

ULCC | CHLC

CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

**GROUPE DE TRAVAIL SUR LES ARTICLES 278.1 À 278.94 DU *CODE CRIMINEL*
(LE « RÉGIME DE COMMUNICATION DES DOSSIERS »)**

RAPPORT FINAL

**Présenté par
Melanie Webb et David Parry**

Avertissement : Les idées ou les conclusions formulées dans le présent document, notamment le texte législatif proposé, les commentaires ou les recommandations, peuvent ne pas avoir été adoptées par la Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada. Elles ne reflètent pas nécessairement son point de vue ni celui de ses participants. Veuillez consulter les résolutions concernant ce thème, telles que la Conférence les a adoptées à sa réunion annuelle.

**Halifax
Nouvelle-Écosse**

Août 2025

Présentation à la Section pénale

Le présent document est une publication de la Conférence pour
l'harmonisation des lois au Canada.

Pour plus de plus amples renseignements, veuillez écrire à l'adresse
info@ulcc-chlc.ca

1. INTRODUCTION

[1] Lors de la Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada (CHLC) d'août 2023, la Section pénale a adopté la résolution suivante :

Il est recommandé qu'un groupe de travail soit créé afin d'examiner les dispositions actuelles du *Code criminel* « régime de communication des dossiers » (articles 278.1 à 278.94), en vue de formuler des recommandations de modifications qui simplifieraient les questions de procédure, rationaliseraient le régime actuel et créeraient un processus plus efficace.

[2] Le Groupe de travail est né du désir de simplifier les régimes de communication et d'admissibilité prévus aux articles 278.1 à 278.91 et 278.92 à 278.96 du *Code criminel* (le « régime d'examen du dossier »). Comme nous le verrons plus loin, l'opinion générale demeure que ces dispositions sont compliquées, déroutantes et qu'elles sont une source de retards dans le système de justice.

[3] Le Groupe de travail a été constitué en septembre 2023. Il a mené ses travaux tout au long de 2024 et au début de 2025. Un rapport d'étape a été présenté lors de la réunion de 2024. Le Groupe de travail présente maintenant ce rapport final pour la réunion annuelle de 2025.

[4] Le Groupe de travail a envisagé des modifications concernant la définition d'un document et la création d'exemptions ou d'« exclusions » explicites dans la loi pour les types de documents les plus courants, la simplification des étapes des régimes de communication et d'admissibilité, le rôle des renonciations en matière de procédure, le rôle de l'avocat des plaignants, les délais de notification et les exigences en matière de signification, les demandes en cours d'instance et la question de savoir s'il faut ajouter les infractions liées à l'exploitation des enfants au champ d'application du régime.

[5] Le présent rapport final résume les discussions qui ont eu lieu pour chacune de ces questions. Le rapport est explicite lorsque les membres du Groupe de travail sont parvenus à un consensus sur une modification de fond proposée au régime d'examen des dossiers. Lorsque le Groupe de travail n'est pas parvenu à un consensus sur une question particulière, la discussion est résumée, et des arguments pour et contre sont exposés.

2. COMPOSITION

[6] Les coprésidents se sont efforcés de maintenir un équilibre régional et une représentation des avocats de la Couronne, de la défense et des plaignants au cours des deux dernières années. Il y a eu plusieurs changements dans la composition du groupe de travail, en raison de la nomination de membres à la magistrature, de leur départ pour d'autres engagements et d'autres motifs. Voici la liste de toutes les personnes qui ont participé au Groupe de travail à un moment ou à un autre depuis sa création :

- Melanie Webb — coprésidente — Association du Barreau canadien (avocate de la défense/avocate des plaignants, Ontario)
- David Parry — coprésident — Association du Barreau canadien (avocat de la Couronne, Ontario — *n'a participé qu'en sa qualité de membre de l'exécutif de la Section nationale de la justice pénale de l'Association du Barreau canadien*)
- Janet Dickie — avocate de la Couronne, Politiques et justice, Service des poursuites de la Colombie-Britannique
- Gloria Ng — avocate de la défense/avocate des plaignants (Colombie-Britannique)
- Nadine Nesbitt — avocate principale, Politiques, Service des poursuites de la Couronne de l'Alberta
- Kelly Kaip — procureure principale de la Couronne, Appels (Saskatchewan)
- Audrey Olson — directrice principale, Affaires juridiques et politiques, ministère de la Justice et du Procureur général (Saskatchewan)
- Rochelle Wempe — avocate, Collège des médecins et chirurgiens de la Saskatchewan (avocate des plaignants) (Saskatchewan)¹
- Hugo Caissy — Bureau d'aide juridique de Rimouski (avocat de la défense/avocat des plaignants (Québec))
- Julie Roy — coordonnatrice provinciale en matière de lutte contre l'exploitation sexuelle et la marchandisation des services sexuels, Directeur des poursuites criminelles et pénales (DPCP) (Québec)²
- Anthony Cotnoir — Directeur des poursuites criminelles et pénales (DPCP) (Québec)
- Emma Evans — Ministère du Procureur général (Ontario)
- Aidan Seymour-Butler — avocat de la défense (Ontario)
- Cheryl Schurman — avocate de la Couronne, Service des poursuites pénales de la Nouvelle-Écosse³
- Carla Ball — avocate de la Couronne, Service des poursuites pénales de la Nouvelle-Écosse⁴
- Emma Woodburn — avocate de la Couronne, Service des poursuites pénales de la Nouvelle-Écosse
- Patrick Young — avocat de la Couronne, Service des poursuites pénales de la Nouvelle-Écosse
- Mark Knox — avocat de la défense (Nouvelle-Écosse)⁵
- Annie Piché — avocate générale, Équipe de la violence sexuelle, Service des

¹ A quitté le Groupe de travail avant la présentation du présent rapport final, en raison d'une nomination à la magistrature en avril 2024.

² A quitté le Groupe de travail avant la présentation du présent rapport final, en raison d'une nomination à la magistrature en janvier 2024.

³ A quitté le Groupe de travail avant la présentation du présent rapport final.

⁴ A quitté le Groupe de travail avant la présentation du présent rapport final.

⁵ A quitté le Groupe de travail avant la présentation du présent rapport final.

poursuites pénales du Canada, Bureau régional des Territoires du Nord-Ouest⁶

- Angie Paquin — avocate de la Couronne, Service des poursuites pénales du Canada, Territoires du Nord-Ouest
- Daniel Brown—avocat de la défense, représentant de la Criminal Lawyers' Association (Ontario)⁷
- Zachary Al-Khatib — avocat de la défense (Alberta)⁸
- Morna Boyle — ministère de la Justice, Section de la politique en matière de droit pénal (*a assisté aux réunions à titre d'observatrice du ministère de la Justice et n'a pas contribué au contenu du présent rapport*)
- Michael Ellison—ministère de la Justice, Section de la politique en matière de droit pénal (*a assisté aux réunions à titre d'observateur du ministère de la Justice et n'a pas contribué au contenu du présent rapport*)
- Anouk Desaulniers — juge, Cour du Québec⁹
- Eric Tolppanen — juge, Cour de justice de l'Alberta, Association canadienne des juges des cours provinciales¹⁰
- Ferhan Javed — juge, Cour de justice de l'Ontario, Association canadienne des juges des cours provinciales
- Marco LaBrie — juge en chef adjoint (Chambre criminelle et pénale), Cour du Québec

3. CONTEXTE

3.1 Le « régime de communication des dossiers »

[7] Le « régime de communication des dossiers » comporte deux volets :

- i. La communication (art. 278.1 à 278.91 du *Code criminel* [« *Code* »])
 - a. Dossiers en la possession d'un tiers
 - b. Dossiers en la possession du poursuivant (par. 278.2(2) du *Code*)
- ii. L'admissibilité des dossiers en la possession de l'accusé (régime d'examen — art. 278.92 à 278.97 du *Code*)

[8] Les articles énoncent la procédure et les normes juridiques qui doivent être suivies si l'accusé demande la communication de dossiers visés par l'article 278.1, soit des dossiers qui sont en la possession d'un tiers ou de la Couronne, ou s'il cherche à produire en preuve des dossiers visés à l'article 278.1 qui sont en sa possession. Toutes

⁶ A quitté le Groupe de travail avant la présentation du présent rapport final, en raison d'une nomination à la magistrature en juin 2024.

⁷ A quitté le Groupe de travail avant la présentation du présent rapport final.

⁸ A quitté le Groupe de travail avant la présentation du présent rapport final.

⁹ A quitté le Groupe de travail avant la présentation du présent rapport final.

¹⁰ A quitté le Groupe de travail avant la présentation du présent rapport final.

les dispositions sont énoncées à l'annexe A.

[9] Promulgué en 2018, le régime de communication des dossiers répond aux préoccupations concernant l'utilisation inappropriée des dossiers privés, notamment les dossiers de services de counseling, dans les procès criminels en raison de mythes et de stéréotypes sur les plaignants dans les affaires d'agression sexuelle.

[10] Le régime de communication des dossiers est communément appelé le « régime *Mills* » d'après la décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668, qui a confirmé la constitutionnalité des dispositions relatives à la communication. Pour obtenir des dossiers privés se trouvant en la possession de tiers ou de la Couronne, l'accusé doit présenter une demande et établir la « pertinence probable » des dossiers à la première étape pour que le juge puisse les examiner, puis à la deuxième étape pour leur communication finale. Le paragraphe 278.3(4) énonce divers facteurs sur lesquels, en soi, l'accusé ne peut pas s'appuyer; ce paragraphe vise à protéger le droit à la vie privée des plaignants et à lutter contre la prévalence des mythes et des stéréotypes dans le contexte de l'agression sexuelle. Le paragraphe 278.3(5) exige un préavis de 60 jours à l'égard de la demande. Le plaignant a qualité pour agir aux première et deuxième étapes.

[11] Le régime d'admissibilité s'applique aux dossiers privés en la possession de l'accusé. Encore une fois, l'accusé doit présenter une demande d'admission de ces dossiers, qui est de nouveau entendue en deux étapes en fonction des facteurs énoncés au paragraphe 278.92(3). À la première étape, le juge doit être convaincu qu'il existe « des possibilités que la preuve en cause soit admissible » au sens du paragraphe 278.92(2)¹¹. À la deuxième étape, le juge doit être convaincu que la preuve « est en rapport avec un élément de la cause et que le risque d'effet préjudiciable à la bonne administration de la justice de la preuve ne l'emporte pas sensiblement sur sa valeur probante »¹². Le plaignant n'a qualité pour agir qu'à la deuxième étape. Un préavis de sept jours seulement est requis.

[12] Le régime d'admissibilité ne s'applique qu'aux « dossiers qui contiennent des renseignements personnels concernant [les plaignants] pour lesquels [ceux-ci ont] une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée »¹³ et exige que la défense en divulgue le contenu à la Couronne et au plaignant. Par conséquent, une pratique consistant à présenter une requête visant à obtenir des directives a émergé avant l'établissement de l'admissibilité afin de déterminer si les dossiers non énumérés sont visés par la définition figurant à l'article 278.1 qui déclenche l'application du régime d'admissibilité.

¹¹ La Cour suprême du Canada, dans l'arrêt *R. c. J.J.*, 2022 CSC 28, au paragraphe 25, a souligné qu'il y a une erreur de rédaction dans le *Code* et que le renvoi au paragraphe 276(2) devrait être un renvoi au paragraphe 278.92(2).

¹² Paragraphe 278.92(2) du *Code*.

¹³ *JJ*, précité, paragraphe 41.

[13] Dans *l'arrêt R. c. J.J.*, 2022 CSC 28, la Cour suprême du Canada a confirmé la constitutionnalité du régime d'admissibilité et a suggéré une procédure à suivre lorsque l'avocat de la défense a en sa possession des dossiers concernant un plaignant, qu'il a l'intention de produire et pour lesquels il n'est pas clair si les documents constituent un « dossier » au sens de l'article 278.1.

3.2 Discussion générale sur les difficultés que pose le régime d'examen des dossiers

[14] Le régime actuel de communication de dossiers pour les infractions visées au paragraphe 278.92(1) du *Code* a donné lieu à ce que les praticiens et les juges considèrent généralement comme une procédure compliquée qui prolonge les procès, contribue aux retards et augmente le fardeau des ressources judiciaires limitées.

[15] La perception des praticiens et des juges qui croient que le régime de communication des dossiers ajoute aux délais a un certain fondement empirique. D'après les données de la Cour de justice de l'Ontario¹⁴, les affaires de violence sexuelle prennent beaucoup plus de temps entre l'arrestation et le règlement en Ontario :

TYPE D'INFRACTION	Affaires instruites	% de toutes les affaires instruites	Décisions rendues	Nombre moyen de jours requis pour rendre une décision (pour les affaires sans mandat d'amener)
TOTAL	79 937	32,3 %	74 742	237
Homicide	458	0,2 %	428	301
Tentative de meurtre	349	0,1 %	246	297
Vol qualifié	5 098	2,1 %	3 825	213
Agression sexuelle	4 788	1,9 %	3 960	369
Autres crimes d'ordre sexuel	1 962	0,8 %	1 880	367
Voies de fait graves	23 359	9,4 %	19 144	241
Voies de fait simples	24 454	9,9 %	28 305	217
Proférer des menaces	10 690	4,3 %	10 051	218
Harcèlement criminel	4 060	1,6 %	3 523	242
Autres crimes contre les personnes	4 719	1,9 %	3 380	240

¹⁴ <https://www.ontariocourts.ca/ocj/fr/statistiques-de-la-cour/>

[16] Les membres du Groupe de travail ont relevé plusieurs problèmes particuliers liés au régime de communication des dossiers, résumés ci-dessous :

- Il est intrinsèquement déroutant et prend beaucoup de temps, puisqu'il nécessite de nombreuses comparutions devant le juge du procès et la coordination de l'horaire d'au moins trois avocats.
- L'incertitude quant à l'interprétation de la définition de « dossier » figurant à l'article 278.1 et de la façon dont elle s'applique aux communications électroniques entre le plaignant et l'accusé, qui est devenue omniprésente dans de nombreux procès.
- Il n'existe pas de processus établi pour statuer sur ce qui constitue un dossier au sens de l'article 278.1, et aucune directive n'indique si le plaignant a qualité pour faire cette détermination.
- Avec l'abolition des enquêtes préliminaires pour la plupart des crimes d'ordre sexuel, l'avocat de la défense n'a peut-être pas la possibilité d'établir la pertinence avant le procès, ce qui peut donner lieu à des demandes en cours d'instance qui peuvent faire dérailler l'instance.
- Compte tenu de la complexité du régime, les demandes de vérification des dossiers ne sont pas présentées suffisamment tôt pour que les plaignants puissent retenir les services d'un avocat et que toutes les étapes soient décidées avant les dates du procès.
- La police obtient souvent des renonciations de la part des plaignants au cours de la phase d'enquête; toutefois, on peut se demander si ces renonciations sont valides aux fins de communication en vertu du paragraphe 278.2(2), compte tenu de l'absence d'un avis juridique indépendant et d'une renonciation pleinement éclairée. La Couronne n'est pas non plus la mieux placée pour obtenir une renonciation en toute connaissance de cause compte tenu de son conflit avec les obligations de divulgation.
- Le délai de préavis de sept jours pour les demandes d'admissibilité est tout à fait insuffisant car il ne laisse pas le temps au plaignant de retenir les services d'un avocat indépendant pour le représenter.
- Certains documents peuvent contenir un mélange de renseignements privés et non privés, ce qui complique les demandes de communication et d'admissibilité.
- Les demandes ne peuvent être entendues que par les juges de première instance et non par les juges responsables de la gestion de l'instance, ce qui complique la

mise au rôle des affaires¹⁵.

