

Cour fédérale

Federal Court

Date : 20101126

Dossier : DES-7-08

Référence : 2010 FC 1193

[TRADUCTION FRANÇAISE]

Ottawa (Ontario), le 26 novembre 2010

En présence de monsieur le juge Blanchard

ENTRE :

**DANS L’AFFAIRE d’un certificat signé
en vertu de l’article 77(1) de la *Loi sur l’immigration
et la protection des réfugiés (LIPR);***

**ET DANS L’AFFAIRE du renvoi d’un
certificat devant la Cour fédérale en vertu de**

l'article 77(1) de la LIPR;

ET DANS L'AFFAIRE de Mohammed Zeki

Mahjoub

MOTIFS DE L'ORDONNANCE ET ORDONNANCE

[1] Par voie d'un avis de requête daté du 12 novembre 2010, le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration et le ministre de la Sécurité publique (les ministres) demandent :

- (a) une ordonnance annulant les assignations délivrées le 8 novembre 2010 dans cette procédure nécessitant la présence de Richard Fadden, Stephen Rigby, la juge Diane Finley, le juge Stockwell Day, Ted Flanigan et Michael Duffy;
- (b) une ordonnance interdisant au défendeur de demander des assignations dans cette affaire sans l'autorisation de la Cour, à obtenir par voie d'un avis aux ministres;
- (c) toute autre mesure de réparation que l'avocat pourrait demander et que la Cour pourrait accorder.

[2] Les motifs énoncés des ministres pour la requête sont les suivants :

- (a) Il n'a pas été démontré que les témoins proposés seront vraisemblablement en mesure de présenter une preuve pertinente concerne les questions abordées dans cette procédure;
- (b) les assignations délivrées à Richard Fadden et Stephen Rigby ont été obtenues en violation à l'ordonnance de la Cour exigeant que le défendeur fournisse un avis sur les témoins qui seront appelés, ce qui constitue un abus de procédure;
- (c) la juge Diane Finley et le juge Stockwell Day ne peuvent être tenus de fournir des éléments de preuve, puisqu'ils sont assujettis au privilège parlementaire;
- (d) la preuve proposée par Michael Duffy est protégée par le secret professionnel liant l'avocat à son client et le privilège relatif au litige;
- (e) les documents demandés à préciser dans les assignations comprennent les documents qui, selon la décision de la Cour, font comme il se doit l'objet d'une autre requête. Il est abusif que le défendeur délivre des assignations dans le but de contourner la décision préalable de la Cour;
- (f) les renseignements demandés par les témoins proposés sont du domaine public et il est inutile que des assignations soient délivrées;
- (g) les assignations et les demandes de documents en général constituent une quête d'information à l'aveuglette inacceptable;

- (h) les règles 41 et 42 des *Règles des Cours fédérales*;
- (i) tout autre motif conseillé par l'avocat et autorisé par la Cour.

[3] Le dossier de requête des ministres a été signifié et déposé le 12 novembre 2010, le dossier du défendeur a été signifié et déposé le 17 novembre 2010 et les parties ont été entendues au sujet de la requête le 18 novembre 2010 à Ottawa. M. Mahjoub a assisté par vidéoconférence.

[4] Le défendeur conteste la requête et soutient que les assignations sont délivrées comme il se doit et qu'ils sont nécessaire en vue de présenter la preuve dans ses requêtes en suspens et pour sa défense dans le contrôle du caractère raisonnable.

[5] L'affaire a été mise en délibéré à la fin de l'audience. Avant la présentation de ces motifs, l'avocat des ministres a informé la Cour que les ministres étaient prêts à appeler M. Paul Vrbanac en tant que témoin afin qu'il prenne la parole au nom du Service canadien du renseignement de sécurité (SCRS ou le Service) et M. Brett Bush en tant que témoin afin qu'il prenne la parole au nom de l'Agence des services frontaliers du Canada (ASFC). Les parties ont convenu que ces deux témoins allaient remplacer M. Richard Fadden, le directeur du SCRS et M. Stephen Rigby, président de l'ASFC qui, actuellement, font l'objet d'une assignation en tant que témoins au nom du SCRS et de l'ASFC respectivement. De plus, les parties ont accepté la présence de ces deux témoins. Toutes les autres questions soulevées dans la requête des ministres

pour l'annulation des assignations font toujours l'objet d'un différend. Je vais maintenant aborder les autres questions en suspens sur la requête.

