explains that the privilege has been held to further frank and full disclosure between a lawyer and his or her client, the well-functioning of the adversary system and access to justice. These justifications of the privilege share a common theme, namely the efficacy of the justice system. Along the same lines, Sidney N. Lederman, Alan W. Bryant and Michelle K. Fuerst submit that the modern articulation of solicitor-client privilege rests on the premise that “[e]ffectual legal assistance ... [can] only be given if clients frankly and candidly disclosed material facts to their solicitors, which, in turn, [is] essential to the effective operation of the legal system”: *The Law of Evidence in Canada*, 5th ed. (Toronto: LexisNexis Canada, 2018), at §14.46.

[166] The first of the justifications enunciated by Professor Dodek, the “frank and full disclosure” argument, has perhaps received the most attention from courts and scholars alike. The classic statement of that argument in *Greenough v. Gaskell* (1833), 39 E.R. 618, 1 My. & K. 98 (Ch. Div.) and its restatement in *Anderson v. Bank of British Columbia* (1876), 2 Ch. D. 644 are often cited by Canadian courts, and continue to form part of the dominant rationale underlying solicitor-client privilege. In an effort to improve upon jurisprudential discussions regarding the theoretical foundations of the privilege, the

[2010] 1 R.C.S. 477, au paragraphe 39, qu’il est généralement considéré comme une règle de droit « fondamentale et substantielle ». La Cour suprême a soutenu à maintes reprises que le secret professionnel de l’avocat doit demeurer « aussi absolu que possible », qu’il ne saurait être question d’« y porter atteinte qu’en cas de nécessité absolue » (*Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. University of Calgary*, 2016 CSC 53, [2016] 2 R.C.S. 555, au paragraphe 43), et qu’il ne cède le pas « que dans certaines circonstances bien définies et ne nécessite pas une évaluation des intérêts dans chaque cas » (*R. c. McClure*, 2001 CSC 14, [2001] 1 R.C.S. 445 (*McClure*), au paragraphe 35).

[165] Il est important de souligner que, loin d’entrer en conflit avec la primauté du droit, le secret professionnel de l’avocat est essentiel à son accomplissement et la soutient. Dans son ouvrage *Solicitor-Client Privilege* (Toronto : LexisNexis, 2014), le professeur Adam M. Dodek explique que le secret professionnel de l’avocat a été maintenu afin de favoriser la communication franche et complète entre l’avocat et son client, le bon fonctionnement du système contradictoire ainsi que l’accès à la justice. Ces justifications ont un point commun : l’efficacité du système judiciaire. Dans le même ordre d’idée, Sidney N. Lederman, Alan W. Bryant et Michelle K. Fuerst soutiennent que la formulation moderne du secret professionnel de l’avocat repose sur la prémisse suivante : [TRADUCTION] « Le client ne peut obtenir une aide juridique efficace que s’il communique en toute franchise les faits importants à son avocat; cela constitue un rouage essentiel au bon fonctionnement du système juridique » (*The Law of Evidence in Canada*, 5^e éd., Toronto : LexisNexis Canada, 2018, au point 14.46).

[166] C’est peut-être à la première des justifications énoncées par le professeur Dodek, l’argument de la « communication franche et complète », que se sont davantage intéressés les tribunaux et les chercheurs. L’énoncé classique de cet argument dans la décision *Greenough v. Gaskell* (1833), 39 E.R. 618, 1 My. & K. 98 (Ch. Div.), repris dans la décision *Anderson v. Bank of British Columbia* (1876), 2 Ch. D. 644, est souvent cité par les tribunaux canadiens et fait toujours partie du raisonnement dominant qui sous-tend le secret professionnel de l’avocat. Pour faciliter les discussions

Supreme Court of Canada has repeatedly asserted the critical role of solicitor-client privilege in fostering open communication between clients and lawyers.

[167] In *Smith*, for example, Justice Cory resorted to the vast scope of situations where legal advice is sought, and the need for clients to speak freely to their lawyers in such contexts, in support of the proposition that the privilege is an integral part of the functioning of the legal system [at paragraph 46]:

Clients seeking advice must be able to speak freely to their lawyers secure in the knowledge that what they say will not be divulged without their consent. It cannot be forgotten that the privilege is that of the client, not the lawyer. The privilege is essential if sound legal advice is to be given in every field. It has a deep significance in almost every situation where legal advice is sought whether it be with regard to corporate and commercial transactions, to family relationships, to civil litigation or to criminal charges. Family secrets, company secrets, personal foibles and indiscretions all must on occasion be revealed to the lawyer by the client. Without this privilege clients could never be candid and furnish all the relevant information that must be provided to lawyers if they are to properly advise their clients. It is an element that is both integral and extremely important to the functioning of the legal system. It is because of the fundamental importance of the privilege that the onus properly rests upon those seeking to set aside the privilege to justify taking such a significant step.

[168] In *McClure*, Justice Major similarly evoked the law's complexity and the lawyers' unique role, both of which militate for the fullest disclosure within the confines of the solicitor-client relationship. The danger of eroding solicitor-client privilege, Justice Major posited, resides in the potential to stifle communications between the lawyer and his or her client [at paragraph 33]:

The importance of solicitor-client privilege to both the legal system and society as a whole assists in determining whether and in what circumstances the privilege should yield to an individual's right to make full answer and defence. The law is complex. Lawyers have a unique role. Free and candid communication between the lawyer and

de nature jurisprudentielle sur les fondements théoriques du secret professionnel de l'avocat, la Cour suprême du Canada en a réaffirmé maintes fois le rôle essentiel relativement aux communications ouvertes entre un avocat et son client.

[167] À titre d'exemple, dans l'arrêt *Smith*, le juge a évoqué la vaste gamme de situations donnant lieu à une demande d'avis juridiques, ainsi que la nécessité, pour le client, de s'entretenir librement avec son avocat dans ces contextes, en appui à la proposition voulant que le secret professionnel de l'avocat fasse partie intégrante du fonctionnement du système juridique [au paragraphe 46] :

Les clients qui consultent un avocat doivent pouvoir s'exprimer en toute liberté avec la certitude que ce qu'ils disent ne sera pas divulgué sans leur consentement. Il ne faut pas oublier que le privilège appartient au client et non à l'avocat. Le privilège est essentiel si l'on veut que des avis juridiques judicieux soient donnés dans tous les domaines. Il revêt une grande importance dans presque chaque cas où un avis juridique est sollicité, qu'il s'agisse d'opérations commerciales, de relations familiales, de litiges civils ou d'accusations criminelles. Les secrets de famille, les secrets d'entreprise, les faiblesses et les étourderies doivent parfois être révélés par le client à l'avocat. Sans ce privilège, les clients ne pourraient parler avec franchise à leurs avocats ni leur communiquer l'ensemble des renseignements qu'ils doivent connaître pour conseiller judicieusement leurs clients. Il s'agit d'un élément qui constitue une partie extrêmement importante du fonctionnement du système judiciaire. C'est en raison de l'importance cruciale de ce privilège qu'il incombe à juste titre à ceux qui désirent l'écartier de justifier une mesure d'une telle gravité.

