



Office of
the Intelligence
Commissioner

Bureau du
commissaire
au renseignement

P.O. Box/C.P. 1474, Station/Succursale B
Ottawa, Ontario K1P 5P6
613-992-3044, Fax 613-992-4096

~~TRÈS SECRET//RAC~~

Dossier : 2200-A-2023-02

[TRADUCTION FRANÇAISE]

COMMISSAIRE AU RENSEIGNEMENT — DÉCISION ET MOTIFS

AFFAIRE INTÉRESSANT LA DÉTERMINATION DES CATÉGORIES D'ACTES OU D'OMISSIONS
QUI CONSTITUERAIENT PAR AILLEURS DES INFRACTIONS AU TITRE DU
PARAGRAPHE 20.1(3) DE LA *LOI SUR LE SERVICE CANADIEN DU RENSEIGNEMENT DE
SÉCURITÉ* ET DE L'ARTICLE 19 DE LA *LOI SUR LE COMMISSAIRE AU RENSEIGNEMENT*

LE 15 MARS 2023

TABLE DES MATIÈRES

I.	APERÇU	3
II.	CONTEXTE LÉGISLATIF	4
	i) <i>La détermination des catégories d'actes ou d'omissions – ministre de la Sécurité publique</i>	6
	ii) <i>L'examen quasi judiciaire des conclusions du ministre – commissaire au renseignement</i>	7
III.	LA NORME DE CONTRÔLE	8
IV.	ANALYSE	11
	i) <i>Catégorie [REDACTED]</i>	13
	a) <i>L'absence de lien rationnel entre les conclusions et le lien [REDACTED] pour certaines infractions</i>	15
	b) <i>Le manque d'intelligibilité relativement aux restrictions du cadre de justification</i>	16
	c) <i>L'absence de prise en compte des répercussions sur les institutions fondamentales canadiennes</i>	17
V.	REMARQUES	19
	i) <i>Défis liés à la catégorie d'actes ou d'omissions impliquant [REDACTED]</i>	19
	ii) <i>Précisions supplémentaires quant aux restrictions - catégorie [REDACTED]</i>	20
	iii) <i>Communication d'informations au commissaire au renseignement</i>	22
	iv) <i>Exemples actualisés d'activités comprises dans la catégorie</i>	23
VI.	CONCLUSIONS	24

I. APERÇU

1. La *Loi sur le service canadien du renseignement de sécurité*, LRC 1985, c C-23 (la *Loi sur le SCRS*) établit un cadre juridique dans les limites duquel les employés du Service canadien du renseignement de sécurité (le SCRS) peuvent, dans des circonstances particulières et pourvus des approbations nécessaires, agir légalement ou ordonner à autrui d'agir d'une manière qui contrevient par ailleurs à la loi.
2. Le commissaire au renseignement est chargé de l'octroi de l'une de ces approbations. Pour qu'un acte illicite soit justifié, il doit appartenir à une catégorie d'actes ou d'omissions déterminée par le ministre de la Sécurité publique (le ministre) et ensuite approuvée par le commissaire au renseignement.
3. Le 13 février 2023, en application du paragraphe 20.1(3) de la *Loi sur le SCRS*, le ministre a déterminé, par arrêté, les huit catégories d'actes ou d'omissions qui constitueraient par ailleurs des infractions (la détermination).
4. Le 14 février 2023, le Bureau du commissaire au renseignement a reçu la détermination en vue de mon examen et de mon approbation sous le régime de la *Loi sur le commissaire au renseignement*, LC 2019, c 13, art 50 (la *Loi sur le CR*).
5. Compte tenu de mon examen et des motifs qui suivent, je suis convaincu que les conclusions du ministre visant les catégories [REDACTED] sont raisonnables. En application de l'alinéa 20(1)a) de la *Loi sur le CR*, je dois approuver la détermination du ministre datée du 13 février 2023 pour les catégories [REDACTED].
6. En ce qui concerne la catégorie [REDACTED], j'estime que les conclusions du ministre qui l'ont amené à décider que certains actes ou certaines omissions relèvent de celle-ci ne sont pas raisonnables. Par conséquent, en application de l'alinéa 20(1)b) de la *Loi sur le CR*, je ne dois pas approuver la catégorie [REDACTED].

II. CONTEXTE LÉGISLATIF

7. En juillet 2019, la *Loi concernant des questions de sécurité nationale* (aussi appelée *Loi de 2017 sur la sécurité nationale*) est entrée en vigueur et a transformé le cadre de la sécurité nationale au Canada. Le législateur a créé un nouveau rôle quasi judiciaire dans le domaine de la sécurité nationale et du renseignement, celui de commissaire au renseignement, qui doit être tenu par un juge à la retraite d'une cour supérieure.
8. Le législateur a également modifié la *Loi sur le SCRS* en vue de la moderniser et de fournir au SCRS des pouvoirs supplémentaires pour enquêter sur les menaces envers la sécurité nationale du Canada et pour conseiller le gouvernement en conséquence. Ainsi, l'article 20.1 de la *Loi sur le SCRS*, qui établit un cadre de justification limité en matière de sécurité nationale (le cadre de justification), a été ajouté à cette même loi. Le cadre de justification est façonné d'après le régime canadien de justification visant les personnes chargées de l'application et de l'exécution de la loi prévue aux articles 25.1 à 25.4 du *Code criminel*, LRC 1985, c C-46, adopté le 1^{er} février 2002. Ce cadre est toutefois de portée plus restreinte et est adapté au contexte de la sécurité nationale.
9. Circonscriit par des paramètres stricts, le cadre de justification permet, en matière de collecte d'informations et de renseignements, la commission d'actes ou d'omissions qui constitueraient par ailleurs des infractions. Ainsi, le recours au cadre de justification ne confère pas seulement l'immunité juridique à la personne qui commet l'acte ou l'omission par ailleurs illégal, mais peut également rendre effectivement licite la collecte et la conservation de toute information et tout renseignement qui découlent de l'acte ou de l'omission par ailleurs illicite. Je me penche d'une manière approfondie sur cet aspect dans mes remarques à la partie V de la présente décision. Le cadre de justification est essentiel pour le déroulement des opérations du SCRS étant donné que la collecte de renseignements quant aux menaces envers la sécurité du Canada peut survenir dans des contextes et des situations en marge de la loi.
10. Les actes et les omissions qui constitueraient par ailleurs une infraction peuvent être commis par les employés du SCRS désignés par le ministre ou par les personnes qui agissent sous leur