Question en litige

[6] Les assignations *duces tecum* en question devraient-elles être annulées?

La loi

[7] Dans *Laboratoires Servier c. Apotex Inc.* 2008 CF 321, la juge Snider a mené un examen exhaustif et utile de la jurisprudence et des principes applicables lorsqu'il s'agit d'annuler une assignation. Je suis d'accord avec la formation suivante du critère général :

- (a) Y a-t-il un privilège ou une autre règle de droit qui s'applique de façon que le témoin ne doive pas être contraint à témoigner?; (p. ex. *Nation et bande indienne de Samson c. Canada*, 2003 CF 975.

- (b) Le témoignage des témoins assignés est-il pertinent et important en fonction des questions que la Cour doit trancher? (P. ex. *Jaballah (Re)*, 2001 CFPI 1287 (CanLII), [2001] A.C.F. no 1748; *Merck & Co. c. Apotex Inc.*, [1998] A.C.F. no 294.

[8] La jurisprudence nous apprend également que, bien que le seuil soit peu élevé en ce qui concerne la pertinence, une partie ne doit pas qu'affirmer la pertinence. Il n'est pas suffisant qu'une partie appelle un témoin simplement pour affirmer que le témoin pourrait fournir un

élément de preuve pertinent; la partie doit établir que le témoin fournira probablement un élément de preuve, *Zündel Re*, 2004 CF 798.

[9] Le défendeur soutient qu'il incombe à la personne qui s'oppose à une assignation d'établir un manque de pertinence et cite *Zündel*, ci-haut, pour appuyer son argument. Après avoir examiné la jurisprudence, je suis d'avis que c'est à la partie qui tente de maintenir l'assignation qu'il incombe d'établir que le témoin fournirait probablement un élément de preuve pertinent pour les questions soulevées devant la Cour. Voir : *Servier*, ci-haut, et *R. c. Harris* (1994), 93 CCC (3d) 478 (Ont. CA).

Discussion

[10] Je propose d'aborder les assignations une à une. Ce faisant, j'examinerai la position respective des parties.

Assignations délivrées aux ministres

[11] À l'heure actuelle, la juge Diane Finley est ministre des Ressources humaines et du Développement des compétences. En 2008, elle était ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration et elle a signé le présent certificat contre M. Mahjoub. Le juge Stockwell Day est le président du Conseil du Trésor et le ministre de la Porte de l'Asie-Pacifique. En 2008, il était

ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile et il a signé le présent certificat contre M. Mahjoub.

[12] Les ministres soutiennent que la juge Diane Finley et le juge Stockwell Day sont assujettis au privilège parlementaire et que leur preuve est sans rapport avec les questions qui sont présentées devant la Cour.

[13] M. Mahjoub ne conteste pas l'existence du privilège, mais soutient que l'étendue du privilège manque de clarté dans la loi canadienne.

[14] En ce qui concerne le manque de clarté, il s'agit de savoir si le privilège s'applique durant la relâche parlementaire, plus précisément pendant la relâche des Fêtes en décembre, dans ce cas-ci. L'avocat de M. Mahjoub reconnaît que la jurisprudence de cette cour a effectivement étendu la portée du privilège à toute la session parlementaire, mais soutient que cette conclusion a été faite sans prendre en considération les circonstances pertinentes qui entourent la nature exceptionnelle des procédures en place pour le rappel du Parlement durant de telles relâches.

[15] À mon avis, cela est établi en droit. Le privilège parlementaire s'appliquera pendant que le Parlement est en session, même s'il ne siège pas. Dans *Samson Indian Nation and Band c.*

Canada 2003 CF 975, au paragraphe 43, le juge Teitelbaum a déclaré ceci :

Je suis d'avis que le privilège existe et a toujours existé, et qu'il subsiste pendant la durée d'une session, par opposition à la notion plus étroite de « séance » employée dans l'affaire *Telezona*. Je souscris aux propos du juge Low, dans l'arrêt *Ainsworth*, au paragraphe 56, et je les fais miens :

Lorsque le Parlement est en session, il peut être appelé à siéger n'importe quand. Lorsqu'il est en session, il est assemblé, qu'il siège effectivement ou non [. . .] Les travaux du Parlement et les tâches des parlementaires ne cessent pas du seul fait que le Parlement, au cours d'une session, ne siège pas effectivement.