[168] Dans l'arrêt *McClure*, le juge Major a aussi parlé de la complexité du droit et du rôle unique de l'avocat, deux éléments favorables à la communication la plus complète possible au sein de la relation entre l'avocat et son client. Selon le juge Major, porter atteinte au secret professionnel risque de restreindre la communication entre un avocat et son client [au paragraphe 33] :

L'importance du secret professionnel de l'avocat pour le système juridique et pour l'ensemble de la société aide à déterminer si et dans quelles circonstances ce privilège devrait céder le pas au droit d'un individu de présenter une défense pleine et entière. Le droit est complexe. Le rôle des avocats est singulier. La communication libre et

client protects the legal rights of the citizen. It is essential for the lawyer to know all of the facts of the client's position. The existence of a fundamental right to privilege between the two encourages disclosure within the confines of the relationship. The danger in eroding solicitor-client privilege is the potential to stifle communication between the lawyer and client. The need to protect the privilege determines its immunity to attack.

[169] The various jurisprudential iterations of the rationale for solicitor-client privilege consistently appeal to a sense of efficacy in the operation of the legal system. *Smith* establishes that the privilege speaks to the “functioning of the legal system” (at paragraph 46), *McClure* recognizes that it is “integral to the workings of the legal system” and is “a part of that system, not ancillary to it” (at paragraph 31), and *Lavallee* likewise discusses the central contribution of the privilege to “the administration of justice in an adversarial system” (at paragraph 49). We read this repeated insistence on the functioning of the legal system or the administration of justice as an acknowledgement, albeit an implicit one, of the privilege's critical role to the preservation of the rule of law.

[170] Endorsing the “rule of law” rationale developed by Professor Adrian Zuckerman in *Civil Procedure: Principles of Practice* (London: Thompson/Sweet & Maxwell, 2006), the House of Lords has enunciated the necessity of solicitor-client privilege's British equivalent—legal professional privilege—in a societal order built upon a belief in the rule of law:

.... It is obviously true that in very many cases clients would have no inhibitions in providing their lawyers with all the facts and information the lawyers might need whether or not there were the absolute assurance of non-disclosure that the present law of privilege provides. But the dicta to which I have referred all have in common the idea that it is necessary in our society, a society in which the restraining and controlling framework is

franche entre l'avocat et son client protège les droits que la common law reconnaît au citoyen. Il est essentiel qu'un avocat soit au courant de tous les faits qui ont trait à la situation de son client. L'existence d'un droit fondamental au secret professionnel de l'avocat encourage la divulgation dans les limites des rapports que l'avocat a avec son client. L'affaiblissement du secret professionnel de l'avocat peut contribuer à restreindre la communication entre un avocat et son client. L'immunité de ce privilège contre toute attaque s'explique par la nécessité de le préserver.

[169] Les diverses manières dont la justification du secret professionnel de l'avocat est évoquée dans la jurisprudence ont ceci en commun qu'elles en appellent au fonctionnement efficace du système juridique. L'arrêt *Smith* établit que le secret professionnel de l'avocat fait partie du « fonctionnement du système judiciaire » (au paragraphe 46); dans l'arrêt *McClure*, la Cour suprême reconnaît qu'il fait « partie intégrante des rouages du système juridique lui-même » et fait « partie de ce système et n'y [est] pas subordonné » (au paragraphe 31). De même, dans l'arrêt *Lavallee*, il est question de la contribution essentielle du secret professionnel de l'avocat à « l'administration de la justice dans un système contradictoire » (au paragraphe 49). En cette insistance sur le fonctionnement du système juridique ou sur l'administration de la justice, la Cour voit la reconnaissance, bien qu'implicite, du rôle essentiel que joue le secret professionnel de l'avocat dans la préservation de la primauté du droit.

[170] Souscrivant à la justification relative à la primauté du droit développée par le professeur Adrian Zuckerman dans *Civil Procedure : Principles of Practice* (Londres : Thompson/Sweet & Maxwell, 2006), la Chambre des lords a fait état de la nécessité, dans un ordre social fondé sur l'adhésion à la primauté du droit, de l'équivalent britannique du secret professionnel de l'avocat :

[TRADUCTION]

[...] De toute évidence, il arriverait très souvent qu'un client n'hésiterait aucunement à fournir à son avocat tous les faits et toutes les informations nécessaires, même s'il n'avait pas l'assurance absolue que ces faits et informations ne seraient jamais divulgués, assurance que procure actuellement le secret professionnel de l'avocat. Toutefois, les affirmations auxquelles j'ai fait allusion ont en commun l'idée qu'il est nécessaire, dans notre société

built upon a belief in the rule of law, that communications between clients and lawyers, whereby the clients are hoping for the assistance of the lawyer's legal skills in the management of their (the clients') affairs, should be secure against the possibility of any scrutiny from others, whether the police, the executive, business competitors, inquisitive busy-bodies or anyone else (see also paras 15.8 to 15.10 of Adrian Zuckerman's *Civil Procedure* where the author refers to the rationale underlying legal advice privilege as "the rule of law rationale"). I, for my part, subscribe to this idea. It justifies, in my opinion, the retention of legal advice privilege in our law, notwithstanding that as a result cases may sometimes have to be decided in ignorance of relevant probative material.

Three Rivers District Council & Ors v. Bank of England, [2004] UKHL 48, at paragraph 34.

[171] Solicitor-client privilege is no less crucial for government officials than it is for individuals and corporations. This is not disputed by the *amici*, nor could it be in the face of the clear finding to that effect by this Court in *Stevens v. Canada (Prime Minister)*, [1998] 4 F.C. 89, (1998), 161 D.L.R. (4th) 85 (C.A.), at paragraph 22:

... the identity of the client is irrelevant to the scope or content of the privilege. Whether the client is an individual, a corporation, or a government body there is no distinction in the degree of protection offered by the rule.... Furthermore, I can find no support for the proposition that a government is granted less protection by the law of solicitor-client privilege than would any other client. A government, being a public body, may have a greater incentive to waive the privilege, but the privilege is still its to waive.

