



uOttawa

Faculté de droit  
Faculty of Law  
Section de common law  
Common Law Section

REVUE DE DROIT D'OTTAWA  
OTTAWA LAW REVIEW



2014-2015

Volume 46, no 2

Faculté de droit, Section de common law

Volume 46, No 2

Faculty of Law, Common Law Section

---

**315** La protection contre l'auto-incrimination  
testimoniale au Canada et le droit québécois :  
Quoi protège qui ?

**KIEL WALKER**

## La protection contre l'auto-incrimination testimoniale au Canada et le droit québécois : Quoi protège qui ?

**KIEL WALKER\***

La recherche de la vérité est au cœur de notre système judiciaire. Afin d'assurer la mise en œuvre de ce principe, les témoins doivent pouvoir s'exprimer devant les tribunaux judiciaires et quasi-judiciaires avec franchise et honnêteté. C'est dans cette visée que la *common law* leur confère, depuis des centaines d'années, une protection contre l'auto-incrimination. En 1982, le Canada a choisi de privilégier sans détour le principe de la recherche de la vérité en matière de preuve pénale par l'élévation de cette protection au rang constitutionnel. Depuis, la Cour suprême s'est longuement penchée sur la nature et la portée de cette protection garantie par les articles 7 et 13 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, l'épisode le plus récent étant l'affaire *Nedelcu*. Le présent article survole l'histoire et l'évolution jurisprudentielle ainsi que la nature et la portée de cette protection constitutionnelle. Il se veut une analyse complète et concise des protections offertes devant les instances judiciaires et quasi-judiciaires du Québec, en plus des instances civiles traditionnelles.

The search for truth is at the heart of our judicial system. In order to ensure the realization of this principle, witnesses must be able to express themselves before judicial and quasi-judicial tribunals with frankness and honesty. It is in this light that the common law has afforded them, for centuries, the protection against self-incrimination. In 1982, Canada unmistakably chose, with regard to criminal evidence, to favour the principle of the search for truth by granting this protection constitutional status. The Supreme Court has extensively examined the purview of this protection guaranteed by sections 7 and 13 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, culminating in the most recent decision *R v Nedelcu*. The present article provides an overview of the historical and jurisprudential evolution in addition to the nature and scope of this constitutional protection. This article is intended to be a comprehensive and concise analysis of the protections offered before judicial and quasi-judicial bodies, as well as in traditional civil proceedings in Quebec.

\* B.A. (Simon Fraser University), LL.B. (Université Laval). Candidat à la maîtrise en *common law* et droit transnational (LL.M.), Faculté de droit, Université de Sherbrooke. L'auteur souhaite remercier M<sup>rs</sup> Olivier Desjardins et Samuel Gagnon pour leurs nombreuses relectures et précieux commentaires.

## Table des matières

<b>317</b>	I.	INTRODUCTION
<b>318</b>	II.	SURVOL HISTORIQUE DE LA PROTECTION CONTRE L'AUTO-INCRIMINATION TESTIMONIALE
<b>318</b>	A.	La contraignabilité du témoin en Angleterre et au pays de Galles
<b>319</b>	B.	L'évolution de la protection au Canada
<b>319</b>	1.	<i>Common law</i>
<b>320</b>	2.	<i>Loi sur la preuve au Canada</i>
<b>322</b>	3.	<i>Charte canadienne</i>
<b>322</b>	(a)	<i>L'article 7 de la Charte canadienne</i>
<b>324</b>	(b)	<i>L'article 13 de la Charte canadienne</i>
<b>326</b>	III.	III. L'ÉVOLUTION JURISPRUDENTIELLE DE LA PROTECTION CONTRE L'AUTO-INCRIMINATION TESTIMONIALE
<b>326</b>	A.	Le bénéficiaire du droit
<b>327</b>	B.	Le témoignage volontaire de l'accusé au procès
<b>330</b>	C.	Le témoignage forcé du témoin
<b>332</b>	D.	Le témoignage dans d'« autres procédures »
<b>334</b>	E.	L'interprétation restrictive du « témoignage incriminant » de l'article 13 de la <i>Charte canadienne</i>
<b>336</b>	F.	L'épuration des règles actuellement applicables au Canada
<b>338</b>	G.	L'atténuation de l'importance des « autres procédures »
<b>339</b>	IV.	L'AUTO-INCRIMINATION TESTIMONIALE ET LES INSTANCES CIVILES QUÉBÉCOISES
<b>339</b>	A.	La <i>Charte québécoise</i>
<b>341</b>	B.	Les commissions d'enquête
<b>343</b>	C.	Les procédures en droit civil et la « protection » en chambre de la jeunesse
<b>344</b>	D.	L'assignation de témoigner et la suspension des procédures
<b>345</b>	1.	<i>Les commissions d'enquête</i>
<b>346</b>	2.	<i>Le droit pénal réglementaire</i>
<b>347</b>	V.	CONCLUSION

## La protection contre l’auto-incrimination testimoniale au Canada et le droit québécois : Quoi protège qui ?

KIEL WALKER

### I. INTRODUCTION

Par le passé, plusieurs mécanismes législatifs et jurisprudentiels ont été instaurés pour s’assurer que le témoignage recueilli devant des instances civiles et criminelles soit complet et sincère. Depuis l’entrée en vigueur de la *Charte canadienne des droits et libertés*<sup>1</sup> (ci-après « *Charte canadienne* ») en 1982, la Cour suprême du Canada fut appelée à de nombreuses reprises à interpréter la portée des dispositions consacrant une protection contre l’auto-incrimination testimoniale. L’arrêt *Nedelcu*<sup>2</sup> est la dernière en liste d’une véritable saga judiciaire autour de cette question.

Au Québec, plusieurs juridictions travaillent en parallèle avec les mécanismes de poursuite criminelle, tels que les commissions d’enquête et les instances civiles et réglementaires. Ces tribunaux judiciaires et quasi-judiciaires occupent une place de plus en plus importante dans notre société et servent des buts bien différents des instances criminelles. L’interaction entre ces juridictions peut engendrer certaines complications en lien avec la mise en œuvre de la protection contre l’auto-incrimination.

Compte tenu du nombre croissant de ces nouvelles juridictions civiles, pénales et administratives, cet article se veut une analyse pratique de l’état du droit sur la protection contre l’auto-incrimination testimoniale au Canada depuis l’instauration de la *Charte canadienne*.

Cette recherche est divisée en trois sections : (1) un bref survol historique de la protection contre l’auto-incrimination testimoniale ; (2) l’évolution jurisprudentielle de la protection contre l’auto-incrimination testimoniale à travers douze décisions de la Cour suprême ; et (3) l’impact des déclarations forcées et la protection contre l’auto-incrimination devant les instances civiles québécoises. Pour bien comprendre l’évolution de cette protection, commençons par jeter un coup d’œil sur son histoire qui nous provient de l’Angleterre du XVII<sup>e</sup> siècle.

1 *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l’annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R-U), 1982, c 11 [*Charte*].

2 *R c Nedelcu*, 2012 CSC 59, [2012] RCS 59 [*Nedelcu*].

## II. SURVOL HISTORIQUE DE LA PROTECTION CONTRE L'AUTO-INCRIMINATION TESTIMONIALE

### A. La contraignabilité du témoin en Angleterre et au pays de Galles

La protection contre l'auto-incrimination telle que nous la connaissons aujourd'hui au Canada tire ses racines de la *common law* anglaise. Son origine exacte demeure nébuleuse comme en témoigne le juge Frank Iacobucci de la Cour suprême du Canada<sup>3</sup>. Pour l'auteur John Henry Wigmore, cette protection serait indirectement apparue au XVII<sup>e</sup> siècle en Angleterre à travers une décision<sup>4</sup>. À cette époque, la société civile anglaise se trouvait dans l'ébullition de la Renaissance, où la liberté individuelle prenait une importance capitale. Les Anglais étaient las des pratiques des tribunaux de la Chambre étoilée ainsi que de la *Court of High Commission*, de même que du système de mise en accusation alors en place<sup>5</sup>. En effet, les prévenus faisaient face à des accusations imprécises et non communiquées à l'avance<sup>6</sup>. De plus, ils étaient contraints de comparaître — sans serment<sup>7</sup> — devant un tribunal qui les faisait parler dans le but de les piéger. Un exemple célèbre de ce phénomène est le procès de John Lilburn et John Wharton, en 1637. Les deux furent accusés d'avoir imprimé et fait circuler des livres sans permis. Lors de son procès, M. Lilburn a répondu au tribunal :

I am not willing to answer you to any more of these questions, because I see you go about by this examination to ensnare me; for seeing the things for which I am imprisoned cannot be proved against me, you will get other matter out of my examination; and therefore, if you will not ask me about the thing laid to my charge, I shall answer no more<sup>8</sup>.

Bien que ces paroles de M. Lilburn ne puissent constituer à proprement parler la naissance de la protection contre l'auto-incrimination, mais bien une dénonciation des méthodes d'accusation vagues utilisées à cette époque, ce manifeste explique en partie le développement de cette protection, en réponse au caractère vague des

3 *R c S (Rj)*, [1995] 1 RCS 451 au para 57, 121 DLR (4<sup>e</sup>) 589 [S (Rj)].

4 John Henry Wigmore, *Evidence in Trials at Common Law*, vol 8 par John T. McNaughton, Boston, Little Brown & Co, 1961 aux pp 283, 289–290 [Wigmore].

5 Wigmore, *supra* note 4 à la p 283.

6 RH Helmolz, « The Privilege and the *Ius Commune*: The Middle Ages to the Seventeenth Century » dans *The Privilege Against Self-Incrimination: Its Origins and Development*, Chicago, University of Chicago Press, 17 à la p 29; John H Langbein « The Privilege and Common Law Criminal Procedure: The Sixteenth to the Eighteenth Centuries » dans *The Privilege Against Self-Incrimination: Its Origins and Development*, Chicago, University of Chicago Press, 82 à la p103; Wigmore, *supra* note 4 à la p 289.

7 MRT MacNair, « The Early Development of the Privilege against Self-Incrimination » (1990) 10 *Oxford J Legal Stud* 66 à la p 79.

8 Wigmore, *supra* note 4 à la p 283; *S (Rj)*, *supra* note 3 au para 55.

accusations portées<sup>9</sup>. D'ailleurs, la chambre étoilée fut abolie en 1641 par l'*Habeas Corpus Act 1640*<sup>10</sup>, loi adoptée peu de temps après le procès de John Lilburn.

La protection contre l'auto-incrimination testimoniale est devenue plus complète avec l'écoulement du temps<sup>11</sup>. Selon l'auteur John Langbein, cette protection s'est cristallisée en *common law* vers la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle et découle en partie de la montée en importance de la procédure contradictoire, et non seulement du contexte social anglais<sup>12</sup>. En 1882, le privilège de ne pas s'incriminer a été repris dans *Lamb v Munster*, décision maintes fois citée pour appuyer ce privilège de *common law*<sup>13</sup>. Le juge Stephen y écrit que le privilège serait octroyé au témoin s'il répond : « If you are going to bring a criminal charge, or if I have reason to think a criminal charge is going to be brought against me, I will hold my tongue »<sup>14</sup>. Ce privilège ainsi dégagé par la jurisprudence anglaise a accordé au témoin le droit de ne pas répondre aux questions qui pourraient tendre à l'incriminer. Cependant, pour faire valoir cette protection, il fallait alors que le témoin l'invoque en refusant préalablement de répondre à la question.

Ce privilège de la *common law*, permettant au témoin de refuser de répondre aux questions qui risquent de l'incriminer, a été progressivement établi à la suite de pressions publiques faites à l'encontre d'un système injuste et abusif. Il est intéressant de noter qu'à l'heure actuelle, les tribunaux anglais et gallois fonctionnent toujours avec ce privilège de la *common law*<sup>15</sup>. Le Parlement de Westminster n'a d'ailleurs jamais codifié ou modifié cette règle qui reste fidèle à ses origines<sup>16</sup>.

## B. L'évolution de la protection au Canada

### 1. *Common law*

Les règles applicables au Canada en matière de protection contre l'auto-incrimination existent grâce aux leçons du passé ; le Canada ayant hérité du système de droit public de l'Angleterre<sup>17</sup>. En 1763, la *Proclamation royale* remplace la *Coutume de Paris*

9 Wigmore, *supra* note 4 aux pp 289–90.

10 John Raithby, dir, *Charles I, 1640: An Act for the Regulating the Privie Councill and for taking away the Court commonly called the Star Chamber*, Statutes of the Realm: vol 5 aux pp 1628–80, en ligne <<http://www.british-history.ac.uk/report.aspx?compid=47221>>.

11 *Thompson Newspapers Ltd c Canada (Directeur des enquêtes et recherches, commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 RCS 425 à la p 471, 67 DLR (4<sup>e</sup>) 161 [*Thompson Newspapers*].

12 John H Langbein, « The Historical Origins of the Privilege Against Self-Incrimination at Common Law » (1994) 92 Mich L Rev 1047 à la p 1047 ; Janine Benedet et al, « 30th Anniversary of the Canadian Charter of Rights and Freedoms: The Impact on Criminal Justice » (2012) 91 CR (6<sup>e</sup>) 71 à la p 72 [Benedet et al].

13 *S (Rj)*, *supra* note 3 à la p 491.

14 *Lamb v Munster*, (1882) 10 QBD 110 aux pp 112–113 (QB Angleterre) ; *Marcoux c La Reine*, [1976] 1 RCS 763 aux pp 768–769, 60 DLR (3<sup>e</sup>) 119 [*Marcoux*].

15 *Thompson Newspapers*, *supra* note 11 à la p 471.

16 *Ibid* à la p 473.

17 Nicole Duplé, *Droit constitutionnel : principes fondamentaux*, 4<sup>e</sup> éd, Montréal, Wilson & Lafleur, 2009 à la p 6.

et instaure le droit anglais. Cette instauration a été confirmée en 1774 par l'*Acte de Québec* qui établit notamment que le droit criminel demeure celui de l'Angleterre<sup>18</sup>. C'est cette combinaison d'événements qui a mis en place la tradition anglaise de *common law* au Canada.