[16] Personne ne conteste le fait que le Parlement est en session actuellement. Le défendeur demande la comparution des ministres devant la cour au début de janvier 2011, moment auquel le Parlement est en congé pour la période des Fêtes. J'estime que le privilège parlementaire s'applique au cours de cette période. Par conséquent, les assignations contestées visant la juge Diane Finley et le juge Stockwell Day seront annulées. Compte tenu de cette conclusion, il n'est pas nécessaire que j'aborde la question de la pertinence.

Assignation délivrée à Michael Duffy

[17] À l'heure actuelle, M. Duffy est avocat général principal dans l'Équipe juridique sur la sécurité nationale du Portefeuille de la sécurité nationale, Portefeuille de la sécurité publique, de la défense et de l'immigration au sein du ministère de la Justice. Le 4 juin 2009, alors qu'il travaillait comme avocat général principal aux Services juridiques du SCRS, M. Duffy a signé une lettre à la Cour ayant pour but d'aborder les développements dans une autre instance relative à un certificat (DES-5-08, concernant M. Harkat). Dans cette lettre, les questions liées à certaines lacunes dans la divulgation de l'information sur les matrices sources par le Service sont abordées. De plus, la lettre indique que cette omission de renseignements pertinents peut soulever des préoccupations semblables au chapitre de l'intégrité d'autres sources matrices dans les procédures relatives à un certificat en suspens, et même dans le processus de demande de mandats.

[18] Les ministres soutiennent que toutes les sphères d'examen proposées de ce témoin relèvent du secret professionnel liant l'avocat à son client ou du privilège relatif au litige, car M. Duffy était embauché par le ministère de la Justice en tant que chef des Services juridiques du Service lorsqu'il a délivré la lettre, soit la période identifiée dans son assignation. Les ministres ajoutent que la preuve de M. Duffy n'est ni pertinente ni nécessaire dans le cadre des procédures. Les ministres affirment que les circonstances qui ont mené à la lettre de M. Duffy font l'objet de jugements publics dans l'affaire *Harkat* et que rien n'empêche M. Mahjoub d'examiner le dossier public au chapitre de ces événements et de déposer l'information pertinente dans le cadre de la procédure.

[19] M. Mahjoub fait valoir que M. Duffy est un témoin « important » pour la défense, puisqu'il a signé la lettre publique du 4 juin 2009 dans laquelle des préoccupations ont été soulevées en ce qui concerne la fiabilité des renseignements et de la preuve à l'appui d'autres certificats de sécurité en suspens. Cette divulgation constitue une renonciation au secret professionnel liant l'avocat à son client et au privilège relatif au litige. M. Mahjoub soutient également que la preuve de M. Duffy est pertinente dans le cadre de la procédure, puisqu'elle traite de la fiabilité de l'information et de la preuve à l'appui de tous les certificats de sécurité en suspens et, par conséquent, elle peut avoir une incidence directe sur l'affaire de M. Mahjoub.

[20] Contrairement aux observations des ministres, cette lettre n'est pas une communication entre un avocat et un client. Il s'agit plutôt d'une communication publique à la Cour et, en conséquence, elle n'est pas liée au secret professionnel liant l'avocat à son client ou au privilège relatif au litige.

[21] À mon avis, M. Duffy peut être appelé à témoigner concernant les affaires qui sont soulevées dans cette lettre. Je suis convaincu que sa preuve est probablement pertinente à l'égard des questions présentées devant la Cour. Advenant que des questions soient soulevées en rapport avec des enjeux qui traitent du secret professionnel liant l'avocat à son client, elles seront abordées au cours de l'audience.

[22] L'assignation nécessite que M. Duffy apporte et produise la documentation suivante à l'audience :

[TRADUCTION]

Toute matière et information et tout document que vous avez examinés pour la rédaction de votre lettre datée du 4 juin 2009 en ce qui concerne l'examen des matrices de source humaine au sein du SCRS qui traitent, en particulier, des affaires de certificat de sécurité.

Toute matière et tout document lié aux mesures de suivi prises en ce qui a trait aux pratiques et/ou aux politiques du SCRS concernant tous les cas de certificat de sécurité depuis le 4 juin 2009, y compris celui de M. Mahjoub.

