

Cour fédérale



Federal Court

Date : 20180821

Dossier : DES-2-18

Référence : 2018 CF 850

[TRADUCTION FRANÇAISE]

Ottawa (Ontario), le 21 août 2018

En présence de monsieur le juge O'Reilly

ENTRE :

AWSO PESHARY

demandeur

et

LE PROCUREUR GÉNÉRAL DU CANADA

défendeur

ORDONNANCE ET MOTIFS

I. Aperçu

[1] M. Awso Peshdary conteste un mandat délivré par la Cour en 2012 autorisant le Service canadien du renseignement de sécurité à utiliser ses pouvoirs de surveillance afin d'exercer une surveillance sur lui. Le Service a remis à la Gendarmerie royale du Canada certains renseignements qu'il avait recueillis sur M. Peshadary. La GRC a utilisé ces renseignements

dans le but d'obtenir d'autres mandats en application du *Code criminel* pour mener une enquête sur M. Peshdary relativement à des infractions liées au terrorisme. L'enquête de la GRC a donné lieu à deux infractions criminelles contre M. Peshdary pour lesquelles il pourrait subir un procès devant la Cour supérieure de justice de l'Ontario.

[2] La contestation de M. Peshdary comporte deux étapes. Au cours de la première étape, j'ai entendu les observations des parties sur la question de savoir si la Cour fédérale a compétence pour accorder la réparation sollicitée par M. Peshdary, soit l'annulation du mandat délivré au Service. Les parties ont également abordé la question de savoir si M. Peshdary a le droit de recevoir d'autres documents en possession du Service, ce qui lui permettrait de bien comprendre le fondement sur lequel le mandat a été délivré et qui pourrait l'aider à contester la validité du mandat.

[3] En fonction des réponses à ces deux premières questions, il se pourrait que deux autres questions soient résolues à la deuxième étape. La première question est de savoir si je devrais nommer un *amicus curiae* pour examiner les documents supplémentaires dont j'ordonnerai la divulgation à M. Peshdary et de répondre aux demandes que le PGC pourrait présenter à l'égard du privilège fondé sur la sécurité nationale. Si aucune autre divulgation n'est ordonnée, la présence d'un *amicus curiae* ne sera pas nécessaire. La deuxième question porte sur la contestation du mandat délivré au Service. Si je conclus que je n'ai pas la compétence pour annuler le mandat, la question deviendra théorique.

[4] Je suis donc saisi des deux questions suivantes :

1. La Cour fédérale a-t-elle compétence pour annuler un mandat qu'elle a délivré au Service?
2. M. Peshdary a-t-il droit à la divulgation de documents supplémentaires?

[5] Pour les motifs exposés ci-après, je conclus que la Cour a compétence pour accorder la réparation sollicitée par M. Peshdary. Ni la loi ni la jurisprudence ne font obstacle aux pouvoirs conférés à la Cour de se prononcer sur la validité de ses propres ordonnances. Toutefois, je conclus également que M. Peshdary n'a pas justifié la divulgation de documents supplémentaires en possession du Service.

[6] Par conséquent, j'entendrai les parties à la deuxième étape de la présente instance sur la seule question de savoir si le mandat du Service doit être annulé.

II. Première question en litige : la Cour fédérale a-t-elle compétence pour annuler un mandat qu'elle a délivré au Service?

[7] Le PGC fait valoir que la Cour peut avoir la compétence nécessaire, mais que cette compétence, qui existe en common law, a été surpassée par la jurisprudence en droit pénal fondée sur la *Charte canadienne des droits et libertés*. Selon le PGC, les pouvoirs de la Cour sont essentiellement moribonds, et que l'on devrait leur permettre de s'éteindre.

[8] Le PGC va trop loin. Malgré l'évolution du droit pénal et constitutionnel, la Cour conserve son pouvoir de se prononcer sur la validité de ses propres ordonnances, y compris les mandats délivrés au Service.

[9] En common law, un juge qui a rendu une ordonnance en réponse à une requête *ex parte* a le pouvoir d'annuler cette ordonnance s'il est établi qu'elle n'aurait pas dû être accordée. Une ordonnance ne peut cependant être invalidée qu'au moyen d'une contestation directe, soit une demande présentée au juge ayant rendu l'ordonnance (ou à un autre juge du même tribunal) dans le seul but d'annuler l'ordonnance. Une ordonnance ne pourrait pas être annulée de façon incidente dans d'autres instances; elle était présumée valide jusqu'au moment où elle viciée par contestation directe. Plus précisément, les ordonnances rendues par une cour supérieure ne pourraient pas être annulées dans des procédures devant une cour provinciale.