Comme nous l'avons précédemment exposé, la *common law* a établi qu'une personne forcée de témoigner pouvait refuser de répondre aux questions qui démontreraient sa culpabilité<sup>19</sup>. Bien qu'en *common law*, l'accusé était reconnu inhabile et non-contrainable à témoigner à son propre procès, il existait toujours la possibilité qu'il soit assigné comme témoin pour le procès d'un autre participant à l'infraction<sup>20</sup>. Le privilège de *common law*, qui découle du principe général interdisant l'auto-incrimination, prévoit que le témoin est protégé contre l'auto-incrimination par déclaration testimoniale dans le cadre d'un procès<sup>21</sup>. Dans l'arrêt *Marcoux*, la Cour suprême a rappelé que le témoin, traditionnellement, était protégé par le privilège de la *common law*, et donc qu'il n'avait pas à répondre à une question qui pourrait l'incriminer<sup>22</sup>. Cependant, cette règle a été abolie avec l'entrée en vigueur du paragraphe 5(1) de la *Loi sur la preuve au Canada* (ci-après la « *Loi sur la preuve* »)<sup>23</sup>.

## 2. *Loi sur la preuve au Canada*

Adoptée en 1893 par le Parlement canadien, la *Loi sur la preuve* s'avère essentiellement une codification des règles déjà existantes en *common law*. Néanmoins, le Parlement canadien a décidé de se départir de ses racines anglaises en matière de preuve. Le législateur a effectué certaines modifications, notamment par le biais de l'article 3 qui rend l'accusé habile à témoigner à son procès<sup>24</sup> et du paragraphe 5(1) qui abolit le privilège de *common law* permettant au témoin de ne pas répondre aux questions qui pourraient l'incriminer<sup>25</sup>.

De plus, le paragraphe 4(6) de la *Loi sur la preuve* prévoit que « [l]e défaut de la personne accusée, ou de son conjoint, de témoigner ne peut faire l'objet de commentaires par le juge ou par l'avocat du poursuivant »<sup>26</sup>. Cette disposition n'empêche cependant pas le juge de faire état du droit au silence de l'accusé<sup>27</sup>. Cela est

18 *Ibid.*

19 *R c Noël*, 2002 CSC 67 au para 35, [2002] 3 RCS 433 [Noël].

20 *Ibid.*

21 *R c Jones*, [1994] 2 RCS 229 à la p 249, 114 DLR (4<sup>e</sup>) 645.

22 *Marcoux*, *supra* note 14 à la p 768.

23 LRC 1985, c C-5 au para 5(1) [*Loi sur la preuve*]; *Thompson Newspapers*, *supra* note 11 aux pp 473-74; Pierre Béliveau et Martin Vaclair, *Traité général de preuve et de procédure pénales*, 20<sup>e</sup> éd, Montréal, Éditions Thémis, 2013 à la p 630 [Béliveau et Vaclair]; Benedet et al, *supra* note 12 à la p 72; Lisa Dufraimont, « The Patchwork Principle against Self-Incrimination under the Charter » (2012) 57 Sup Ct L Rev (2<sup>e</sup>) 241 à la p 243 [Dufraimont, « Patchwork Principle »].

24 *Loi sur la preuve*, *supra* note 23, art 3 (« [n]ul n'est inhabile à témoigner pour cause d'intérêt ou de crime »); Benedet et al, *supra* note 12 à la p 72.

25 *Loi sur la preuve*, *supra* note 23, art 5(1).

26 *Ibid.*, art 4(6).

27 *R c Prokofiew*, 2012 CSC 49 au para 3, [2012] 2 RCS 639 [Prokofiew].

nécessaire lorsqu'il est réaliste de craindre que le jury accorde à la décision de ne pas témoigner une certaine valeur probante, en raison, par exemple, d'un commentaire négatif de l'avocat d'un coaccusé sur le silence de son complice<sup>28</sup>. Fait à noter, le juge peut néanmoins souligner au jury que la preuve du ministère public n'a pas été contredite, tout en lui rappelant qu'il n'est pas tenu de l'accepter<sup>29</sup>. Dans tous les cas, l'accusé reste inhabile et non contraignable à témoigner pour le ministère public<sup>30</sup>.

Le paragraphe 5(1) a éliminé le privilège de ne pas répondre aux questions incriminantes issues de la *common law* et a plutôt créé l'obligation de répondre aux questions. Cet article édicte que :

Nul témoin n'est exempté de répondre à une question pour le motif que la réponse à cette question pourrait tendre à l'incriminer, ou pourrait tendre à établir sa responsabilité dans une procédure civile à l'instance de la Couronne ou de qui que ce soit<sup>31</sup>.

Cette érosion de la protection de la *common law* n'est pas venue sans avantage pour l'accusé. La contrepartie, ou *quid pro quo*, offre au témoin une immunité relative. Le paragraphe 5(2) fournit cette protection relative en échange d'une déclaration incriminante faite par le témoin, c'est-à-dire que la réponse incriminante devient inadmissible en preuve dans une procédure criminelle ultérieure, sauf pour des poursuites pour parjure ou pour témoignages contradictoires<sup>32</sup>. Toutefois, le témoin doit s'opposer aux questions qui pourraient tendre à l'incriminer<sup>33</sup>, sans quoi ses dires pourront être utilisés contre lui dans une procédure ultérieure. Le paragraphe 5(2) prévoit que :

Lorsque, relativement à une question, un témoin s'oppose à répondre pour le motif que sa réponse pourrait tendre à l'incriminer ou tendre à établir sa responsabilité dans une procédure civile à l'instance de la Couronne ou de qui que ce soit, et si, sans la présente loi ou toute loi provinciale, ce témoin eût été dispensé de répondre à cette question, alors, bien que ce témoin soit en vertu de la présente loi ou d'une loi provinciale forcée de répondre, sa réponse ne peut être invoquée et n'est pas admissible en preuve contre lui dans une instruction ou procédure pénale exercée contre lui par la suite, sauf dans le cas de poursuite pour parjure en rendant ce témoignage ou pour témoignage contradictoire<sup>34</sup>.

---

28 *Ibid* au para 4.

29 *R c Noble*, [1997] 1 RCS 874 au para 78, 146 DLR (4<sup>e</sup>) 385 ; *Prokofiew*, *supra* note 27 au para 5.

30 *Loi sur la preuve*, *supra* note 23, art 4.

31 *Ibid*, art 5(1).

32 *Ibid*, art 5(2).

33 *Ibid*.

34 *Ibid*.



À première vue, cette disposition soulève certaines difficultés pour l'accusé. D'abord, celui-ci doit être très alerte, car il lui incombe de s'opposer pour que son témoignage soit écarté lors de procédures subséquentes. Il doit être d'autant plus vigilant dans le cas où certaines déclarations semblent inoffensives ou non incriminantes lors de la première procédure, mais s'avèrent incriminantes lors d'une deuxième procédure.

### 3. *Charte canadienne*

Plus d'un siècle après l'entrée en vigueur de la *Loi sur la preuve*, l'avènement de la *Charte canadienne* a eu un impact majeur sur les droits des personnes accusées au Canada. Cette dernière a constitutionnalisé plusieurs garanties juridiques qui existaient déjà en droit canadien, dont, entre autres, la protection contre l'auto-incrimination testimoniale, prévue à l'article 13<sup>35</sup>. La *Charte canadienne* a également consacré plusieurs garanties juridiques connexes telles que la non-contrainabilité de l'accusé, la présomption d'innocence et le droit à une défense pleine et entière, que l'on retrouve respectivement à l'article 7 et aux alinéas 11 c) et 11 d)<sup>36</sup>. Cette section porte sur les dispositions 7 et 13 de la *Charte canadienne*.

#### (a) *L'article 7 de la Charte canadienne*

L'article 7 de la *Charte canadienne* offre une protection complémentaire ou résiduaire à la protection prévue par l'article 13<sup>37</sup>. La Cour suprême a énoncé à plusieurs reprises que la protection contre l'auto-incrimination constitue un principe de justice fondamentale<sup>38</sup>. Cette disposition prévoit que :

Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale<sup>39</sup>.

La Cour suprême a résumé succinctement les protections offertes par la *Charte canadienne* dans l'arrêt *Demande fondée sur l'art 83.28 du Code criminel (Re)* :

35 *Charte*, *supra* note 1, art 13.

36 *Ibid*, art 7, 11(c)–(d).

37 *Thompson Newspapers*, *supra* note 11 à la p 42; Dufraimont, « Patchwork Principle », *supra* note 23 à la p 244.

38 *R c P (MB)*, [1994] 1 RCS 555 à la p 577, 113 DLR (4<sup>e</sup>) 461; *S (RJ)*, *supra* note 3 au para 95; *British Columbia (Securities Commission) c Branch*, [1995] 2 RCS 3 au para 7, 123 DLR (4<sup>e</sup>) 462 [Branch]; *R c Jarvis*, 2002 CSC 73 au para 67, [2002] 3 RCS 757; *Demande fondée sur l'art 83.28 du Code criminel (Re)*, 2004 CSC 42 au para 70, [2004] 2 RCS 248 [Demande fondée sur l'art 83.28]; Benedet et al, *supra* note 12 à la p 73.

39 *Charte*, *supra* note 1, art 7.

L'immunité contre l'utilisation de la preuve empêche que le témoignage incriminant qu'un individu a été contraint de livrer soit utilisé directement contre lui dans une instance ultérieure. L'immunité contre l'utilisation de la preuve dérivée empêche que le témoignage incriminant qu'un individu a été contraint de livrer serve à obtenir d'autres éléments de preuve, sauf si ces éléments de preuve peuvent être découverts par d'autres moyens. L'exemption constitutionnelle confère une forme de droit absolu de ne pas témoigner lorsque les procédures engagées visent ou servent essentiellement à recueillir des éléments de preuve qui permettront de poursuivre le témoin. Ensemble, ces garanties nécessaires établissent les paramètres à l'intérieur desquels un témoignage incriminant peut être obtenu [notre emphase]<sup>40</sup>.

D'abord, la première immunité relève plutôt de l'article 13 de la *Charte canadienne* et sera abordée dans la prochaine section. Ensuite, l'article 7 octroie, quant à lui, une immunité contre l'usage de la preuve dérivée. Cette preuve est celle qui provient d'une déclaration forcée et qui n'aurait pas pu être recueillie d'une autre manière<sup>41</sup>. Autrement dit, « n'eût été » le témoignage forcé, la preuve n'aurait pas été découverte par l'État. Par exemple, la police ne pourrait pas utiliser une information qui provient du témoignage forcé d'un témoin pour ensuite effectuer une perquisition dans le but de retrouver l'élément de preuve dont il était question et l'utiliser contre lui. Toutefois, cette protection n'est pas automatique, car l'accusé doit démontrer « l'existence plausible d'un lien entre la preuve proposée et un témoignage antérieur [dans le cadre d'un voir-dire] »<sup>42</sup>. Le juge du procès décidera ensuite s'il exclut ou non la preuve par l'application du paragraphe 24(2) de la *Charte canadienne*<sup>43</sup>.

Enfin, l'article 7 offre également une exception constitutionnelle ou une immunité testimoniale absolue dans certaines circonstances. Bien que la règle générale soit l'assignation des personnes habiles et contraignables<sup>44</sup>, il est possible de demander l'annulation de cette assignation par le tribunal<sup>45</sup> ou encore qu'il ordonne un sursis des procédures civiles jusqu'à la fin du procès criminel. Dans un premier temps, le témoin qui cherche à annuler son assignation doit invoquer l'exception avant de témoigner et convaincre le juge que ses droits l'emportent sur la nécessité d'obtenir son témoignage par voie judiciaire<sup>46</sup>. Dans un second temps, le juge devra analyser l'objet du témoignage potentiel du témoin (par exemple,

40 *Demande fondée sur l'art 83.28, supra note 38 au para 71.*

41 *S (RJ), supra note 3 aux para 165–66, 191.*

42 *Ibid* au para 203.

43 *Ibid* aux para 197 et s.

44 *Loi sur la preuve, supra note 23, art 3.*

45 *Branch, supra note 38 au para 7.*

46 *S (RJ), supra note 3 aux para 320, 326.*

visait-il l'obtention d'une déclaration incriminante ou visait-il plutôt une autre fin publique légitime suivant les facteurs non exhaustifs énoncés par le juge Sopinka dans l'arrêt *S (RJ)*<sup>47</sup>. Au cœur de cette analyse se trouve la pondération du droit au silence et du droit de l'État d'obtenir des éléments de preuve incriminants ou toute autre fin publique légitime.

(b) *L'article 13 de la Charte canadienne*

L'autre mécanisme offrant une protection contre l'auto-incrimination testimoniale est l'article 13 de la *Charte canadienne*. Cette disposition, plus robuste, énonce que :

Chacun a droit à ce qu'aucun témoignage incriminant qu'il donne ne soit utilisé pour l'incriminer dans d'autres procédures, sauf lors de poursuites pour parjure ou pour témoignages contradictoires<sup>48</sup>.

Contrairement à l'article 7, cette disposition peut uniquement être employée lors des déclarations testimoniales et non pour les déclarations extrajudiciaires, comme les aveux faits lors d'une interrogation policière<sup>49</sup>. La Cour suprême a analysé la portée de l'article 13 à la lumière de l'article 5 de la *Loi sur la preuve*<sup>50</sup> et jugé que la *Charte canadienne* a constitutionnalisé deux aspects du paragraphe 5(2) de la *Loi sur la preuve*, soit « une règle générale de contraignabilité des témoins [et] une règle générale voulant que les témoins soient protégés contre l'auto-incrimination au moyen d'une immunité plutôt que d'un privilège »<sup>51</sup>. Autrement dit, l'article 13 de la *Charte canadienne* a élargi la protection offerte par le paragraphe 5(2) de la *Loi sur la preuve* et a constitutionnalisé l'immunité contre l'utilisation des témoignages antérieurs incriminants<sup>52</sup>.