3.3 Processus suivi par le Groupe de travail

[17] Les membres du Groupe de travail ont d'abord tenu une discussion libre sur les problèmes auxquels ils sont confrontés dans leurs pratiques respectives (le contenu de cette discussion est résumé ci-dessus). Les coprésidents ont ensuite procédé à une analyse thématique de cette discussion. Les thèmes ont été divisés en questions de fond et de procédure, puis un calendrier a été établi, chaque réunion étant consacrée à l'examen d'une ou deux de ces questions. Cette analyse thématique est présentée à l'annexe B.

[18] Le Groupe de travail s'est réuni ensuite environ une fois par mois. À chaque réunion, les membres ont discuté et débattu de propositions précises visant à modifier le régime de communication des dossiers. Les coprésidents ont tenté d'obtenir un consensus sur ces propositions dans la mesure du possible et ont consigné les problèmes liés à certaines propositions lorsque cela n'était pas possible. Les procès-verbaux des réunions ont été regroupés dans un document de discussion pour le Groupe de travail avant que la rédaction du présent rapport ne soit répartie entre les membres.

4. DISCUSSION ET RECOMMANDATIONS

[19] À la suite de l'analyse thématique et des discussions continues lors des réunions subséquentes, le Groupe de travail résume ses discussions et, dans la mesure du possible, formule des recommandations dans huit domaines :

1. Modifications à la communication d'un dossier en la possession de la Couronne en vertu du paragraphe 278.2(2) du *Code*
2. Simplification des étapes du régime d'examen des dossiers
3. requêtes visant à obtenir des directives sur la question de savoir si le régime d'admissibilité s'applique aux dossiers en la possession de l'accusé
4. Difficultés que posent les demandes en cours d'instance
5. Portée, rôle et moment de l'intervention de l'avocat du plaignant
6. Problèmes avec les parties non représentées
7. Inclusion d'infractions supplémentaires dans le régime de communication des dossiers

¹⁵ Dans certaines provinces, comme l'Ontario et l'Alberta, les juges chargés de la gestion de l'instance peuvent instruire la demande.

8. Modifications précises et restreintes au *Code* pour régler des problèmes de rédaction

4.1 Modifications à la communication de dossiers en la possession de la Couronne en vertu de l'article 278.2 du *Code*

[20] Les articles 278.1 à 278.9 du *Code* régissent la communication de dossiers en vertu de l'article 278.1 à un accusé dans le cadre d'une poursuite pour violence sexuelle, traite de personnes ou pour une infraction liée au commerce du sexe. Le régime de communication est distinct du régime d'admissibilité ou de vérification prévu aux articles 278.92 à 278.97. La présente partie du rapport traite des modifications proposées pour simplifier le régime de communication, en modifiant l'article 278.2.

[21] La protection des droits à la vie privée et à la dignité des plaignants a augmenté la complexité procédurale des affaires de violence sexuelle, de traite des personnes et de commerce du sexe. Dans de nombreux cas, ces complexités procédurales ont contribué à retarder les poursuites. De nombreux membres du Groupe de travail étaient d'avis que les obstacles à la divulgation de documents qu'un procureur juge probablement pertinents pour l'affaire causent des retards au tout début d'un cas, qui s'aggravent souvent au cours de la procédure.

[22] Afin de réduire ce retard, le Groupe de travail a discuté de la possibilité d'exclure certains types de dossiers afin de simplifier et d'abréger les instances. Les membres ont convenu du fait que trois types de documents qui figurent couramment dans un dossier de la poursuite devraient être explicitement soustraits à l'application du paragraphe 278.2(2) au motif qu'il n'y a pas d'attente raisonnable en matière de protection de la vie privée à l'égard des documents aux fins de leur communication à l'accusé, ou que le document est par ailleurs toujours pertinent à l'égard de l'infraction.

[23] Les trois types de documents sont les suivants : 1) les communications électroniques auxquelles l'auteur présumé est partie, 2) la documentation provenant d'une trousse d'examen consécutif à une agression sexuelle (TEAS) et 3) les documents constituant l'objet de l'infraction ou tout ce qui rend compte de l'infraction elle-même (p. ex. un enregistrement vidéo).

a) Vue d'ensemble du régime de communication

[24] Le régime de communication régit tout ce qui est visé par la définition de « dossier » donnée à l'article 278.1. Le régime s'applique aux dossiers qui sont en la possession uniquement de tiers et aux dossiers qui sont entrés en la possession de la police ou de la Couronne.

[25] L'article 278.2 interdit la communication à un accusé des documents visés à l'article 278.1 sauf si le tribunal l'ordonne ou si le plaignant ou le témoin a expressément

renoncé aux mesures de protection de la vie privée que lui confère le régime de communication.

[26] Cette interdiction de produire des documents en vertu de l'article 278.1 qui sont en la possession du poursuivant constitue une dérogation aux obligations de divulgation de la Couronne énoncées dans l'arrêt *Stinchcombe*¹⁶, à moins qu'ils ne soient manifestement non pertinents ou privilégiés.

[27] Dans l'arrêt *Mills*¹⁷, la Cour suprême du Canada (CSC) a jugé constitutionnel le régime de communication prévu dans le *Code* et a déterminé qu'il constitue une exception valable aux obligations de divulgation de la Couronne établies dans les arrêts *McNeil*¹⁸ et *Quesnelle*¹⁹.

[28] Les dossiers énumérés à l'article 278.1 sont les types de documents privés qui seraient normalement obtenus d'un « tiers », par exemple des médecins et des conseillers, et les documents créés par le plaignant pour son usage privé, comme les journaux intimes.

[29] L'article 278.1 fait également référence aux dossiers qui ne sont pas énumérés : « toute forme de document contenant des renseignements personnels pour lesquels il existe une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée [...]. N'est pas visé par la présente définition le dossier qui est produit par un responsable de l'enquête ou de la poursuite relativement à l'infraction qui fait l'objet de la procédure ».

[30] Les dossiers produits par les personnes responsables de l'enquête ou de la poursuite relativement à l'infraction, comme un rapport de police, ne sont pas visés par le régime de communication et sont transmis conformément aux principes de la common law (*Stinchcombe*).

b) Exigence d'une renonciation expresse et son potentiel de causer des retards

[31] Les procureurs ont souvent dans leur dossier des documents visés à l'article 278.1 qui ont été obtenus par la police avec le « consentement » nominal du plaignant ou du témoin. Cependant, le consentement pour que la police recueille des éléments de preuve n'est généralement pas la même chose qu'un consentement éclairé aux fins du régime de communication. En particulier, lorsqu'il consent à ce que des éléments de preuve potentiels soient recueillis par la police, le plaignant ou le témoin ne connaît pas nécessairement les mesures de protection prévues par le régime de communication, y compris son droit de comparaître devant le tribunal pour protéger son

¹⁶ *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326

¹⁷ *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668

¹⁸ *R. c. McNeil*, 2009 CSC 3

¹⁹ *R. c. Quenelle*, 2014 CSC 46

droit à la vie privée en ce qui concerne la communication à l'accusé. En outre, les renseignements recueillis par la police peuvent aller bien au-delà de ce à quoi le plaignant croyait consentir (p. ex., les dossiers médicaux postérieurs à la date de l'infraction présumée, ou toutes les communications [ou autres] provenant du téléphone du plaignant, et non pas seulement les communications liées à l'infraction). Pour protéger le droit à la vie privée d'un plaignant, comme l'exigent le *Code* et la Cour suprême du Canada, une renonciation éclairée et expresse est requise avant que les poursuivants puissent divulguer les documents²⁰.

[32] Toutefois, l'interdiction de communication prévue à l'article 278.2 tarde la divulgation complète de la preuve par la Couronne. Il peut s'écouler un certain temps avant d'obtenir une renonciation expresse de la part d'un plaignant, ou il peut être impossible d'obtenir une renonciation. À moins qu'une renonciation ne soit accordée, la Couronne doit dépendre de la présentation d'une demande par l'accusé au tribunal en vertu de l'article 278.3. Bien que cela soit rare et potentiellement imprudent, l'accusé peut choisir de ne pas le faire²¹ ou de ne pas le faire en temps opportun. Le régime législatif ne prévoit pas de processus de divulgation que la Couronne peut amorcer. Cela signifie que la divulgation de renseignements potentiellement pertinents dépend d'autres personnes qui n'ont peut-être aucun intérêt à agir en temps opportun. Cela entraîne souvent des retards dans la poursuite, y compris des ajournements de procès.

[33] Dans le cas d'une renonciation, la durée du délai dépendra souvent des mesures de soutien dont disposent les plaignants pour obtenir des conseils juridiques avant de signer une renonciation. Bien que certaines provinces aient des programmes qui fournissent gratuitement des conseils juridiques aux plaignants en vue de fournir une renonciation, que l'accusé ait ou non présenté une demande, d'autres provinces et territoires n'autorisent la prestation de conseils juridiques indépendants aux plaignants ou aux témoins qu'une fois que l'accusé a déposé une demande en vertu de l'article 278.3. Comme nous l'avons déjà mentionné, une demande de la défense peut ne pas être présentée en temps opportun, ou ne pas l'être du tout, de sorte que dans certaines provinces, l'existence d'un processus de renonciation ne garantit pas que la communication a lieu en temps opportun.

[34] Même dans les provinces où les plaignants ont accès à des conseils juridiques gratuits pour les renonciations, il peut être difficile de communiquer avec le plaignant ou de prendre des dispositions pour qu'il obtienne ces conseils et qu'il signe éventuellement une renonciation. Dans ces cas, une demande en vertu de l'article 278.3 sera requise. Par exemple, dans les affaires de traite de personnes, les plaignants peuvent ne pas être disposés à coopérer avec la poursuite, ou il peut être difficile de les localiser avant le procès.

²⁰ *Mills*, précité, par. 114; *R. c. Plaunt*, 2006 CarswellOnt 3329 (C.J. Ont.)

²¹ Par exemple, *R. c. Lahens*, 2024 ONSC 2245

[35] Bien que l'on s'inquiète des retards causés par l'exigence d'une renonciation expresse ou d'une ordonnance du tribunal avant de communiquer les documents visés à l'article 278.1, il est reconnu que l'article 278.2 et l'exigence d'une renonciation expresse ou d'une ordonnance du tribunal font en sorte que la poursuite ne divulgue pas de renseignements personnels non pertinents au nom de la rapidité. Les procureurs, comme les autres membres du système de justice pénale, peuvent s'appuyer inconsciemment sur des mythes et des stéréotypes pour déterminer la pertinence des documents en leur possession. Le processus énoncé aux articles 278.1 à 278.9 du *Code* constitue une mesure de protection importante pour protéger les droits à la vie privée et à la dignité des plaignants dans les poursuites pour violence sexuelle.

[36] Toutefois, le risque que la poursuite soit lésée par un retard est très grave, même si ce retard peut avoir été causé par l'accusé qui n'a pas présenté en temps opportun une demande en vertu de l'article 278.3. Les plaignants peuvent devenir frustrés et peu coopératifs lorsque les procédures sont retardées, que les souvenirs s'estompent et que les intérêts du public et du plaignant à ce que justice soit rendue en temps opportun sont lésés²².

c) Proposition de modification du paragraphe 278.2(2) du *Code*

[37] **Recommandation :** Dans le but de réduire les retards, le Groupe de travail recommande que les communications électroniques auxquelles l'accusé est partie, la documentation provenant d'une TEAS et le matériel constituant l'objet de l'infraction ou tout ce qui représente l'infraction elle-même soient explicitement exemptés de l'application du paragraphe 278.2(2) du *Code*, au motif qu'il n'y a pas d'attente raisonnable en matière de protection de la vie privée à l'égard des documents aux fins de leur communication à l'accusé, ou qu'ils sont toujours manifestement pertinents.

i. *Communications électroniques avec l'accusé*

[38] La description de la définition d'un « dossier » comme étant « large et non exhaustive » dans l'arrêt *Quesnelle*²³, et l'analyse du droit à la vie privée dans les communications électroniques dans l'arrêt *J.J.*²⁴, indiquent clairement qu'un plaignant ou un témoin peut avoir une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée à l'égard d'une communication électronique. Toutefois, l'arrêt *J.J.* fait également une distinction entre l'analyse de l'attente raisonnable en matière de protection de la vie privée aux fins de la communication et celle de l'admissibilité²⁵.

[39] Les affaires de violence sexuelle, de traite des personnes et d'infractions liées au commerce du sexe contiennent souvent de nombreuses communications électroniques

²² *R c. Jordan*, 2016 CSC 27, par. 19-28

²³ *Quesnelle*, précité, par. 22

²⁴ *R. c. J.J.*, précité

²⁵ *Ibid.*, par. 50

entre de nombreuses personnes. Les communications entre des personnes autres que l'auteur présumé suscitent vraisemblablement une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée et sont donc visées par la définition d'un dossier au sens de l'article 278.1.

[40] Cependant, plusieurs services de poursuite (mais pas nécessairement tous) ont adopté la position selon laquelle, aux fins de la communication, il est peu probable que les communications entre l'accusé et un plaignant ou un témoin suscitent une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée. En effet, l'accusé a participé aux communications et les a déjà vues. Par conséquent, le plaignant (ou le témoin) n'aurait pas d'attente raisonnable en matière de protection de la vie privée, aux fins de la communication, à l'égard des communications avec l'accusé. La question de savoir si l'accusé serait autorisé à présenter les communications en cour serait toujours assujettie au « régime d'examen des dossiers » prévu aux articles 278.92 à 278.94.