[10] La question de savoir si cette conception de la common law s'applique aux autorisations visant les interceptions des communications privées a été soulevée dans l'arrêt *Wilson c La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 594. Dans cette affaire, un juge de la cour provinciale a conclu que les autorisations qui avaient déjà été accordées par un juge de la Cour d'appel du Manitoba étaient invalides parce que les conditions préalables qu'impose le *Code criminel* n'avaient pas été remplies. Plus précisément, les éléments de preuve dont était saisi le juge du procès démontraient qu'aucune autre méthode d'enquête n'avait été essayée et n'avait échoué, avait peu de chance de succès ou qu'il y avait urgence.

[11] Devant la Cour suprême du Canada, le juge McIntyre a confirmé le principe fondamental de common law, et a conclu que le juge du procès aurait dû reconnaître que les autorisations étaient valides et pleinement en vigueur tant qu'elles n'étaient pas annulées dans une procédure expressément consacrée à cette question. De plus, les autorisations étaient des ordonnances rendues par une cour supérieure et ne pouvaient pas être annulées par un juge d'une cour

provinciale. Alors que le juge du procès aurait eu le droit de tenir compte du fait que l'autorisation était à première vue entachée d'un vice, il avait en fait procédé à la vérification de ces autorisations, ce qu'il n'avait pas le droit de faire. Le *Code criminel* prévoyait expressément que les documents associés à une autorisation devraient être placés dans un paquet scellé que seuls un juge d'une cour supérieure ou un juge siégeant seul devraient être autorisés à ouvrir. Le juge du procès n'avait donc pas le pouvoir de se prononcer sur la validité des autorisations.

[12] L'arrêt *Wilson* a eu comme conséquence qu'une demande de révision de la validité d'une autorisation devait être présentée au juge qui avait délivré cette autorisation ou à un juge du même tribunal. Dans ce dernier cas, le juge chargé de la révision ne ferait pas que substituer son appréciation à celle du juge ayant délivré l'autorisation, mais déterminerait plutôt si les faits étaient différents de ceux qui avaient été présentés au juge ayant délivré l'autorisation. Le juge McIntyre a dit peu de choses sur les motifs qui justifieraient l'annulation d'une ordonnance *ex parte*, mais il a mentionné que ces motifs comprendraient la fraude ou la découverte de nouveaux éléments de preuve. (Dans les arrêts subséquents, la non-divulgarion de faits importants et la divulgation trompeuse se sont ajoutées aux motifs.) Il n'a pas non plus abordé le critère auquel un accusé doit satisfaire pour avoir accès aux documents présentés au juge ayant délivré l'autorisation, le soi-disant [TRADUCTION] « paquet scellé ». L'arrêt *Wilson* a cependant été interprété comme exigeant une preuve de fraude ou tout autre motif pertinent pour qu'un accusé puisse avoir accès au paquet.

[13] Six ans après l'arrêt *Wilson*, une question connexe a été soulevée devant la Cour suprême du Canada et, une fois de plus, le juge McIntyre y a répondu (*R c Meltzer*, [1989] 1 R.C.S. 1764).

En effet il a confirmé ce qu'il avait déclaré dans l'arrêt *Wilson*. L'accusé avait contesté sans succès la révision d'une autorisation qui avait été délivrée par la Cour suprême de la Colombie-Britannique. L'accusé a interjeté appel de cette décision, mais la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a rejeté l'appel, invoquant l'absence de compétence. Le juge McIntyre a souscrit à cette conclusion et a ensuite examiné les critiques formulées au sujet de la procédure établie dans l'arrêt *Wilson*. Il a conclu que les préoccupations sur le délai et la confusion étaient exagérées. En outre, le *Code criminel* lui-même impose des restrictions sur la question de savoir quand et par qui le paquet peut être ouvert. Il n'a pas vu la nécessité de réexaminer l'arrêt *Wilson*.

[14] À peine un an plus tard, le juge Sopinka a décrit l'état du droit en matière de contestation de la recevabilité d'une preuve recueillie par écoute électronique comme étant un « fouillis procédural » dans l'arrêt *R. c Garofoli*, [1990] 2 R.C.S. 1421, à la page 1445. Il a mentionné divers motifs pour lesquels la recevabilité d'une preuve recueillie par écoute électronique pouvait être contestée et a proposé que ces motifs soient réunis (pour une analyse de ces divers recours, se reporter à James W O'Reilly, « Reviewing Wiretap Authorizations: The Supreme Court Goes Through the Motions » (1991), 80 CR (3d) 386)).