Selon les professeurs Desrosiers, Lafontaine et Stylios, « l'article 13 poursuit un double dessein »<sup>53</sup>. Premièrement, contrairement au paragraphe 5(2) de la *Loi*

47 *Ibid* au para 326 (« (1) l'importance relative du témoignage dans les poursuites au cours desquelles l'accusé est contraint de témoigner ; (2) la question de savoir si les éléments de preuve peuvent être obtenus d'une autre façon ; (3) la question de savoir si le procès ou toute décision relative à l'accusation portée contre la personne accusée, que l'on veut contraindre à témoigner, pourrait raisonnablement avoir lieu avant que cette personne ne soit assignée à témoigner ; (4) le rapport entre les questions que l'on compte poser au témoin accusé et les questions en litige dans le procès intenté contre lui ; (5) la question de savoir si le témoin accusé risque de divulguer ses moyens de défense ou d'autres renseignements qui aideront le ministère public, nonobstant l'application du par. 5(2) de la Loi sur la preuve au Canada ; et (6) tout autre préjudice pour le témoin accusé, y compris l'effet de la publication de son témoignage »).

48 *Charte*, *supra* note 1, art 13.

49 *Prousky v Law Society of Upper Canada* (1987), 61 OR (2<sup>e</sup>) 37, 41 DLR (4<sup>e</sup>) 565, (ONSC), autorisation de pourvoi à la CA refusée, (1987) 62 OR (2<sup>e</sup>) 224 (ONCA).

50 *S (RJ)*, *supra* note 3 au para 114.

51 *Ibid*.

52 Dufraimont, « Patchwork Principle », *supra* note 23 à la p 244 ; Benedet et al, *supra* note 12 à la p 72.

53 Julie Desrosiers, Fannie Lafontaine et Alexandre Stylios, « Articles 12, 13 et 14 de la Charte » dans Errol Mendes et Stéphane Beaulac, dir, *Charte canadienne des droits et libertés*, 5<sup>e</sup> éd, Markham, LexisNexis, 2013, 901 à la p 903 [Desrosiers, Lafontaine et Stylios].

sur la preuve, l'article 13 de la *Charte canadienne* prévoit une protection automatique contre l'auto-incrimination testimoniale, c'est-à-dire que l'accusé n'a plus besoin de s'opposer aux questions qui risquent de l'incriminer afin de bénéficier de la protection<sup>54</sup>. Deuxièmement, l'article 13 confirme l'objectif poursuivi par le législateur fédéral, soit la recherche de la vérité<sup>55</sup>.

Le plus haut tribunal du pays a confirmé, à quelques reprises, que l'article 13 doit être lu conjointement avec d'autres articles de la *Charte canadienne* pour mieux saisir son objet. Cette interprétation a été énoncée par le juge Lamer dans l'arrêt *Dubois* et rappelée par le juge Ian Binnie vingt ans plus tard :

[L]’objet de l’art. 13, lorsqu’il est interprété dans le contexte des al. 11c) et d), est de protéger les individus contre l’objection indirecte de s’incriminer, pour veiller à ce que la poursuite ne soit pas en mesure de faire indirectement ce que l’al. 11c) interdit. Cet article garantit le droit de ne pas voir le témoignage antérieur d’une personne utilisé pour l’incriminer dans d’autres procédures<sup>56</sup>.

Le juge Binnie note également qu'il est important de considérer qu'il existe la possibilité que la crédibilité du système judiciaire soit remise en question par le public si l'accusé peut « ajuster son témoignage au cours de procès successifs relativement à la même accusation et ainsi être acquitté à tort »<sup>57</sup>. À cet effet, le meilleur outil pour vérifier la véracité ou la fausseté des dires d'un témoin est le contre-interrogatoire. Il va sans dire que les contre-interrogatoires occupent une place primordiale dans notre système judiciaire puisqu'ils assurent l'équité procédurale<sup>58</sup>.

Avant de nous plonger dans l'analyse de l'évolution jurisprudentielle de la protection contre l'auto-incrimination testimoniale, il convient de faire une brève synthèse des mécanismes juridiques présentement en vigueur afin de protéger les témoins contre l'auto-incrimination. Le Canada s'est doté de trois piliers qui veillent à cette protection depuis l'abolition des règles de la *common law* par le paragraphe 5(1) de la *Loi sur la preuve*. Ces trois piliers sont : (1) le paragraphe 5(2) de la *Loi sur la preuve* conférant une immunité au témoin ; (2) l'article 7 de la *Charte canadienne* mettant à l'abri le témoin de l'utilisation de la preuve dérivée ou découverte lors de son témoignage ainsi que l'immunité quasi absolue pour les

---

54 *Dubois c La Reine*, [1985] 2 RCS 350 au para 9, 23 DLR (4<sup>e</sup>) 503 [*Dubois*]; Noël, *supra* note 19 au para 32.

55 *R v Sophonow* (1983), 6 CCC (3<sup>e</sup>) 394 aux pp 395–396, 23 Man R (2<sup>e</sup>) 288 (MBQB), autorisation de pourvoi à la CA accordé, (1983), 12 CCC (3d) 272 (MBCA) (ce point confirmé), autorisation de pourvoi à la Cour Suprême refusée, [1984] 2 RCS 524; *Dubois*, *supra* note 54 au para 77 (dissidence).

56 *Dubois*, *supra* note 54 au para 16; *R c Henry*, 2005 CSC 76 au para 2, [2005] 3 RCS 609 [*Henry*].

57 *Henry*, *supra* note 56 au para 3.

58 *Ibid.* Voir notamment *R c Seaboyer*, [1991] 2 RCS 577 à la p 608, 66 CCC (3<sup>e</sup>) 321; *R c Osolin*, [1993] 4 RCS 595 à la p 663, 109 DLR (4<sup>e</sup>) 478; *R c Shearing*, 2002 CSC 58 au para 76, [2002] 3 RCS 33; *R c Lyttle*, 2004 CSC 5 au para 41, [2004] 1 RCS 193.

assignments<sup>59</sup>; et (3) l'article 13 de la *Charte canadienne* octroyant l'immunité automatique quant aux déclarations testimoniales incriminantes faites par un témoin forcé à témoigner. Le juge Binnie a souligné qu'il existe un consensus à l'effet que « l'art. 13 vise à élargir la protection prévue à l'art. 5 de *Loi sur la preuve* [...] afin de mieux réaliser cet objet »<sup>60</sup>. Ces mécanismes et leur interprétation seront subséquemment analysés.

### III. L'ÉVOLUTION JURISPRUDENTIELLE DE LA PROTECTION CONTRE L'AUTO-INCRIMINATION TESTIMONIALE

Depuis l'instauration de la *Charte canadienne* en 1982, le plus haut tribunal du pays s'est penché à maintes reprises sur la portée des différentes dispositions relatives à la protection contre l'auto-incrimination. Cela n'a pas toujours été un chemin facile pour la Cour. Certains auteurs qualifient le cheminement jurisprudentiel parcouru comme une route sinueuse marquée par un virage brusque avec l'arrêt *Nedelcu*, le plus récent de la Cour suprême sur le sujet<sup>61</sup>.

Dans les sous-sections suivantes, les décisions rendues par la Cour suprême ont été regroupées sous cinq thèmes, soit : (1) le bénéficiaire du droit ; (2) le témoignage volontaire de l'accusé au procès ; (3) le témoignage forcé d'un témoin ordinaire ; et (4) le témoignage dans d'autres procédures. Notre intention est de décortiquer ces thèmes à tour de rôle afin de mieux comprendre l'évolution jurisprudentielle de chacun des aspects de la protection offerte, notamment, par l'article 13 la *Charte canadienne*. Par la suite, nous attarderons (5) à l'épuration des règles actuellement applicables au Canada et à l'atténuation de l'importance de la qualification de l'expression « autres procédures ».

#### A. Le bénéficiaire du droit

Le plus haut tribunal du pays est intervenu à la suite de l'entrée en vigueur de la *Charte canadienne* pour baliser l'application de l'article 13. L'une des balises a été cibler le bénéficiaire de la protection contre l'auto-incrimination testimoniale. La Cour a déterminé, dans l'arrêt *Dubois*, que le bénéficiaire de l'article 13 peut être un accusé ou un témoin, et ce, peu importe qu'il témoigne volontairement ou non<sup>62</sup>. Cette interprétation large a prévalu jusqu'à l'arrêt *Henry*, rendu en 2005. Dans cette affaire, les accusés ont témoigné de leur propre gré au premier et au deuxième procès. La Cour suprême a statué que « [l']accusé qui choisit de témoigner à son

59 *Demande fondée sur l'art 83.28*, supra note 38 au para 71 ; Hamish Stewart et Erica Bussey, « The Privilege Against Self-Incrimination: Too Strong, Too Weak, or Both? » (2005) 9 Can Crim L Rev 369 à la p 372.

60 *Henry*, supra note 56 au para 23.

61 Lisa Dufraimont, « Section 13 Immunity After *R v Nedelcu* » (2012) 96 CR (6<sup>e</sup>) 431 à la p 431 [Dufraimont, « Section 13 »].

62 *Dubois*, supra note 54 au para 16.

nouveau procès pour la même accusation ne peut pas se prévaloir de l'art. 13 de la *Charte* »<sup>63</sup>. D'ailleurs, comme pour l'article 7<sup>64</sup>, la protection de l'article 13<sup>65</sup> de la *Charte canadienne* est offerte aux personnes physiques seulement. Bref, le bénéficiaire de l'article 13 est l'accusé ayant émis un témoignage incriminant devant une autre instance judiciaire ou quasi judiciaire alors qu'il était contraint de témoigner. Cette interprétation demeure l'état du droit au Canada.

#### B. Le témoignage volontaire de l'accusé au procès

Il est désormais bien établi qu'au Canada l'accusé n'est pas tenu de témoigner contre lui-même<sup>66</sup>. Cependant, la *Loi sur la preuve* lui permet de se faire entendre s'il le souhaite<sup>67</sup>. Comme nous l'avons mentionné précédemment, ce droit au silence a été élevé au rang constitutionnel en 1982<sup>68</sup>. Règle générale, et considérant que le fardeau de preuve incombe au ministère public, l'accusé n'a aucun intérêt à aider la poursuite à faire sa preuve. Il arrivera toutefois, pour diverses raisons, que l'accusé témoigne volontairement au procès pour tenter de démontrer son innocence. La question de l'utilisation du témoignage d'un témoin n'ayant pas été contraint par une loi est demeurée en suspens pendant un certain temps.

Le législateur emploie, dans le libellé de l'article 13 de la *Charte canadienne*, le concept de « témoignage incriminant ». Cette disposition ne fait aucune référence au caractère volontaire du témoignage. La Cour suprême s'est penchée sur la question du caractère volontaire de la déclaration testimoniale dans *Dubois c La Reine*<sup>69</sup>, peu de temps après l'entrée en vigueur de la *Charte canadienne*. Il s'agissait d'une affaire où l'accusé avait témoigné de son propre gré lors du premier procès au terme duquel il avait été condamné par un jury. Lors d'un second procès ordonné par la Cour d'appel de l'Alberta, le ministère public avait introduit, dans sa preuve principale, les déclarations incriminantes que l'accusé avait faites lors du premier procès. L'accusé avait alors choisi de garder le silence et fut condamné de nouveau. La Cour suprême a statué que « la question de savoir si le témoignage était obligatoire ou volontaire au moment où il a été donné est en grande partie non pertinente » [nos emphases]<sup>70</sup>. Ainsi, la Cour suprême concluait que l'article 13 protège autant les témoignages forcés — en raison d'une loi — que les témoignages volontaires.

---

63 *Henry*, *supra* note 56 à la p 610.

64 *Irwin Toy Ltd c Québec (PG)*, [1989] 1 RCS 927 à la p 1001 ; L'honorable Jean-Guy Boilard, *Manuel de preuve pénale*, feuilles mobiles (consultées le 15 juillet 2014), Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2014, ch 1 à la p 178.1 [Boilard].

65 *Branch*, *supra* note 38 au para 39 ; Boilard, *supra* note 64 à la p 178.1.

66 *Henry*, *supra* note 56 au para 22 ; *Noël*, *supra* note 19 au para 21.

67 *Loi sur la preuve*, *supra* note 23, art 3.

68 *Charte*, *supra* note 1, art 11(c).

69 *Dubois*, *supra* note 54.

70 *Ibid* au para 25.

Dans l'affaire *Mannion*<sup>71</sup>, l'accusé avait témoigné à son premier et son deuxième procès. Au moment du second procès, le ministère public avait tenté d'introduire les déclarations faites par l'accusé dans le cadre du premier procès, lors du contre-interrogatoire<sup>72</sup>. La Cour suprême, à l'unanimité, a conclu que le but de la poursuite était d'incriminer l'accusé et non d'attaquer sa crédibilité<sup>73</sup>. Ce faisant, la Cour suprême a confirmé la décision de la Cour d'appel d'interdire l'utilisation de ces déclarations lors du contre-interrogatoire<sup>74</sup>. Il a été jugé que l'accusé, un témoin non contraignable, avait un droit quasi absolu en matière de protection de l'auto-incrimination testimoniale.

Quatre ans plus tard, la Cour suprême a révisé, de façon implicite, sa position à l'égard de la pertinence de la qualité du témoin. Dans l'arrêt *Kuldip*<sup>75</sup>, elle avait à statuer sur la possibilité que la poursuite contre-interroge l'accusé quant aux déclarations contradictoires dans le but d'attaquer uniquement sa crédibilité. La Cour a conclu que l'article 13 n'empêchait pas le ministère public d'attaquer, lors du contre-interrogatoire, la crédibilité de l'accusé sur ses déclarations antérieures incompatibles alors qu'il avait choisi de témoigner<sup>76</sup>.

Dans cette affaire, le prévenu était accusé d'avoir omis de s'arrêter à la suite d'un accident. Lors du premier procès, M. Kuldip a témoigné que le jour de l'accident, il avait rencontré au poste de police un agent qui s'appelait « Brown », et qu'il l'avait ensuite revu un mois plus tard. M. Kuldip avait entre temps appris que cet agent ne travaillait pas le jour de l'accident de sorte qu'au deuxième procès il affirmait qu'il croyait que l'agent Brown l'avait rencontré le jour de l'accident, mais que cette croyance était erronée. Le ministère public avait alors tenté d'attaquer sa crédibilité en suggérant que l'accusé avait fabriqué cette histoire et qu'il ne s'était jamais présenté au poste de police le jour de l'accident. La Cour suprême a alors tranché que les accusés qui témoignent volontairement peuvent être attaqués par le ministère public sur leur crédibilité lors des procédures subséquentes si le but n'est pas de les incriminer, mais plutôt de mettre en doute leur crédibilité<sup>77</sup>.