[23] Dans les circonstances de la procédure, la demande est déraisonnable. Les avocats du secteur public savent que les ministres ne se fient aucunement aux renseignements fournis en privé par des sources humaines à l'appui de leur affaire contre M. Mahjoub. Par conséquent, l'information qui traite de sources humaines n'est pas pertinente. Ce sont les autres renseignements qui concernent d'autres matrices sources pouvant avoir une incidence sur l'ensemble des procédures liées à un certificat qui sont pertinentes. À cet égard, la preuve de M. Duffy ne nécessite pas la production des documents demandés qui ont trait à des sources humaines, et de toute façon, il s'agit probablement de renseignements protégés. M. Duffy devra produire la documentation, le cas échéant, qui traite d'une « mesure de suivi » prise par le Service. Les oppositions liées au secret professionnel liant l'avocat à son client ou au privilège relatif au litige à l'égard de la production d'une telle documentation seront abordées dans le cadre de l'audience.

Assignment délivrée à Ted Flanigan

[24] M. Flanigan est un gestionnaire au SCRS à la retraite. En 2009, il était directeur adjoint du SCRS.

[25] Les ministres soutiennent que la preuve de M. Flanigan, en tant que fonctionnaire du SCRS à la retraite, n'est ni pertinente ni nécessaire pour les procédures. M. Flanigan, même s'il travaillait toujours au SCRS, a fourni des éléments de preuve dans le processus de certificat *Charkaoui* et a été contre-interrogé pendant deux jours au sujet des politiques et des pratiques du Service. Les ministres soutiennent qu'il est inutile d'appeler un fonctionnaire du SCRS à la retraite à témoigner pour donner des éléments de preuve s'il existe un dossier public au moyen duquel il est possible d'obtenir une preuve semblable. Les ministres ajoutent qu'il est peu probable que M. Flanigan ait des renseignements pertinents sur les sphères d'examen proposées établies par M. Mahjoub et que certaines de ces sphères ne sont pas pertinentes pour cette procédure.

[26] M. Mahjoub affirme que M. Flanigan est un témoin compétent du SCRS et qu'il est capable de témoigner en fonction de ses connaissances personnelles sur les cas de certificat de sécurité en suspens et sur les faits liés au certificat de sécurité de M. Mahjoub. Le poste de M. Flanigan, lorsqu'il travaillait au Service en tant que membre exécutif et directeur adjoint,

nécessitait un niveau élevé de participation sur le plan de l'analyse et de l'examen de tous les dossiers de certificat de sécurité. M. Mahjoub souligne également que le témoin du SCRS fourni par les ministres pour l'audience sur le caractère raisonnable, M. Guay, n'avait pas le même niveau de participation et de connaissances que M. Flanigan en ce qui concerne le dossier de M. Mahjoub, et que pendant son examen, M. Guay était incapable de répondre aux questions sur le rapport de renseignement de sécurité classifié et sur la façon de le compiler.

[27] Aucun privilège n'est demandé dans le cas de M. Flanigan. La seule question est de déterminer si la preuve serait pertinente en ce qui concerne les questions que la Cour doit trancher. Je suis convaincu, dans le contexte de la procédure, et particulièrement en ce qui concerne la requête en matière d'abus de procédure, qu'il est probable que sa preuve soit pertinente. En conséquence, son assignation à témoigner dans cette procédure sera maintenue.

Assignations délivrées à Stephen Rigby et Richard Fadden

[28] Par voie d'une entente entre les parties, la présence de M. Richard Fadden et de M. Stephen Rigby ne sera pas requise. Ils sont remplacés par M. Paul Vrbanac et M. Brett Bush, conformément à ce qui figure ci-haut. En conséquence, les assignations délivrées à M. Richard Fadden et M. Stephen Rigby seront annulées. Je n'aborderai donc pas les arguments soulevés relativement à leur présence. Cependant, les documents demandés qui doivent être produits par les témoins remplacés sont toujours contestés et seront abordés ci-dessous.

[29] Le principal argument des ministres est que le défendeur tente d'obtenir la preuve, dont la divulgation fait l'objet d'une affaire devant le protonotaire Aalto. Les ministres affirment qu'il est abusif de tenter d'obtenir la production de la même documentation au moyen d'une assignation *duces tecum*, particulièrement lorsque cette Cour a déjà déterminé qu'elle n'allait pas intervenir.