[15] En ce qui a trait au processus suivi dans l'arrêt *Wilson*, le juge Sopinka a suggéré que les demandes d'ouverture des paquets scellés soient présentées aux juges à qui ce pouvoir a été conféré par le *Code criminel*, mais que le pouvoir de réviser les autorisations soit accordé aux juges du procès. L'accusé n'aurait pas à répondre au critère préliminaire de la preuve pour avoir accès au paquet; la revendication d'un droit garanti par la *Charte* suffisait. La question que devraient se poser les juges du procès devrait être de savoir si les conditions prévues par la loi

ont été remplies. Dans l'affirmative, il n'y aura eu aucune violation de l'article 8 de la *Charte*. L'accusé n'aurait pas à démontrer qu'il y a eu fraude, non-divulgateion, divulgation trompeuse ou nouveaux éléments de preuve, même si ces facteurs s'avéraient pertinents. Si l'autorisation ne reposait sur aucun fondement juridique, toute interception obtenue en application de cette autorisation serait irrecevable.

[16] Grâce à l'arrêt *Garofoli* et à d'autres affaires connexes, la Cour suprême a simplifié et clarifié les règles relatives aux contestations des autorisations d'écoute électronique et a rendu le processus plus équitable pour les personnes accusées. Une question demeure toutefois sans réponse, soit celle de savoir si une personne qui souhaite contester une autorisation devant le tribunal qui a délivré cette autorisation, plutôt que devant le tribunal de première instance, peut toujours invoquer la procédure suivie dans l'arrêt *Wilson*. La question suivante s'impose : pourquoi une personne voudrait-elle procéder de cette manière compte tenu de la flexibilité de la procédure suivie dans l'arrêt *Garofoli* devant les tribunaux de première instance? L'une des réponses possibles à cette question est qu'une personne ne peut pas obtenir une réparation de la part du juge du procès si elle n'a pas été accusée d'une infraction. Tel était le cas dans l'affaire *R v Vijaya*, 2014 ONSC 1653. Dans cette affaire, l'accusé avait sollicité l'annulation de mandats de perquisition obtenus relativement à ses ordinateurs et à ses disques durs. Il n'avait encore été accusé d'aucune infraction. Le juge Nordheimer (siégeant maintenant à la Cour d'appel de l'Ontario) a examiné la procédure suivie dans l'arrêt *Wilson* et a conclu que, compte tenu de l'arrêt *Garofoli*, sa survie était fort douteuse. Ce qu'il a clairement voulu dire est que l'approche adoptée dans l'arrêt *Wilson* ne s'applique pas aux contestations fondées sur la *Charte* (aux paragraphes 21 et 25). Dans ce cas, même s'il n'y avait pas de juge du procès, le juge

Nordheimer a appliqué l'arrêt *Garofoli* aux circonstances dont il était saisi. Pour des motifs d'équité procédurale, il a ordonné que l'accusé reçoive les documents en possession du juge qui avait délivré les mandats de perquisition, soit l'affidavit et les documents mentionnés dans l'affidavit.

[17] Par conséquent, l'affaire *Vijaya* nous enseigne que c'est l'arrêt *Garofoli*, et non l'arrêt *Wilson*, qui devrait s'appliquer à toutes les contestations fondées sur la *Charte* en matière de mandats. Mais là encore, cela n'exclut pas le recours à l'arrêt *Wilson* dans les circonstances particulières de l'espèce – lorsque l'accusé demande une réparation au tribunal ayant délivré le mandat, et ne se fonde pas sur la *Charte*.

[18] Une autre réponse possible à la question de savoir pourquoi une personne présenterait une demande de type *Wilson* au lieu de se fonder sur l'arrêt *Garofoli* figure dans la dissidence de la juge McLachlin (avant d'être juge en chef) dans l'arrêt *Garofoli*. Elle a fait remarquer que le fardeau d'une demande de type *Wilson* est lourd, mais que si le requérant a gain de cause, les éléments de preuve sont automatiquement exclus. Le fardeau d'une demande de type *Garofoli* est peu exigeant, mais la réparation n'est pas l'exclusion automatique; elle comporte un équilibre des facteurs énoncés au paragraphe 24(2) de la *Charte*.