Douze ans plus tard, la question de la distinction entre le témoignage volontaire et le témoignage forcé de l'accusé n'était toujours pas résolue. Dans l'arrêt *Noël*<sup>78</sup>, les frères Serge et Camille Noël avaient été accusés séparément de meurtre au premier degré d'un jeune garçon. Serge a subi son procès en premier. Le ministère public a alors assigné Camille afin de témoigner à charge. Lors du procès, la poursuite a été autorisée à contre-interroger son propre témoin qui avait à cette occasion fait de nombreuses déclarations incriminantes. Serge a été acquitté. Au

---

71 *R c Mannion*, [1986] 2 RCS 272, 31 DLR (4<sup>e</sup>) 712 [*Mannion*].

72 *Ibid* à la p 272.

73 *Ibid* à la p 280.

74 *Ibid* aux pp 279–80.

75 *R c Kuldip*, [1990] 3 RCS 618, 61 CCC (3<sup>e</sup>) 385 [*Kuldip*].

76 *Ibid* à la p 636.

77 Boilard, *supra* note 64 à la p 179.

78 Noël, *supra* note 19 au para 35.

procès de Camille, celui-ci a témoigné pour sa défense. En contre-interrogatoire, l'accusé a confirmé la véracité des déclarations antérieures incriminantes qu'il avait faites au procès de son frère.

La juge Louise Arbour a confirmé pour la majorité qu'il n'y avait pas lieu de faire la « distinction entre le témoignage que le témoin a été contraint de rendre et celui qu'il a offert de son plein gré, même s'il s'agit d'un accusé qui a renoncé à son droit de ne pas être contraint de témoigner et qui a témoigné volontairement à son procès »<sup>79</sup>. Elle était d'avis qu'une fois qu'un accusé décide de témoigner, il est alors obligé de répondre et que la protection contre l'auto-incrimination n'apparaît que lorsque le témoin fait une déclaration incriminante pour avoir accès à l'immunité<sup>80</sup>. Autrement dit, l'État offre l'immunité au témoin en échange de son témoignage « complet et sincère », le *quid pro quo*<sup>81</sup>. Malgré une certaine ambiguïté, il est sous-entendu depuis l'arrêt *Noël* que la protection de l'article 13 ne s'étend pas aux accusés qui témoignent volontairement<sup>82</sup>.

Restait en suspens la question de savoir si un témoignage antérieur volontaire pouvait être soustrait des éléments pertinents servant à incriminer un accusé. La Cour suprême a clarifié sa position, dans l'arrêt *R c Henry*, en précisant qu'un témoin ne pourrait pas recourir à la protection de l'article 13 pour son témoignage antérieur volontaire<sup>83</sup>. À cet effet, l'accusé ne pourra pas bénéficier de la protection constitutionnelle alors qu'il a témoigné « au nouveau procès sur la même accusation »<sup>84</sup>. Il semble que la position prise par la Cour suprême dans cet arrêt vise les individus qui ont renoncé à leur droit constitutionnel de ne pas être contraint à témoigner<sup>85</sup>. Advenant que l'accusé décide de témoigner, le ministère public pourra le contre-interroger sur sa déclaration antérieure en vue d'attaquer sa crédibilité et de prouver sa culpabilité. Bref, l'arrêt *Henry* s'est éloigné des règles énoncées par les arrêts *Dubois*, *Mannion* et *Kuldip*<sup>86</sup>.

En premier lieu, les principes de l'arrêt *Mannion* ont été complètement écartés. Dans cette affaire, la Cour avait considéré que la poursuite ne pouvait pas contre-interroger l'accusé sur son témoignage antérieur contradictoire — qui avait été fait volontairement — en vue d'attaquer sa crédibilité<sup>87</sup>. Selon la Cour suprême, l'arrêt *Mannion* n'est pas fidèle à l'interprétation téléologique de l'article 13, qui a pour but de protéger les accusés « contre l'obligation indirecte de s'incriminer »<sup>88</sup>.

---

79 *Ibid* au para 25.

80 *Ibid*.

81 *Ibid* au para 21.

82 Desrosiers, Lafontaine et Stylios, *supra* note 53 à la p 907.

83 *Henry*, *supra* note 56 au para 60.

84 *Ibid* au para 43.

85 *Charte*, *supra* note 1, art 11(c).

86 Boilard, *supra* note 64 à la p 184; Peter Sankoff, « *R. v. Nedelcu: The Role of Compulsion in Excluding Incriminating Prior Testimony under Section 13 of the Charter* » (2011) 83 RJC (6<sup>e</sup>) 55 à la p 55 [Sankoff].

87 *Mannion*, *supra* note 71 à la p 277.

88 *Henry*, *supra* note 56 au para 47.



En deuxième lieu, bien que l'arrêt *Kuldip* ait été confirmé par la Cour<sup>89</sup>, cette dernière a précisé que la décision d'écarter l'arrêt *Mannion* permet au juge de « tirer des conclusions fondées sur le bon sens » suivant une attaque sur la crédibilité du témoin<sup>90</sup>. Ainsi, l'accusé n'est plus à l'abri de ses déclarations incompatibles de sorte que le ministère public peut le contre-interroger s'il a choisi de témoigner volontairement dans une procédure antérieure<sup>91</sup>. Ce raisonnement met en lumière l'illogisme de laisser à l'accusé l'occasion de fabriquer une nouvelle défense lorsque la première n'a pas fonctionné.

### C. Le témoignage forcé du témoin

Il existe, dans notre système de droit, plusieurs mécanismes permettant de contraindre des personnes à venir témoigner devant un tribunal judiciaire ou quasi judiciaire, tant en vertu des lois fédérales que provinciales. En droit criminel, le ministère public a le loisir d'accuser des personnes séparément d'une infraction qu'elles ont commise ensemble. Lorsque ce scénario se présente, le ministère public compte souvent sur le témoignage de l'un des co-conspirateurs. Ces faits sont ceux exposés dans l'arrêt *S (RJ)*. Dans cette affaire, deux adolescents avaient été accusés séparément, en raison d'une règle administrative du tribunal, d'introduction par effraction et de vol<sup>92</sup>. S a été assigné par la poursuite pour témoigner au procès de l'autre accusé, M. L'avocat de S. a tenté de faire annuler l'assignation parce que celle-ci, alléguait-il, violait l'article 7 de la *Charte canadienne*. La Cour a rejeté cette prétention et a énoncé que l'article 13 offrait « [l']immunité contre l'utilisation de la preuve [...] ainsi que l'immunité contre l'utilisation de la preuve dérivée fondée sur l'art. 7 »<sup>93</sup>. Ainsi, l'article 7 n'accorde pas « un droit absolu de garder le silence ou le privilège du témoin reconnu en *common law* », sans quoi l'article 13 perdrait tout son sens<sup>94</sup>.

L'arrêt *S (RJ)* n'a pas établi de balises claires sur la possibilité pour un témoin de faire annuler une assignation à témoigner<sup>95</sup>, question qui a été précisée par la Cour suprême dans *British Columbia Securities Commission c Branch*<sup>96</sup>. La question incontournable est celle « de savoir si la demande de témoignage a pour objet prédominant d'obtenir des éléments de preuve incriminants contre la personne contrainte à témoigner, ou si elle vise une autre fin publique légitime »<sup>97</sup>. Bref, si l'accusé réussit à démontrer que l'objet prédominant du témoignage est son incrimination, la partie qui l'a assigné « doit justifier le préjudice qui risque d'être

89 *Ibid* au para 48.

90 *Ibid.*

91 *Ibid.*

92 *S (RJ)*, *supra* note 3 au para 10.

93 *Ibid* au para 3.

94 *Ibid* au para 137.

95 *Branch*, *supra* note 38 au para 6.

96 *Ibid* au para 5.

97 *Ibid* au para 7.

causé au droit du témoin de ne pas s'incriminer »<sup>98</sup>. Si, au contraire, le témoin ne peut démontrer l'existence d'une possibilité que la preuve dérivée soit utilisée dans une procédure ultérieure, il n'y a alors aucun préjudice pour le témoin, car il sera protégé contre son utilisation<sup>99</sup>. Cela étant dit, si le préjudice met en péril le droit d'un procès équitable pour l'individu, il ne devrait pas être assigné comme témoin<sup>100</sup>. Le but du témoignage forcé est la recherche de la vérité et non pas la recherche de l'incrimination de celui qui témoigne à l'enquête préliminaire ou au procès. Notons que ce témoin pourrait être un autre accusé, un coconspirateur ou un simple suspect<sup>101</sup>.

La distinction entre un témoin ordinaire et un témoin contraint s'est concrétisée, comme nous l'avons souligné précédemment, avec l'arrêt *Henry*<sup>102</sup>. Dans cette affaire, les coaccusés ont été condamnés en première instance pour meurtre au premier degré. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a infirmé la décision et ordonné un nouveau procès. Lors du second procès, les accusés ont témoigné de nouveau, mais ils ont modifié leurs déclarations quant à leur responsabilité criminelle. Au premier procès, les deux accusés avaient témoigné dans le sens d'une défense d'intoxication. Au deuxième procès, l'un des accusés s'est appuyé sur la défense de l'intoxication extrême alors que son complice abandonnait la défense d'intoxication pour minimiser la portée de ses gestes dans la mort de la victime.

Au deuxième procès, la poursuite a été autorisée à contre-interroger les accusés sur leurs déclarations antérieures incompatibles dans le but d'attaquer leur crédibilité<sup>103</sup>. Les deux ont été condamnés de nouveau. Les appels à la Cour d'appel et la Cour suprême ont été vains. Cette dernière a été d'avis que le juge de première instance n'avait pas erré et que le ministère public pouvait attaquer la crédibilité des accusés qui témoignaient volontairement<sup>104</sup>. Le juge Binnie, au nom d'un banc unanime, conclut que :

[L]e témoignage antérieur forcé doit être considéré, [...] sous le régime de l'art. 13 [...], comme inadmissible en preuve contre l'accusé même dans le but manifeste d'attaquer sa crédibilité, et que son utilisation doit se limiter, selon les termes mêmes de l'art. 13, aux "poursuites pour parjure ou pour témoignages contradictoires".<sup>105</sup>

À ce sujet, la Cour a énoncé que la protection offerte par l'article 13 est accessible à l'accusé qui a été assigné à témoigner auparavant<sup>106</sup>. L'article 13 devrait donc

---

98 *Ibid* au para 9.

99 *Ibid.*

100 *Ibid.*

101 *R c Primeau*, [1995] 2 RCS 60 aux para 15, 20, 38 RJC (4<sup>e</sup>) 189; *R c Jobin*, [1995] 2 RCS 78 au para 36, 38 RJC (4<sup>e</sup>) 176.

102 *Henry*, *supra* note 56 au para 60; *Benedet et al*, *supra* note 12 à la p 72.

103 *Henry*, *supra* note 56 au para 1.

104 *Ibid* au para 50.

105 *Ibid.*

106 *Ibid* au para 60.

être interprété de façon téléologique : la protection ne s'applique pas au témoin volontaire, mais uniquement au témoin qui a été contraint antérieurement<sup>107</sup>. De plus, la Cour suprême écrit « [qu'en] l'espèce, il y a lieu de considérer la déposition d'un témoin contraignable comme un témoignage forcé même si le témoin n'a pas été assigné formellement »<sup>108</sup>.

À la lumière de l'arrêt *Henry*, il est clair qu'un témoin contraint échappe au contre-interrogatoire du ministère public sur les déclarations incriminantes faites antérieurement. L'arrêt *Nedelcu* va d'ailleurs dans le même sens quant à cet élément, bien que la Cour soit divisée sur d'autres aspects connexes<sup>109</sup>. Ces distinctions seront analysées dans la section E.

En somme, l'individu assigné au tribunal pour témoigner a l'obligation de répondre aux questions, en plus de devoir dire la vérité sous peine d'une accusation d'entrave à la justice, parjure ou de témoignages contradictoires. Le témoin contraint bénéficie de la protection de l'article 13. Le but de cette protection est d'offrir un échange à l'accusé : l'immunité en contrepartie des faits qui l'incriminent. À cet effet, « il y a donc consensus sur le fait que l'article 13 vise à élargir la protection prévue à l'article 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*, afin de mieux réaliser cet objet »<sup>110</sup>. D'ailleurs, la Cour établit que la contrainte du témoin à témoigner ne devrait pas être évaluée subjectivement, mais objectivement<sup>111</sup>. Autrement dit, avant que le ministère public débute le contre-interrogatoire de l'accusé et, plus spécifiquement, sur ses déclarations testimoniales antérieures, il doit se poser la question suivante : l'accusé était-il contraint en vertu d'une loi — ou au moins la possibilité d'être contraint — de témoigner devant le tribunal dans une procédure précédente. Si oui, les témoignages incriminants antérieurs sont inutilisables<sup>112</sup>. Ainsi, si une personne témoigne volontairement pour la poursuite<sup>113</sup>, ses paroles incriminantes seront protégées contre leur utilisation subséquente dans des procédures où elle serait accusée<sup>114</sup>.

#### D. Le témoignage dans d'« autres procédures »

Un critère qui paraissait important au début de la série des décisions quant à la protection contre l'auto-incrimination testimoniale était les « autres procédures ». Le sens ordinaire des mots « autres procédures » peut être interprété largement,

107 *Ibid* au para 60; Benedet et al, *supra* note 12 à la p 100.

108 *Henry*, *supra* note 56 au para 34; *Nedelcu*, *supra* note 2 au para 102 (juge Lebel, dissident); Sankoff, *supra* note 86 à la p 57.

109 Dufraimont, « Section 13 », *supra* note 61 à la p 433.

110 *Henry*, *supra* note 56 au para 23. Voir aussi Noël, *supra* note 19 au para 21; *Nedelcu*, *supra* note 2 au para 78; Dufraimont, « Patchwork Principle », *supra* note 23 à la p 244.