[41] Bien qu'il s'agisse de l'approche adoptée par plusieurs services de poursuites, il existe un flou juridique qui peut causer de la confusion, des incohérences et des litiges potentiellement inutiles. Il a également créé une mosaïque d'approches à l'échelle du pays, et même à l'intérieur des provinces et des territoires, compte tenu de l'incertitude qui règne dans le domaine. Le fait d'exempter expressément les communications auxquelles l'accusé a participé qui sont visées au paragraphe 278.2(2), à des fins de communication seulement, contribuerait à simplifier le processus de divulgation et à réduire les délais.

[42] Même si les communications électroniques entre l'accusé et un plaignant ou un témoin seraient considérées comme de la divulgation de type *Stinchcombe*, les procureurs caviarderaient tout de même les renseignements personnels qui ne sont manifestement pas pertinents ou exigeraient une divulgation contrôlée (p. ex. une divulgation sur promesse ou consultation contrôlée) pour des renseignements hautement confidentiels ou des images intimes que pourrait contenir une communication électronique.

ii. Documents de la trousse d'examen médico-légal en cas d'agression sexuelle (TEAS)

[43] De l'avis du Groupe de travail, les examens médico-légaux sont des dossiers médicaux au sens de l'article 278.1. Ces examens sont généralement effectués par une infirmière ou un médecin spécialement formé, dont le but n'est pas seulement de recueillir des preuves, mais aussi de fournir des soins de santé et un traitement au plaignant. De façon générale, durant ces examens, l'examinateur :

- obtient du plaignant une brève description de l'infraction présumée, ce qui permet de déterminer la nature et la portée de l'examen;
- procède à un examen de la personne du plaignant (avec son consentement), y

- compris de tous les orifices qui pourraient avoir été violés;
- prélève des échantillons des régions de la personne du plaignant (encore une fois avec son consentement) où l'auteur présumé aurait pu déposer des fluides (p. ex. sperme, salive);
- demande au plaignant des renseignements sur ses antécédents médicaux;
- demande au plaignant des renseignements sur ses antécédents sexuels du plaignant, en plus de l'infraction présumée (p. ex. quand avez-vous eu des relations sexuelles pour la dernière fois avant l'infraction sexuelle);
- traite les blessures;
- fournit des médicaments pour prévenir l'infection, traiter toute infection sexuellement transmissible potentielle et, dans le cas d'une femme en âge de procréer, des médicaments pour traiter une grossesse non désirée, si la plaignante choisit ces options.

[44] Étant donné que l'examen est effectué à des fins médicales et qu'il est mené par un professionnel de la santé, les TEAS constituent des « dossiers médicaux » au sens de l'article 278.1. La question est de savoir si les TEAS sont exemptées de la protection parce qu'elles sont « faites par des personnes responsables de l'enquête ou de la poursuite relativement à l'infraction ». Bien que les cours d'appel ne semblent pas s'être penchées sur cette question, une certaine jurisprudence de première instance a conclu que lorsque l'examen médico-légal est effectué en même temps qu'une enquête policière, la TEAS est préparée en vue de l'enquête relative à l'infraction et n'est pas protégée²⁶.

[45] Toutefois, l'analyse est moins claire si le plaignant subit un examen médico-légal et qu'il signale ensuite séparément l'infraction présumée. Les plaignants peuvent demander un examen médico-légal, et c'est ce qu'ils font, même s'ils ne sont pas certains de vouloir faire un signalement à la police²⁷. On peut soutenir que le TEAS ne serait pas transformé en document d'enquête simplement parce que le plaignant fait plus tard un signalement à la police et a consenti à ce que la police recueille la documentation et les preuves matérielles.

[46] Toutefois, même si les TEAS sont des dossiers médicaux, et quel que soit le moment où l'examen médico-légal a eu lieu relativement au signalement à la police, il serait préférable de créer explicitement une exemption au paragraphe 278.2(2) pour ce type de dossier. Comme il a été mentionné, l'examen médico-légal fait souvent partie de l'enquête et, de toute façon, il est toujours pertinent dans le cas d'une infraction sexuelle présumée. Plaider la communication d'un dossier manifestement pertinent ne constitue

²⁶ P. ex. *R. c. T.S.*, 2021 ONCJ 299

²⁷ Il est maintenant bien connu que dans les cas de violence sexuelle, de nombreux plaignants tardent à signaler l'infraction présumée ou ne la signaleront peut-être jamais. Dans certaines provinces et certains territoires, les hôpitaux conserveront la documentation et toute preuve matérielle pendant une période pouvant aller jusqu'à un an, au cas où le plaignant déciderait par la suite de faire un signalement à la police.

pas une bonne utilisation des ressources judiciaires ni une raison acceptable de risquer un retard dans les procédures. D'autres renseignements médicaux ou personnels privés, s'ils étaient également saisis lors de l'examen médico-légal, seraient caviardés lorsqu'ils ne sont pas pertinents pour l'affaire.

iii. Matériel constituant l'objet de l'infraction ou tout ce qui rend compte de l'infraction elle-même

[47] À l'instar des TEAS, tout matériel constituant l'objet de l'infraction sexuelle ou tout ce qui rend compte de l'infraction sexuelle elle-même est toujours pertinent et doit être divulgué sans litige inutile. Il s'agit, par exemple, d'enregistrements des actes sexuels qui constituent les allégations portées devant le tribunal. Étant donné que de tels enregistrements susciteraient manifestement, de la part du plaignant, une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée, ils sont visés par la définition figurant à l'article 278.1. Cependant, il est absurde d'exiger une demande de communication d'une preuve qui serait très pertinente et probante. De telles demandes ne servent qu'à augmenter les délais, car ce serait pratiquement un fait accompli qu'elles soient accordées.

d) Libellé suggéré pour la modification

[48] Le paragraphe 278.2(2) du *Code* se lirait comme suit :

L'article 278.1, le présent article et les articles 278.3 à 278.91 s'appliquent même si le dossier est en la possession ou sous le contrôle d'une personne, y compris le poursuivant, sauf si le plaignant ou le témoin auquel il se rapporte a expressément renoncé à l'application de ces articles, ou si le dossier est une communication à laquelle l'accusé est partie, constitue l'objet de l'infraction ou présente une description de l'infraction elle-même, ou découle d'un examen médico-légal à la suite d'une agression sexuelle concernant l'activité sexuelle en question.

Le Groupe de travail ne recommande pas que cette exception soit incluse dans l'article 278.1 parce que la définition qui y figure s'applique à la fois aux dossiers qui sont en la possession de la Couronne et à ceux qui sont en la possession de tiers. Le Groupe souhaite que la modification ne s'applique qu'aux dossiers qui sont déjà en la possession de la Couronne.

[49] Si cette recommandation est acceptée, il faudrait préciser dans la loi que les dossiers divulgués (produits) à l'accusé de quelques que ce soit (p. ex. après une demande de communication accueillie, avec une renonciation ou dans le cadre de l'exemption suggérée au paragraphe 278.2(2)), obligeraient toujours l'accusé à présenter

une demande en vertu de l'article 278.92 aux fins de l'admissibilité²⁸.

4.2 Simplification des étapes du régime de communication des dossiers

[50] Dans certaines provinces et certains territoires, le délai d'audition des demandes de communication et d'admissibilité peut varier de 1 à 12 mois, selon la nature ou la complexité. Bien que de telles demandes soient rares dans les petites administrations et que les demandes de communication, du moins, puissent souvent être réglées sur consentement, dans d'autres régions, comme l'Ontario, les tribunaux consacrent souvent beaucoup de temps à ces demandes. Le délai en Ontario peut également varier selon le tribunal. Certains tribunaux dotés d'un effectif complet de juges peuvent être en mesure de traiter de telles demandes plus rapidement que d'autres.

[51] Étant donné ce temps et ce délai importants, le Groupe de travail a discuté de plusieurs propositions visant à simplifier les étapes procédurales du régime d'examen des dossiers. Le Groupe de travail a tenu compte de la distinction entre la communication et l'admissibilité, ainsi que de la distinction supplémentaire entre les dossiers en la possession de la Couronne et les dossiers en la possession d'un tiers. Pour éviter toute confusion, il est précisé à quel régime l'analyse ci-dessous se rapporte, au besoin.

a) Est-il possible de « renoncer » à l'admissibilité?

[52] Dans un premier temps, le Groupe de travail s'est demandé si les parties pouvaient « renoncer » à l'admissibilité. Le consensus était que l'on ne peut pas « renoncer » à l'admissibilité, car il s'agit d'une question qui doit être tranchée par le juge.

[53] Les membres ont ensuite examiné la question de savoir s'il serait possible de renoncer seulement au « seuil d'admissibilité », ce qui permettrait au juge de maintenir sa fonction de contrôle, mais simplifierait quelque peu l'audience sur l'admissibilité. Il a été noté que dans la pratique, dans certaines provinces et certains territoires, le plaignant peut déposer une lettre indiquant qu'il ne participera pas.

[54] En fin de compte, le Groupe de travail n'est pas parvenu à un accord sur la question de savoir s'il était nécessaire d'officialiser cette pratique au moyen de modification au *Code* pour refléter une « renonciation expresse ». Au contraire, certains membres du Groupe de travail étaient d'avis qu'il s'agit d'une question que les avocats peuvent régler sans processus formel et que la fonction de contrôle du juge devrait être préservée.

b) Les étapes procédurales peuvent-elles être combinées? — communication des dossiers à l'avocat du plaignant

²⁸ Voir le désaccord dans les affaires *R. c. Gallan*, 2024 ONSC 5338, et *R. c. Martiuk*, 2022 ONSC 5577.

[55] Le Groupe de travail s'est également penché sur la question de savoir une « première étape » et une « seconde étape » du régime de communication ou d'admissibilité, à des dates distinctes. Dans certaines administrations, les parties peuvent fixer la date et plaider les deux étapes le même jour. Certains ont fait observer que les soumissions à la première et à la deuxième étapes semblent souvent grandement répétitives. Les commentaires des membres de la magistrature ont également révélé un large consensus en faveur de la séparation des deux étapes dans l'intérêt de l'équité procédurale et de l'efficacité judiciaire.

[56] Dans le cas d'une demande de **communication**, le Groupe de travail n'a pas convenu qu'un juge pouvait examiner les dossiers sans entendre d'abord les observations à la première étape. La principale raison sous-jacente était de s'assurer que le droit à la vie privée du plaignant était respecté. Le fait qu'un juge puisse examiner les dossiers pourrait toujours être considéré comme envahissant par le plaignant. En effet, certains plaignants pourraient même ne pas vouloir que leur propre avocat examine les dossiers, si cela peut être évité.

[57] Dans certaines provinces et certains territoires, il est courant que les dossiers soient fournis à l'avocat du plaignant avant la première étape de la communication. Cependant, certains avocats des plaignants sont d'avis qu'ils ne veulent pas recevoir et examiner les dossiers avant la première étape, ou ne se sentent peut-être pas autorisés à le faire. Les membres du Groupe de travail ont observé que la procédure pouvait généralement être simplifiée si les avocats des plaignants demandaient et recevaient les dossiers ce qui leur permettrait d'établir leur position avant l'audience. Il a été suggéré qu'il serait utile d'ajouter au *Code* un libellé qui encouragerait une telle pratique.

[58] En ce qui concerne **les demandes d'admissibilité**, une différence notable avec les aspects procéduraux des demandes de communication est que l'avocat du plaignant n'a pas qualité pour agir à la première étape. L'avocat de la Couronne et l'avocat du plaignant peuvent avoir des positions différentes quant au droit à la vie privée, selon les arguments soulevés. Le Groupe de travail s'est également brièvement penché sur la question de savoir s'il existait d'autres mécanismes de protection de la vie privée, comme des ordonnances de mise sous scellés ou des ordonnances de publication; toutefois, comme cela engloberait inévitablement le principe de la publicité des débats judiciaires et d'autres intérêts protégés au-delà de celui de l'accusé, le Groupe n'a pas poursuivi la discussion sur ce point.

[59] Les cours d'appel découragent la « fusion » des étapes un et deux d'une enquête sur l'admissibilité des tribunaux²⁹. Certains membres du Groupe de travail ont fait part de leurs préoccupations concernant la fusion des étapes d'une demande d'admissibilité, lorsque la demande aurait pu être rejetée à la première étape :

²⁹ *R. c. Reimer*, 2024 ONCA 519, par. 34; *R. c. Graham*, 2019 SKCA 63, par. 64

- soumettre le plaignant à l'embarras et l'indignité inutiles d'une audience complète;
- donner au plaignant l'occasion d'adapter sa preuve (étant donné que le plaignant a le droit de recevoir la demande complète à la deuxième étape et la reçoit souvent avant la première étape³⁰);
- l'obligation de fournir à la Couronne un affidavit, souvent de l'accusé, et la possibilité de procéder à un contre-interrogatoire sur cet affidavit. Cela peut ensuite être utilisé pour contre-interroger l'accusé au procès.

[60] Le Groupe de travail n'a pas convenu que les étapes des demandes de communication et d'admissibilité devraient être regroupées dans tous les cas, bien qu'en pratique, dans de nombreux cas, les parties puissent présenter une seule série d'observations tout en laissant suffisamment de temps à un juge pour examiner les dossiers, dans le cadre d'une demande de communication, au besoin.

[61] Le Groupe de travail a estimé que les deux étapes devraient généralement rester distinctes, mais que, dans certains cas, les audiences pourraient se tenir le même jour.

[62] **Recommandation :** Le Groupe de travail recommande que le *Code* permette expressément que les dossiers soient fournis à l'avocat du plaignant, lorsque celui-ci est représenté par un avocat, avant la première étape de l'audience sur la communication, afin que le plaignant puisse prendre position dès le début de la demande du plaignant. Si le plaignant ne souhaite pas que son propre avocat reçoive et examine les dossiers à l'avance, celui-ci peut le faire savoir aux parties, et la première étape de la communication procédera à la plaidoirie complète, comme prévu. Par souci de clarté, il est proposé que le libellé soit permissif et que l'examen des dossiers par l'avocat du plaignant, avant la première étape de l'audience sur la communication, puisse être effectué, mais que le libellé ne le rende pas obligatoire. Cela aiderait à apporter des clarifications pour les avocats des plaignants, qui sont actuellement d'avis qu'ils ne peuvent pas examiner les dossiers avant l'audience.

c) Mode de l'audience sur la communication ou l'admissibilité : orale ou écrite

[63] Bien que le Groupe de travail ne soit pas parvenu à un consensus sur la question de savoir s'il était possible ou s'il y avait lieu de combiner la première et la deuxième étapes d'une demande de **communication** dans tous les cas, il a été suggéré que la tenue

³⁰ Certains avocats de la défense déposent un dossier de demande « mixte » qui englobe les étapes 1 et 2 et, dans la pratique, les avocats de certains plaignants peuvent recevoir une copie de ce dossier avant l'audience de la première étape.

de la totalité ou d'une partie de la demande par écrit soit autorisée, lorsque les parties en conviennent et à la discrétion du juge.