direction. Pour être couvert par le cadre de justification, l'acte ou l'omission doit relever d'une catégorie approuvée, c'est-à-dire une catégorie déterminée par le ministre ayant été approuvée par le commissaire au renseignement. Ce dernier est tenu d'approuver la catégorie s'il est convaincu que les conclusions du ministre, sur la base desquelles la catégorie est déterminée, sont raisonnables.

11. Le paragraphe 20.1(2) de la *Loi sur le SCRS* expose le principe qui sous-tend le cadre de justification :

Il est d'intérêt public de veiller à ce que les employés s'acquittent efficacement des fonctions du Service en matière de collecte d'informations et de renseignements — notamment en participant à des activités cachées — conformément au principe de la primauté du droit et, à cette fin, de prévoir expressément dans la loi une justification limitée pour la commission, par les employés désignés qui agissent de bonne foi et les personnes qui agissent sous leur direction, d'actes ou d'omissions qui constitueraient par ailleurs des infractions.

12. Avant l'entrée en vigueur du cadre de justification, les employés du SCRS qui se consacraient à la collecte d'informations et de renseignement en matière de sécurité nationale, ou les personnes qui agissaient sous leur direction, s'appuyaient sur l'immunité de la Couronne pour se prémunir de la responsabilité criminelle entraînée par la commission d'actes illicites dans le cours de leurs activités¹. Le cadre de justification procure désormais une protection juridique lorsqu'il est invoqué et appliqué conformément à la législation. Malgré tout, il ne place pas les employés désignés du SCRS et les personnes qui agissent sous leur direction au-dessus de la loi ou des protections garanties par la *Charte canadienne des droits et libertés* (la *Charte*). Des sanctions pénales peuvent être infligées à ceux qui agissent à l'extérieur des limites du cadre de justification.

¹ Comme indiqué dans la *Loi sur les services canadiens du renseignement de sécurité (Re)*, 2020 CF 616, la position du ministère de la Justice sur l'applicabilité de l'immunité de la Couronne aux employés du SCRS et sur les actes illégaux commis par les employés du SCRS au cours des opérations manquait de clarté et n'était pas comprise de manière cohérente au sein du ministère et du SCRS.

13. Plus précisément, le paragraphe 20.1(18) de la *Loi sur le SCRS* prévoit six catégories particulières de gestes que les employés désignés du SCRS, ou les personnes qui agissent sous leur direction, ne peuvent jamais légitimement poser. Ces comportements sont les suivants :

- a) causer, volontairement ou par négligence criminelle, des lésions corporelles à un individu ou la mort de celui-ci;
- b) tenter volontairement, de quelque manière, d'entraver, de détourner ou de contrecarrer le cours de la justice;
- c) porter atteinte à l'intégrité sexuelle d'un individu;
- d) soumettre un individu à la torture ou à d'autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, au sens de la Convention contre la torture;
- e) détenir un individu;
- f) causer la perte de biens ou des dommages importants à ceux-ci si cela porterait atteinte à la sécurité d'un individu.

14. En outre, le paragraphe 20.1(22) de la *Loi sur le SCRS* énonce que rien dans l'article n'a pour effet de justifier la commission d'un acte ou d'une omission par un employé désigné du SCRS qui porterait atteinte à un droit ou à une liberté garanti par la *Charte*.

15. La *Loi sur le SCRS* et la *Loi sur le CR* établissent des mesures pour garantir que le cadre de justification est appliqué d'une manière qui est raisonnable, proportionnelle, transparente et conforme au principe d'imputabilité.

i) La détermination des catégories d'actes ou d'omissions – ministre de la Sécurité publique

16. La première étape du processus visant à donner effet au cadre de justification est franchie par le ministre. Au titre du paragraphe 20.1(3) de la *Loi sur le SCRS*, le ministre détermine, par arrêté et au moins une fois par année, les catégories d'actes ou d'omissions qui constitueraient par ailleurs des infractions et qu'un employé désigné pourrait être justifié de commettre ou d'ordonner la commission.