[172] The fact that greater transparency on the part of intelligence agencies may be desirable, from a public perspective, has therefore no bearing on the contours of solicitor-client privilege. Professor Patrick J. Monahan, now a judge of the Ontario Superior Court of Justice, eloquently asserted the importance of legal advice and of solicitor-client privilege in the context of governmental activities:

où le cadre de restriction et de contrôle repose sur l'adhésion à la primauté du droit, que les communications entre un avocat et son client — lorsque ce dernier cherche à bénéficier des compétences juridiques du premier — ne puissent être entendues par quiconque, qu'il s'agisse de policiers, de représentants du pouvoir exécutif ou d'une entreprise concurrente, de fouineurs ou de qui que ce soit d'autre (se reporter également aux points 15.8 à 15.10 de l'ouvrage *Civil Procedure* d'Adrian Zuckerman, où il affirme que la justification du secret professionnel de l'avocat relève de la primauté du droit). Quant à moi, j'abonde dans ce sens. À mon avis, cela justifie le maintien du secret professionnel de l'avocat dans notre système juridique, malgré la possibilité qu'en conséquence, un juge soit appelé à se prononcer sans avoir connaissance de certains éléments probants.

Three Rivers District Council & Ors v. Bank of England, [2004] UKHL 48, au paragraphe 34.

[171] Le secret professionnel de l'avocat n'est pas moins essentiel pour les représentants du gouvernement que pour les particuliers et les sociétés, ce que les *amici* ne contestent pas. D'ailleurs, cela n'est pas contestable, compte tenu de la conclusion limpide de la Cour fédérale à cet effet dans l'arrêt *Stevens c. Canada (Premier ministre)*, [1998] 4 C.F. 89 (C.A.), au paragraphe 22 :

[...] l'identité du client est sans importance quant à la portée ou au contenu du privilège. Que le client soit un particulier, une société ou un organisme public, il n'y a aucune distinction dans le degré de la protection qu'offre la règle [...] De plus, je ne peux trouver aucun fondement à la proposition selon laquelle le droit relatif au secret des communications entre client et avocat accorde moins de protection à un gouvernement qu'à tout autre client. Un gouvernement, étant un organisme public, peut être beaucoup plus enclin à renoncer au privilège, mais c'est toujours à lui qu'il appartient d'y renoncer.

[172] Partant, bien qu'il puisse être souhaitable, du point de vue du public, qu'un service de renseignement fasse preuve d'une grande transparence, il reste que cela n'a aucune incidence sur les tenants et les aboutissants du secret professionnel de l'avocat. Le professeur Patrick J. Monahan, maintenant juge à la Cour supérieure de justice de l'Ontario, a souligné avec éloquence l'importance des avis juridiques et du secret professionnel de l'avocat dans le contexte des activités gouvernementales :

As I have argued above, government lawyers have an obligation to provide candid, thorough and objective legal advice to their clients within government, even when such advice might be at odds with the policy objectives of a particular government. The provision of such thorough and objective advice is in fact essential to government officials who wish to ensure that their actions are in accordance with the rule of law. The fact that privilege attaches to the opinions provided by their legal advisors encourages and facilitates the seeking of such advice by government decision-makers in a timely way. It also enables such advice to be developed in a consistent and principled fashion, in accordance with strict standards for review and approval, thus enabling a single, authoritative source of legal advice within government. In short, solicitor-client privilege within government reinforces and advances respect for the rule of law in the administration of public affairs.

Patrick J. Monahan, ““In the Public Interest’: Understanding the Special Role of the Government Lawyer” (2013), 63 *S.C.L.R.* (2d) 43, at page 53.

[173] The following excerpt from *Waterford v. Australia* (1987), 163 C.L.R. 54 (H.C. Aust.), at pages 74–75, cited with approval by the Ontario Superior Court of Justice in *R. v. Ahmad* (2008), 59 C.R. (6th) 308, 77 W.C.B. (2d) 804, at paragraph 78, similarly raises the importance of legal professional privilege in seeking legal advice on the limits of government officers’ exercise of powers, functions and duties:

... I should think that the public interest is truly served by according legal professional privilege to communications brought into existence by a government department for the purpose of seeking or giving legal advice as to the nature, extent and the manner in which the powers, functions and duties of government officers are required to be exercised or performed. If the repository of the power does not know the nature or extent of the power or if he does not appreciate the legal restraints on the manner in which he is required to exercise it, there is a significant risk that a purported exercise of the power will miscarry. The same may be said of the performance of functions and duties. The public interest in minimizing the risk by encouraging resort to legal advice is greater, perhaps, than the public interest in minimizing the risk that individuals may act without proper appreciation of their legal rights and obligations. In the case of governments no less than

[TRADUCTION] Comme je l’ai soutenu plus haut, les avocats du gouvernement sont tenus de donner des conseils juridiques francs, approfondis et objectifs à leurs clients, même s’ils peuvent entrer en conflit avec les objectifs stratégiques du gouvernement. En fait, les fonctionnaires qui veulent s’assurer d’agir dans le respect de la primauté du droit ont absolument besoin de tels conseils approfondis et objectifs. Pour les décideurs gouvernementaux, le fait que les avis donnés par leurs conseillers juridiques sont protégés par le secret professionnel de l’avocat est un incitatif qui les encourage à obtenir de tels avis à point nommé. Cela favorise aussi l’élaboration d’avis de manière uniforme et régie par des principes, dans le respect de normes rigoureuses d’examen et d’approbation, par une source unique faisant autorité au sein du gouvernement. Autrement dit, le secret professionnel de l’avocat au gouvernement renforce et promeut le respect de la primauté du droit dans l’administration des affaires publiques.

Patrick J. Monahan, « “In the Public Interest” : Understanding the Special Role of the Government Lawyer » (2013), *S.C.L.R.* (2d) 43, à la page 53.