111 *Nedelcu*, *supra* note 2 au para 104.

112 *Ibid*.

113 *R c Talon*, 2006 QCCS 3030 aux para 16, 18, 39 RJC (6<sup>e</sup>) 64.

114 Boilard, *supra* note 64 à la p 186.

comme l'affirme la Cour suprême. L'arrêt *Dubois*<sup>115</sup> fut la première occasion où la Cour suprême a été appelée à délimiter cette expression. Dans cette affaire, M. Dubois avait témoigné lors du premier procès, au terme duquel il avait été condamné pour meurtre au second degré. La Cour d'appel de l'Alberta a ordonné un nouveau procès et lors de celui-ci, l'accusé a choisi de garder le silence. Le ministère public a tenté d'introduire, en preuve principale, les déclarations testimoniales incriminantes de M. Dubois qu'il avait faites lors du premier procès. Sous la plume du juge Lamer, la Cour suprême a statué qu'un nouveau procès qui a été ordonné par une Cour d'appel sur les mêmes infractions doit être qualifié d'« autres procédures »<sup>116</sup>. Cette interprétation demeure valide et n'a jamais été remise en question à ce jour<sup>117</sup>. De surcroît, le caractère incriminant de la déclaration ne devient pertinent qu'à la seconde procédure où le ministère public tente de l'utiliser contre l'accusé. C'est d'ailleurs à ce moment que la déclaration sera évaluée et non avant<sup>118</sup>.

Au fil des années, la jurisprudence a également qualifié d'« autres procédures », notamment les voir-dires (*obiter*)<sup>119</sup>, les procédures d'outrage au tribunal<sup>120</sup>, les enquêtes sur la remise en liberté et la révision<sup>121</sup>, les procédures en vertu de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*<sup>122</sup>, les procès criminels d'une autre personne<sup>123</sup>, les procédures civiles<sup>124</sup> et les commissions d'enquête<sup>125</sup>.

Selon la jurisprudence, la protection de l'article 13 ne s'applique pas aux procédures qui ne sont pas considérées comme d'« autres procédures ». Ainsi, en règle générale, les déclarations testimoniales qu'un accusé fait au procès peuvent être utilisées au stade de la détermination de la peine<sup>126</sup>. Il existe, cependant, une exception. La poursuite ne peut utiliser un témoignage forcé rendu par la personne condamnée si celui-ci a été rendu lors du procès d'un coaccusé<sup>127</sup>.

En application de la règle générale, tout témoignage antérieur fait par une personne visée par un certificat de sécurité délivré en vertu de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*<sup>128</sup> est admissible en preuve et non protégé par l'article 13

115 *Dubois*, supra note 54.

116 *Dubois*, supra note 54 à la p 366 ; *Mannion*, supra note 71 à la p 279.

117 Desrosiers, Lafontaine et Stylios, supra note 53 à la p 924.

118 *Dubois*, supra note 54 à la p 361.

119 *R c Darrach*, 2000 CSC 46 au para 66, [2000] 2 RCS 443 ; *R c Gauthier*, [1977] 1 RCS 441 à la p 449, 64 DLR (3<sup>e</sup>) 501.

120 *Gennium Pharmaceutical Products Inc c Fahmy*, 2009 QCCA 1691 au para 19 (disponible sur CanLII) [*Fahmy*].

121 *R v Sicurella* (1997), [1998] 120 CCC (3<sup>e</sup>) 403, 14 CR (5<sup>e</sup>) 166 (Ont Ct J).

122 LRC 1985, c B-3 ; *R v Morris*, 2012 ONSC 1185, [2012] 255 CRR (2<sup>e</sup>) 1.

123 Noël, supra note 19 au para 46.

124 *Nedelcu*, supra note 2 au para 1.

125 *Phillips c Nouvelle-Écosse (Commission d'enquête sur la tragédie de la mine Westray)*, [1995] 2 RCS 97, 124 DLR (4<sup>e</sup>) 129 [*Phillips*].

126 *R c Protz*, [1984] 13 CCC (3<sup>e</sup>) 107 aux pp 107–111, 5 WWR 263 (CA Sask).

127 *R v Duhamel*, 2013 ONSC 1340 aux para 22 et s, [2013] 1 CR (7<sup>e</sup>) 200.

128 LC 2001, c 27 ; *Jaballah (Re)*, 2010 CF 224 [*Jaballah*].

en raison de la nature non criminelle des procédures<sup>129</sup>. Ajoutons que la Cour d'appel de l'Ontario, en 1985, n'a pas considéré l'enquête préliminaire comme une « autre procédure » par rapport au procès de l'accusé<sup>130</sup>, il serait donc possible pour la poursuite d'utiliser le témoignage de l'accusé en preuve principale ou lors du contre-interrogatoire dans cette situation<sup>131</sup>. Cette prétention est d'autant plus vraie depuis que l'arrêt *Henry* a statué qu'un témoignage volontaire ne saurait être l'objet de la protection constitutionnelle de l'article 13<sup>132</sup>.

E. L'interprétation restrictive du « témoignage incriminant » de l'article 13 de la *Charte canadienne*

La protection contre l'utilisation de déclarations incriminantes lors des procédures pénales subséquentes existe depuis fort longtemps en *common law*<sup>133</sup>. Néanmoins, il est important de souligner l'évolution de l'interprétation du « témoignage incriminant » au fil des années. Par exemple, en 1882 en Angleterre, le juge Field considérait que « the words “criminate himself” may have several meanings, but my interpretation of them is “may tend to bring him into peril and possibility of being convicted as a criminal” »<sup>134</sup>. Cette interprétation semble large. En effet, selon l'interprétation de 1882, nous pourrions penser que des déclarations faites par l'accusé qui ne sont pas manifestement incriminantes, mais qui affecteraient la crédibilité de l'accusé, pourraient être considérées comme un témoignage incriminant.

Au Canada, la Cour suprême a cerné la portée de l'expression « témoignage incriminant » à plusieurs reprises. Selon elle, et comme nous l'avons déjà mentionné, la nature incriminante du témoignage doit être évaluée lors du deuxième procès et non lors du premier<sup>135</sup>. Dans l'arrêt *Dubois*, l'interprétation était intimement liée à la preuve à charge de la poursuite de sorte que si la poursuite souhaitait utiliser les déclarations, c'est parce qu'il y avait quelque chose d'incriminant dans la déclaration<sup>136</sup>. En conséquence, la poursuite a été empêchée d'utiliser les témoignages antérieurs incriminants en preuve principale ou pour incriminer indirectement l'accusé. Autrement dit, le ministère public « [n'est] pas en mesure de faire indirectement ce que l'al. 11 c) interdit [de faire directement] »<sup>137</sup>.

129 *Jaballah (Re)*, *supra* note 128 au para 58.

130 *R v Yakeleya*, [1985] 20 CCC (3<sup>e</sup>) 193 à la p 195, 9 OAC 284 (CA Ont); *R v Sophonow*, [1984] 11 DLR (4<sup>e</sup>) 24, 12 CCC (3<sup>e</sup>) 272 à la p 332 (CA Man). *Contra R v Lucas*, [1995] 97 CCC (3<sup>e</sup>) 89, 129 Sask R 141 (Sask QB).

131 Boilard, *supra* note 64 à la p 189.

132 *Henry*, *supra* note 56 au para 60.

133 Noël, *supra* note 19 au para 21; *Henry*, *supra* note 56 au para 22.

134 *Lamb v Munster*, [1882] 10 QBD 110 à la p 111 (QB R-U). Voir *Marcoux c La Reine*, [1976] 1 RCS 763 aux pp 768–769, 60 DLR (3<sup>e</sup>) 119.

135 *Dubois*, *supra* note 54 aux para 35–36.

136 *Ibid* au para 40.

137 *Ibid* au para 16.

Pour déterminer si les déclarations utilisées par la poursuite constituaient un « témoignage incriminant », la Cour suprême dans *Kuldip* s'est appuyée sur une décision de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique qui avait jugé que le caractère incriminant inclut des éléments qui « [pourraient] faire conclure au juge des faits que l'accusé est coupable du crime allégué » [notre traduction]<sup>138</sup>. Autrement dit, un contre-interrogatoire « n'[est] pas présenté pour faire la preuve de son contenu »<sup>139</sup>, celui-ci ne visant qu'à soulever des incompatibilités dans la déclaration antérieure pour attaquer la crédibilité du témoin. La Cour a jugé que si l'accusé était mis à l'abri d'un contre-interrogatoire pour vérifier des incohérences, cela « équivaldrait à trop "fausser la donne" en faveur de l'accusé »<sup>140</sup>. En effet, « un contre-interrogatoire efficace constitue une composante essentielle d'un procès équitable »<sup>141</sup>.

La Cour suprême a restreint la portée du « témoignage incriminant » à la suite de la décision *Nedelcu*<sup>142</sup>. Dans cette affaire, M. Nedelcu avait été accusé de conduite dangereuse ayant causé des lésions corporelles et il avait également été poursuivi au civil par la victime et sa famille. La victime et l'accusé avaient fait un tour de motocyclette ensemble sur la propriété de leur employeur. L'accusé avait perdu la maîtrise de la motocyclette et avait violemment heurté la bordure du trottoir. Les deux furent hospitalisés, l'accusé subissant des blessures mineures tandis que la victime souffrait de lésions cérébrales permanentes. Au stade de l'interrogatoire préalable, l'accusé avait prétendu n'avoir aucun souvenir de l'accident. Par la suite, l'accusé a, lors de son procès criminel, raconté au tribunal qu'il se souvenait de 90 à 95 % de l'accident au moment de son procès criminel. M. Nedelcu a été condamné en première instance, cependant la Cour d'appel a infirmé le jugement et ordonné un nouveau procès. Celle-ci a appliqué les règles de droit qui avaient été établies par la jurisprudence applicable, règles confirmées par l'arrêt *Henry*<sup>143</sup>. L'une des règles en cause était la règle du *quid pro quo*, un principe avancé par la Cour suprême dans l'arrêt *Noël*<sup>144</sup>. Ce principe important sera analysé à la fin de cette section.

Le juge Moldaver a conclu que les paroles de M. Nedelcu n'étaient pas incriminantes en regard de l'interprétation de la notion de « témoignage incriminant »<sup>145</sup> donnée par la jurisprudence antérieure. Cela étant, la Cour suprême a jugé qu'il était acceptable que le ministère public puisse contre-interroger l'accusé sur le témoignage qu'il avait rendu lors de l'interrogatoire préalable, puisqu'une

138 *Johnstone v Law Society of British Columbia* (1987), [1988] 40 DLR (4<sup>e</sup>) 550, [1987] 5 WWR 637 (BCCA).

139 *Kuldip*, supra note 75 à la p 634.

140 *Ibid* à la p 636. Voir aussi *R c Jabarianha*, 2001 CSC 75 au para 20, [2001] 3 RCS 430.

141 *Henry*, supra note 56 au para 3. Voir notamment *R c Seaboyer*, [1991] 2 RCS 577 à la p 608, 83 DLR (4<sup>e</sup>) 193. Voir aussi *R c Osolin*, [1993] 4 RCS 595 à la p 663, 109 DLR (4<sup>e</sup>) 478 ; *R c Shearing*, 2002 CSC 58 au para 76, [2002] 3 RCS 33 ; *R c Lyttle*, 2004 CSC 5 au para 41, [2004] 1 RCS 193.

142 *Nedelcu*, supra note 2.

143 *Henry*, supra note 56.

144 *Noël*, supra note 19 au para 21.

145 *Nedelcu*, supra note 2 au para 19.

affirmation de ne pas avoir de souvenir de l'accident ne pouvait être incriminante. Bien que la poursuite ait réussi à démontrer que l'accusé a façonné sa preuve (ce qui, en soi, pourrait mener à une inférence de la culpabilité), cela n'a pas été suffisant pour permettre à l'accusé de bénéficier de l'article 13<sup>146</sup>. Au nom de la majorité de la Cour, le juge Moldaver écrit que le « témoignage incriminant »

ne peut s'entendre que du témoignage que le témoin a fourni lors d'une procédure initiale et que le ministère public pourrait utiliser, à supposer qu'il soit autorisé à l'utiliser, pour démontrer la culpabilité du témoin, c'est-à-dire pour prouver ou pour l'aider à prouver l'un ou plusieurs des éléments constitutifs de l'infraction reprochée au témoin lors de son procès ultérieur<sup>147</sup>.

La Cour a pris soin de déclarer que l'arrêt *Henry* ne faisait référence qu'au témoignage incriminant et non à « tout témoignage forcé, de *quelque* nature qu'il soit, et certainement pas au témoignage forcé qui n'était incriminant ni au moment où il a été donné initialement ni au procès ultérieur du témoin »<sup>148</sup>. La Cour a confirmé que, « [l]'utilisation de ce témoignage non incriminant à cette fin n'en fait pas un témoignage incriminant [...] Pour cette raison, l'art. 13 ne s'applique pas. En l'absence de "*quid*", l'État n'était pas tenu de fournir un "*quo*" »<sup>149</sup>. Ce principe a été illustré dans un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta où la poursuite a été autorisée à contre-interroger l'accusé qui avait refusé d'être assermenté dans une procédure antérieure, mais connexe. Le contre-interrogatoire a été autorisé, car « [t]he accused has given nothing to the state. Thus, the state owes nothing in return »<sup>150</sup>. En effet, l'accusé peut être contre-interrogé sur ses dires non incriminants, malgré le fait que son témoignage ait été forcé lors d'une procédure antérieure, bien qu'historiquement la Cour ait clairement indiqué qu'il existe une grande difficulté pour le tribunal de distinguer la preuve incriminante et non-incriminante<sup>151</sup>.

#### F. L'épuration des règles actuellement applicables au Canada

Les deux principaux objectifs poursuivis par l'article 13 de la *Charte canadienne* sont, d'une part, la recherche de la vérité et, d'autre part, la protection des « individus contre l'obligation indirecte de s'incriminer »<sup>152</sup>. Depuis l'instauration de la *Charte*

146 Don Stuart, « Vagueness, Inconsistency and Less Respect for Charter Rights of Accused at the Supreme Court in 2012-2013 » (2013) 63 SCLR (2<sup>e</sup>) 441 à la p 451 [Stuart].