17. Durant ce processus, le ministre doit conclure que la commission ou la direction de ces actes ou omissions est raisonnable, compte tenu : a) des fonctions du SCRS en matière de collecte d'informations et de renseignements; et b) de toute menace envers la sécurité du Canada à l'égard de laquelle des activités de collecte d'informations et de renseignements pourraient être menées ou de tout objectif de telles activités. Les conclusions du ministre sont en fait les motifs qui l'ont poussé à conclure qu'une catégorie donnée devrait être déterminée et que la catégorie proposée satisfait au critère juridique et à l'intention du législateur quant au cadre de justification.
18. Une fois que le ministre détermine les catégories d'actes ou d'omissions qui seraient par ailleurs illicites, il en avise le commissaire au renseignement en vue de son examen et de son approbation en application du paragraphe 20.1(5) de la Loi sur le SCRS.

ii) L'examen quasi judiciaire des conclusions du ministre – commissaire au renseignement

19. Au titre des articles 12 et 19 de la *Loi sur le CR*, le commissaire au renseignement doit procéder à un examen quasi judiciaire des conclusions du ministre pour décider si elles sont raisonnables.
20. Pour permettre au commissaire au renseignement d'effectuer un examen approprié, le ministre est tenu par la loi de fournir tous les renseignements dont il disposait pour prendre sa décision (article 23 de la *Loi sur le CR*). Comme il ressort de la jurisprudence du commissaire, cette obligation comprend également [TRADUCTION] « tout renseignement donné de vive voix et consigné par écrit », y compris les breffages ministériels.²
21. La seule restriction au droit d'accès du commissaire au renseignement concerne les renseignements confidentiels du Conseil privé du Roi, comme le prévoit l'article 26 de la *Loi sur le CR*.

² *Commissaire au renseignement — Décision et motifs*, 27 juillet 2022, Dossier 2200-A-2020-02, page 10.

22. Le commissaire au renseignement examine tout le dossier soumis par le ministre pour décider s'il est complet. Une fois ce point confirmé, le commissaire au renseignement procède à son examen.
23. Conformément à l'article 23 de la *Loi sur le CR*, le ministre a confirmé dans sa lettre de présentation qu'il m'a fourni tous les renseignements dont il disposait pour se prononcer en la matière. Par conséquent, le dossier dont je dispose est composé :
- a) d'un *mémoire au ministre de la Sécurité publique* rédigé par le directeur du SCRS, daté du 16 janvier 2023, qui demande au ministre de déterminer les huit catégories d'actes ou d'omissions qui constitueraient par ailleurs des infractions (le mémoire du directeur);
 - b) d'un *mémoire au ministre de la Sécurité publique* rédigé par le sous-ministre de la Sécurité publique, daté du 1^{er} février 2023, qui recommande au ministre d'examiner le mémoire du directeur et, s'il abonde dans son sens, de déterminer les huit catégories proposées;
 - c) de la détermination du ministre, datée du 13 février 2023.
 - d) de la décision *Commissaire au renseignement — Décision et motifs*, 27 juillet 2022, dossier 2200-A-2022-02.

III. LA NORME DE CONTRÔLE

24. La *Loi sur le CR* indique que le commissaire au renseignement doit examiner si les conclusions du ministre sont raisonnables.
25. Le terme « raisonnable » n'est pas défini par la *Loi sur le CR* ni par la *Loi sur le SCRS*. Toutefois, cette norme est bien comprise par la jurisprudence en droit administratif dans le contexte du contrôle judiciaire de décisions administratives.
26. Au titre du paragraphe 4(1) de la *Loi sur le CR*, le commissaire au renseignement doit être un juge à la retraite d'une juridiction supérieure. Toutefois, sa décision n'est pas celle d'une cour de justice. Un examen du commissaire au renseignement n'est pas, à proprement parler, un

« contrôle judiciaire ». Le commissaire au renseignement est plutôt chargé d'effectuer un « examen quasi judiciaire » des conclusions du décideur administratif, qui est le ministre.

27. Selon la jurisprudence établie par le commissaire au renseignement, lorsque le législateur utilise le terme « raisonnable » dans le contexte de l'examen quasi judiciaire de décisions administratives, il entend lui donner le même sens que dans la jurisprudence en droit administratif. Ainsi, je vais appliquer la norme de la décision raisonnable dans le cadre de mon examen, tout en prenant également pour assise les objectifs énoncés par la *Loi sur le CR* et la *Loi sur le SCRS*.

28. Dans l'arrêt *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c Vavilov*, 2019 CSC 65 [Vavilov], la Cour suprême du Canada a brièvement mentionné au paragraphe 99 ce qui constitue une décision raisonnable :

La cour de révision doit s'assurer de bien comprendre le raisonnement suivi par le décideur afin de déterminer si la décision dans son ensemble est raisonnable. Elle doit donc se demander si la décision possède les caractéristiques d'une décision raisonnable, soit la justification, la transparence et l'intelligibilité, et si la décision est justifiée au regard des contraintes factuelles et juridiques pertinentes qui ont une incidence sur celle-ci.

29. En l'espèce, les contraintes factuelles et juridiques pertinentes comprennent le régime législatif et les répercussions de la décision. En effet, pour comprendre ce qui est raisonnable, il est nécessaire de tenir compte du contexte dans lequel la décision faisant l'objet du contrôle a été prise, tout comme de celui dans lequel elle est contrôlée. Il est donc nécessaire de comprendre le rôle du commissaire au renseignement, qui est un élément essentiel du régime législatif instauré par la *Loi sur le CR* et la *Loi sur le SCRS*.