[173] L’extrait suivant de l’arrêt *Waterford v. Australia* (1987), 163 C.L.R. 54 (H.C. Aust.), aux paragraphes 74 et 75, cité avec approbation par la Cour supérieure de justice de l’Ontario dans la décision *R. v. Ahmad* (2008), 59 C.R. (6th) 308, 77 W.C.B. (2d) 804 (C. sup. Ont.), au paragraphe 78, souligne également l’importance du secret professionnel de l’avocat lorsqu’il s’agit de demander des avis juridiques sur les limites de l’exercice des fonctions et des pouvoirs d’un fonctionnaire :

[TRADUCTION] [...] Il me semble que l’intérêt public est réellement servi lorsque sont protégées par le secret professionnel de l’avocat les communications produites par un ministère en vue de demander ou de donner des avis juridiques sur la nature, la portée et l’exercice des fonctions et des pouvoirs des fonctionnaires. Il existe un risque important que le détenteur d’un pouvoir l’exerce à tort s’il n’en connaît pas la portée ou la nature ou ne saisit pas la portée des restrictions légales sur la façon dont il doit l’exercer. La même réflexion s’applique à l’exercice des fonctions. S’agissant de l’intérêt public, il est peut-être plus avantageux de diminuer les risques en encourageant le recours aux avis juridiques que de diminuer les risques qu’un particulier puisse agir sans bien comprendre ses droits et obligations. Tant pour l’État que pour les particuliers, le secret professionnel de l’avocat tend à favoriser l’application de la loi, et le maintien de la primauté du

in the case of individuals, legal professional privilege tends to enhance the application of the law, and the public has a substantial interest in the maintenance of the rule of law over public administration....

[174] In our view, requiring counsel to seek a waiver from the Service relating to the legal advice it received concerning the potential illegality of its collection activities, even in what Justice Gleeson presents as “unique circumstances”, risks creating a disincentive for the Service to seek candid legal advice. This, we believe, is antithetical to the preservation of the rule of law in the context of intelligence activities. Indeed, the Attorney General claims that the Service only attempted to mitigate the extent of the potential illegality—refusing to approve certain operations, limiting money payments and their amounts, and terminating the use of certain sources—after having received the legal opinions. To that extent, it is clear that the candid legal advice received by the Service was instrumental to the way the Service conducted itself. It goes without saying that the Service, like any other government institution or official or, for that matter, any other private citizen, is always free to disregard legal advice but at its own peril.

[175] For all of the above reasons, we agree with the Attorney General that, absent a valid waiver, the solicitor-client privilege is subject to very few exceptions. If Parliament seeks to abrogate or curtail the privilege, it must do so in clear, precise and unequivocal language.

[176] One of the clearest exceptions to the privilege is where the communication between client and lawyer falls within the “future crimes and fraud exception”, that is, where a client seeks guidance from a lawyer in furtherance of a criminal purpose. Similarly, the privilege will not apply where the lawyer from whom the advice is sought is not contacted in his or her professional capacity: *Solosky*, at page 835.

[177] The *amici* attempted to make much of a further exception delineated by the Supreme Court in *Campbell and Shirose*. However, a careful examination of that case

droit dans l’administration publique présente un intérêt considérable pour le public [...]

[174] Selon la Cour, exiger d’un avocat qu’il demande au Service une renonciation au secret professionnel pour les avis juridiques obtenus sur la possible illégalité de ses activités de collecte, même dans ce que le juge Gleeson a présenté comme des « circonstances uniques », risque de dissuader le Service de demander des avis juridiques francs. Partant, la Cour estime qu’une telle exigence va à l’encontre du maintien de la primauté du droit dans le contexte des activités de renseignement. En fait, le procureur général soutient que le Service n’a tenté d’atténuer l’ampleur de la possible illégalité — refusant d’approuver certaines opérations, limitant le nombre et le montant des paiements et cessant de mettre à contribution certaines sources — qu’après avoir reçu les avis juridiques. Partant, il est manifeste que les avis juridiques francs qu’a reçus le Service ont eu une grande incidence sur son comportement. Il va sans dire que le Service, à l’instar de tout autre organisme ou représentant du gouvernement et, en fait, comme tout particulier, a toujours le loisir d’ignorer un avis juridique, à ses risques et périls.

[175] Pour l’ensemble des motifs susmentionnés, la Cour abonde dans le sens du procureur général : en l’absence d’une renonciation valide, le secret professionnel de l’avocat souffre très peu d’exceptions. S’il souhaite supprimer ce privilège ou en atténuer la portée, le législateur doit en exprimer l’intention clairement, précisément et sans équivoque.

[176] L’une des exceptions les plus claires au secret professionnel met en cause les communications entre l’avocat et son client qui concernent une fraude ou un crime envisagé, c’est-à-dire lorsque le client demande conseil à son avocat en vue de perpétrer un acte criminel. De la même manière, le privilège ne saurait s’appliquer lorsque l’avocat en question n’est pas consulté en sa qualité professionnelle (*Solosky*, à la page 835).

[177] Les *amici* ont tenté de tirer parti d’une autre exception définie par la Cour suprême dans l’arrêt *Campbell et Shirose*. Toutefois, un examen attentif de l’affaire ne

does not lend support to the *amici*'s thesis. At issue in that case was the legality of a “reverse sting” operation carried out by the police. Having been found guilty of conspiracy to traffic in cannabis resin and conspiracy to possess cannabis resin for that purpose, the appellants applied for a stay of proceedings; they argued that they had been sold the drug by RCMP undercover officers posing as large-scale hashish vendors, and that such an operation constituted illegal police conduct which shocks the conscience of the community and is contrary to the proper administration of justice.

[178] In opposing the motion for a stay, the Crown sought to establish that the police had acted in good faith, in the belief that the reverse sting operation was legal. To this end, the Crown questioned a police officer about his efforts to obtain advice as to the legality of the proposed operation and his reliance on that advice in proceeding with the operation. The appellants then sought access to the legal advice provided to the police by the Department of Justice on which the police claimed to have placed good faith reliance. The Crown objected to producing the advice on the basis that it was subject to solicitor-client privilege. The issue before the Supreme Court was thus whether, having put the police officer's good faith belief in the legality of the reverse sting operation in issue, the RCMP had waived the right to shelter the contents of that advice behind solicitor-client privilege. The Court concluded that the appellants were indeed entitled to disclosure of the legal advice provided to the RCMP with respect to the legality of the operation.