[64] Cette proposition présentait certains avantages et inconvénients. Pour certains avocats, cela peut créer plus de travail et plus de temps pour la rédaction de documents. Toutefois, étant donné que les demandes de communication ou d'admissibilité doivent toutes deux être présentées par le demandeur par écrit³¹, il est difficile de voir en quoi la présentation d'observations écrites détaillées augmenterait considérablement le temps de rédaction du demandeur. D'après l'expérience des avocats, de nombreux avocats des plaignants et des procureurs de la Couronne présentent généralement des observations écrites en réponse. Certains avocats choisiront de présenter des observations écrites dans tous les cas, quelle que soit leur position. Par conséquent, le fait que la demande soit traitée par écrit n'ajoutera pas nécessairement plus de temps de rédaction. D'autre part, le fait de procéder par écrit réduirait les délais, puisque cela éliminerait le temps d'audience pour les plaidoiries orales et la nécessité de fixer des dates d'audience qui conviennent à plusieurs parties, une tâche qui est souvent très difficile.

[65] Les commentaires des procureurs de la Couronne d'une administration, transmis par un membre du Groupe de travail, suggéraient de modifier le *Code* pour préciser que les audiences sur l'**admissibilité** devraient normalement être traitées entièrement par écrit. Bien que les juges aient le pouvoir discrétionnaire de tenir par écrit la première étape de ces demandes³², dans la pratique, ils le font rarement. Le fait de demander l'approbation d'un juge pour exercer ce pouvoir discrétionnaire peut ajouter une autre étape procédurale au processus. Cependant, il peut aussi s'agir d'une question qui pourrait être simplement examinée et convenue par les parties lors de la conférence préparatoire au procès. À l'heure actuelle, la demande est généralement traitée soit en fusionnant les deux étapes de la demande d'admissibilité en une seule audience (voir ci-dessus), soit en fixant la date et en procédant à deux comparutions distinctes pour chacune des étapes.

[66] Les commentaires des juges des cours provinciales étaient divisés sur la question de savoir si le traitement des demandes de communication ou d'admissibilité par écrit posait des difficultés pratiques. Certains membres de la magistrature croyaient que les observations écrites étaient idéales, mais qu'elles posaient un problème lorsqu'il s'agissait de fournir des éclaircissements judiciaires, de veiller à ce que les dossiers et les renseignements soient correctement mis sous scellés et conservés au tribunal, ainsi qu'en ce qui concerne la capacité et la charge de travail des juges, un problème qui se poserait davantage dans les petites administrations. Certains ont également fait remarquer qu'à la deuxième étape des audiences de communication tout particulièrement, le tribunal bénéficie d'une plaidoirie orale et de la possibilité d'examiner les fins auxquelles la preuve doit être utilisée.

³¹ 278.3(3) du *Code* pour une demande de communication; 278.93(2) pour une demande d'admissibilité.

³² R. c. J.J., précité, par. 27

[67] **Recommandation :** Le Groupe de travail recommande qu'un libellé soit ajouté au *Code* pour permettre qu'une demande (aux deux étapes) de communication ou d'admissibilité de dossiers soit entendue par écrit, lorsque les parties (y compris le plaignant ou son avocat lorsqu'ils ont qualité pour agir) sont d'accord, et à la discrétion du juge.

d) Possibilité pour les parties d'assister à l'audience par vidéo

[68] Les avocats du Groupe de travail s'entendaient généralement pour dire que la comparution par vidéo devrait être autorisée, du moins si les audiences se limitaient aux plaidoiries, plutôt qu'à un contre-interrogatoire possible sur affidavit. Lorsqu'il s'agit d'entendre des témoignages de vive voix (en gardant à l'esprit que le plaignant n'est pas obligé de témoigner), certains membres du Groupe de travail ont estimé que la comparution par vidéoconférence n'était généralement pas appropriée. D'autres ont soulevé des préoccupations quant à la nature *à huis clos* de ces procédures. Cependant, certaines de ces préoccupations peuvent ne pas être pertinentes lorsque seuls les avocats comparaissent par vidéo, car les participants peuvent être surveillés. En effet, les comparutions à distance peuvent augmenter le bassin potentiel d'avocats pouvant agir à titre d'avocats du plaignant, en particulier dans les petites administrations. Il a été généralement convenu que cela ne nécessitait pas de modification législative. Toutefois, les observations suivantes sont présentées pour examen.

[69] La participation à distance n'est pas encore offerte dans toutes les régions du Canada. Il pourrait être souhaitable d'améliorer l'infrastructure afin d'étendre la participation à distance à un plus grand nombre de régions, tant par souci d'efficacité que pour des raisons d'accès à la justice. La disponibilité des avocats des plaignants dans la région immédiate constitue une difficulté fréquente et continue dans de nombreuses administrations, en particulier dans les régions rurales ou éloignées. La possibilité pour les avocats de comparaître par vidéoconférence contribuerait à aplani cette difficulté et améliorera l'efficacité de la mise au rôle des instances. Le fait d'exiger que toutes les parties comparaissent en personne peut causer des retards, car l'avocat du plaignant peut avoir besoin de se déplacer sur une longue distance pour se rendre au tribunal. Dans l'ensemble, les comparutions en personne auraient tendance à faire augmenter globalement le fardeau sur le système par rapport aux comparutions par vidéoconférence.

[70] Les juges ont exprimé certaines préoccupations quant au maintien de l'intégrité du dossier, au contrôle de l'accès du public aux salles d'audience à huis clos et au maintien des interdictions de publication et des ordonnances de mise sous scellés lors des comparutions à distance. Les avocats estimaient que ces préoccupations devraient pouvoir être résolues par les mêmes ordonnances que celles que l'on peut imposer dans une salle d'audience physique. Pour ce qui est du contrôle de l'accès du public, le greffier du tribunal peut s'en occuper en exigeant que les parties s'identifient toujours avec leur caméra allumée et en confirmant qu'il n'y a pas d'observateurs dans la pièce d'où

l'accusé ou le plaignant³³ peut comparaître. Au besoin, l'accusé pourrait être tenu de comparaître en présence physique de son avocat, par exemple au bureau de ce dernier. Bien qu'aucune précaution ne soit parfaite, le risque d'un enregistrement clandestin semble similaire pour les vidéoconférences et les comparutions en personne.

4.3 Requêtes visant à obtenir des directives

a) Contexte

[71] Dans l'arrêt *R. c. J.J.*, la Cour suprême a reconnu qu'il y aura des moments où l'avocat de la défense devra présenter une requête visant à obtenir des directives afin de déterminer si les éléments de preuve en question sont visés par la définition de « dossier », de sorte que le régime d'examen des dossiers s'applique³⁴.

[72] Étant donné que ces requêtes relèvent purement d'un exercice discrétionnaire du pouvoir de gestion de l'instance du juge, la pratique exemplaire pour les avocats de la défense consiste à présenter une requête visant à obtenir des directives bien avant le procès. L'arrêt *J.J.* est clair : lorsque le juge du procès ne doute pas que la preuve constitue manifestement un « dossier », la défense devrait présenter une demande³⁵.

b) Discussion

[73] Le Groupe de travail a reconnu que les requêtes visant à obtenir des directives ont causé une grande confusion dans deux domaines : premièrement, le moment où elles devraient être présentées et la procédure à suivre; deuxièmement, la question de savoir si l'avocat du plaignant devrait avoir qualité pour agir dans le cadre d'une requête visant à obtenir des directives. Les membres du Groupe de travail ont estimé que ces deux problèmes avaient contribué à des retards importants.

[74] Malgré la confusion entourant les questions de procédure, les membres du Groupe de travail sont parvenus à un consensus sur le fait que l'ajout d'une mesure législative supplémentaire, analogue à une motion d'instructions, serait fastidieux. Ils ont également estimé qu'il valait mieux s'en tenir à la jurisprudence quant à la procédure à suivre et ne pas la codifier dans le *Code*, car l'ajout d'une couche supplémentaire d'interprétation viendrait complexifier inutilement un régime déjà complexe. Il a été convenu que la souplesse offerte par la common law convenait mieux qu'un critère législatif rigide.

[75] Toutefois, le Groupe de travail s'est entendu sur le fait qu'il devrait y avoir un

³³ Les plaignants comparaissent rarement en personne dans le cadre de ces demandes, car les avocats comparaissent généralement pour eux.

³⁴ *J.J.*, précité, par. 103

³⁵ *Ibid.*, par. 104

libellé législatif précis indiquant que le plaignant et son avocat n'ont pas qualité pour agir dans le cadre d'une requête visant à obtenir des directives. À ce jour, la qualité pour agir à l'égard d'une requête visant à obtenir des directives n'est pas claire en common law. Toutefois, on a estimé que la qualité pour agir compliquerait ce qui devrait être une simple étape de vérification initiale pour déterminer si la demande devrait être présentée. On craignait également que l'avocat de la défense ne doive « montrer sa main » au plaignant de façon injustifiée alors que les documents ne correspondent peut-être pas à la définition d'un dossier en vertu du régime.

[76] **Recommandation :** Le Groupe de travail recommande d'ajouter un libellé législatif précis et clair indiquant que le plaignant n'a pas qualité pour agir à d'autres étapes procédurales du régime de communication des dossiers que celles qui sont actuellement établies.

c) Pratiques exemplaires

[77] Le Groupe de travail a reconnu certaines pratiques exemplaires lors de la présentation d'une requête visant à obtenir des directives. La Couronne et le juge qui préside l'audience devraient recevoir un avis de requête les informant de la nécessité de déterminer à l'avance si la preuve en question constitue un dossier. Étant donné que les plaignants n'ont pas automatiquement qualité pour agir dès le départ, il n'est pas nécessaire de faire une signification au plaignant dès le départ. Le juge conserve le pouvoir discrétionnaire d'aviser le plaignant et de lui accorder le droit de participer.³⁶

[78] La procédure énoncée dans l'arrêt *R. c. A.M.*, 2020 ONSC 1846, fournit des conseils utiles quant à la procédure à suivre :

- i. L'accusé doit présenter une demande en vue d'obtenir une décision du tribunal quant à savoir si un document constitue ou non un « dossier » au sens de l'article 278.1 du *Code*;
- ii. Dans sa demande, l'accusé doit résumer le contenu des documents afin de fournir à la Couronne suffisamment d'information sur laquelle elle pourra s'appuyer pour présenter ses arguments. Voici quelques renseignements suggérés qui seront probablement nécessaires :
 - a. La nature et le type de document — c.-à-d. : message texte, courriel, photographie, publication sur les médias sociaux;
 - b. Identifier toutes les parties ayant connaissance des documents ou qui devraient en avoir connaissance, c.-à-d. les parties à la communication dans les messages textes;
 - c. La nature de la relation entre les parties au moment de la communication et au moment de la demande;
 - d. Déterminer comment et quand les documents sont entrés en la

³⁶ *Ibid.*, par. 105

- possession de l'accusé;
- e. Le moment de la création des documents;
 - f. La période couverte par les documents;
 - g. La connaissance des parties qui ont partagé les documents à ce moment-là; autrement dit, déterminer si les parties savaient que les documents ont été partagés et avec qui ils ont été partagés;
 - h. La raison pour laquelle les documents ont été fournis à l'accusé;
 - i. Si les documents comprennent des renseignements qui pourraient être généralement contenus dans l'un des éléments énumérés à l'article 278.1;
 - j. Toute suggestion, dans les documents, que les renseignements resteront privés, ou dans l'alternative, toute suggestion, dans les documents, que les renseignements peuvent être partagés;
 - k. Si les documents comprennent des renseignements qui pourraient constituer d'autres « activités sexuelles » pour l'application de l'article 276 du *Code*;
- iii. L'accusé n'est pas tenu de communiquer les documents à la Couronne ou au plaignant tant qu'il n'a pas été déterminé qu'ils constituent un dossier;
 - iv. L'accusé remet les documents au tribunal dans une enveloppe scellée qui constitue une pièce à conviction lors de l'audition de la demande;
 - v. Le juge qui instruit la demande déterminera si le tribunal doit examiner les documents afin de déterminer s'il existe une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée et, par conséquent, s'il s'agit d'un « dossier » au sens du *Code*;
 - vi. Une fois que le tribunal a examiné les dossiers, il peut compléter le résumé s'il estime que des renseignements supplémentaires sont nécessaires pour permettre à la Couronne de présenter des observations;
 - vii. Cette audience devrait se dérouler à huis clos et il devrait y avoir une ordonnance de non-publication³⁷.

[79] Pour faciliter l'examen par le juge qui préside l'audience, il est recommandé que l'avocat de la défense, lorsqu'il prépare son résumé de la preuve en question, présente l'information sous forme de tableau afin que le juge puisse voir, en un seul coup d'œil, l'information pertinente dans les diverses catégories énumérées dans *A.M.* ci-dessus.

³⁷ *R. c. A.M.*, 2020 ONSC 1846, par. 70 et 71 (mais il convient de noter que ce qui était à l'origine le point 7 de la procédure recommandée n'a pas été inclus, car la décision est antérieure à l'arrêt *J.J.* et n'examinait pas la participation du plaignant aux requêtes visant à obtenir des directives)

[80] Après l'examen des dossiers par le juge qui préside l'audience seulement, le résumé préparé par la défense peut être complété par le juge s'il estime qu'une description supplémentaire est nécessaire pour que la Couronne (ou l'avocat du plaignant) puisse répondre à la requête.

[81] L'avocat de la défense voudra peut-être aussi se demander s'il est possible pour le juge qui préside l'audience de trancher l'affaire uniquement au moyen d'observations écrites et sommaires³⁸, avec la possibilité pour le juge d'appeler les parties à comparaître si des éclaircissements supplémentaires sur les positions sont nécessaires.

[82] L'avocat de la défense voudra peut-être aussi envisager la possibilité de régler l'affaire entre avocats seuls. Compte tenu des directives données dans l'arrêt *J.J.* sur ce qui constitue un dossier, l'avocat de la défense devrait s'efforcer de communiquer avec la Couronne au sujet de la nature des renseignements en question. Plus précisément, les parties doivent garder à l'esprit que la protection offerte par le régime d'examen des dossiers ne s'applique pas à tous les dossiers de nature « personnelle » concernant le plaignant, mais plutôt à ceux qui contiennent des renseignements de « nature intime et très personnelle qui font partie intégrante du bien-être général [du plaignant] sur les plans physique, psychologique ou émotionnel »³⁹.