30. Un examen de la *Loi sur le CR* et la *Loi sur le SCRS*, ainsi que des débats législatifs, révèle que le législateur a créé le rôle de commissaire au renseignement comme un mécanisme indépendant par lequel il veille à ce que les mesures gouvernementales prises en matière de sécurité nationale conservent un juste équilibre avec le respect de la primauté du droit et des

droits et libertés des Canadiens. En ce qui concerne le cadre de justification, j'estime que le législateur m'a attribué un rôle de gardien et de surveillant des déterminations ministérielles pour veiller sur cet équilibre.

31. Cette décision signifie qu'un examen quasi judiciaire mené par le commissaire au renseignement à cet égard doit tenir compte des objectifs du régime législatif, du rôle du ministre et du sien, ainsi que des intérêts des Canadiens qui pourraient être touchés par la décision faisant l'objet du contrôle.
32. Je dois garder en tête qu'au moment de procéder à un contrôle selon la norme de la décision raisonnable, je dois d'abord appliquer le principe de la retenue judiciaire et témoigner d'un respect envers le rôle distinct du ministre, qui agit à titre de décideur administratif. Néanmoins, comme l'indique la Cour suprême du Canada, si d'une part, les cours de justice doivent reconnaître la légitimité et la compétence des décideurs administratifs dans leur propre domaine et adopter une attitude de respect, d'autre part, les décideurs administratifs doivent adhérer à une culture de la justification et démontrer que l'exercice du pouvoir public qui leur est délégué peut être [TRADUCTION] « justifié aux yeux des citoyens et citoyennes sur les plans de la rationalité et de l'équité » (B. McLachlin, « The Roles of Administrative Tribunals and Courts in Maintaining the Rule of Law » (1998), 12 RCDAP 171, p 174, cité dans *Vavilov*, au paragraphe 14).
33. S'il est convaincu que les conclusions du ministre en cause sont raisonnables, le commissaire au renseignement « approuve » la détermination (alinéa 20(1)a) de la *Loi sur le CR*). Dans le cas contraire, si elles sont déraisonnables, le commissaire au renseignement « n'approuve pas » la détermination (alinéa 20(1)b) de la *Loi sur le CR*).
34. À mon sens, en ce qui a trait aux déterminations ministérielles en matière de catégories faites en application du paragraphe 20.1(3) de la *Loi sur le SCRS*, le commissaire au renseignement est assujéti au régime législatif instauré par le paragraphe 20(1) de la *Loi sur le CR*. Par conséquent, je dois approuver l'intégralité de la catégorie ou la rejeter. Le commissaire au renseignement ne peut pas de lui-même exclure les types d'actes ou d'omissions problématiques d'une catégorie par ailleurs raisonnable déterminée par le ministre. Cette

question particulière pourra être examinée lors de l'examen législatif à venir de la *Loi de 2017 sur la sécurité nationale*.

35. La décision du commissaire du renseignement peut être contrôlée par la Cour fédérale du Canada à la suite d'une demande de contrôle judiciaire présentée au titre de l'article 18.1 de la *Loi sur les Cours fédérales*, LRC 1985, c F-7.

36. Je vais maintenant procéder à l'analyse des conclusions du ministre.

IV. ANALYSE

37. En l'espèce, le ministre a déterminé les huit catégories suivantes d'actes ou d'omissions que les employés désignés du SCRS pourraient être justifiés de commettre ou d'ordonner la commission (les catégories n'ont pas été rendues publiques) :

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

38. Le ministre précise que chaque catégorie est définie non seulement par son titre, mais également par renvoi à sa définition, laquelle fait intégralement partie de la détermination. Il mentionne aussi qu'il adopte, dans ses conclusions, les définitions et le raisonnement tirés du mémorandum du directeur. J'ai procédé à mon examen sur la foi de ces déclarations.
39. Je prends note que, dans sa détermination, le ministre a adopté les catégories d'actes ou d'omissions comprises dans la vue d'ensemble des huit catégories qui figure dans le mémorandum du directeur. Dans celle-ci, le directeur énumère la liste des principales infractions qui constitueraient des actes ou des omissions illicites pour chaque catégorie proposée et explique que ces listes sont indicatives et ne sont pas exhaustives; d'autres infractions pourraient appartenir à la catégorie en fonction d'une situation donnée. J'accepte que le ministre ne soit pas tenu de dresser la liste exhaustive des infractions qui composent une catégorie proposée. Toutefois, je fais remarquer qu'il est utile d'inclure des infractions précises lorsqu'une catégorie est circonscrite.
40. L'intention affichée du ministre est [TRADUCTION] « de circonscire les limites de chaque catégorie tout en autorisant un large éventail de méthodes d'enquête dans les paramètres de chacune d'entre elles ». Le ministre signale également que les renseignements complémentaires compris dans les définitions des huit catégories [TRADUCTION] « fournissent aux employés du SCRS des lignes directrices quant aux actes ou omissions qui composent les catégories. Ces précisions aideront à s'assurer que les opérations du SCRS sont menées dans le respect du principe de la primauté du droit ».
41. J'abonde dans le sens du ministre et je souligne que les employés désignés du SCRS qui se fondent sur les catégories doivent pouvoir déterminer avec certitude quels actes ou omissions font partie de chaque catégorie. S'inscrit au rôle du commissaire au renseignement de participer au cadre visant à mettre en place cette certitude, au moyen de l'examen des conclusions du ministre.
42. En effet, lorsqu'il détermine si un acte ou une omission illicite peut être justifié conformément au cadre de justification, l'employé désigné du SCRS doit être en mesure de s'assurer que l'acte envisagé appartient bel et bien à l'une des catégories approuvées.