147 *Nedelcu*, *supra* note 2 au para 9.

148 *Ibid* au para 29.

149 *Ibid* au para 30.

150 *R v Ervin*, 2003 ABCA 179 aux para 14–15, [2003] 176 CCC (3<sup>e</sup>) 52.

151 *Piché c R*, [1971] RCS 23 à la p 34, 11 DLR (3<sup>e</sup>) 700 [Piché]; *Dubois*, *supra* note 54 au para 37; *Kuldip*, *supra* note 75 à la p 635; *Henry*, *supra* note 56 au para 50; *Stuart*, *supra* note 146 à la p 452.

152 *Dubois*, *supra* note 54 au para 16.

canadienne, douze décisions significatives ont pavé le chemin pour nous amener où nous sommes présentement. Certaines de ces décisions ont eu un impact plus important pour les droits de l'accusé, alors que d'autres semblaient, à l'inverse, restreindre ces droits. Considérant cette multitude de décisions, il est important de souligner les règles qui sont toujours applicables au Canada. Selon les auteurs Béliveau et Vaclair, il y a six éléments à retenir, lesquels ont été établis au fur et à mesure depuis l'arrêt *Dubois*<sup>153</sup>.

Premièrement, comme règle générale, la protection offerte par l'article 13 pourra s'étendre aux déclarations antérieures faites devant une instance civile ou pénale. En conséquence, l'article 13 a une très large portée en ce qui a trait à la protection de l'accusé contre l'utilisation par la poursuite des paroles incriminantes qu'il a prononcées, que ce soit au procès d'un coconspirateur d'une infraction criminelle ou pénale<sup>154</sup> ou à l'interrogatoire préalable en droit civil<sup>155</sup>, par exemple.

Deuxièmement, bien que la protection soit offerte aux témoignages devant les instances civiles et pénales, « l'article 13 ne s'applique que si le témoignage antérieur était incriminant »<sup>156</sup>. L'évaluation du caractère incriminant du témoignage sera faite à l'instance où la poursuite cherche à le faire valoir<sup>157</sup>. De ce fait, les dires de l'accusé doivent faire référence aux éléments constitutifs d'une infraction pour être considérés comme un témoignage incriminant<sup>158</sup>.

Troisièmement, si la défense ne réussit pas à démontrer que la déclaration testimoniale antérieure est incriminante — donc qu'elle vise l'un ou l'autre des éléments constitutifs d'une infraction — le ministère public sera autorisé à l'utiliser pour attaquer la crédibilité de l'accusé malgré le fait qu'il avait été contraint de témoigner dans les procédures antérieures<sup>159</sup>. Il appartiendra alors au juge « [d']indiquer au jury qu'il ne saurait utiliser le témoignage antérieur à d'autres fins »<sup>160</sup>. Le juge donnera alors des instructions au jury selon lesquelles il ne pourra pas inférer la culpabilité de l'accusé, mais que cela pourra affecter la force probante de son témoignage.

Quatrièmement, un individu pouvant bénéficier du droit au silence<sup>161</sup> et émettant des déclarations incriminantes lors de procédures judiciaires ne pourra se prévaloir subséquemment de l'article 13<sup>162</sup>. Cependant, le fait que le témoignage soit volontaire n'est pas un critère absolu. S'il y avait la possibilité que le témoin soit assigné aux procédures précédentes, son témoignage serait considéré comme

---

153 Béliveau et Vaclair, *supra* note 23 aux pp 645–46.

154 Noël, *supra* note 19 au para 4.

155 Nedelcu, *supra* note 2.

156 Béliveau et Vaclair, *supra* note 23 à la p 645.

157 Piché, *supra* note 151 à la p 36; Dubois, *supra* note 54 au para 37; Boilard, *supra* note 64 à la p 178.

158 Nedelcu, *supra* note 2 au para 9; Stuart, *supra* note 146 aux pp 453–54.

159 Nedelcu, *supra* note 2 aux para 26, 29.

160 Béliveau et Vaclair, *supra* note 23 à la p 645.

161 Charte, *supra* note 1, art 11 (c).

162 Henry, *supra* note 56 au para 60.



étant forcé<sup>163</sup>. Il faut noter qu'il est toujours strictement interdit pour la poursuite d'utiliser des témoignages incriminants en preuve principale, et ce, malgré le fait que le témoignage ait été volontaire<sup>164</sup>. Dans ce cas, l'accusé qui témoigne volontairement au premier procès, mais qui garde le silence au deuxième, ne peut pas voir ses propos incriminants utilisés contre lui<sup>165</sup>.

Cinquièmement, en ce qui concerne les témoins qui ont été assignés en vertu d'une loi, leur témoignage est forcé<sup>166</sup>. À cet effet, si leur témoignage antérieur est considéré incriminant lors des procédures ultérieures, le ministère public ne pourra jamais l'utiliser contre l'accusé<sup>167</sup>. Bref, la poursuite ne peut pas utiliser le témoignage incriminant « à titre de preuve directe de [la] culpabilité [de l'accusé,] [ni] pour attaquer sa crédibilité »<sup>168</sup>. La partie qui invoque la protection de l'article 13 doit prouver qu'elle se conforme aux deux exigences suivantes : (1) son témoignage était contraint et (2) le témoignage antérieur était incriminant. Cette preuve établie, elle jouira d'une immunité complète<sup>169</sup>.

Sixièmement, et en lien avec le quatrième point, si l'accusé décide de témoigner lors de procédures ultérieures, le ministère public pourra se servir du témoignage volontaire et incriminant que l'accusé a fait antérieurement en contre-interrogatoire pour « prouver sa culpabilité et affaiblir sa crédibilité »<sup>170</sup>.

#### G. L'atténuation de l'importance des « autres procédures »

La Cour suprême a rapidement été appelée à interpréter l'expression « autres procédures », se prêtant ainsi à un véritable exercice de définition du cadre d'application de l'article 13. La Cour a privilégié une interprétation large et libérale, estimant que les « autres procédures » signifient toute procédure où un individu s'expose à des accusations, de nature pénale ou criminelle, par le biais de son témoignage, y compris le premier procès de l'accusé sur la même accusation<sup>171</sup>. Cependant, la jurisprudence, notamment l'arrêt *Henry*, s'est attardée, comme critère à retenir, au caractère volontaire et incriminant du témoignage<sup>172</sup>.

De plus, l'arrêt *Nedelcu* a établi que même si un témoin a été légalement contraint à témoigner, son témoignage — s'il n'est pas incriminant lors des

163 *Ibid* au para 34; *Nedelcu*, *supra* note 2 au para 102 (juge Lebel, dissident); Béliveau et Vaclair, *supra* note 23 à la p 645.

164 *Dubois*, *supra* note 54 au para 42; *Henry*, *supra* note 56 au para 6.

165 *Henry*, *supra* note 56 aux para 26–27.

166 *Nedelcu*, *supra* note 2 aux para 1, 102; *Stuart*, *supra* note 146 à la p 451.

167 *Noël*, *supra* note 19 au para 25; *Henry*, *supra* note 56 au para 49; *Nedelcu*, *supra* note 2 au para 14.

168 Béliveau et Vaclair, *supra* note 23 à la p 646. Voir notamment *Dubois*, *supra* note 54 aux para 42–43.

169 *Noël*, *supra* note 19 au para 25; *Henry*, *supra* note 56 au para 49; *Nedelcu*, *supra* note 2 au para 14; *Stuart*, *supra* note 146 à la p 453.

170 Béliveau et Vaclair, *supra* note 23 à la p 646; Voir notamment *Henry*, *supra* note 56 au para 60.

171 *Dubois*, *supra* note 54 aux para 44–45; *Mannion*, *supra* note 71 au para 11.

172 *Henry*, *supra* note 56 au para 38; *Sankoff*, *supra* note 86 à la p 55; *Dufraimont*, « Patchwork Principe », *supra* note 23 à la p 253.

procédures subséquentes — il pourra être utilisé pour contre-interroger le témoin au second procès si l'intention du ministère public est uniquement d'attaquer la crédibilité du témoin<sup>173</sup>. En pareilles circonstances, l'élément important à retenir est le caractère libre et volontaire du témoignage.

#### IV. L'AUTO-INCRIMINATION TESTIMONIALE ET LES INSTANCES CIVILES QUÉBÉCOISES

Au Québec, en plus des instances civiles traditionnelles, plusieurs autres institutions — qu'elles soient judiciaires ou quasi judiciaires — recueillent des témoignages à des fins publiques légitimes. Nous analyserons dans cette partie les protections offertes devant ces instances. En effet, il en va de l'intérêt de la société que les gens soient encouragés à témoigner devant les tribunaux administratifs, les commissions d'enquête et autres procédures judiciaires et quasi judiciaires<sup>174</sup>. Par contre, cet intérêt n'est pas servi lorsque le témoin s'expose à l'auto-incrimination. La Cour suprême souligne « que c'est la reconnaissance de ce fait ainsi que des lacunes du droit relatif à l'auto-incrimination et de l'insuffisance des pouvoirs provinciaux dans ce domaine qui a amené les rédacteurs de la *Charte canadienne* à y inclure des dispositions de beaucoup renforcées en ce qui concerne l'auto-incrimination »<sup>175</sup>. Aux fins de la présente section, notre analyse se limitera aux commissions d'enquête, aux procédures civiles, aux procédures de « protection » en chambre de la jeunesse et à l'assignation des témoins.

Avant d'aborder les instances provinciales, il convient de discuter l'application des protections offertes par la *Charte des droits et libertés de la personne* (ci-après la *Charte québécoise*)<sup>176</sup>.

##### A. La *Charte québécoise*

Comme la *Charte canadienne*, la *Charte québécoise* prévoit également des mécanismes de protection contre l'utilisation de déclarations incriminantes, notamment aux articles 33.1 et 38<sup>177</sup>. Malgré son statut quasi constitutionnel<sup>178</sup>, elle demeure limitée aux lois provinciales<sup>179</sup>. Elle joue néanmoins un rôle de protection du citoyen devant les instances judiciaires ou quasi judiciaires au Québec.

173 *Nedelcu*, *supra* note 2 aux para 26, 29.

174 *Dubois*, *supra* note 54 aux para 80–81 ; *Noël*, *supra* note 19 au para 23.

175 *Dubois*, *supra* note 51 au para 81 ; *Noël*, *supra* note 17 au para 23.

176 RLRQ c C-12 [*Charte québécoise*].

177 *Ibid*, art 33.1, 38.

178 *Béliveau St-Jacques c Fédération des employées et employés de services publics Inc*, [1996] 2 RCS 345 au para 42, 136 DLR (4<sup>e</sup>) 129 ; *Québec (Curateur public) c Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 RCS 211 au para 91, 138 DLR (4<sup>e</sup>) 577 ; *Augustus c Gosset*, [1996] 3 RCS 268 au para 59, 138 DLR (4<sup>e</sup>) 617 ; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c Montréal (Ville)* ; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c Boisbriand (Ville)*, 2000 CSC 27 au para 27, [2000] 1 RCS 665.

179 *Charte québécoise*, *supra* note 176, art 55.

Le libellé de l'article 33.1 ressemble au paragraphe 11 (c) de la *Charte canadienne* :

Nul accusé ne peut être contraint de témoigner contre lui-même lors de son procès<sup>180</sup>.

La jurisprudence dégage quelques principes qui nous aideront à cibler son application. Cette disposition protège une personne contrainte de témoigner contre elle-même lors d'une accusation pour outrage au tribunal ou au moment d'une procédure quasi pénale en droit québécois<sup>181</sup>. Par le passé, cet article a aussi été invoqué avec succès devant des tribunaux de première instance pour justifier la suspension des procédures civiles en attendant la fin des procédures criminelles<sup>182</sup>. Cette pratique semble néanmoins juridiquement douteuse en l'absence d'une crainte légitime de violation de droits fondamentaux. Par ailleurs, le seul risque que la défense du requérant serait dévoilée n'est pas suffisant pour justifier la suspension de la poursuite civile<sup>183</sup>.

À l'image de l'article 13 de la *Charte canadienne*, l'article 38 prévoit ce qui suit :

Aucun témoignage devant un tribunal ne peut servir à incriminer son auteur, sauf le cas de poursuites pour parjure ou pour témoignages contradictoires<sup>184</sup>.

Le mot « tribunal » au sens de l'article 38 « inclut un coroner, un commissaire-enquêteur sur les incendies, une commission d'enquête et une personne ou un organisme exerçant des fonctions quasi judiciaires »<sup>185</sup> et possiblement, selon nous, les comités disciplinaires ou déontologiques. L'inclusion d'un organisme dépendra de son mandat et des pouvoirs qui lui sont conférés par sa loi habilitante. La jurisprudence souligne que dès qu'un organisme administratif prend une décision qui est « de nature quasi judiciaire dans la catégorie des matières d'importance pénale »<sup>186</sup> les droits judiciaires prévus par la *Charte québécoise* — tel l'article 38 — s'appliquent. En somme, il semblerait que les dires incriminants d'une personne

180 *Ibid*, art 33.1.

181 *Vidéotron Ltée c Industries Microlec Produits Électroniques Inc.*, [1992] 2 RCS 1065 à la p 1078 ; *Fahmy*, *supra* note 120 aux para 12, 15.

182 *Robert fer et Métaux Inc c Excavation René St-Pierre Inc*, 2000 CarswellQue 2139 (CS) (WL Can) ; *Groleau c Agence du revenu du Québec*, 2011 QCCQ 10538 au para 11, [2011] JQ no 12860 (QL) ; *Axa Assurance Inc c Transport sécuritaire St-Prosper Inc*, 2004 CanLII 7860 au para 8 (CQ) ; *Pétroles Esso Canada c Entreprises Richard Chaput (Les)*, [1988] RJQ 1388, [1988] JQ no 2682 (QL) (CS Qc).

183 *S (RJ)*, *supra* note 3 à la p 603. Une explication plus étoffée sera donnée dans la section 4.3.

184 *Charte québécoise*, *supra* note 176, art 38.

185 *Ibid*, art 56.