[83] L'avocat de la défense devrait, dès le début du processus, se pencher sur la question de savoir si une requête visant à obtenir des directives est appropriée dans l'affaire en cause. Les requêtes visant à obtenir des directives offrent la possibilité d'éliminer les requêtes inutiles en vertu de l'article 278.92 si elles sont présentées de manière appropriée. Toutefois, si l'avocat de la défense croit qu'il est plus probable qu'un juge ne sache pas si la preuve en question constitue un dossier, le juge fera probablement preuve de prudence et ordonnera à l'avocat de présenter une demande en vertu de l'article 278.92.

4.4 Demandes en cours d'instance

[84] Dans l'arrêt *R. c. J.J.*, la Cour suprême a précisé qu'en règle générale, les dossiers privés devraient être présentés avant le procès, et que les demandes en cours d'instance ne devraient pas être « la norme »⁴⁰. Si les demandes en cours d'instance devenaient courantes, cela entraînerait « des ajournements plus fréquents, des retards importants, des difficultés relatives à l'établissement du calendrier — particulièrement lors des procès devant jury — et une possible injustice pour l'accusé »⁴¹. La Cour a ajouté que de telles demandes pouvaient également porter préjudice aux plaignants et dissuader le signalement d'infractions d'ordre sexuel ainsi que les poursuites relatives à celles-ci⁴².

³⁸ *R. c. Flaumenbaum*, 2023 ONCJ 474

³⁹ *J.J.*, précité, par. 45 et 71

⁴⁰ *Ibid.*, par. 85 et 190

⁴¹ *Ibid.*, par. 86

⁴² *Ibid.*

Toutefois, la Cour a reconnu qu'il peut se présenter des situations qui peuvent obliger le juge du procès à réexaminer une décision antérieure sur l'admissibilité en vertu de l'article 278.92 ou à autoriser une nouvelle demande en cours d'instance⁴³.

[85] Les avocats de la défense signalent que, en grande partie en raison de l'élimination de l'option des enquêtes préliminaires dans de nombreux cas d'infractions d'ordre sexuel, la défense pourrait ne pas avoir la possibilité de jeter les bases de telles demandes de dossiers avant le procès. Par conséquent, de nouveaux renseignements peuvent être obtenus lors du contre-interrogatoire au procès, ce qui peut inciter l'avocat de la défense à présenter une demande en cours d'instance sur la communication ou l'admissibilité de dossiers privés.

[86] Comme l'ont souligné les membres ontariens du Groupe de travail, depuis l'arrêt *J.J.*, il semble que les demandes en cours d'instance continuent d'être présentées fréquemment en Ontario, mais dans une moindre mesure dans d'autres régions. L'Ontario se heurte depuis longtemps à des difficultés importantes en raison des retards et de la surcharge des rôles, ainsi que d'une probabilité accrue que les accusations soient suspendues pour cause de retard. Comme il est indiqué ci-dessous, les demandes en cours d'instance ajoutent à ce problème⁴⁴.

a) Retard

[87] Les demandes relatives aux dossiers en cours d'instance peuvent retarder considérablement un procès, voire le faire dérailler, en raison d'un ajournement inévitable nécessaire pour permettre au plaignant de retenir les services d'un avocat. Parmi les problèmes logistiques, mentionnons la difficulté de trouver et de nommer un avocat pour le plaignant qui soit prêt à intervenir sur la base d'un tel avis pour l'audition d'une telle demande, et qui soit prêt à examiner, à répondre et à plaider la demande dans un court délai. Le problème est encore plus criant dans le cas des procès devant jury. Selon les circonstances de l'affaire, un retard pourrait donner lieu à une demande en vertu de l'arrêt *Jordan* et peut-être à un arrêt des procédures.

[88] Le retard causé par un ajournement semble inévitable, à moins que l'avocat du plaignant ne soit essentiellement « en attente » ou que le droit du plaignant d'avoir un avocat et de présenter des observations à l'égard d'une demande en cours d'instance soit discrétionnaire ou carrément supprimé. La première option n'est pas pratique, et la seconde n'est pas idéale. Toutefois, un ajournement n'est souhaitable pour aucune partie, y compris le plaignant.

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ Voir l'analyse des demandes de type *Mills* et des retards dans l'arrêt *R. c. Flamenbaum*, précité, aux paragraphes 42 à 56.

[89] D'un point de vue pratique, on a observé que, dans les procès devant jury, les avocats essaient généralement de trouver un moyen pour que le procès continue. Certains membres du Groupe de travail ont indiqué que certains juges avaient tendance à privilégier vers une définition plus souple de l'attente raisonnable en matière de protection de la vie privée lorsqu'ils examinaient l'admissibilité de documents en la possession de l'accusé, simplement pour éviter d'avoir à entendre une requête en cours d'instance et un ajournement possible.

b) Plaider à l'avance des questions qui pourraient ne pas être pertinentes

[90] Certains membres du Groupe de travail se sont dits préoccupés par le fait de plaider l'admissibilité des dossiers avant le procès, qui pourrait amener les avocats à plaider des questions qui ne sont finalement pas pertinentes pour le procès. Cela peut prendre inutilement du temps au tribunal, car l'avocat de la défense pourrait ne pas avoir besoin d'utiliser de tels dossiers. Toutefois, il existe d'autres types de demandes débattues au début du procès où la partie qui présente la demande ne sait peut-être pas si elle utilisera les éléments de preuve en cause (par exemple, une demande relative au caractère volontaire de la déclaration d'un accusé, aux fins du contre-interrogatoire si l'accusé témoigne).

c) Communication et admissibilité

[91] Le Groupe de travail a tenu compte de la distinction entre les demandes de communication de dossiers, qui peuvent être présentées en cours d'instance à la suite de la découverte de nouveaux renseignements lors du contre-interrogatoire, et les demandes relatives à l'admissibilité de dossiers concernant le plaignant qui sont déjà en la possession de l'accusé.

[92] Pour les demandes de communication, selon le type, la nature et le volume des dossiers en cause, et qui est le détenteur du dossier, il peut y avoir un retard important pour des raisons logistiques, y compris le temps nécessaire pour permettre l'assignation à comparaître du détenteur du dossier, la collecte de ces dossiers, la mise au rôle de la plaidoirie à une date accessible à tous les avocats, l'examen des dossiers par le juge, et la vérification, si la communication du dossier est ordonnée⁴⁵. D'autre part, les retards peuvent être moins longs lorsque le dossier en cause est, par exemple, un petit nombre de messages textes, de courriels ou d'autres formes d'écrits qui ne sont peut-être en la possession que du plaignant, ou un rapport d'incident que la police pourrait obtenir rapidement.

⁴⁵ Par exemple, on s'attend à ce qu'une demande en cours d'instance pour des dossiers médicaux, des dossiers thérapeutiques ou des dossiers de services à l'enfance entraîne des retards importants. Le paragraphe 278.3(5) du *Code* exige que la demande soit signifiée « au moins 60 jours » avant l'audience prévue à l'article 278.4, bien que la disposition permette également tout « délai inférieur autorisé par le juge dans l'intérêt de la justice ».

[93] Dans le cas d'une demande d'admissibilité, l'avocat de la défense peut, à des fins tactiques ou stratégiques, éviter de « dévoiler sa main » et de faire référence à un dossier qui pourrait mettre en jeu le droit à la vie privée du plaignant, jusqu'à ce que la question soit soulevée au procès.

d) « Dans l'intérêt de la justice »

[94] Dans le cadre de leur pouvoir de gestion de l'instance, les juges conservent le pouvoir discrétionnaire d'instruire ou non une demande en cours d'instance⁴⁶. Le juge du procès peut autoriser une telle demande lorsque cela est dans « l'intérêt de la justice »⁴⁷.

[95] Dans l'arrêt *J.J.*, la Cour suprême a laissé entendre qu'un exemple de cas où une demande présentée en cours d'instance peut être dans « l'intérêt de la justice » est celui où l'existence du dossier n'est découverte que pendant le procès.⁴⁸ La Cour n'a toutefois pas indiqué qu'il s'agissait du *seul* cas où une telle demande pouvait être dans « l'intérêt de la justice ». En effet, plus loin dans la décision, la majorité de la Cour a admis que, si une situation se présente où « la communication préalable de la demande à [un plaignant] annulerait réellement l'efficacité du contre-interrogatoire, l'accusé peut choisir de présenter la demande pendant le contre-interrogatoire afin d'éviter le risque que le témoignage soit vicié »⁴⁹. Pour déterminer s'il serait dans l'intérêt de la justice d'accueillir la demande, le juge du procès doit tenir compte du risque que le procès soit retardé en raison de son fractionnement⁵⁰. Malgré cette autorisation apparemment permissive, la Cour a averti que les demandes en cours d'instance « ne devraient pas représenter la norme »⁵¹.

[96] La question demeure de savoir dans quelle mesure l'avocat de la défense peut continuer d'invoquer les passages ci-dessus pour justifier la présentation de demandes de « dossiers » en cours d'instance, et dans quelle mesure les juges du procès peuvent autoriser de telles demandes, malgré les risques de retard.

e) Exception législative proposée

[97] Plus loin dans le présent rapport, le Groupe de travail propose de faire passer de 7 à 60 jours le délai de préavis pour les demandes présentées en vertu de l'article 278.93. Le Groupe de travail propose également de créer une exception législative particulière pour les demandes de dossiers en cours d'instance, qui reproduirait le libellé de

⁴⁶ *R. c. J.J.*, précité, par. 86

⁴⁷ *Ibid.*, par. 143, 190

⁴⁸ *Ibid.*, précité, par. 86

⁴⁹ *Ibid.*, précité, par. 190

⁵⁰ *Ibid.*

⁵¹ *Ibid.*

l’arrêt *J.J.*, afin de prévoir qu’une telle demande soit présentée et instruite lors de l’instance lorsque cela est « dans l’intérêt de la justice ».

[98] Certains membres du Groupe de travail ont suggéré que le juge du procès devrait tenir compte de facteurs précis et énumérés qui vont au-delà de « l’intérêt de la justice », y compris la diligence de la défense. D’autres étaient d’avis que l’« intérêt de la justice » était suffisamment large pour englober ce facteur et d’autres, tout en s’adaptant aux situations uniques qui se présentent souvent au cours des procès.

[99] Le Groupe de travail a également discuté de la question de savoir si, pour des raisons pratiques et afin d’atténuer le risque de retard dans le procès, une exception à la qualité pour agir du plaignant tel qu’elle est normalement conférée en vertu du paragraphe 278.94(2) (admissibilité) pourrait être intégrée, afin de rendre discrétionnaire le droit du plaignant de présenter des observations pour les demandes en cours d’instance lorsque cela est dans l’intérêt de la justice. La justification d’une telle exception, pour les demandes en cours d’instance seulement, est qu’il est sans doute dans l’intérêt de la justice et dans l’intérêt du plaignant de procéder sans ajournement et d’éviter de perturber le calendrier du procès. Cela pourrait s’appliquer aux demandes d’admissibilité en cours d’instance, concernant des dossiers relatifs au plaignant qui sont en la possession de l’accusé, ainsi qu’aux demandes pour lesquelles il n’est pas pratique d’obtenir les services d’un avocat pour le plaignant en temps opportun.

[100] Un membre du Groupe de travail a suggéré que la portée de cette proposition soit élargie pour inclure également les demandes de communication. Cependant, le groupe n’est pas parvenu à un consensus sur ce point. Dans la pratique, la plupart des demandes de communication entraîneraient inévitablement un ajournement d’une certaine durée de toute façon⁵². Dans certains cas, le plaignant peut consentir à ce que les dossiers en sa possession soient remis à la Couronne et à la défense (comme des messages textes), mais en toute justice, le plaignant devrait au moins avoir la possibilité d’obtenir des conseils juridiques sur l’opportunité de donner son consentement ou non. Si la recommandation d’une « exception » pour les communications électroniques, telle que proposée précédemment dans le présent rapport, est acceptée et mise en œuvre dans la législation future, cela éviterait la nécessité de soumettre une demande en vertu du régime de communication.

[101] Le Groupe de travail a relevé certains dangers à rendre discrétionnaire la qualité pour agir des plaignants pour les demandes en cours d’instance. Par exemple, il a été suggéré que cela pourrait amener certains avocats de la défense à retarder intentionnellement la présentation d’une demande relative à un « dossiers » jusqu’au

⁵² Dans le cas des demandes portant sur des dossiers qui ne sont pas en la possession de la Couronne ou du plaignant, mais d’un tiers, il faudrait assigner à comparaître le tiers en possession du dossier, et la personne qui a le dossier en sa possession, le plaignant ou le témoin, et « toute autre personne à laquelle le dossier se rapporte » aurait le droit de comparaître et de présenter des arguments à l’égard de la demande (par. 278.4(2) du *Code*).

milieu du procès afin d'empêcher les plaignants d'exercer leur qualité pour agir avant le procès. Cela risque également de faire augmenter le nombre de demandes en cours d'instance. Pour répondre à ces préoccupations, il a été suggéré d'incorporer un libellé, comme il a été expliqué ci-dessus, qui obligerait le juge à tenir compte de la diligence de l'avocat de la défense par rapport au risque de « déclarations viciées de témoins » qui annulerait l'efficacité du contre-interrogatoire.

[102] Malgré des discussions fructueuses, le Groupe de travail n'a pas été en mesure de parvenir à un consensus sur la création d'un pouvoir discrétionnaire permettant aux juges de dispenser les plaignants de la qualité pour présenter une demande de communication ou une demande d'admissibilité en cours d'instance.

[103] **Recommandation :** Le Groupe de travail recommande la création d'une exception législative précise pour les demandes de documents en cours d'instance, reproduisant le libellé de l'arrêt *J.J.*, afin de prévoir qu'une telle demande soit présentée et instruite en cours d'instance lorsque cela est « dans l'intérêt de la justice ». Un libellé pourrait être ajouté pour inclure des facteurs précis, comme la diligence de la défense et le cas où les déclarations viciées de témoins annuleraient l'efficacité du contre-interrogatoire.

f) Autres options

[104] Une autre solution possible évoquée par Groupe de travail pour éviter les interruptions et les retards causés par une demande en cours d'instance serait que la défense envoie par écrit au plaignant, par l'intermédiaire de la police et de la Couronne, avant le procès, des questions préliminaires concernant l'existence potentielle de dossiers détenus par des tiers à des fins de communication. Cette approche a donné des résultats mitigés. Dans certains cas, la Couronne a acquiescé à la demande et a facilité la transmission de ces questions au plaignant. Dans d'autres, elle a refusé, au motif qu'il n'est pas approprié pour elle d'examiner des questions qui relèvent du droit à la vie privée du plaignant.