[179] In coming to this conclusion, the Supreme Court noted that our collective perception of police misconduct will vary depending on the knowledge the police had of the illegality of their conduct [*Campbell and Shirose* at paragraph 45]:

.... Superadded to the issue of illegal conduct is the possibility of a police operation planned and executed contrary to the advice (if this turns out to be true) of the Department of Justice. The suggestion is that the RCMP, after securing the relevant legal advice, nevertheless put itself above the law in its pursuit of the appellants. The community view of the police misconduct would, I think,

procure guère d'appui à leur thèse. La cause portait sur la légalité d'une opération policière de « vente surveillée ». Reconnus coupables de complot en vue de faire le trafic de résine de cannabis et de posséder de la résine de cannabis à cette fin, les appelants ont demandé l'arrêt des procédures, soutenant que la drogue leur avait été vendue par des agents d'infiltration de la Gendarmerie royale du Canada (GRC) qui s'étaient fait passer pour des vendeurs de grandes quantités de hachich, et qu'une telle opération constituait une activité policière illégale qui choquait la conscience de la collectivité et portait préjudice à l'administration courante de la justice.

[178] S'opposant à la requête en arrêt des procédures, le ministère public a tenté d'établir que la police avait agi de bonne foi, convaincue de la légalité de l'opération de vente surveillée. À cette fin, le ministère public a interrogé un policier sur les efforts qu'il avait déployés pour obtenir un avis sur la légalité de l'opération envisagée et sur le fait qu'il s'était fié à cet avis pour aller de l'avant. Les appelants ont ensuite tenté d'avoir accès à l'avis juridique donné à la police par le ministère de la Justice, sur lequel elle a affirmé s'être fondée de bonne foi. Le ministère public a fait objection, soutenant que l'avis était protégé par le secret professionnel de l'avocat. Partant, la Cour suprême devait se prononcer sur la possibilité que la GRC, ayant fait valoir la croyance de bonne foi de l'agent dans la légalité de l'opération de vente surveillée, ait ainsi renoncé au droit d'abriter le contenu de cet avis derrière le secret professionnel de l'avocat. La Cour suprême a statué que les appelants avaient effectivement droit à ce que leur soit divulgué l'avis juridique donné à la GRC quant à la légalité de l'opération.

[179] Pour en arriver à cette conclusion, la Cour suprême a souligné que la connaissance qu'avait la police de l'illégalité d'une action aura une incidence sur la perception, par la collectivité, de l'inconduite policière [*Campbell et Shirose*, au paragraphe 45] :

[...] En plus de la question de la conduite illégale se pose la possibilité d'une opération policière planifiée et exécutée malgré l'avis contraire du ministère de la Justice (si la chose était avérée). Il est suggéré que la GRC, après avoir obtenu l'avis juridique pertinent, s'est néanmoins placée au-dessus de la loi pour poursuivre les appelants. Je crois que l'opinion de la collectivité sur l'inconduite policière

be influenced by knowing whether or not the police were told in advance by their legal advisers that the reverse sting was illegal

[180] The *amici* make much of this statement and argue that the Service's state of mind in carrying out the illegal activity that led to the information used in the warrant application is similarly crucial in determining the seriousness of that illegality and, ultimately, the admissibility of the evidence. We do not understand counsel for the Attorney General to dispute that if the Service was knowingly engaging in illegal activities, it could be considered more serious under the first prong of the revised *Grant No. 2* test than if its conduct was the result of an innocent mistake. Rather, the argument is that relevance alone is not sufficient to justify abrogating the solicitor-client privilege.

[181] In other words, the mere fact that knowledge by the Service of the illegal nature of its actions would be an important factor in assessing whether the evidence should be excluded does not give a right to access to the legal advice it may have received. Unless the Crown wants to argue that the illegality was not serious because the Service acted in good faith, relying on legal advice received, the confidentiality of that advice is protected by solicitor-client privilege and the Service's state of mind will have to be established by other means.

[182] Justice Binnie's reasons in *Campbell and Shirose* support the position taken by the Attorney General. It is clear that his order to disclose the legal advice received by the RCMP in that case was premised on the use made by the Crown of that advice to support the good faith of the RCMP officer involved in the reverse sting operation. In our view, the following excerpts leave no doubt in this respect [at paragraphs 46–48]:

.... Most importantly for present purposes is the fact that the Crown emphasized the good faith reliance of the police on legal advice....

...

serait également influencée par le fait que les conseillers juridiques de la police lui avaient signalé à l'avance ou non que la vente surveillée était illégale [...]

[180] Les *amici* font grand cas de cet énoncé et soutiennent que l'« état d'esprit » du Service, lorsqu'il a mené l'activité illégale ayant permis de recueillir les informations utilisées dans la demande de mandats, a également une importance cruciale pour ce qui est de déterminer la gravité de l'illégalité et, en fin de compte, l'admissibilité des éléments de preuve. La Cour ne comprend pas que l'avocat du procureur général conteste qu'eu égard au premier élément du critère révisé dans l'arrêt *Grant n° 2*, il serait considéré plus grave que le Service ait mené sciemment des activités illégales que les activités en question aient été le résultat d'une erreur de bonne foi. L'argument consiste plutôt à affirmer qu'en elle-même, la pertinence ne suffit pas à justifier la levée du secret professionnel de l'avocat.

[181] Autrement dit, le simple fait que la connaissance, par le Service, de la nature illégale de ses actions soit un facteur important pour déterminer si les éléments de preuve devraient être exclus ne donne pas un droit d'accès aux avis juridiques qu'il peut avoir reçus. À moins que le ministère public cherche à faire valoir que l'illégalité n'était pas grave parce que le Service avait agi de bonne foi en fonction d'un avis juridique, la confidentialité de l'avis en question est assurée par le secret professionnel de l'avocat, et l'« état d'esprit » du Service devra être établi par d'autres moyens.

[182] Les motifs du juge Binnie dans l'arrêt *Campbell et Shirose* abondent dans le sens du procureur général. Manifestement, pour ordonner la divulgation de l'avis juridique reçu par la GRC, le juge s'est fondé sur l'utilisation de cet avis par le ministère public en appui à la bonne foi de l'agent de la GRC impliqué dans l'opération de vente surveillée. La Cour est d'avis que les extraits suivants ne laissent place à aucun doute à cet égard [aux paragraphes 46 à 48] :

[...] Chose plus importante aux fins des présentes, le ministère public a insisté sur le fait que la police s'était fiée de bonne foi à l'avis juridique [...]

[...]

The RCMP's reliance on legal advice was thus invoked as part of its "good faith" argument. The privilege belonged to the client, and the RCMP joined with the Crown to put forward that position. While not explicitly stated in so many words, the plain implication sought to be conveyed to the appellants and to the courts was that the RCMP accepted the legal advice they were given by the Department of Justice and acted in accordance with it. The credibility of a highly experienced departmental lawyer was invoked to assist the RCMP position in the abuse of process proceedings.