43. C'est pourquoi il est crucial que les catégories soient compréhensibles et clairement définies. Cela ne signifie pas qu'il n'existe qu'un seul moyen de déterminer une catégorie. Cela signifie plutôt que les conclusions du ministre doivent être conformes et être cohérentes avec la façon dont la catégorie est circonscrite.
44. Considérant ce qui précède, et compte tenu de l'ensemble du dossier, je suis convaincu que les conclusions du ministre relatives aux catégories [REDACTED] sont raisonnables. Je suis d'avis qu'elles montrent, conformément au paragraphe 20.1(3) de la *Loi sur le SCRS*, que la commission d'actes ou d'omissions relevant des catégories circonscrites ou l'ordre de commettre de tels actes ou de telles omissions sont associées aux obligations et aux fonctions du SCRS en matière de collecte d'informations et de renseignements, ainsi qu'aux menaces envers la sécurité du Canada et aux objectifs de collecte de renseignements étrangers. Les conclusions révèlent que le ministre comprend l'objectif général de chaque catégorie, les raisons pour lesquelles elles sont nécessaires pour permettre au SCRS d'accomplir son mandat, et quels types d'actes ou d'omissions appartiennent à chacune d'entre elles.
45. Je trouve également que les conclusions du ministre concordent avec le titre et la définition des catégories et que celles-ci sont donc définies d'une manière claire et appropriée.
46. À ce titre, je conclus que les conclusions du ministre comportent la justification, la transparence et l'intelligibilité nécessaires en lien avec les contraintes juridiques et factuelles pertinentes auxquelles est assujettie la décision.
47. En ce qui concerne la catégorie [REDACTED], je suis également convaincu que les conclusions du ministre sont raisonnables quant à la détermination de certains actes ou omissions compris dans la catégorie — mais pas pour l'ensemble d'entre eux — ce que je vais expliquer plus loin.

i) Catégorie [REDACTED]

48. Comme l'indique son titre, la catégorie [REDACTED] cerne [une catégorie d'actes ou d'omissions]. La définition fait également ressortir ce qui suit :

[La définition inclut des actes ou omissions spécifiques]

[REDACTED]

49. En effet, le ministre a déterminé que [une catégorie d'actes ou d'omissions] qui correspond aux parties de [REDACTED] précité pourraient être justifiées. Les conclusions du ministre signalent qu'il peut exister des situations où, par exemple, [un acte ou une omission particulière] [REDACTED] [REDACTED] peut faciliter la collecte de renseignements ou maintenir la crédibilité auprès d'une cible.

50. Mon examen de [REDACTED] [REDACTED] révèle que cela inclut des infractions [REDACTED] [REDACTED] tel que [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED]

51. D'autres infractions [REDACTED] énumérées dans la définition de la catégorie comprennent [actes ou omissions spécifiques] [REDACTED] [REDACTED]

52. À mon avis, certaines infractions [REDACTED] soulèvent des motifs pour lesquels leur inclusion dans la catégorie [REDACTED] rend les conclusions du ministre déraisonnables.

a) L'absence de lien rationnel entre les conclusions et le lien [REDACTED]

[REDACTED] pour certaines infractions

53. Les conclusions du ministre sont muettes quant à la manière dont certaines infractions sont comprises dans la définition de la catégorie. La justification portant sur leur inclusion dans la catégorie est donc lacunaire.

54. La définition de la catégorie [REDACTED] indique que les actions dans celle-ci « comprend [REDACTED] » où ces actes constituent une infraction. La plupart des infractions [REDACTED] seraient certainement incluses dans cette définition globale. Toutefois, un examen des conclusions du ministre indique que l'objectif général de ce groupe est de protéger les employés désignés ou ceux qu'ils dirigent lorsqu'ils [REDACTED] dans le but d'augmenter ou de maintenir la crédibilité ou l'accès à une cible.

55. Ce ne sont pas toutes les infractions énumérées dans la définition qui font intervenir [REDACTED]. Les infractions qui font intervenir [REDACTED], sont manifestement différentes; ce sont les actes [REDACTED] qui sont illicites.

56. De même, les infractions [REDACTED] ne traitent pas [REDACTED], mais plutôt [d'un acte spécifique] [REDACTED]. Je constate que les conclusions du ministre font également abstraction de [cet acte spécifique] que j'estime différent sur le plan qualitatif des actes de [REDACTED].

57. Je conclus donc que l'inclusion de ces infractions dans la définition ne correspond pas aux conclusions du ministre. Cela ne signifie pas que d'autres conclusions ne pourraient pas circonscrire la catégorie d'une manière appropriée. Néanmoins, quoique les conclusions du ministre portées à mon attention établissent un lien entre l'objectif général de la catégorie et d'autres infractions — par exemple [REDACTED]

— il n'existe pas de lien rationnel en ce qui a trait à [certaines infractions dans la catégorie] [REDACTED]

b) Le manque d'intelligibilité relativement aux restrictions du cadre de justification

58. Il va sans dire que pour être approuvée, une catégorie doit tenir compte des six types d'actes ou d'omissions qui ne pourront jamais être justifiés, conformément au paragraphe 20.1(18) de la *Loi sur le SCRS*. En outre, je prends note que le ministre, dans sa détermination, s'appuie sur la politique du SCRS qui ordonne aux employés de demander aux sources humaines de ne pas agir comme des « agents provocateurs » qui encouragent la commission d'actes criminels. Je suis d'opinion que cette règle importante s'applique à toutes les catégories. Elle établit une « une ligne rouge » que les employés désignés du SCRS et les personnes qui agissent sous leur direction ne doivent pas franchir lorsqu'ils déterminent si l'acte ou l'omission appartient à une des catégories approuvées. Le respect de ces limites est primordial pour assurer le respect de la primauté du droit et de la *Charte*.