[105] En fin de compte, il n'y a pas eu de consensus à ce sujet, car les membres du Groupe de travail ont estimé que la défense a la responsabilité de présenter une demande valable en droit fondée sur la preuve pour produire un dossier qui est « vraisemblablement pertinent quant à un point en litige ou à l'habileté d'un témoin à témoigner » (al. 278.3(3)b) du *Code*).

[106] Bien qu'il y ait lieu de se prémunir contre les « interrogatoires à l'aveuglette », si la Couronne est d'avis que les questions sont pertinentes et que l'on peut s'attendre à ce qu'une demande valable en droit soit présentée en cours d'instance, les procureurs de la Couronne devraient être encouragés à fournir les renseignements demandés à la défense, avec le consentement du plaignant. Bien entendu, le plaignant peut choisir de ne pas répondre ou de ne pas participer au processus, ou de ne pas consentir à ce que des

renseignements qui pourraient avoir une incidence sur ses intérêts en matière de protection de la vie privée soient fournis à la défense. C'est au plaignant de décider s'il souhaite participer au processus ou dans quelle mesure, et s'il souhaite avoir un avocat ou demander un avis juridique.

[107] Une autre solution envisagée par le Groupe de travail consistait à créer une nouvelle « pré-enquête », ou une procédure semblable à celle de l'interrogatoire préalable, dans le cadre de laquelle le plaignant pourrait être interrogé sur certaines de ces questions et constituer la base d'une demande de communication de dossiers. Le Groupe de travail n'était pas favorable à cette proposition parce qu'elle est susceptible de compliquer les choses. Étant donné qu'un juge serait habituellement tenu d'assister à l'interrogatoire préalable du plaignant, cela ne réduirait pas nécessairement les retards ou n'allégerait pas considérablement le fardeau du système de justice. Cela semblerait également contraire au fait que le plaignant n'est pas un témoin contraignable en vertu des paragraphes 278.4(2) (demandes de communication) et 278.94(2) (demandes d'admissibilité) du *Code*.

4.5 Rôle de l'avocat du plaignant

[108] Le Groupe de travail a cerné et examiné trois questions principales liées au rôle de l'avocat du plaignant :

- i. l'augmentation du délai de préavis prévu au paragraphe 278.93(4) du *Code* de sept à soixante jours;
- ii. s'il y a lieu d'ajouter une qualité pour agir au nom du plaignant à la première étape de l'enquête;
- iii. à quel moment l'avocat du plaignant doit-il intervenir?

[109] En ce qui concerne le délai de préavis pour les audiences sur l'admissibilité en vertu du paragraphe 278.93(4), le Groupe de travail s'est entendu sur le fait que le délai de sept jours n'est tout simplement pas suffisant, sur le plan logistique, pour permettre à l'avocat du plaignant et à la Couronne de préparer une réponse.

[110] En ce qui concerne la qualité pour agir, les membres du Groupe de travail n'ont pas convenu que l'avocat du plaignant devrait avoir qualité pour agir à la première étape de l'audience sur l'admissibilité.

[111] En ce qui concerne le moment où l'avocat du plaignant devrait intervenir, les membres du Groupe de travail sont parvenus à un consensus quant au fait qu'il devrait intervenir le plus tôt possible afin d'aider à obtenir les renonciations pour produire des dossiers pour la défense ou pour s'assurer qu'il est disponible aux dates auxquelles les requêtes sont inscrites au rôle.

a) Augmentation du délai de préavis prévu au paragraphe 278.93(4) du *Code de sept à soixante jours*

[112] Le paragraphe 278.93(4) précise que l'accusé doit fournir une copie de la demande d'admissibilité au tribunal et à la Couronne au moins sept jours avant que le juge qui préside n'examine la demande, sauf ordonnance contraire.

[113] La Cour suprême a récemment fait des observations sur le délai de préavis dans l'arrêt *R. c. J.J.* La Cour a conclu que l'article devait être interprété comme signifiant « sept jours auparavant », c'est-à-dire sept jours avant la première étape de l'audience sur l'admissibilité. Bien que le texte législatif ne précise pas que ces demandes doivent être présentées avant le procès, la Cour est d'avis que cela devrait être la pratique habituelle. La Cour a également considéré que le délai de sept jours pouvait être raccourci lorsque cela est dans « l'intérêt de la justice ».⁵³

[114] Après une longue discussion, les membres du Groupe de travail ont déterminé que le délai de préavis de sept jours était insuffisant pour que l'avocat du plaignant soit nommé et prêt à fournir une réponse adéquate si l'affaire passait à la deuxième étape.

[115] Le Groupe de travail a relevé certains problèmes logistiques qui entraînent des retards dans le délai de préavis de sept jours et qui font en sorte qu'il est difficile pour l'avocat du plaignant de répondre correctement ou d'être disponible.

[116] Dans certaines administrations, l'aide juridique ne peut pas désigner l'avocat du plaignant tant que l'accusé n'a pas déposé la demande en vue d'une audience. Il faut alors, dans un délai de sept jours, trouver un avocat disponible, ce qui peut s'avérer difficile. Un autre enjeu concerne la signification : si le plaignant n'a pas d'avocat, il doit être signifié personnellement.

[117] À l'heure actuelle, il n'existe pas de procédure établie pour aider le plaignant à obtenir les services d'un avocat. Dans la plupart des cas, la Couronne aide le plaignant à accéder à des ressources ou à obtenir une ordonnance en vue de nommer un avocat pour lui.

[118] **Recommandation :** Le Groupe de travail recommande de porter le délai de préavis à soixante jours, ce qui donnerait à la Couronne et au tribunal suffisamment de temps pour aider à organiser la nomination de l'avocat du plaignant. Un délai de soixante jours laisserait également à l'avocat du plaignant suffisamment de temps pour établir un rapport avec le plaignant et préparer une réponse. L'augmentation du délai de préavis aiderait également l'avocat du plaignant à s'assurer de sa disponibilité.

[119] Le Groupe de travail conserverait également le libellé du paragraphe 278.93(4),

⁵³ *R. c. J.J.*, par. 82—86 et 92

qui permet au juge de raccourcir le délai de préavis de soixante jours lorsque cela est dans l'intérêt de la justice.

b) Devrait-on accorder au plaignant la qualité pour agir à la première étape des demandes d'admissibilité?

[120] Le Groupe de travail a examiné la question de savoir s'il convenait d'accorder au plaignant la qualité pour agir à la première étape de l'audience sur l'admissibilité. Il a été suggéré que cela permettrait de régler certains problèmes liés aux délais de préavis serrés, car l'avocat du plaignant interviendrait plus tôt pour réduire les retards subséquents.

[121] Cette question a été longuement débattue parmi les membres du Groupe de travail. Comme le plaignant n'a qualité pour agir qu'à la deuxième étape, l'avocat du plaignant doit faire « du rattrapage » pour présenter des observations efficaces à la deuxième étape. À cette difficulté s'ajoute la similitude entre les deux étapes.

[122] En outre, la Cour suprême a prévu qu'à la première étape, le plaignant disposerait d'une description générale de la demande afin qu'il puisse commencer à prendre des mesures pour retenir les services d'un avocat en prévision de la deuxième étape⁵⁴.

[123] Les membres du Groupe de travail ne sont pas parvenus à un accord sur cette proposition. Bien qu'elle présente certains avantages, les membres estiment que cela pourrait entraîner une hausse des requêtes visant à obtenir des directives (en supposant que le plaignant n'a pas qualité pour agir dans le cadre d'une requête visant à obtenir des directives), car la défense ne voudra peut-être pas « montrer sa main » au plaignant si tôt.

c) À quel moment l'avocat du plaignant doit-il intervenir?

[124] Malgré le désaccord quant au fait d'accorder la qualité pour agir à la première étape de la demande d'admissibilité, comme il a été indiqué précédemment dans le présent rapport, le Groupe de travail a généralement convenu qu'il serait utile que l'avocat du plaignant intervienne plus tôt dans le processus — que ce soit pour l'admissibilité ou la communication — afin de garantir un processus simplifié. D'ailleurs, certains membres du Groupe de travail ont indiqué que c'est déjà le cas dans leur administration dès que la défense signale son intention de présenter une demande de communication ou d'admissibilité.

[125] Plusieurs avantages d'une intervention plus précoce ont été soulevés. L'avocat du plaignant pourrait aider la Couronne à obtenir des renonciations valides en vertu des paragraphes 278.2(1) et (2) du *Code* afin qu'elle puisse produire tous les documents susceptibles d'être pertinents, évitant ainsi la nécessité d'obtenir une ordonnance de

⁵⁴ *Ibid.*, par. 92-95

communication en vertu de l'article 278.7. Cela permettrait également de s'assurer que les plaignants qui fournissent des documents qui pourraient constituer un dossier au sens de l'article 278.1 peuvent le faire en sachant quels sont leurs droits à la vie privée.

[126] De plus, l'intervention de l'avocat du plaignant plus tôt dans le processus faciliterait la mise au rôle des demandes d'admissibilité des dossiers en tenant compte du calendrier de l'avocat du plaignant, sans avoir à se précipiter à la dernière minute pour essayer de trouver un avocat qui pourrait être disponible. Certains membres ont jugé avantageux de faire intervenir l'avocat du plaignant à l'étape préalable à l'instruction.

[127] Le fait que l'avocat du plaignant intervienne plus tôt contribue également à réduire le rôle de la Couronne en tant qu'intermédiaire dans la présentation au plaignant ou à son avocat de la demande de l'accusé pour la deuxième étape. Il se peut fort bien que le plaignant soit prêt à répondre à des questions, avant le procès, qui pourraient avoir une incidence sur une éventuelle demande de dossiers.

[128] Cependant, plusieurs membres du Groupe de travail ont déclaré que les ressources posent continuellement des difficultés dans leurs administrations. Il peut y avoir un nombre limité d'avocats disposés à s'occuper de ces questions, en particulier dans les petites administrations. L'amélioration de l'accès à la technologie de vidéoconférence a été mentionnée comme un moyen de surmonter cet obstacle. Certaines provinces exigent qu'une demande soit déposée avant que des fonds soient versés pour permettre à un plaignant de retenir les services d'un avocat.

[129] Un membre du Groupe de travail a laissé entendre qu'une solution possible consisterait à apporter une modification législative incorporant un libellé semblable à celui de l'article 486.3 du *Code*, qui habiliterait un juge à ordonner la nomination d'un avocat pour le plaignant, si celui-ci souhaite qu'un avocat soit nommé à un stade précoce de l'affaire (pas nécessairement lors du dépôt d'une demande). Cette demande pourrait être présentée par la Couronne ou par le plaignant. Bien que le Groupe ne soit pas parvenu à un consensus quant à une recommandation officielle, il est suggéré que cette proposition mériterait un examen plus approfondi de la part du ministère de la Justice du Canada. À cet égard, les provinces et les territoires devraient être consultés, car cela peut avoir une incidence sur la prestation des services d'aide juridique, qui relève de la compétence des provinces et des territoires.

4.6 Plaideurs non représentés

[130] Les plaideurs non représentés, qu'ils se représentent eux-mêmes par choix ou parce qu'ils n'ont pas les moyens de retenir les services d'un avocat, éprouvent des difficultés particulières à s'y retrouver dans le régime de communication des dossiers en raison de la complexité de la procédure. Plusieurs membres du Groupe de travail, en particulier ses membres représentant la magistrature, ont souligné les difficultés qui se posent pour assurer l'équité pour les plaideurs non représentés tout en veillant à ce que

les affaires restent sur la bonne voie.

[131] Il ne faut pas sous-estimer l'efficacité du procès. Le risque que les procès déraillent parce que des demandes en cours d'instance sont nécessaires est encore plus élevé avec des plaideurs non représentés, et ce, pour des raisons évidentes. De plus, les plaignants peuvent être frustrés par les ajournements.

[132] Le Groupe de travail s'est généralement accordé à dire qu'il était préférable pour les accusés d'être représentés, en particulier dans le cas de ceux qui ne peuvent pas retenir les services avocat en raison de ressources financières limitées. Le Groupe de travail a donc examiné diverses façons de nommer un avocat pour représenter les plaideurs non représentés.

a) Nomination d'un avocat en vertu du paragraphe 486.3(2) du *Code*

[133] Le paragraphe 486.3(2) du *Code* prévoit qu'un avocat peut être nommé pour mener le contre-interrogatoire d'un plaignant à l'égard d'une infraction prévue à l'un des articles 264, 271, 272 et 273. Certains juges peuvent élargir une telle ordonnance pour y inclure des demandes d'éléments de preuve, y compris des requêtes, de la même manière qu'une ordonnance peut être élargie pour le rôle d'*amicus curiae*. En Ontario, le financement par Aide juridique Ontario de telles demandes présentées par un avocat en vertu de l'article 486.3 n'est généralement pas un problème, selon la portée de l'ordonnance telle qu'elle est formulée par le juge.

[134] Toutefois, le libellé strict du paragraphe 486.3(2) du *Code* ne s'applique technique qu'au contre-interrogatoire. Plus précisément, un avocat prévu à l'article 486.3 peut être nommé dans les circonstances suivantes :

- i. Aux fins du contre-interrogatoire lorsque le témoin est âgé de moins de 18 ans⁵⁵;
- ii. Dans toute procédure dirigée contre l'accusé à l'égard d'une infraction prévue aux articles 264, 271, 272 et 273, aux fins du contre-interrogatoire du plaignant⁵⁶;
- iii. Dans toute procédure dirigée contre un accusé, aux fins du contre-interrogatoire d'un témoin, lorsque le juge ou le juge de paix est d'avis que l'ordonnance permettrait d'obtenir du témoin un récit complet et franc des faits sur lesquels est fondée l'accusation ou serait, par ailleurs, dans l'intérêt de la bonne administration de la justice⁵⁷.

⁵⁵ Paragraphe 486.3(1) du *Code*

⁵⁶ Paragraphe 486.3(2) du *Code*

⁵⁷ Paragraphe 486.3(3) du *Code*

[135] Dans sa forme actuelle, la loi ne semble pas permettre la nomination d'un avocat pour les plaideurs non représentés aux fins des demandes présentées en vertu du régime de communication des dossiers. Dans la pratique, certains juges semblent élargir la portée d'une ordonnance rendue en vertu de l'article 486.3 au besoin, estimant que l'issue de ces demandes peut avoir une incidence sur le contre-interrogatoire de ces témoins⁵⁸.