186 *2747-3174 Québec Inc c Québec (Régie des permis d'alcool)*, [1996] 3 RCS 919 au para 262, 140 DLR (4<sup>e</sup>) 577.

contrainte à témoigner — devant une enquête du coroner, par exemple — ne pourront être utilisés pour l'incriminer devant la cour pour une infraction du *Code de sécurité routière*<sup>187</sup>. Il est à noter que si la personne est accusée d'une infraction criminelle, c'est plutôt la protection de l'article 13 de la *Charte canadienne* qui doit s'appliquer.

Contrairement à la *Charte canadienne* et en ce qui a trait aux procédures règlementaires, les articles 33.1 et 38 pourraient être appliqués avec plus de souplesse que dans les procédures pénales et disciplinaires<sup>188</sup>. Lorsqu'un accusé s'expose à une amende ou à l'emprisonnement, la protection offerte par la *Charte québécoise* est d'autant plus forte. Tel était le cas dans l'affaire *Montréal-Est (Ville de) c Labrosse*<sup>189</sup>, alors qu'une personne était visée par une enquête en vertu de l'article 9 de l'ancienne *Loi sur la fraude et la corruption dans les affaires municipales*<sup>190</sup>.

#### B. Les commissions d'enquête

Il arrive parfois que le gouvernement mette en place des organismes particuliers et indépendants pour faire la lumière sur certaines situations et trouver des solutions pour résoudre les problématiques qui en découlent. À cet égard, les gouvernements provinciaux ont le pouvoir de créer des commissions d'enquête, antérieurement connues comme « commission royale d'enquête ». Celles-ci ont pour mandat de répondre à une question soumise par le gouvernement. Les commissaires qui les président sont nommés par le gouvernement<sup>191</sup> et ils ont, dans le cadre de leurs fonctions, le pouvoir d'émettre des assignations<sup>192</sup>. Une fois les auditions terminées, le commissaire rédige un rapport contenant des recommandations pour le gouvernement<sup>193</sup>. Depuis 2010, deux commissions d'enquête ont été mises sur pied au Québec : la Commission d'enquête sur le processus de nomination des juges du Québec (Commission Bastarache) et la Commission d'enquête sur l'octroi et la gestion des contrats publics dans l'industrie de la construction (Commission Charbonneau).

Il a déjà été établi qu'une personne contrainte à témoigner devant une commission d'enquête provinciale constitue un témoin au sens de l'article 5 de la *Loi sur la preuve*. Il peut donc bénéficier de la protection offerte par le paragraphe 5 (2) de cette même loi<sup>194</sup>. Les articles 7 et 13 de la *Charte canadienne* trouveront aussi

187 RLRQ c C-24.2.

188 *Thibault c Corporation professionnelle des médecins du Québec*, [1992] RJQ 2029 à la p 14, 1992 CanLII 3328 (CA) ; *Syndicat national des fonctionnaires municipaux de St-Hyacinthe et St-Hyacinthe (Ville de)*, DTE 98T-753 (TA) ; *Syndicat national des employés de l'aluminium d'Avida Inc. et Société d'électrolyse et de chimie Alcan Ltée (usine Laterrière)*, DTE 2000T-295 (TA).

189 (1985) CS 960, [1985] JQ no 868 (QL) (CS Qc).

190 LRQ, c F-6.

191 *Loi sur les commissions d'enquête*, RLRQ, c C-37, art 1 [*Loi sur les commissions d'enquête*].

192 *Ibid*, art 9.

193 *Ibid*, art 6.

194 *Di Iorio c Gardien de la prison de Montréal*, [1978] 1 RCS 152 aux pp 219–20, 73 DLR (3<sup>e</sup>) 491.

application pour assurer la protection des témoins contre l'utilisation de la preuve dérivée et contre l'auto-incrimination testimoniale lors de procédures ultérieures. De plus, la *Loi sur les commissions d'enquête* prévoit également, à son article 11, que :

[q]uiconque refuse de prêter serment lorsqu'il en est dûment requis, ou omet ou refuse, sans raison valable, de répondre suffisamment à toutes les questions qui peuvent légalement lui être faites, ou de témoigner en vertu de la présente loi, commet un outrage au tribunal et est puni en conséquence.

Toutefois, nulle réponse donnée par une personne ainsi entendue comme témoin ne peut être invoquée contre elle dans une poursuite en vertu d'une loi, sauf le cas de poursuites pour parjure ou pour témoignages contradictoires<sup>195</sup> [notre emphase].

Le deuxième alinéa de cette disposition accorde des droits semblables à l'article 13 de la *Charte canadienne*, sauf que l'article 11 offre une protection supplémentaire aux témoins, et ce, à deux égards. En premier lieu, elle prévoit une protection contre l'utilisation de toutes paroles et non seulement les paroles incriminantes. Nous pouvons en arriver à ce constat par l'interprétation des mots « nulle réponse donnée ». En deuxième lieu, l'alinéa 2 indique que la réponse « ne peut être invoquée contre [la personne qui témoigne] dans une poursuite en vertu d'une loi »<sup>196</sup>. Cela étant, le témoin serait protégé non seulement dans les poursuites pénales provinciales, mais également dans les poursuites civiles. Cette disposition prévoit donc implicitement une protection contre toute preuve dérivée.

D'ailleurs, le témoignage rendu lors d'une commission d'enquête par des personnes qui ont été dûment assignées ne pourra pas être utilisé contre elles dans des procédures civiles et pénales provinciales, même si dans ces dernières le ministère public désire simplement attaquer la crédibilité du témoin. Rappelons toutefois que l'application large de cette disposition n'est valable que dans le cas de poursuites pénales en vertu des lois provinciales. Autrement dit, si un témoin à une commission d'enquête est simultanément ou subséquentement accusé d'une infraction criminelle — donc forcément en vertu d'une loi fédérale<sup>197</sup> — l'article 11 de la *Loi sur les commissions d'enquête* ne saurait trouver application. En conséquence, le ministère public pourra contre-interroger l'accusé sur son témoignage non incriminant antérieur dans le but d'attaquer sa crédibilité, mais non pour l'incriminer au sens de l'arrêt *Nedelcu*<sup>198</sup>.

---

195 *Loi sur les commissions d'enquête*, supra note 191, art 11.

196 *Ibid*, art 11.

197 *Code criminel*, LRC 1985, c C-46 [*Code criminel*].

198 *Nedelcu*, supra note 2 aux para 26, 29.

C. Les procédures en droit civil et la « protection » en chambre de la jeunesse

Cette sous-section a pour but d'analyser la protection contre l'auto-incrimination testimoniale offerte par des lois provinciales ainsi que leur interaction avec les lois fédérales.

À l'heure actuelle, il n'existe qu'un seul mécanisme pour assurer la protection contre l'auto-incrimination testimoniale des témoins lors des procédures ultérieures devant des instances criminelles au Québec. Ce mécanisme est la *Charte canadienne*, particulièrement les articles 7 et 13, que nous avons déjà abordés. Bien que le *Code de procédure civile* prévoit une certaine protection pour les réponses incriminantes<sup>199</sup>, cette protection ne s'applique qu'à l'égard d'une poursuite pénale en vertu d'une loi du Québec. Ainsi, cette protection ne saurait être accordée à l'accusé poursuivi en vertu d'une loi fédérale comme le *Code criminel*. Par conséquent, le *Code de procédure civile* n'offre aucune garantie contre l'auto-incrimination testimoniale pour une personne accusée en droit criminel et qui a livré un témoignage devant une instance de droit civil au Québec.

Parmi les procédures qui susciteront un grand nombre de déclarations incriminantes figurent celles intentées par le Directeur de la protection de la jeunesse (ci-après le « DPJ »). Ces dernières ont, sauf exception, toujours lieu à huis clos<sup>200</sup>. Le tribunal peut être saisi par le DPJ si il est question d'« un enfant dont la sécurité ou le développement est ou peut être considéré comme compromis »<sup>201</sup>. Puisqu'il s'agit d'une loi provinciale en matière civile, c'est le *Code de procédure civile* qui s'applique pour contraindre une personne à témoigner au tribunal<sup>202</sup>. Ainsi, des parents pourront être assignés comme des témoins et ainsi devoir expliquer au tribunal leur situation familiale ainsi que certains gestes posés sur leur enfant<sup>203</sup>. Ce témoignage risque d'être en soi très compromettant. Advenant qu'un des parents soit accusé en chambre criminelle, ses paroles incriminantes seraient alors protégées en vertu de la *Charte canadienne*<sup>204</sup>.

De surcroît, soulignons que le Projet de loi n°28 : *Loi instituant le nouveau Code de procédure civile* entrera en vigueur à l'hiver 2016. L'article 285 de ce nouveau code<sup>205</sup> remplacera l'article 309 du *Code de procédure civile* actuel. Il semblerait que

---

199 Art 309 Cpc (« Un témoin ne peut refuser de répondre pour le motif que sa réponse pourrait tendre à l'incriminer ou à l'exposer à une poursuite, de quelque nature qu'elle puisse être ; mais s'il fait une objection en ce sens, sa réponse ne pourra servir contre lui dans aucune poursuite pénale intentée en vertu de quelque loi du Québec » (c'est nous qui soulignons)).

200 *Loi sur la protection de la jeunesse*, RLRQ c P-34.1, art 82.

201 *Ibid*, art 2, 51-52, 74.1 et s.

202 Art 295 Cpc.

203 *Ibid* (« Toute personne est apte à déposer en justice, sauf si, en raison de sa condition physique ou mentale, elle n'est pas en état de rapporter des faits dont elle a eu connaissance ; et toute personne apte à déposer peut être contrainte de le faire. La relation de conjoint, la parenté, l'alliance, l'intérêt peuvent être causes de reproche contre un témoin, mais seulement quant au degré de crédibilité de son témoignage »).

204 *Charte*, supra note 1, art 13.

205 PL 28, *Loi instituant le nouveau Code de procédure civile*, 1<sup>re</sup> sess, 40<sup>e</sup> lég, Québec, 2014, art 285 (sanctionné le 21 février 2014), LRQ 2014, c 1 (« Le témoin ne peut refuser de répondre pour le motif que sa réponse pourrait tendre à l'incriminer ou à l'exposer à une poursuite de quelque nature que

le législateur québécois veuille accroître considérablement la protection actuellement octroyée par cet article. Les mots « sa réponse ne pourra servir contre lui » semblent offrir une portée plus large que ce qui est prévu à l'article 13 de la *Charte canadienne* : « aucun témoignage incriminant qu'il donne ne soit utilisé pour l'incriminer »<sup>206</sup>. Or, comme la *Loi sur les commissions d'enquête* et le *Code de procédure civile*, le nouveau Code de procédure civile ne trouvera pas application dans le cadre d'une poursuite criminelle en vertu d'une loi fédérale, mais plutôt lors d'une poursuite pénale intentée en vertu d'une loi provinciale.

En somme, force est de constater que les lois québécoises n'offrent aucune protection contre l'auto-incrimination testimoniale pour les personnes qui ont témoigné devant une instance civile et qui subissent leur procès en chambre criminelle. Ce sont les articles 7 et 13 de la *Charte canadienne* qui les protégeront de l'utilisation de leurs paroles incriminantes. À la suite de l'arrêt *Nedelcu*, il semble raisonnable de croire que, malgré le fait qu'un témoignage soit forcé devant la chambre de jeunesse, l'accusé qui témoignera lors de son procès criminel pourra être contre-interrogé sur les éléments contradictoires non incriminants, et ce, dans le but d'attaquer sa crédibilité. Il faut, par ailleurs, préciser que le ministère public ne pourrait pas utiliser ces paroles incriminantes contre l'accusé.

#### D. L'assignation de témoigner et la suspension des procédures

Une assignation à témoigner devant un organisme habilité comporte des obligations et peut entraîner d'importantes conséquences en cas de non-respect. Toutefois, il peut arriver qu'une personne accusée dans une instance criminelle soit contrainte à témoigner simultanément au sujet des mêmes circonstances devant une commission d'enquête, un organisme règlementaire ou dans un recours civil. Cette personne pourra alors demander la suspension de son assignation ou de son recours civil dans l'attente de la procédure criminelle<sup>207</sup>. La Cour d'appel du Québec a d'ailleurs confirmé à plusieurs reprises le rejet des requêtes en suspension d'instance, sauf circonstances exceptionnelles<sup>208</sup>.

Nous constatons qu'il existe deux courants jurisprudentiels sur la façon de déterminer si une suspension serait justifiée. Succinctement, il y a un courant qui met l'accent sur une menace sérieuse au droit à une défense pleine et entière<sup>209</sup>,

---

ce soit ; sa réponse ne pourra servir contre lui, sauf le cas de poursuites pour parjure ou pour témoignages contradictoires » [notre emphase].

206 *Charte*, supra note 1, art 13.

207 *Code criminel*, supra note 197, art 11.

208 *Obadia c Sam Levy & associés Inc*, 1997 1 CBR (4<sup>e</sup>) 110, 1997 CanLII 10483 (CA Qc) [*Obadia*]; *LO c RO*, [1997] AQ n° 1197 (QCCA) [*LO*]; *Sklar c Hudson's Bay Company*, 2000 CanLII 5340 aux para 4–5 (CA Qc) [*Sklar*]; *Sirois Morissette c Banque nationale du Canada*, 2012 QCCA 65 au para 9 (disponible sur CanLII [*Sirois Morissette*]; *Bergeron c Tremblay*, 2012 QCCA 1301 au para 8 (disponible sur CanLII) [*Bergeron*].

209 *Sklar*, supra note 208 au para 5; *Sirois Morissette*, supra note 208 au para 10; *Bergeron*, supra note 208 au para 10; *Ménard c Matteo*, 2012 QCCS 4899 au para 23 (disponible sur CanLII); *MF c Centre de la Petite Enfance*, 2012 QCTAQ 09495 au para 29, 2012 CanLII 61287; *Québec (Procureur général) c Trudel-Thibault*, 2013 QCCS 1323 au para 40 (disponible sur CanLII).

tandis que l'autre — qui provient principalement des provinces de *common law* — exige que des circonstances extraordinaires et exceptionnelles, telles que le droit de l'accusé au procès juste et équitable, soient en jeu<sup>210</sup>. La Cour suprême abonde dans le sens du dernier courant<sup>211</sup>.