.... A police force that chooses to operate outside the law is not the same thing as a police force that made an honest mistake on the basis of erroneous advice. We have no reason to think the RCMP ignored the advice it was given, but as the RCMP did make an issue of the legal advice it received in response to the stay applications, the appellants were entitled to have the bottom line of that advice corroborated.

It appears, therefore, that the only satisfactory way to resolve the issue of good faith is to order disclosure of the content of the relevant advice. This should be done (for the reasons to be discussed) on the basis of waiver by the RCMP of the solicitor-client privilege.... [Emphasis added.]

[183] Later on in his reasons, Justice Binnie returns to the waiver issue and clarifies that, had the RCMP officer only testified that he sought out the opinion of the Department of Justice to verify the correctness of his own understanding of the law, it would not have been sufficient to waive the privilege. However, the RCMP officer and the Crown went further, both orally and in writing, implying that the legal advice had assured the RCMP that the proposed reverse sting was legal [at paragraph 71]:

Cpl. Reynolds was not required to pledge his belief in the legality of the reverse sting operation Nor was it necessary for the RCMP to plead the existence of Mr. Leising's legal opinion as a factor weighing against the imposition of a stay of proceedings The RCMP and the Crown having done so, however, I do not think disclosure of the advice in question could fairly be withheld. [Emphasis added.]

[184] We acknowledge that in their affidavits, various senior officials and key decision makers of the Service

L'obtention par la GRC de l'avis juridique a donc été invoquée à l'appui de l'argument de la « bonne foi ». Le privilège appartenait au client et il est clair que la GRC s'est jointe au ministère public pour faire valoir cet argument. Bien que cela n'ait pas été exprimé dans ces termes, on cherchait à indiquer aux appelants et aux tribunaux que la GRC avait accepté l'avis juridique reçu du ministère de la Justice et qu'elle avait agi en conséquence. La crédibilité d'un avocat très expérimenté du Ministère était invoquée devant les tribunaux au soutien de la position de la GRC dans les procédures relatives à l'abus de procédure.

[...] Une force policière qui choisit d'agir hors la loi n'est pas la même chose qu'une force policière qui a commis une erreur de bonne foi fondée sur un avis erroné. Nous n'avons aucune raison de penser que la GRC a écarté l'avis reçu, mais, puisque cette dernière l'a invoqué en réponse à la demande d'arrêt des procédures, les appelants avaient droit à ce que la teneur de cet avis soit corroborée.

Il ressort donc que la seule façon de régler la question de la bonne foi est d'ordonner la divulgation du contenu de l'avis pertinent. Cela doit être fait pour les raisons qui seront expliquées plus loin, au motif de la renonciation par la GRC au secret professionnel de l'avocat [...] [Non souligné dans l'original.]

[183] Plus loin, le juge Binnie revient sur la question de la renonciation. Il précise que, si l'agent de la GRC s'était contenté d'affirmer qu'il avait demandé l'avis du ministère de la Justice pour s'assurer que sa propre interprétation de la loi était correcte, cela n'aurait pas été suffisant pour justifier la levée du secret professionnel. Cependant, l'agent de la GRC et le ministère public n'en sont pas restés là : oralement et par écrit, ils ont laissé entendre que l'avis juridique avait assuré à la GRC que l'opération proposée de vente surveillée était légale [au paragraphe 71] :

Il n'était pas nécessaire que le capl. Reynolds affirme qu'il croyait légale l'opération de vente surveillée [...] Il n'était pas non plus nécessaire que la GRC invoque l'existence de l'avis juridique de M. Leising comme argument contre l'imposition de l'arrêt des procédures [...] La GRC et le ministère public ayant toutefois agi de la sorte, je ne pense pas qu'il serait équitable d'empêcher la divulgation de l'avis en cause. [Non souligné dans l'original.]

[184] La Cour reconnaît que, dans leurs affidavits, divers représentants haut placés et décideurs principaux du

testified that they believed they could potentially rely on Crown immunity to proceed with operations labelled as “high risk”. In other words, they subjectively believed that there was no clear, definitive view that such activities were illegal. They also stated that they were waiting for a final opinion on the subject. Critically, however, the Service’s witnesses never said that they acted in good faith, in reliance on legal advice to approve the illegal operations, as was the case with the RCMP officer and counsel in *Campbell and Shirose*.

[185] It is no doubt true, as submitted by the *amici*, that an institution’s attitude to illegality can be a most relevant factor in assessing harm to the rule of law. In *Campbell and Shirose*, the Supreme Court recognized that a legal opinion pronouncing the reverse sting operation unlawful would have a different impact in the weighing of community values than an opinion confirming its validity. As the Court stated: “[p]olice illegality of any description is a serious matter. Police illegality that is planned and approved within the RCMP hierarchy and implemented in defiance of legal advice would, if established, suggest a potential systemic problem concerning police accountability and control” (*Campbell and Shirose*, at paragraph 73). This statement, however, cannot be divorced from the context in which it was made. It is clear from the few sentences immediately following that the disclosure of the relevant legal advice will not be ordered in every instance where the Court may find it useful to assess the attitude of the police officer or the RCMP towards potential unlawfulness. Responding to the [Ontario] Court of Appeal’s approach that disclosure was not necessary since it was sufficient to “assume the worst” in the event the privilege was asserted, Justice Binnie once again clearly linked the duty to disclose with the good faith reliance placed on the legal advice by the RCMP [at paragraph 73]:

....The RCMP position, on the other hand, that the Department of Justice lent its support to an illegal venture may, depending on the circumstances, raise a different but still serious dimension to the abuse of process proceeding. In either case, it is difficult to assume “the worst” if

Service ont affirmé croire qu’ils pouvaient éventuellement invoquer l’immunité de l’État pour aller de l’avant avec des opérations qui comportaient des « risques élevés ». Autrement dit, ils croyaient subjectivement qu’il n’existait aucune conclusion claire et définitive quant à l’illégalité de telles activités. Ils ont en outre soutenu qu’ils attendaient un avis définitif sur le sujet. Il est toutefois essentiel de souligner que les témoins du Service n’ont jamais affirmé avoir approuvé de bonne foi les opérations illégales en fonction des avis juridiques, comme cela a été le cas pour l’agent et de l’avocat de la GRC dans l’arrêt *Campbell et Shirose*.