59. Je suis d'avis que les conclusions du ministre, et le dossier dans son ensemble, ne démontrent pas comment [certaines infractions dans la catégorie] peut respecter les restrictions prévues dans le cadre de justification au paragraphe 20.1(18) de la *Loi sur le SCRS*. Cette disposition énonce que rien ne justifie une personne de « tenter volontairement, de quelque manière, d'entraver, de détourner ou de contrecarrer le cours de la justice » [REDACTED]

[REDACTED] L'alinéa 20.1(18)b) ne circonscrit pas

« le cours de la justice » aux instances judiciaires. De surcroît, la jurisprudence indique que ces termes doivent être interprétés libéralement³.

60. Il semble à première vue que [certaines infractions dans la catégorie] dérogent à l'alinéa 20.1(18)b). En effet, il n'est pas clair, au vu du dossier et des conclusions du ministre, qu'il puisse exister des circonstances où ces mêmes infractions pourraient être commises tout en respectant la restriction prévue à l'alinéa 20.1(18)b).

61. En outre, le dossier ne montre pas que le ministre s'est penché sur ce point. Comme l'établit la jurisprudence applicable au commissaire au renseignement, le ministre doit bien comprendre quels actes ou omissions appartiennent à une catégorie⁴. Je ne peux pas être persuadé que les conclusions du ministre sont raisonnables en ce qui concerne [certaines infractions] tirées de la catégorie [redacted] s'il n'est pas clair que ces infractions [redacted] peuvent être commises au titre du cadre de justification. Par souci de clarté, je ne conclus pas que [ces infractions] pourraient ne pas être inclus dans la catégorie [redacted], ou une autre catégorie d'ailleurs, mais plutôt que leur inclusion n'est pas justifiée sur la foi des conclusions du ministre et du dossier porté à ma connaissance.

62. En tirant la présente conclusion, je reconnais qu'au moment où un employé désigné du SCRS décide s'il commet ou ordonne la commission d'un acte ou d'une omission qui constituerait par ailleurs une infraction, les restrictions prévues au paragraphe 20.1(18) de la *Loi sur le SCRS* s'appliquent. Toutefois, je suis d'opinion que je dois également tenir compte de ces restrictions dans mon examen des conclusions du ministre : si un acte ou une omission déroge nécessairement à celles-ci, il ne peut pas être compris dans une catégorie approuvée.

***c) L'absence de prise en compte des répercussions sur les institutions
fondamentales canadiennes***

³ [redacted]

⁴ *Commissaire au renseignement – Décision et motifs*, 27 septembre, 2019, dossier : 2200-A-2019-002, page 6.

63. Lorsqu'ils ont expliqué les facteurs contextuels dont il peut être tenu compte lors d'un contrôle selon la norme de la décision raisonnable, les juges majoritaires de la Cour suprême dans l'arrêt *Vavilov* ont rédigé ce qui suit au paragraphe 133 :

Le point de vue de la partie ou de l'individu sur lequel l'autorité est exercée est au cœur de la nécessité d'une justification adéquate. Lorsque la décision a des répercussions sévères sur les droits et intérêts de l'individu visé, les motifs fournis à ce dernier doivent refléter ces enjeux. Le principe de la justification adaptée aux questions et préoccupations soulevées veut que le décideur explique pourquoi sa décision reflète le mieux l'intention du législateur, malgré les conséquences particulièrement graves pour l'individu concerné. Cela vaut notamment pour les décisions dont les conséquences menacent la vie, la liberté, la dignité ou les moyens de subsistance d'un individu.

64. Lorsque j'adapte ces principes au contexte du cadre de justification et au rôle du commissaire au renseignement aux termes de la *Loi sur le SCRS* et de la *Loi sur le CR*, j'estime qu'un important élément contextuel lors d'un contrôle selon la norme de la décision raisonnable est les répercussions de la catégorie proposée. Une catégorie proposée, ou certains actes ou certaines omissions inclus dans une catégorie proposée, pouvant avoir des répercussions sur un intérêt important pour les Canadiens devraient être justifiés d'une manière appropriée dans les conclusions du ministre. En tant que décideur, le ministre devrait être en mesure de démontrer par ses conclusions qu'une catégorie qui comprend une ou des infractions ayant des répercussions sur un tel intérêt devrait être approuvée. Il ne l'a pas fait dans ses conclusions.
65. Comme je l'ai mentionné plus haut, le commissaire au renseignement joue le rôle de gardien de la primauté du droit et des droits et libertés des Canadiens. [Certaines infractions dans la catégorie] se composent d'infractions qui entravent le cours de la justice. Les institutions judiciaires – non seulement les tribunaux, mais tous les organes et procédures dont le but est d'assurer le respect des règles légalement établies – sont fondamentales pour la primauté du droit, qui est capitale pour les Canadiens. La justification d'infractions qui portent atteinte à de telles institutions nécessite des conclusions ministérielles claires, précises et rigoureuses.