[136] Les membres du Groupe de travail ont souligné que l'article 486.3 est conçu pour répondre à un besoin à des fins autres que d'assurer la représentation de l'accusé et qu'il n'est donc pas le mieux placé pour répondre à ce besoin. Le problème, c'est que les dispositions sont conçues pour favoriser le plaignant et le protéger contre le contre-interrogatoire par la personne qui aurait commis l'infraction dont il aurait été victime. Elle n'est généralement pas considérée comme un moyen d'avantage l'auteur présumé.

b) Nominations d'*amicus curiae*

[137] Bien que certains tribunaux puissent nommer un *amicus curiae* pour aider dans le cadre de ces types de demandes, cette approche peut tout de même présenter des difficultés, car l'*amicus curiae* agit à titre d'« ami de la cour », le secret professionnel de l'avocat ne s'applique pas, et la portée de la participation de l'*amicus curiae* est présumée être plus restreinte. Dans de nombreuses situations, l'avocat, agissant à titre d'*amicus curiae*, doit poser des questions à l'accusé et engager des discussions qui pourraient porter sur la théorie de la défense et la stratégie du procès. Bien que le mandat de l'*amicus curiae* puisse inclure une ordonnance de confidentialité⁵⁹, des problèmes peuvent persister⁶⁰.

c) Requêtes de type *Rowbotham*

[138] Une autre solution possible serait la désignation d'un avocat au moyen d'une requête de type *Rowbotham*. Cela conviendrait aux cas où l'accusé souhaite avoir un avocat, mais n'a pas été en mesure de retenir les services d'un avocat, soit pour des raisons financières dans le cadre d'un mandat de représentation privé, soit parce que le système d'aide juridique de sa province ou de son territoire lui a refusé un financement. Cependant, ce ne sont pas tous les accusés qui souhaitent être représentés par un avocat. Certains plaideurs non représentés ont leurs propres raisons de vouloir se représenter eux-mêmes. De plus, pour ce qui est des accusés qui souhaiteraient présenter une requête

⁵⁸ *R. c. Furster*, [2016] O.J. No. 1443 (C.S.J. Ont.), par. 6; *R. c. J.S.*, 2020 ONSC 8112; *R. c. Vanhalteren*, 2023 ONSC 954, par. 21

⁵⁹ *R. c. Khsai*, 2023 CSC 20, par. 66; *R. c. Imona-Russell*, 2019 ONCA 252, par. 64 et 68

⁶⁰ Voir *Ontario c. Criminal Lawyers' Association of Ontario*, [2013] 3 R.C.S. 3, par. 49-56, dans lequel la Cour suprême traite de la pratique de nommer des *amici* pour remplir efficacement le rôle d'avocat de la défense.

de type *Rowbotham*, beaucoup d'entre eux ne savent pas comment présenter une telle requête et peuvent avoir de la difficulté à trouver un avocat pour les aider⁶¹. Enfin, toutes les affaires ne satisfont pas nécessairement au critère de l'arrêt *Rowbotham* pour qu'un avocat rémunéré par l'État soit désigné pour la totalité du procès.

d) Discussion

[139] Les autres infractions énumérées aux paragraphes 278.2(1) et 278.92(1) ne sont pas expressément énumérées au paragraphe 486.3(2)⁶². Dans la pratique, lorsqu'une partie se représente elle-même, il est probable qu'un avocat soit nommé pour la plupart, sinon la totalité, de ces infractions, en vertu des paragraphes 486.3(1) ou 486.3(3), ou encore à titre d'*amicus*.

[140] Les procédures mettant en cause des plaideurs non représentés peuvent être beaucoup plus longues et moins efficaces que les procédures où l'accusé est représenté par un avocat. Compte tenu de la fréquence des demandes de « dossiers » dans les causes d'infractions d'ordre sexuel et de l'avantage pour tous que des avocats soient nommés dans le cadre de telles demandes, certains membres du Groupe de travail ont discuté d'une modification législative qui permettrait expressément à un juge de nommer un avocat pour représenter l'accusé lors de demandes relatives aux dossiers dans les causes portant sur les infractions énumérées aux paragraphes 278.2(1) et 278.92(1). Cela éliminerait toute confusion quant au pouvoir de nommer un avocat pour les demandes relatives aux dossiers, obligerait l'avocat désigné à présenter de telles demandes tout en étant assuré d'être financé par l'aide juridique et, en fin de compte, réduirait les retards et simplifierait les procédures.

[141] Certains membres du Groupe de travail ont soulevé une préoccupation : bien que les programmes d'aide juridique provinciaux et territoriaux aient accepté de financer la représentation des plaignants, il convient de faire preuve de prudence avant d'introduire une nouvelle procédure dans le *Code*, laquelle pourrait nécessiter un financement additionnel. L'un des contre-arguments à cela serait les économies potentielles dans la mesure où l'intervention d'un avocat pour les demandes relatives aux dossiers simplifierait la procédure. Par ailleurs, on peut se demander s'il est peu probable que cela entraîne une augmentation globale des coûts, comparativement aux coûts associés à la nomination d'un *amicus curiae* ou au financement accordé pour un avocat à la suite d'une requête de type *Rowbotham* accueillie. Un autre argument est que, étant donné que les provinces et les territoires ont choisi de fournir au plaignant une aide juridique

⁶¹ Selon l'expérience des avocats, la majorité des avocats de la défense hésitent à s'impliquer dans la présentation de requêtes de type *Rowbotham*, en raison de l'incertitude entourant leurs chances de succès. Cette incertitude influe directement sur la possibilité que le temps consacré à la préparation et à la plaidoirie de la requête soit rémunéré.

⁶² La liste complète des infractions énumérées aux deux paragraphes est la suivante : articles 151, 152, 153, 153.1, 155, 160, 170, 171, 172, 173, 213, 271, 272, 273, 279.01, 279.011, 279.02, 279.03, 286.1, 286.2 ou 286.3. Pour bon nombre de ces infractions, il est fort probable que l'accusé soit représenté par un avocat, ou bien qu'un *amicus curiae* soit nommé dans les cas où l'accusé se représente lui-même.

pour un avocat⁶³ dans le cadre des demandes de communication et d'admissibilité, et que les intérêts de la Couronne seront toujours représentés, dans l'intérêt de l'équité, il semblerait logique que l'accusé ait également un accès équitable à du financement pour les services d'un avocat aux fins de ces demandes, s'il préfère être représenté⁶⁴.

[142] Cette question a fait l'objet de nombreuses discussions parmi les membres du Groupe de travail. Encore une fois, on s'entendait généralement pour dire qu'il est avantageux d'avoir un mécanisme prévu par la loi pour nommer un avocat pour l'accusé. Il faut toutefois faire preuve de prudence pour s'assurer que les accusés qui choisissent de se représenter eux-mêmes (par opposition à ceux qui n'ont tout simplement pas les moyens de se faire représenter) sont autorisés à le faire, comme c'est leur droit. Compte tenu de l'intérêt d'accroître l'efficacité du système de justice, la question mérite probablement un examen plus approfondi par le ministère de la Justice du Canada. Tout examen à cet égard devrait comprendre des consultations auprès des provinces et des territoires, car cela peut avoir une incidence sur la prestation des services d'aide juridique, qui relève de la compétence des provinces et des territoires.

4.7 Inclusion d'infractions supplémentaires dans le régime d'examen des dossiers

[143] Lors de la réunion de la CHLC de 2023, l'Ontario a présenté une résolution proposant que les régimes de communication des dossiers prévus aux paragraphes 278.2(1) (dossiers d'un tiers) et 278.92(1) (dossiers en la possession ou sous le contrôle de l'accusé) soient modifiés pour s'appliquer à trois autres infractions d'exploitation d'enfants : l'article 163.1 (interdiction de produire, de distribuer et de posséder de la pornographie juvénile), l'article 171.1 (rendre accessible à un enfant du matériel sexuellement explicite) et l'article 172.1 (leurre).

[144] La résolution a été retirée après discussion, étant entendu que le Groupe de travail sur le « régime de communication des dossiers » étudierait cette question.

[145] Lors de la réunion de la CHLC de 2024, la Saskatchewan a présenté une résolution recommandant que le Groupe de travail sur le « régime de communication des dossiers » examine si d'autres infractions, notamment l'article 162.1 (distribution non consensuelle d'images intimes), devraient être ajoutées aux articles 278.2 et 278.92.

⁶³ Il convient de noter que les plaignants n'ont pas à satisfaire au critère d'admissibilité financière pour obtenir un financement de l'aide juridique pour un avocat dans le cadre de telles demandes, alors que les accusés non représentés ne satisfont souvent pas au critère d'admissibilité financière et ne sont donc pas représentés, pas nécessairement par choix.

⁶⁴ Cela respecte également l'autonomie et les souhaits de tout plaideur non représenté et qui pourrait préférer refuser l'assistance d'un avocat — bien qu'en réalité, de telles situations soient probablement rares. D'après l'expérience des avocats, il est beaucoup plus fréquent que les plaideurs non représentés ne soient pas représentés parce qu'ils n'ont pas les moyens de se payer un avocat et qu'ils ne satisfont pas au critère d'admissibilité financière à l'aide juridique.

Cette résolution a été adoptée telle que modifiée (27-1-0).

a) Justification de l'inclusion des infractions supplémentaires

[146] Le régime de communication des dossiers s'applique aux infractions d'ordre sexuel et de traite des personnes énumérées aux alinéas 278.2(1)a) et 278.92(1)a)⁶⁵.

[147] L'objectif primordial du régime législatif prévu aux articles 278.2 (communication d'un dossier à l'accusé) et 278.92 (admissibilité d'un dossier en la possession de l'accusé) est de protéger le droit des plaignants à la vie privée en ce qui a trait à des dossiers privés qui sont en la possession d'un tiers, du poursuivant ou qui sont déjà en la possession de l'accusé, tout en préservant l'équité du procès pour l'accusé⁶⁶. Certains membres du Groupe de travail étaient d'avis que les infractions d'exploitation d'enfants prévues aux articles 163.1, 171.1 et 172.1⁶⁷, la distribution non consensuelle d'images intimes et le voyeurisme soulèvent certaines des mêmes préoccupations en matière de protection de la vie privée et peuvent avoir, sur l'intégrité sexuelle et psychologique des plaignants, une incidence similaire aux infractions sexuelles actuellement énumérées.

[148] Bien que les infractions d'exploitation d'enfants puissent parfois faire l'objet de poursuites en l'absence de plaignants connus — par exemple, une personne accusée peut être poursuivie pour possession d'une collection de matériel d'abus sexuel d'enfants alors que les plaignants n'ont pas été identifiés — ou lorsqu'un policier s'est fait passer pour un mineur, d'autres cas peuvent avoir identifié des plaignants qui pourraient avoir à témoigner. Certains membres du Groupe de travail estimaient que, à moins que l'accusé ait également été inculpé d'une infraction énumérée aux articles 278.2 et 278.92, les plaignants dans les cas d'exploitation d'enfants sont vulnérables à une

⁶⁵ Articles 151 (contacts sexuels), 152 (incitation à des contacts sexuels), 153 (exploitation sexuelle), 153.1 (personne en situation d'autorité), 155 (inceste), 160 (bestialité), 170 (père, mère ou tuteur qui sert d'entremetteur), 171 (maître de maison qui permet des actes sexuels interdits), 172 (corruption d'enfants), 173 (actions indécentes), 213 (interférence à la circulation), 271 (agression sexuelle), 272 (agression sexuelle armée ou infliction de lésions corporelles), 273 (agression sexuelle grave), 279.01 (traite des personnes), 279.011 (traite de personnes âgées de moins de 18 ans), 279.02 (avantage matériel tiré de la traite des personnes), 279.03 (rétention ou destruction de documents), 286.1 (communication en vue d'obtenir des services sexuels moyennant rétribution), 286.2 (avantage matériel provenant de la prestation de services sexuels), 286.3 (proxénétisme).

⁶⁶ Voir : *Énoncé concernant la Charte — Projet de loi C-51 : Loi modifiant le Code criminel et la Loi sur le ministère de la Justice et apportant des modifications corrélatives à une autre loi* qui a établi le régime de communication des dossiers prévu à l'article 278.92. L'objectif du projet de loi consistait à améliorer la compatibilité des lois fédérales avec la *Charte* en précisant « les dispositions du *Code criminel* concernant l'agression sexuelle afin de renforcer les protections pour les victimes d'agression sexuelle durant tout le processus du procès, tout en préservant l'équité du procès pour l'accusé ». Voir aussi *J.J.*, précité, par. 3

⁶⁷ Les membres ont discuté de la question de savoir si l'article 172.2 (prendre des arrangements en vue de commettre une infraction d'ordre sexuel à l'égard d'un enfant) devrait également être inclus. Les dossiers privés d'un plaignant ou d'un témoin seront rarement en cause pour cette infraction, mais il pourrait y avoir une situation où la question du droit à la vie privée relativement aux dossiers est soulevée.

éventuelle atteinte à leur droit à la vie privée, les préjudices mêmes contre lesquels les articles 278.2 et 278.92 protègent les plaignants d'autres infractions d'ordre sexuel. De même, les plaignants dans les cas de voyeurisme et les plaignants dont les images intimes ont été distribuées sans consentement s'exposent aux mêmes préjudices.

[149] Dans une affaire de leurre, par exemple, l'accusé peut demander les dossiers psychiatriques ou de protection de l'enfance d'un enfant plaignant. Dans une affaire de distribution non consensuelle d'images intimes, l'accusé peut demander le journal intime du plaignant. Si les dossiers sont en la possession d'un tiers, le régime de common law *O'Connor* régira la communication des dossiers à l'accusé. Le plaignant ne bénéficiera pas de la protection du régime plus rigoureux de l'article 278.2. Toutefois, on peut soutenir que la raison pour laquelle les dossiers privés dans les affaires d'infractions d'ordre sexuel nécessitent un niveau de protection plus élevé que dans d'autres affaires, comme l'a établi la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *R. c. Mills*⁶⁸, s'applique également à ces infractions : « Comme l'indique clairement le préambule de la loi C-46, le législateur a également cherché à reconnaître la fréquence des agressions sexuelles contre les femmes et les enfants ainsi que leurs effets néfastes sur leurs droits, à encourager la dénonciation des cas de violence sexuelle, à reconnaître l'incidence de la communication de renseignements personnels sur l'efficacité des traitements et à concilier l'équité pour le plaignant avec les droits de l'accusé ».

[150] Contrairement au régime de l'article 278.2, le régime *O'Connor* ne s'applique qu'aux documents qui sont en la possession de tiers. Si les dossiers psychiatriques ou de protection de l'enfance ou le journal intime ont été saisis par la police ou remis au poursuivant, la police a l'obligation de divulguer tous les documents relatifs à son enquête sur l'accusé, et la Couronne a l'obligation correspondante de divulguer tous les renseignements pertinents et non protégés par le secret professionnel qui sont en sa possession ou sous son contrôle⁶⁹.