[19] La jurisprudence ne m'indique aucunement que les demandes de type *Wilson* n'existent plus ou que la Cour n'a plus compétence pour réviser l'une de ses ordonnances *ex parte*. Il semble donc que la décision *Atwal c Canada*, [1988] 1 C.F. 107 (CA), la seule affaire qui m'a été citée traitant d'une demande similaire demeure fondée en droit. Il faut cependant se rappeler

qu'au moment où la décision *Atwal* a été rendue, l'arrêt *Garofoli* n'avait pas encore été rendu. Naturellement, le juge Mahoney s'est fondé sur l'arrêt *Wilson* pour affirmer que le demandeur devait contester le mandat que notre Cour a délivré au Service. Également, le juge Mahoney a notamment ordonné que soit divulgué au demandeur l'affidavit ayant servi à obtenir le mandat sans exiger du demandeur qu'il établisse qu'il y a eu fraude ou tout autre motif reconnu, énoncé dans l'arrêt *Wilson* et dans les arrêts qui l'ont suivi.

[20] Bien que la Cour suprême du Canada ait traité des difficultés sur le plan de la révision des autorisations d'écoute électronique ainsi que des dispositions du *Code criminel* qui s'appliquent à ces mandats, elle n'a jamais examiné la situation dont je suis saisi en l'espèce. Nous sommes ici en présence d'un mandat délivré par la Cour fédérale, une cour supérieure. Selon l'arrêt *Wilson*, le mandat est valide jusqu'à ce qu'il soit annulé dans une instance devant la Cour fédérale dans laquelle sa légitimité a directement été contestée, ou qu'il ait été contesté avec succès devant une cour supérieure pour des motifs fondés sur la *Charte*.

[21] Les *Règles des Cours fédérales* reconnaissent expressément la compétence de la Cour d'annuler ou de modifier une ordonnance *ex parte*. L'article 399 confère ce pouvoir à la Cour si la partie contre laquelle elle a été rendue présente une preuve *prima facie* démontrant pourquoi elle n'aurait pas dû être rendue lorsque des faits nouveaux sont survenus ou ont été découverts après que l'ordonnance a été rendue ou si l'ordonnance a été obtenue par fraude.

[22] Par conséquent, la Cour a clairement compétence pour recevoir et trancher la contestation d'un mandat délivré au Service.

III. Deuxième question en litige : M. Peshdary a-t-il droit à la divulgation de documents supplémentaires?

[23] M. Peshdary soutient que la divulgation est nécessaire afin lui donner une occasion valable de contester l'autorisation. Puisqu'une preuve de fraude, de non-divulgation de faits importants, de divulgation trompeuse ou de nouveaux faits a été exigée dans l'arrêt *Wilson*, la personne visée doit avoir accès aux documents à l'appui de la délivrance du mandat, sinon elle ne sera pas en mesure de préparer une contestation. De plus, M. Peshdary souligne les avantages sociaux qui découlent d'un système de justice ouvert et transparent, favorisant la meilleure communication possible des motifs pour lesquels les pouvoirs d'enquête sont autorisés. À titre d'exemple, la transparence contribue à garantir que le Service respecte son obligation de franchise envers la Cour lorsqu'il demande des mandats d'enquête.

[24] Je ne peux pas être en désaccord avec M. Peshdary sur ce principe. Cependant, pour trois raisons, je conclus que la divulgation de documents supplémentaires n'est pas justifiée dans les circonstances de l'espèce.

[25] D'abord, M. Peshdary a choisi d'obtenir réparation en se fondant sur l'arrêt *Wilson*. L'arrêt *Wilson* exige que la preuve établisse qu'il y a eu fraude ou d'autres questions graves avant que la divulgation du contenu du paquet scellé soit accordée. M. Peshdary souligne à juste titre que cette situation place la personne visée dans une situation fâcheuse : elle doit démontrer qu'il y a eu fraude, par exemple, avant d'avoir accès aux documents qui pourraient appuyer sa demande. Cette situation fâcheuse est cependant inhérente au processus de l'arrêt *Wilson*. Selon l'approche adoptée dans l'arrêt *Wilson*, les demandeurs [TRADUCTION] « ne pouvaient tout

simplement pas présenter des éléments de preuve démontrant l'existence de fraude ou d'une autre inconduite sans savoir ce dont le juge ayant délivré l'autorisation avait été saisi ».