66. Mon analyse est également applicable à [une disposition législative spécifique] [redacted] qui crée une infraction de [redacted]

ne pourrait pas être justifiée selon le cadre de

que les conclusions du ministre relatives à la catégorie ■ ne sont pas raisonnables.

la catégorie ■■■, je ne dois pas approuver sa détermination, aux termes de l'alinéa 20(1)b).

conclusions puisqu'elle était fondée sur un dossier différent.

V. REMARQUES

de futures déterminations de catégories d'actes ou d'omissions.

i) Défis liés à la catégorie d'actes ou d'omissions impliquant

détermination et à la mise en œuvre d'une catégorie d'actes ou d'omissions impliquant

██████████ Cette catégorie est très générale, en partie parce que le terme ██████████ n'est pas défini. Une catégorie générale peut nécessiter des conclusions ministérielles plus pointues.

72. Une catégorie proposée impliquant ██████████ soulève également des problèmes juridiques complexes en lien avec les activités du SCRS en matière de collecte d'informations et de renseignements comme en font état les conclusions du ministre où celui-ci explique que dans des [TRADUCTION] « circonstances urgentes » un employé désigné pourrait accepter ██████████ afin de décider des prochaines étapes. Le ministre signale que dans ces situations les conditions prévues aux articles 12 et 16 de la *Loi sur le SCRS* doivent être satisfaites.

73. J'aimerais ajouter que les articles 12 et 16 doivent être examinés dans d'autres situations où les infractions impliquent ██████████. Le cadre de justification ne peut pas ██████████ en renseignements licites ou en source licite de renseignement. Par exemple, s'il est ordonné à une source de [commettre une infraction] afin de maintenir sa crédibilité auprès de la cible d'une enquête du SCRS au titre du cadre de justification, [une infraction connexe spécifique] doit être autorisée par un autre pouvoir légal que le cadre de justification – à savoir les articles 12, 16 ou 21 de la *Loi sur le SCRS*.

ii) Précisions supplémentaires quant aux restrictions - catégorie ██████████

74. Dans sa décision de novembre 2021, mon prédécesseur a fait une remarque relativement à [infractions spécifiques] ██████████. Selon lui, compte tenu du caractère ██████████ très particulier des infractions, la détermination devait comprendre une condition selon laquelle le ministre doit être avisé de toute situation où l'une de ces infractions est commise.

75. De ce fait, dans sa détermination de 2022, le ministre a souscrit à la création, proposée par le directeur, d'une nouvelle catégorie – la catégorie ██████████ – pour les infractions ██████████ en vue d'améliorer l'efficacité opérationnelle, l'observation des règles et la pertinence, ainsi qu'en vue d'autoriser la commission de telles infractions ██████████.

Le 27 juillet 2022, la catégorie a été approuvée par mon prédécesseur.

76. Je me fais l'écho des préoccupations exprimées par ce dernier quant à Sur ce point, je fais observer que la détermination du ministre ne mentionne pas expressément que les actes ou les omissions énumérés dans la catégorie sont assujettis aux six restrictions prévues au régime législatif, à savoir celles énoncées aux paragraphes 20.1(18) et (22) de la *Loi sur le SCRS*. Aux termes du second de ces paragraphes, rien dans le cadre de justification n'a pour effet de justifier la commission d'un acte ou d'une omission qui porterait atteinte à un droit ou à une liberté garanti par la *Charte*.

77. Comme je l'ai constaté plus haut, je suis conscient que ces restrictions légales s'appliquent aux employés désignés du SCRS. Toutefois, comme je l'ai expliqué, le ministre et moi-même convenons qu'il est important que la définition d'une catégorie constitue un guide clairement circonscrit pour l'employé désigné du SCRS qui assume la tâche lourde et cruciale de déterminer si un possible acte ou une possible omission appartient à une catégorie et s'il existe des motifs raisonnables de croire que la commission de l'acte ou de l'omission est raisonnable et proportionnelle. Il vaut mieux, pour ce qui est de l'intérêt du public et de l'efficacité d'une collecte d'informations et de renseignements, qu'un employé désigné du SCRS ait un plan aussi détaillé que possible.

78. Par exemple, qui est l'une des infractions expressément citée par le ministre dans la définition de la catégorie

79. Dans un contexte opérationnel où la commission de l'infraction serait utile aux fins de collecte d'informations et de renseignements, un employé désigné du

SCRS serait légalement tenu de déterminer si [l'acte] ferait probablement [REDACTED] d'une manière qui contreviendrait à l'alinéa 20.1(18)f) de la *Loi sur le SCRS*. Si une détermination est limpide quant à la manière dont les restrictions s'appliquent et s'insèrent dans le processus décisionnel d'un employé désigné du SCRS, le commissaire au renseignement sera davantage confiant que les décisions qui en découlent seront plus faciles à prendre, et davantage susceptibles d'être conformes au cadre de justification.

80. Ces remarques visent la catégorie [REDACTED], mais, selon moi, elles peuvent également s'appliquer à d'autres catégories, et je ne doute pas qu'elles seront prises en considération par le ministre.

iii) Communication d'informations au commissaire au renseignement

81. Dans sa lettre de présentation, le ministre a confirmé qu'il m'avait communiqué tous les renseignements qui étaient à sa disposition lorsqu'il a procédé à la détermination des catégories d'actes ou d'omissions.