Les trois décisions phares en pareille matière sont *R c S (RJ)*<sup>212</sup>, *Phillips c Nouvelle-Écosse (Commission d'enquête sur la tragédie de la mine Westray)*<sup>213</sup> et *British Columbia Securities Commission c Branch*<sup>214</sup>. Une attention spéciale sera portée ici aux décisions *Phillips* et *Branch*.

### 1. Les commissions d'enquête

Nous avons vu précédemment que l'objectif des commissions d'enquête est d'éclairer la société sur certains enjeux. Leur réussite dépend énormément de la franchise des témoignages qui y sont rendus. Avant d'assigner un témoin par *subpoena*, le commissaire doit se demander si le témoignage de l'individu est d'une importance manifeste et d'une véritable utilité pour la commission<sup>215</sup>. L'arrêt *Phillips* nous aide à comprendre l'importance d'une assignation à une commission d'enquête. Brièvement, les faits de cette affaire sont les suivants : à la suite d'une explosion souterraine à la mine Westray en Nouvelle-Écosse, vingt-six travailleurs trouvent la mort. Le gouvernement de la Nouvelle-Écosse ordonne alors la tenue d'une commission d'enquête. Le commissaire de celle-ci assigne deux dirigeants de la compagnie Westray. Entre temps, les deux dirigeants sont accusés d'homicide involontaire coupable et de négligence criminelle causant la mort. La Cour d'appel a suspendu les audiences de la commission, en attendant l'issue du procès criminel. La Cour suprême répond, notamment, à la question de savoir si les deux dirigeants peuvent être contraints à témoigner devant la commission.

La majorité de la Cour fonde son analyse sur les décisions *S (RJ)* et *Branch*<sup>216</sup>. Cette analyse, élaborée par le juge Cory, consiste en deux étapes :

Premièrement, le tribunal doit évaluer l'importance que présente pour l'État l'obtention du témoignage par la contrainte. Comme l'indique l'arrêt *Branch*, [...] «la question cruciale y est de savoir si la demande de témoignage a pour objet prédominant d'obtenir des éléments de preuve incriminants contre la personne contrainte

---

210 *Stickney v Trusz* (1973), 45 DLR (3<sup>e</sup>) 275, 16 CCC (2<sup>e</sup>) 25, (CS Ont), conf par 17 CCC (2<sup>e</sup>) 478n, conf par 46 DLR (3<sup>e</sup>) 82n (CA); *LO*, *supra* note 208; *Obadia*, *supra* note 208; *ACI Brands Inc v Pow*, 2014 ONSC 2784 au para 79, 313 CCC (3<sup>e</sup>) 311 [*ACI Brands Inc*].

211 *Phillips*, *supra* note 125 au para 86; *Branch*, *supra* note 38 au para 9.

212 *S (RJ)*, *supra* note 3.

213 *Phillips*, *supra* note 125.

214 *Branch*, *supra* note 38.

215 *Phillips*, *supra* note 125 aux para 83, 100; *Branch*, *supra* note 38 au para 8.

216 *Phillips*, *supra* note 125 au para 14.



à témoigner, ou si elle vise une autre fin publique légitime.”  
Deuxièmement, même lorsque le but pour lequel la personne est contrainte de témoigner est valable, il faut évaluer l’effet préjudiciable de cette contrainte sur le témoin.<sup>217</sup>

La Cour a jugé que la commission d’enquête avait une importance capitale non seulement pour la province, mais également pour l’industrie minière<sup>218</sup>. D’ailleurs, les témoins seront protégés de l’utilisation des témoignages incriminants et de toute preuve dérivée. Suivant l’arrêt *S (R)*, il faut donc que le préjudice subi par le témoin soit très important<sup>219</sup>. Le juge Sopinka, dans ses motifs concordants dans l’arrêt *Phillips*, a noté que cela « [dépend] des circonstances dans lesquelles les [témoins] sont contraints »<sup>220</sup>. Par exemple, le fait qu’une personne reçoive une assignation à témoigner devant une commission d’enquête tout de suite avant la présentation de sa propre défense à son procès en chambre criminelle serait un facteur très important pour déterminer l’objet prédominant de son assignation<sup>221</sup>. À l’inverse, si l’assignation survenait après le procès criminel, « [sa] prétention au privilège contre l’auto-incrimination pourrait être ténue ou inexistante »<sup>222</sup>. Bref, il est préférable que les deux instances communiquent entre elles afin d’assurer un déroulement fluide entre la commission d’enquête et le procès criminel.

## 2. Le droit pénal réglementaire

L’application du droit réglementaire n’est pas différente de celle du droit criminel ou du droit civil en ce que tous ces régimes s’appliquent simultanément aux personnes qui sont présentes sur le territoire canadien. La portée du droit réglementaire est toutefois plus ciblée, puisque ce dernier régit uniquement les personnes exerçant dans le domaine réglementé. Ainsi, au Québec, le *Code de la sécurité routière* s’adresse à ceux qui circulent sur la voie publique et non aux gens qui ne s’y trouvent pas<sup>223</sup>.

La Cour suprême s’est penchée sur la validité constitutionnelle de quelques dispositions de la *Securities Act*<sup>224</sup> de la Colombie-Britannique, qui permettait de forcer une personne à comparaître devant la *British Columbia Securities Commission* (ci-après la « *Commission* »), à prêter serment et à livrer un témoignage concernant, notamment, l’état financier de la personne et de sa compagnie. Dans cette affaire, la *Commission* a ouvert une enquête sur une compagnie à la suite d’un rapport des vérificateurs. Deux dirigeants de la société visée par l’enquête ont ensuite été

217 *Ibid* au para 82.

218 *Ibid* au para 140.

219 *Ibid* au para 146.

220 *Ibid* au para 14.

221 *Ibid*.

222 *Ibid*.

223 RLRQ c C-24.2.

224 *Securities Act*, RSBC 1996, c 418.

assignés pour témoigner devant la *Commission*. Ils ont contesté la constitutionnalité de la disposition qui octroyait au commissaire le pouvoir d'assigner des témoins. D'ailleurs, les dirigeants n'ont été accusés d'aucun crime.

La Cour suprême a jugé que la disposition législative était constitutionnelle et a déterminé que l'annulation d'une assignation serait envisageable uniquement dans des cas clairs où « le témoignage a pour objet prédominant d'obtenir des éléments de preuve incriminants contre la personne contrainte à témoigner, ou si elle vise une autre fin publique légitime »<sup>225</sup>. Dans l'hypothèse où le seul but visé par le témoignage est l'incrimination de la personne, le témoin doit démontrer le préjudice qu'il subirait à la suite de son témoignage<sup>226</sup>. Il est important de noter qu'il ne saurait y avoir de préjudice s'il existe uniquement une possibilité que la preuve dérivée soit utilisée contre un témoin dans une procédure ultérieure, car le témoin est protégé par le biais de l'article 7 de la *Charte canadienne*<sup>227</sup>. En revanche, le témoin ne devrait pas être contraint à témoigner s'il réussit à démontrer que le préjudice causé compromettrait son droit à un procès équitable<sup>228</sup>.

L'objectif poursuivi par la *Securities Act* est « de protéger le grand public contre la fraude résultant d'activités malhonnêtes de personnes qui font des opérations sur valeurs mobilières » et que cet objet est « de nature règlementaire et administrative, et non criminelle ou quasi criminelle »<sup>229</sup>. Le but de la loi est essentiellement la protection du public plutôt que l'incrimination du témoin. D'ailleurs, comme en matière criminelle, le témoin qui reçoit une assignation est protégé d'office contre l'utilisation de la preuve dérivée et contre l'auto-incrimination testimoniale par le biais des articles 7 et 13 de la *Charte canadienne*. Toutefois, les organismes au Québec, tel que l'Autorité des marchés financiers, s'attendent à ce que le témoin fasse une déposition complète et sincère, sous peine d'être condamné pour entrave<sup>230</sup>.

## V. CONCLUSION

En somme, les droits fondamentaux de l'accusé représentent un aspect incontournable de la légitimité du système judiciaire canadien. Depuis la fin du Moyen-Âge, la *common law* s'est raffinée pour mieux respecter la volonté de la société de protéger les droits du citoyen. À la veille du 20<sup>e</sup> siècle, le Canada ayant hérité de la tradition anglaise, a adopté la *Loi sur la preuve*, laquelle a modifié certaines règles de la *common law* pour, entre autres, améliorer la recherche de la vérité. Cette protection était limitée par les capacités de l'avocat en défense de prévoir les

---

225 *Branch, supra* note 38 aux para 7, 72.

226 *Ibid* au para 7.

227 *S (RJ), supra* note 3 au para 3; *Branch, supra* note 38 au para 9; *Demande fondée sur l'art 83.28, supra* note 38 au para 71; *Benedet et al, supra* note 12 à la p 73.

228 *Phillips, supra* note 125 au para 86; *Branch, supra* note 38 au para 9.

229 *Branch, supra* note 38 au para 25 (citant le juge Wood de la Cour suprême de la Colombie-Britannique).

230 *Autorité des marchés financiers c Fournier*, 2012 QCCA 1179 au para 65 (disponible sur CanLII).

réponses qui pourraient incriminer. En 1982, le Canada a élevé la protection contre l'auto-incrimination testimoniale au rang constitutionnel. Les articles 7 et 13 de la *Charte canadienne* ont renforcé les droits de l'accusé qui étaient déjà prévus par la loi. Pendant trente ans, de l'arrêt *Dubois* jusqu'à l'arrêt *Nedelcu*, la Cour suprême a précisé la portée de ces dispositions depuis l'instauration de la *Charte canadienne*.

Il serait utile de résumer les notions applicables d'une manière succincte. D'abord, la jurisprudence nous enseigne que l'article 7 a un double effet. Il protège le témoin (1) de la preuve dérivée et (2) contre une assignation qui mettrait en danger l'équité du procès ou le droit de défense pleine et entière de l'accusé. Ensuite, l'application de l'article 13 est automatique lorsqu'un accusé livre un témoignage incriminant alors qu'il est ou aurait pu être contraint de le faire. Néanmoins, l'accusé qui témoigne volontairement ne jouira d'aucune protection, mais ses aveux ne pourraient être utilisés qu'en contre-interrogatoire par le ministère public et jamais en preuve principale. Enfin, la poursuite est désormais autorisée à utiliser des paroles non incriminantes qui ont été prononcées par un témoin afin d'attaquer sa crédibilité, et ce, en tout temps. Autrement dit, une déclaration testimoniale — contrainte ou volontaire — qui ne contient pas d'éléments incriminants peut toujours être utilisée pour miner la crédibilité du témoin.

En effet, l'interprétation de la majorité de l'arrêt *Nedelcu* permet désormais au ministère public de contre-interroger l'accusé sur son témoignage contradictoire non incriminant, malgré la contrainte ou la possibilité de contrainte de témoigner dans une procédure antérieure. Bref, l'article 13 trouve application uniquement lorsque l'accusé a fait référence à un ou plusieurs des éléments constitutifs d'une infraction. Il s'agit d'une tâche qui pourrait s'avérer ardue pour un jury, même en dépit des instructions du juge du procès. Tout cela fait dire à l'auteur Don Stuart qu'il est possible que l'article 5 (2) de la *Loi sur la preuve* regagne de son importance dans la protection contre l'auto-incrimination testimoniale<sup>231</sup>.

Au Québec, comme dans les autres provinces canadiennes, il existe des instances autres que criminelles qui ont le pouvoir de contraindre des personnes à venir témoigner. Plusieurs dispositions québécoises offrent une protection contre l'auto-incrimination testimoniale et certaines semblent être plus complètes que l'article 13 de la *Charte canadienne*. Toutefois, vu la portée limitée de ces dispositions, elles ne trouveront application qu'en matière d'infractions pénales provinciales et non en matière criminelle.

La jurisprudence dans ce domaine de droit a été sujette à une certaine instabilité au cours des trente dernières années. Alors que l'arrêt *Henry* semblait rétablir une certaine stabilité, l'arrêt *Nedelcu* nous aurait replongé dans la brume, selon l'opinion du juge Louis Lebel pour la minorité et certains auteurs<sup>232</sup>. D'ailleurs, le juge Michael Moldaver, dans cet arrêt, avoue que son interprétation

231 Stuart, *supra* note 146 à la p 453.

232 *Nedelcu*, *supra* note 2 au para 128; Dufraimont, « Section 13 », *supra* note 61 à la p 4; Desrosiers, Lafontaine et Stylios, *supra* note 53 aux pp 913, 917, 923; Stuart, *supra* note 146 à la p 453.

pourrait légèrement « porter atteinte à la clarté et à la prévisibilité », en revanche il mentionne qu'il est important que l'interprétation respecte le libellé de la disposition<sup>233</sup>. Néanmoins, deux ans après cette décision, un juge de la Cour supérieure de l'Ontario a répondu négativement à la question de savoir si l'arrêt *Nedelcu* avait diminué la protection offerte par l'article 13<sup>234</sup>. Le juge a statué que l'arrêt n'avait rien changé à l'article 13 et que le plus haut tribunal du pays n'a fait que dresser le portrait de l'état actuel du droit<sup>235</sup>.

En s'éloignant de la protection absolue de la *common law*, le législateur fédéral a mis la recherche de la vérité au premier plan. Toutefois, le *quid pro quo* a apporté son lot d'avantages et d'inconvénients. Depuis l'instauration de la *Charte canadienne*, la Cour suprême tente d'établir un équilibre entre cette recherche de la vérité et les droits fondamentaux de l'accusé. La pondération de ces deux objectifs ne fait évidemment pas l'unanimité. Les trois dernières décennies ont donné lieu à de nombreuses vases-hésitations quant à la façon d'interpréter l'article 13. Dernier en lice, l'arrêt *Nedelcu* semble avoir remis au goût du jour la recherche de la vérité, mais jusqu'à quel point ? Il est encore trop tôt pour affirmer que le débat est clos et seules les prochaines années nous diront si les dernières orientations de la Cour suprême perdureront.

---

233 *Nedelcu*, *supra* note 2 au para 42.

234 *ACI Brands Inc*, *supra* note 210 au para 51.

235 *Ibid.*