Essentiellement, [TRADUCTION] « il était nécessaire d'avoir accès au paquet avant qu'une preuve d'inconduite puisse être obtenue, et pourtant, cette preuve devait être présentée avant que l'accès puisse être autorisé » (O'Reilly, précité, à la page 387). Ce problème avec l'approche adoptée dans l'arrêt *Wilson* a fait en sorte que la Cour suprême du Canada a dû élaborer une autre approche plus juste, fondée sur la *Charte*. En fait, M. Peshdary se plaint des restrictions au sein même de la procédure qu'il a choisi de suivre. Son moyen subsidiaire consiste à présenter une requête de type *Garofoli* au juge du procès, ce qui ne nécessite pas le seuil de preuve requis dans une demande de type *Wilson*. D'ailleurs, je m'attends parfaitement à ce que M. Peshdary présente une demande de type *Garofoli* à la reprise de son procès.

[26] En deuxième lieu, dans l'arrêt *Wilson*, le degré de divulgation sollicitée par M. Peshdary dans cette demande n'était pas prévu. L'arrêt *Wilson* n'abordait que l'accès au paquet scellé contenant les documents effectivement soumis au juge ayant délivré l'autorisation. En l'espèce, M. Peshdary demande la divulgation de tous les documents originaux en possession du Service, invoquant l'arrêt *R. c Pires; R. c Lising*, 2005 CSC 66. Cette affaire découlait cependant de l'article 8 de la *Charte*, et non de l'arrêt *Wilson*, et, de toute façon, elle ne prévoit pas la divulgation des documents débordant le cadre du contenu du paquet scellé (au paragraphe 25).

M. Peshdary se fonde également sur l'affaire *Vijaya*, précitée, dans laquelle le juge Nordheimer a déclaré qu'une personne visée par une ordonnance *ex parte* a le droit d'obtenir les documents qui ont servi à l'obtention de cette ordonnance, y compris les copies des documents cités dans l'affidavit. Comme je l'ai déjà fait remarquer, l'affaire *Vijaya* se fondait sur la *Charte*, et non sur

l'arrêt *Wilson*. De plus, le juge Nordheimer a conclu que le demandeur avait droit à la divulgation de l'affidavit et des documents qui y étaient mentionnés. En l'espèce par contre, M. Peshdary demande la divulgation allant bien au-delà de ces documents. Je ne vois aucun fondement juridique justifiant la demande de divulgation.

[27] En troisième lieu, M. Peshdary a déjà reçu une grande quantité de documents, au-delà de ceux qui étaient visés dans les affaires sur lesquelles il se fonde. Il a présenté trois demandes de divulgation de documents en possession du Service et a obtenu gain de cause dans deux d'entre elles, se fondant sur l'arrêt *R v O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411. Bien que M. Peshdary n'ait pas reçu tous les documents originaux qu'il demandait, il a reçu l'affidavit ainsi que plusieurs autres documents concernant un informateur sur lequel comptait le Service. Il a déjà reçu ce qu'il aurait été en droit de recevoir dans le cadre d'une demande de type *Wilson*.

[28] Par conséquent, je dois rejeter la demande de divulgation de documents supplémentaires de M. Peshdary.

IV. Conclusion et décision

[29] La Cour a compétence pour se prononcer sur une demande de contestation d'un mandat délivré au Service. La Cour recevra les observations des parties sur cette contestation lors d'une audience fixée pour le 24 août 2018. Aucune divulgation de documents supplémentaires n'est ordonnée.

ORDONNANCE dans le dossier DES-2-18

LA COUR ORDONNE ce qui suit :

1. La requête de M. Peshdary contestant le mandat délivré par la Cour au Service sera entendue le 24 août 2018;
2. Aucun autre document ne sera remis à M. Peshdary.

« James W. O'Reilly »

Juge

COUR FÉDÉRALE

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

DOSSIER : DES-2-18

INTITULÉ : AWSO PESHADARY c LE PROCUREUR GÉNÉRAL DU CANADA

LIEU DE L'AUDIENCE : OTTAWA (ONTARIO)

DATE DE L'AUDIENCE : LE 13 AOÛT 2018

ORDONNANCE ET MOTIFS : LE JUGE O'REILLY

ORDONNANCE ET MOTIFS RENDUS : LE 21 AOÛT 2018

COMPARUTIONS :

André Séguin
Marc Edmunds

POUR LE DÉFENDEUR

Fady Mansour
Solomon Friedman

POUR LE DEMANDEUR

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

William F. Pentney
Sous-procureur général du Canada
Ottawa (Ontario)

POUR LE DÉFENDEUR

Edelson & Friedman
Avocats
Ottawa (Ontario)

POUR LE DEMANDEUR