82. Mon examen du dossier révèle que le mémorandum du directeur fait état de [TRADUCTION] « directives ministérielles sur les opérations et la reddition de compte » et d'un « cadre stratégique du SCRS ». De surcroît, le ministre signale dans ses conclusions relatives à la catégorie [REDACTED] qu'il comprend que [TRADUCTION] « selon la politique du SCRS, ses employés doivent enjoindre aux sources humaines de ne pas agir comme des “agents provocateurs” qui encouragent la commission d'actes criminels ». Il fait en outre observer que [TRADUCTION] « selon les instructions publiques du ministre » il doit être [traduction] « avisé par le SCRS de toutes les activités à haut risque, que ce dernier soit d'ordre juridique, opérationnel ou lié à la réputation ou à la politique étrangère. »

83. Je prends acte, en me fondant sur la lettre de présentation du ministre, que les documents en cause n'étaient pas physiquement à sa disposition au moment où il s'est prononcé sur la détermination, mais qu'il pouvait déjà avoir eu connaissance de leur teneur.

84. Comme l'énonce le paragraphe 23(1) de la *Loi sur le CR* et la jurisprudence applicable au commissaire au renseignement, l'examen quasi judiciaire mené par celui-ci doit se faire sur le fondement de tous les renseignements, ou de tout le dossier, que le ministre avait à sa disposition. En fait, le dossier fourni aux fins d'examen doit contenir toute l'information.
85. À l'instar des éléments d'information donnés de vive voix qui relèvent des « renseignements dont disposait » le décideur, les renseignements opérationnels ou institutionnels non écrits que ce même décideur connaît et dont il a tenu compte doivent également être fournis au commissaire au renseignement, en application du paragraphe 23(1) de la *Loi sur le CR*. La transmission du document ou des pages pertinentes reste la méthode de choix pour satisfaire à la disposition législative.
86. Le fait de savoir que le ministre a pris en considération des renseignements tirés de documents qui n'étaient pas versés au dossier fourni me préoccupe, et ils auraient dû m'être transmis. Exceptionnellement, je retiens en l'espèce qu'il est raisonnable de conclure que la description des renseignements faite par le ministre est suffisante pour satisfaire au paragraphe 23(1) de la *Loi sur le CR*.
87. Je ne doute pas qu'à l'avenir, tous les renseignements à la disposition du ministre me seront fournis d'une manière appropriée, comme l'exige la loi.

iv) Exemples actualisés d'activités comprises dans la catégorie

88. Le mémorandum du directeur contient des exemples d'activités qui seraient comprises dans chaque catégorie d'actes ou d'omissions. Il est important, toutefois, qu'elles soient constamment actualisées pour refléter les activités opérationnelles en cours menées par les employés désignés du SCRS et les personnes qui agissent sous leur direction.
89. Dans son mémorandum au ministre, le directeur du SCRS signale par exemple qu'en 2021-2022, des employés désignés du SCRS ont commis ou omis des actes 41 fois au titre du cadre de justification. De plus, des employés supérieurs désignés du SCRS ont autorisé 172 fois des actes ou des omissions, et, agissant sur la foi de ces autorisations, des employés désignés du

SCRS ont ordonné 117 fois la commission ou l'omission d'actes. L'obtention d'exemples récents et concrets pourrait non seulement affermir les conclusions du ministre, mais pourrait également lui être utile, tout comme à moi, pour décider si les actes et les omissions de chaque catégorie sont soigneusement définis et satisfont aux restrictions prévues par la loi.

90. J'ai été informé que les employés désignés du SCRS suivent une formation obligatoire sur le recours au cadre de justification pour veiller à ce qu'ils comprennent la portée et les restrictions des huit catégories ainsi que pour assurer sa mise en œuvre d'une manière pleinement conforme et éclairée. Il serait utile d'obtenir des scénarios d'utilisation opérationnelle dans lesquels le SCRS se fonde sur le cadre de justification et les mécanismes en place pour garantir leur usage raisonnable et proportionnel.

91. J'estime que de tels renseignements seraient utiles au ministre pour démontrer que la commission ou la direction d'actes ou d'omissions dans les catégories circonscrites est raisonnable.

VI. CONCLUSIONS

92. Au vu de mon examen du dossier soumis, je décide que les conclusions du ministre sur lesquelles les catégories [REDACTED] sont déterminées sont raisonnables.

93. Conformément à l'alinéa 20(1)a) de la *Loi sur le CR*, j'approuve la détermination du ministre datée du 13 février 2023 des catégories [REDACTED].

94. En ce qui concerne la catégorie [REDACTED], je ne suis pas convaincu que les conclusions du ministre qui l'ont amené à décider que certains actes ou certaines omissions appartiennent à la catégorie sont raisonnables. Par conséquent, conformément à l'alinéa 20(1)b) de la *Loi sur le CR*, je n'approuve pas la catégorie [REDACTED].

95. Conformément à l'article 21 de la *Loi sur le CR*, une copie de la présente décision sera envoyée à l'Office de surveillance des activités en matière de sécurité nationale et de renseignement afin de l'aider à accomplir son mandat au titre des alinéas 8(1)a) et c) de la *Loi sur l'Office de*

surveillance des activités en matière de sécurité nationale et de renseignement, LC 2019, c 13,
art 2.

Le 15 mars 2023

(Original signé)

L'honorable Simon Noël, C.R.
Commissaire au renseignement