[30] Un examen des deux assignations *duces tecum* en question révèle que la documentation requise à produire dans le cadre de l'audience est essentiellement la même que la documentation dont la production a été ordonnée par le protonotaire Aalto dans les motifs qu'il a formulé le 3 novembre 2010 dans l'affaire *Jaballah*. Les renseignements connexes, du fait qu'ils appliquent à M. Mahjoub, lui seront fournis dans un délai d'une semaine. Tout en reconnaissant que la question est réglée en grande partie, l'avocat de M. Mahjoub soutient que la portée de leur demande est plus vaste que la divulgation ordonnée par le protonotaire Aalto. Je ne suis pas d'accord. Si des questions sont soulevées au sujet d'un document particulier qui, autrement, n'est pas produit, le défendeur peut demander l'engagement des ministres à produire un tel document et la Cour réglera tout différend pouvant découler d'une telle demande. La documentation demandée est essentiellement la même que celle qui doit être divulguée à la suite d'une procédure séparée. Il n'est pas approprié de demander l'obtention de la même documentation par voie d'une assignation *duces tecum*. En conséquence, au cours de l'audience, les témoins remplacés n'auront pas à produire les documents demandés dans les assignations. Cette conclusion s'applique également à M. Flanigan.

[31] Les ministres demandent aussi une ordonnance interdisant le défendeur de demander des assignations dans cette affaire sans l'autorisation de la Cour, à obtenir au moyen d'un avis aux ministres. La période établie pour le dépôt de la liste de témoins du défendeur est arrivée à échéance. Toute assignation requise pour la présence des témoins du défendeur devrait avoir été délivrée à ce stade-ci. En conséquence, toute assignation supplémentaire ne peut être délivrée qu'avec l'autorisation de la Cour au moyen d'un avis aux ministres.

Conclusion

[32] Pour les motifs ci-dessus, les assignations délivrées à la juge Diane Finley, au juge Stockwell Day, M. Richard Fadden et M. Stephen Rigby seront annulées. L'assignation délivrée à M. Flanigan est adéquate et il peut être appelé à fournir la preuve dans le cadre de l'audience de la Cour sur cette procédure. Cependant, comme dans le cas de M. Paul Vrbanac et de M. Brett Bush, il n'est pas nécessaire qu'il produise la preuve documentaire demandée dans l'assignation. M. Duffy peut être appelé à témoigner et doit produire uniquement la documentation liée aux « mesures de suivi » du Service dont il question dans l'assignation.

ORDONNANCE

LA COUR ORDONNE que :

1. La requête soit accordée en partie;
2. Les assignations *duces tecum* visant la juge Diane Finley, le juge Stockwell Day, M. Richard Fadden et M. Stephen Rigby soient annulées;
3. L'assignation *duces tecum* visant M. Duffy soit maintenue, toutefois il doit produire à l'audience seulement la documentation liée aux « mesures de suivi » du Service dont il est question dans l'assignation;
4. L'assignation visant M. Flanigan soit maintenue et comme dans le cas de M. Paul Vrbanac et de M. Brett Bush, les témoins remplaçants pour le directeur Fadden et le président Rigby, à l'audience, il doit produire la documentation demandée dans l'assignation.

5. Toute autre assignation dans cette procédure ne peut être délivrée qu'avec l'autorisation de la Cour au moyen d'un avis aux ministres.

« Edmond P. Blanchard »

Juge

COUR FÉDÉRALE

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

DOSSIER : DES-7-08

INTITULÉ : Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration
et le ministre de la Sécurité publique c.
Mohamed Zeki Mahjoub

LIEU DE L'AUDIENCE : Ottawa (Ontario)

DATE DE L'AUDIENCE PAR

TÉLÉCONFÉRENCE : Le 18 novembre 2010

MOTIFS DE L'ORDONNANCE : BLANCHARD J.

DATE DES MOTIFS : Le 26 novembre 2010

COMPARUTIONS :

M. David Tyndale

POUR LES DEMANDEURS

M. Toby Hoffmann

M. Marcel Larouche

Mme Dominique Castagne

Mme Erin Bodkin

Mme Rhonda Marquis

Mme Sharon Stewart-Guthrie

M. Daniel Enegel

Mme Jocelyn Espejo Clarke

Mme Johanne Doyon

POUR LE DÉFENDEUR

Mme Lucie Joncas

M. Yavar Hameed

M. David Kolinsky

M. Gordon Cameron

AVOCATS SPÉCIAUX

M. Anil Kapoor

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Myles J. Kirvan

POUR LES DEMANDEURS

Sous-procureur général du Canada

Doyon & Associés Inc.

POUR LE DÉFENDEUR

Desrosiers, Joncas, Massicotte

Hameed & Farrokhzad

M. David J.M. Kolinsky

Avocats

M. Gordon Cameron

POUR LES AVOCATS SPÉCIAUX

M. Anil Kapoor