[185] Il ne fait aucun doute, comme l’ont avancé les *amici*, que l’attitude d’une institution eu égard à l’illégalité peut être un facteur très important quant à l’évaluation de l’atteinte à la primauté du droit. Dans l’arrêt *Campbell et Shirose*, la Cour suprême a reconnu qu’un avis juridique concluant à l’illégalité de l’opération de vente surveillée n’aurait pas la même incidence, sous l’angle des valeurs collectives, qu’un avis en confirmant la validité. Comme l’a affirmé la Cour suprême : « Une illégalité de quelque sorte commise par la police est une affaire grave. Une illégalité policière planifiée et approuvée par la hiérarchie de la GRC et mise en œuvre en dépit d’un avis juridique contraire pourrait indiquer, si cela était établi, un problème systémique potentiel en matière de responsabilisation et de contrôle de la police » (*Campbell et Shirose*, au paragraphe 73). Cependant, il ne peut être fait abstraction du contexte entourant l’énoncé. Selon les quelques phrases suivantes, il est manifeste que la Cour suprême n’ordonnera pas la divulgation de l’avis juridique pertinent dans toute instance où elle pourrait juger utile d’évaluer l’attitude du policier ou de la GRC quant à une possible illégalité. En réponse à la Cour d’appel [de l’Ontario], selon laquelle la divulgation n’était pas nécessaire puisqu’il suffisait de présumer « le pire » s’il y avait revendication du privilège, le juge Binnie a réitéré clairement le lien entre, d’une part, l’obligation de communiquer et, d’autre part, la croyance de bonne foi de la GRC fondée sur l’avis juridique [au paragraphe 73] :

[...] La position de la GRC, par ailleurs, selon laquelle le ministère de la Justice a apporté son appui à une entreprise illégale pourrait, selon les circonstances, faire jouer une dimension différente, et cependant grave elle aussi, en matière d’abus de procédure. Dans les deux cas, il est

neither alternative has been explored to determine what “the worst” is. Because the RCMP made a live issue of the legal advice it received from the Department of Justice, the appellants were and are entitled to get to the bottom of it. [Emphasis added.]

[186] Finally, it is interesting to note that Justice Binnie was careful to tailor his disclosure order to capture only the specific advice relating to three matters identified by the RCMP officer in his submission. He added that it was not “an ‘open file’ order in respect of the RCMP’s solicitor and client communications” (at paragraph 74). This is consistent with the near-absolute character of the privilege, and with the exceptional nature of its limitation.

[187] On the basis of the foregoing analysis, we are unable to agree with the *amici* that the Service should be deemed to have voluntarily waived the solicitor-client privilege merely by relying upon illegally gathered evidence in support of its warrant application. Nor do we agree with the proposition that the decision below does not involve an abrogation of the privilege because the Service always has a choice either not to use the illegally obtained evidence or to disclose the legal advice should it wish to use it. Such a proposition would bring to naught the privilege and, for all intents and purposes, deprive the Service of the protection of its solicitor-client communications. Again, this is not to say that the seriousness of the illegality committed by the Service, its senior officers, its employees and its sources is of no relevance in coming to grips with the admissibility of the information derived from such illegality in a warrant application; but unless the Service relies, explicitly or implicitly, on legal advice it had received to mitigate the seriousness of that illegality, it is entitled to rely on solicitor-client privilege and to resist the disclosure of legal advice.

[188] We think it is worth emphasizing, in closing, that the damage to the rule of law could be much worse if the Service was routinely required to disclose its legal advice rather than being allowed to rely on the privilege and to resist any attempt to access that advice. The Service, like

difficile de présumer « le pire » si ni l’une ni l’autre de ces possibilités n’a été examinée pour déterminer ce que serait « le pire ». La GRC ayant invoqué l’avis juridique reçu du ministère de la Justice dans le cadre du litige, les appelants avaient et ont le droit d’aller au fond de la question. [Non souligné dans l’original.]

[186] Enfin, soulignons que le juge Binnie a soigneusement formulé son ordonnance de divulgation pour qu’elle ne concerne que l’avis touchant à trois éléments relevés par l’agent de la GRC dans ses observations. « Il ne s’agit pas d’une ordonnance de divulgation totale des communications avocat-client de la GRC », a-t-il ajouté (au paragraphe 74). Cela correspond au caractère quasi absolu du secret professionnel de l’avocat et à la nature exceptionnelle de ses limites.

[187] Compte tenu de l’analyse qui précède, la Cour ne saurait convenir avec les *amici* que le Service devrait être réputé avoir renoncé volontairement au secret professionnel de l’avocat en raison du simple fait d’avoir utilisé des éléments de preuve recueillis illégalement en appui à sa demande de mandats. La Cour n’est pas non plus d’accord avec la proposition selon laquelle la décision ci-dessous n’implique pas la levée du secret professionnel de l’avocat parce que le Service a toujours le choix de ne pas utiliser les éléments de preuve obtenus illégalement ou, s’il décide de le faire, de communiquer l’avis juridique. Une telle proposition réduirait à néant le secret professionnel de l’avocat et, en pratique, priverait de protection les communications du Service avec ses avocats. La Cour réitère qu’il ne s’agit pas d’affirmer que la gravité des actes illégaux commis par le Service, ses cadres supérieurs, ses employés et ses sources n’a aucune pertinence en ce qui a trait à l’admissibilité des informations découlant de tels actes pour une demande de mandats. Toutefois, à moins qu’il ne se fonde explicitement ou implicitement sur un avis juridique qu’il a reçu afin d’atténuer la gravité de l’acte illégal, le Service peut se prévaloir du secret professionnel de l’avocat et s’opposer à la communication des avis juridiques.

[188] En conclusion, la Cour estime qu’il est judicieux de souligner qu’il pourrait être bien plus dommageable, pour la primauté du droit, que le Service soit régulièrement tenu de communiquer les avis juridiques qu’il reçoit plutôt que de pouvoir se prévaloir du secret

any other government institution or official, must be able to seek frank legal advice before embarking on any investigative operation that is often of the most sensitive nature. If the Service could not rely on the privileged nature of legal opinions, it might be tempted to dispense with such advice, inviting all the attendant risks of such an attitude. The only constraints on its activities (at least from a legal perspective), would then be the distant possibility of indirect adverse consequences in those rare instances where an investigation led to criminal prosecution, and the criticism it could be exposed to in the annual reports of the National Security and Intelligence Review Agency or in parliamentary committees. These *ex post facto* mechanisms are obviously a far cry from the provision of legal advice prior to the conduct of any intelligence-gathering activity and covert operation. Indeed, the evidence in this file is that measures were taken to mitigate the extent of the potential legal risks identified by lawyers. Whether the Service should have exercised more caution or should have dropped some operations altogether, are not matters for the Court. In the absence of clear and authoritative jurisprudence squarely addressing whether these activities were in fact unlawful, the Service was entitled to come to its own decision and to balance the legal risks with other pressing objectives.

[189] In the absence of the kind of exceptional circumstances discussed in these reasons, courts should not be able to peek behind the veil of solicitor-client privilege to assess the Service's state of mind in conducting its operations, even if it would be relevant to the determination to be made (in this case, the admissibility of illegally obtained evidence in a warrant application). This is not to say, as mentioned earlier, that the Service's state of mind is to be left out of the equation and should not be considered in assessing the seriousness of the illegality; only that it should be evaluated without relying on legal advice, admittedly on the basis of other, more indirect evidence. This is the price to pay to uphold solicitor-client

professionnel de l'avocat et s'opposer à toute tentative de consulter ces avis. À l'instar de tout organisme ou représentant du gouvernement, le Service doit être en mesure de demander un avis juridique franc avant de se lancer dans une opération d'enquête qui, la plupart du temps, est de nature très sensible. S'il ne pouvait pas compter sur la protection dont jouissent par nature les avis juridiques, le Service pourrait être tenté de ne pas demander de tels conseils, avec tous les risques qu'une telle attitude comporte. Partant, les seules contraintes (du moins, sur le plan juridique) imposées à ses activités seraient la vague possibilité de conséquences défavorables et indirectes dans les rares cas où une enquête mènerait à des poursuites criminelles, ainsi que les critiques dont il pourrait faire l'objet dans les rapports annuels de l'Office de surveillance des activités en matière de sécurité et de renseignement ou en comités parlementaires. Ces mécanismes *a posteriori* n'ont, de toute évidence, aucune commune mesure avec l'obtention d'un avis juridique avant la réalisation de toute activité de collecte de renseignements ou opération cachée. En fait, selon la preuve en l'espèce, des mesures ont été prises pour atténuer les risques juridiques relevés par les avocats. La Cour n'a pas à se prononcer sur la possibilité que le Service ait pu faire preuve de plus de circonspection ou annuler purement et simplement certaines opérations. En l'absence de jurisprudence claire et faisant autorité qui porterait expressément sur le caractère illégal de ces activités, le Service pouvait tirer ses propres conclusions et mettre en balance, d'une part, les risques juridiques et, d'autre part, d'autres objectifs urgents.

[189] En l'absence de circonstances exceptionnelles comparables à celles dont il est question dans les présents motifs, un tribunal ne devrait pas pouvoir soulever le voile du secret professionnel de l'avocat pour évaluer dans quel « état d'esprit » le Service mène ses opérations, même si cela lui serait utile pour se prononcer (en l'espèce, sur l'admissibilité, dans une demande de mandats, d'éléments de preuve obtenus illégalement). Par contre, comme il en a été question plus haut, cela ne signifie pas qu'il y a lieu d'ignorer l'« état d'esprit » du Service pour ce qui est de déterminer la gravité de l'acte illégal, mais seulement qu'il est nécessaire l'évaluer sans se fonder sur des avis juridiques, mais, il est vrai, en fonction d'autres

privilege, which is itself of critical importance for a society living by the rule of law.

[190] The fact that in this particular case, solicitor-client privilege was eventually waived by the Service is of no import for our conclusion and is irrelevant to the narrow issue to be decided, i.e. whether counsel breached its duty of candour by not proactively seeking a waiver.

[191] Moreover, one cannot infer from the Service's decision to waive privilege in this particular file, for whatever reason, an obligation to do the same in any future file of a similar nature. Nor does the fact that the Service chose to waive the privilege in this case lead to a general proposition that counsel who intends to rely on illegally obtained evidence on a warrant obligation must seek a waiver of the privilege prior to appearing before the [Federal] Court so as to be able to disclose legal advice pertaining to the legality of the operations leading to the obtaining of that evidence. Indeed, it is clear that the Service forcefully disputed the compellability of such legal advice, and decided to disclose it in the case at bar before any argument was made as to what the test should be regarding the admissibility of illegally obtained evidence on a warrant application. As a result, the waiver in this case is clearly not meant to be a statement of principle for the future.

IV. Conclusion

[192] For all of the above reasons, we are of the view that the appeal should be granted, and that the first paragraph of the judgment found at page 123 of the judgment and reasons dated May 15, 2020, should be set aside.

LASKIN J.A.: I agree.

éléments de preuve plus indirects. C'est le prix à payer pour maintenir le secret professionnel de l'avocat, en lui-même un élément essentiel d'une société qui repose sur la primauté du droit.

[190] Le fait que le Service ait fini par renoncer au secret professionnel de l'avocat dans ce dossier n'a pas d'incidence sur la conclusion de la Cour ni sur la question bien délimitée qu'elle doit trancher, c'est-à-dire la possibilité que l'avocat ait manqué à son obligation de franchise en ne demandant pas la renonciation de façon proactive.

[191] En outre, la décision du Service de renoncer au secret professionnel de l'avocat dans ce dossier ne saurait permettre de conclure, pour quelque raison que ce soit, qu'il sera tenu de faire de même dans un autre dossier de nature similaire, pas plus qu'il ne saurait être question d'en dégager une proposition générale voulant que l'avocat qui entend fonder une demande de mandats sur des éléments de preuve obtenus illégalement doive demander une renonciation au secret professionnel avant de se présenter devant la Cour fédérale afin d'être en mesure de communiquer les avis juridiques portant sur la légalité des opérations permettant d'obtenir ces éléments de preuve. En fait, il est manifeste que le Service a contesté avec vigueur la contraignabilité d'un tel avis juridique et a décidé de le communiquer en l'espèce avant que soit présenté tout argument relatif au critère applicable à l'admissibilité des éléments de preuve obtenus illégalement dans une demande de mandats. Partant, en l'espèce, la renonciation ne se veut manifestement pas une déclaration de principe pour l'avenir.

IV. Conclusion

[192] Pour tous les motifs susmentionnés, la Cour est d'avis que l'appel doit être accueilli et que le premier paragraphe du jugement, qui se trouve à la page 132 du jugement et des motifs du 15 mai 2020, soit annulé.

LE JUGE LASKIN, J.C.A. : Je suis d'accord.