[151] Il n'existe pas de protection correspondante en common law semblable à l'article 278.92 pour les plaignants. Dans une affaire de leurre, par exemple, une partie des messages textes échangés entre l'accusé et le plaignant pourrait constituer une incrimination et une preuve de l'infraction elle-même, mais il pourrait aussi y avoir des échanges non liés à l'infraction de leurre où le plaignant a confié son âme à l'accusé sur des questions profondément personnelles. Ou bien, dans une affaire de distribution non consensuelle d'images intimes, l'accusé peut être en possession du journal intime du plaignant. Comme l'article 278.92 ne s'applique pas, le seul recours du plaignant pour empêcher que ces dossiers soient remis serait les règles habituelles régissant l'admissibilité de la preuve (pertinence et valeur probante et effet préjudiciable).

[152] Au moins deux membres du Groupe de travail n'étaient pas d'accord avec l'idée

⁶⁸ *Mills*, précité, paragraphe 59.

⁶⁹ *R. c. Gubbins*, 2018 CSC 44.

d'étendre le régime de communication des dossiers à ces infractions supplémentaires. Ils ont fait valoir que ces infractions ne soulèvent pas les mêmes types de questions lors d'un procès que les infractions actuellement énumérées, en particulier en ce qui concerne les questions de consentement et la possibilité d'un raisonnement basé sur les mythes et les stéréotypes. Ils étaient d'avis que l'ajout d'infractions compliquerait davantage les poursuites relatives à ces infractions. De plus, ils estimaient que le régime *O'Connor* était suffisant pour protéger le droit à la vie privée des plaignants, tout comme il l'est pour les plaignants (y compris ceux âgés de moins de 18 ans) pour d'autres types d'infractions comme les voies de fait.

b) Conséquences possibles de l'élargissement de la portée du régime de communication prévu à l'article 278.2

[153] Même si certains membres sont d'avis que l'élargissement de la liste des infractions énumérées aux alinéas 278.2(1)a) et 278.92(1)a) protégerait davantage les plaignants dans les cas d'infractions d'exploitation sexuelle d'enfants et de distribution non consensuelle d'images intimes, le fait d'ajouter ces infractions à la liste aux fins du régime de communication prévu à l'article 278.2 pourrait entraîner des répercussions. Des conséquences semblables existent pour l'infraction de voyeurisme lorsque l'infraction est commise au moyen d'un enregistrement visuel.

i. L'objet de l'infraction peut être visé par la définition de document à l'article 278.1

[154] Contrairement à bon nombre des infractions actuellement énumérées, soit le voyeurisme, la distribution non consensuelle d'images intimes et les infractions d'exploitation d'enfants, une grande partie de la preuve pertinente de l'infraction sera constituée de communications électroniques ou d'autres formes de dossiers contenant des renseignements personnels pour lesquels il existe une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée. La preuve peut être visée par la définition de dossier prévue à l'article 278.1⁷⁰. Si elle était visée, cela entraînerait des répercussions sur la capacité de la Couronne de communiquer ces dossiers à l'accusé. Contrairement à un enregistrement vidéo de l'interrogatoire d'un plaignant par la police ou aux photos d'une scène prises par un policier, par exemple, ces dossiers ne sont pas produits par des responsables de l'enquête ou de la poursuite relativement aux infractions, mais plutôt par les parties à l'infraction.

a. Infractions de pornographie juvénile

[155] Dans le cas des infractions de pornographie juvénile, c'est le matériel

⁷⁰ L'article 278.1 du *Code* énonce ce qui suit : « Pour l'application des articles 278.2 à 278.92, **dossier** s'entend de toute forme de document contenant des renseignements personnels pour lesquels il existe une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée, notamment : [...] [documents énumérés]. N'est pas visé par la présente définition le dossier qui est produit par un responsable de l'enquête ou de la poursuite relativement à l'infraction qui fait l'objet de la procédure. »

d'exploitation sexuelle d'enfants (images, vidéos ou autres représentations visuelles) qui fait l'objet de l'infraction. Ce matériel serait probablement visé par la définition de dossier prévue à l'article 278.1, car un plaignant aurait presque certainement une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée à l'égard d'une représentation visuelle montrant les abus qu'il a subis⁷¹. Ces dossiers ne sont pas établis par la police ou la poursuite et ne seraient donc pas exclus de l'application de l'article 278.1 dans sa forme actuelle. Dans de nombreux cas, les sujets des photographies, des vidéos ou des représentations visuelles ne sont pas identifiés, ce qui rend impossible l'obtention d'une renonciation en vertu du paragraphe 278.2(2). De plus, dans certains cas, le nombre d'images, de vidéos ou de représentations visuelles saisies peut se chiffrer en milliers, voire en millions. Il serait pratiquement impossible d'obtenir des renonciations expresses, même si l'identité de tous les plaignants était connue. De même, le fait d'obliger la Couronne à présenter une demande en common law pour produire ces documents⁷² ajouterait plus de complexité et de retards à un système déjà complexe.

b. Distribution non consensuelle d'images intimes et voyeurisme

[156] Une difficulté similaire existe pour l'infraction de distribution non consensuelle d'images intimes. Par définition, une « image intime » est une image dans laquelle la personne représentée a une attente raisonnable de protection en matière de vie privée au moment de la perpétration de l'infraction⁷³. L'image intime est l'objet de l'infraction, mais elle serait probablement aussi visée par le régime de communication prévu à l'article 278.2. Il y a voyeurisme lorsqu'un accusé, subrepticement, observe une personne ou produit un enregistrement visuel de celle-ci dans des circonstances pour lesquelles il existe une attente raisonnable de protection en matière de vie privée⁷⁴. Tout comme une image intime visée à l'article 162.1, l'enregistrement visuel visé à

⁷¹ Dans *l'arrêt J.J.*, précité, la Cour conclut, aux paragraphes 42 et 54 « qu'un dossier non énuméré ne sera visé par l'art. 278.1, dans le contexte du régime d'examen des dossiers, que s'il contient des renseignements d'une nature intime ou très personnelle qui font partie intégrante du bien-être général de la plaignante sur le plan physique, psychologique ou émotionnel ». Les communications explicites qui se rapportent à l'objet de l'accusation, ainsi que les vidéos ou les photographies à caractère sexuel qui se rapportent à l'objet de l'accusation, suscitent souvent une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée. Arrêt *J.J.*, précité, par. 65 à 67. Voir aussi *R. c. C.I.*, 2023 ONCA 576, où il a été jugé que des vidéos et des photographies de l'agression sexuelle présumée constituaient des dossiers au sens de l'article 278.1.

⁷² La Cour supérieure de justice de l'Ontario a statué récemment, dans l'affaire *R. c. Lahens*, 2024 ONSC 2245 qu'aucun des régimes législatifs de communication de dossiers privés, du régime de divulgation de la preuve par la partie principale ou du régime de communication en common law *O'Connor* ne s'applique à une demande de communication de dossiers privés d'un plaignant présentée par la Couronne lorsque celle-ci n'est pas en mesure d'obtenir une renonciation expresse, mais souhaite présenter des dossiers privés en preuve au procès. Le juge Presser a conclu que l'élaboration d'un régime de common law relatif aux dossiers privés de la Couronne, inspiré du régime législatif, était nécessaire lorsque la Couronne souhaite produire des dossiers privés sans renonciation valide.

⁷³ Alinéa 162.1(2)c) du *Code*

⁷⁴ Paragraphe 162(1) du *Code*

l'article 162 fait l'objet de l'infraction et serait probablement également visé par le régime de communication prévu à l'article 278.2.

c. Leurre et rendre accessible à un enfant du matériel sexuellement explicite

[157] Les infractions de leurre et de rendre accessible à un enfant du matériel sexuellement explicite impliquent des communications électroniques entre un auteur présumé et une personne qu'il croit être un enfant. Lorsque le plaignant est véritablement un enfant, par opposition à un agent d'infiltration, la communication peut être « d'une nature intime ou très personnelle qui [fait] partie intégrante du bien-être général de la plaignante sur le plan physique, psychologique ou émotionnel »⁷⁵ et donc assujettie à une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée. Par exemple, il peut y avoir des échanges qui peuvent ou non faire partie intégrante de l'établissement de l'infraction de leurre ou de rendre accessible à un enfant du matériel sexuellement explicite, où le plaignant a livré son âme à l'accusé au sujet de questions privées. Dans certains cas, il peut être possible d'obtenir une renonciation expresse du plaignant à la communication des dossiers à l'accusé, mais dans d'autres cas, il n'est peut-être pas possible d'obtenir une renonciation, par exemple lorsque l'identité du plaignant est inconnue.

ii. Communication des dossiers

[158] Si la liste des infractions énumérées est élargie comme il est décrit ci-dessus, les membres du Groupe de travail craignent que cela ne complique le processus de divulgation. Par exemple, les infractions de leurre d'enfants impliquent généralement des communications électroniques. Toutefois, ces communications répondent à la définition de l'article 278.2.

[159] Par conséquent, les membres du Groupe de travail conviennent que si les infractions d'exploitation d'enfants et les articles 162 et 162.1 sont ajoutés au régime de communication des dossiers, cela devrait se faire en même temps que la modification proposée au paragraphe 278.2(2) concernant la communication de dossiers en la possession de la Couronne afin d'exempter explicitement les communications auxquelles l'accusé est partie et l'objet de l'infraction ou du matériel qui représente l'infraction (voir la section 4.1 ci-dessus). Néanmoins, l'accusé serait tenu de présenter une demande de communication pour certains types de dossiers, comme les dossiers de counseling ou de protection de l'enfance. Le plaignant serait également protégé par le régime d'admissibilité prévu à l'article 278.92.

[160] Certains membres du Groupe de travail se sont dits préoccupés par le fait que, dans certaines circonstances, il pourrait être difficile de délimiter les paramètres de l'« objet de l'infraction ». Par exemple, si l'objet de l'infraction est constitué de

⁷⁵ J.J., précité, par. 42, 54 et 55

messages textes ou d'une autre forme de communication écrite, comme c'est le cas pour les infractions de leurre, il peut être difficile de savoir quels messages font partie de l'objet de l'infraction et lesquels n'en font pas partie. Cela peut donner lieu à une augmentation des demandes de communication si la Couronne ne divulgue pas toutes les communications. Toutefois, dans de nombreux cas, il n'y aura probablement pas de controverse sur la question de savoir quels dossiers constituent « l'objet de l'infraction ». Par exemple, dans une affaire de possession de pornographie juvénile, toute la collection de matériel d'abus sexuels d'enfants constituera probablement l'objet de l'infraction. Dans une affaire de distribution non consensuelle d'images intimes, les images qui ont été distribuées constitueront l'objet de l'infraction. Même dans les cas de leurre, le corps des messages entre le plaignant et l'accusé qui ont été saisis par la police ou fournis par le plaignant offre souvent un contexte pertinent sur lequel la Couronne s'appuie en tant qu'« objet de l'infraction ».

iii. Complexité croissante du régime de communication des dossiers

[161] Certains membres du Groupe de travail craignaient que l'ajout d'infractions supplémentaires au régime de communication des dossiers augmente la complexité des procédures déjà complexes. Il est possible que cette complexité accrue entraîne des retards dans les poursuites relativement à ces infractions et dans le système de justice en général si les ressources judiciaires doivent être consacrées à des demandes présentées au titre du régime de communication des dossiers pour ces infractions supplémentaires. Toutefois, il convient de noter que les demandes de documents peuvent encore être présentées en vertu du régime de common law *O'Connor* et qu'il existe un précédent en Colombie-Britannique selon lequel le raisonnement établi dans l'arrêt *R. c. Barton*⁷⁶ (application de l'article 276 aux infractions non énumérées) s'étend également au régime de communication prévu à l'article 278.2. Certains membres du Groupe de travail se sont également interrogés sur la nécessité d'ajouter ces infractions au régime, car ils estimaient que les demandes de dossiers pour ces infractions seraient probablement rares ou inexistantes. L'ajout d'infractions supplémentaires peut entraîner des conséquences imprévues et ne devrait être fait que si cela est vraiment nécessaire.

c) Conclusion

[162] En conclusion, le Groupe de travail n'a pas été en mesure de s'entendre sur la question de savoir s'il y aurait lieu d'ajouter des infractions à la liste figurant aux alinéas 278.2(1)a) et 278.92(1)a). Toutefois, s'il devait y avoir des ajouts, le Groupe de travail était généralement d'accord pour qu'il y ait une exception explicite au paragraphe 278.2(2) en ce qui a trait à l'objet de l'infraction, ainsi qu'une exclusion pour les communications impliquant l'accusé. Il a été noté que le régime de communication des dossiers présente des difficultés importantes pour les plaideurs non représentés qui

⁷⁶ 2019 CSC 33

tentent de s'y retrouver dans ce processus. Une complexité supplémentaire ne fera qu'accroître les difficultés.

4.8 Modification de la version française de l'article 278.4

[163] Le Groupe de travail recommande de modifier la version française du paragraphe 2.1 de l'article 278.4 afin de l'harmoniser avec le paragraphe 278.94(3) et avec la version anglaise du texte.

[164] La version anglaise devrait rester inchangée. La nouvelle version française proposée est la suivante :

Audience à huis clos

278.4 (1) Le juge tient une audience à huis clos pour décider si le dossier devrait être communiqué au tribunal pour que lui-même puisse l'examiner.

Droit de présenter des observations et incontraignabilité

(2) La personne qui a le dossier en sa possession ou sous son contrôle, le plaignant ou le témoin, selon le cas, et toute autre personne à laquelle le dossier se rapporte peuvent comparaître et présenter leurs arguments à l'audience mais ne peuvent être contraints à témoigner.

Droit à un avocat

(2.1) Le juge est tenu d'aviser dans les meilleurs délais toute personne visée au paragraphe (2) qui participe à l'audience de son droit d'être représentée par un avocat.

Dépens

(3) Aucune ordonnance de dépens ne peut être rendue contre une personne visée au paragraphe (2) en raison de sa participation à l'audience.

5. RÉSUMÉ DES RECOMMANDATIONS CONSENSUELLES

[165] Vous trouverez ci-dessous une liste de recommandations pour lesquelles le Groupe de travail a pu parvenir à un consensus. Toutefois, même dans les cas où le Groupe de travail n'a pas été en mesure de parvenir à un consensus, il est à espérer que la discussion exposera les divers problèmes posés par le régime actuel de communication des dossiers et permettra de décortiquer ces questions avec quelques suggestions à l'intention des décideurs.

[166] **Recommandation 1 :** Le Groupe de travail recommande que les communications électroniques auxquelles l'accusé est partie, la documentation provenant d'une TEAS et le matériel constituant l'objet de l'infraction ou tout ce qui représente l'infraction elle-même soient explicitement exemptés de l'application du paragraphe 278.2(2) du *Code*, au motif qu'il n'y a pas d'attente raisonnable en matière de protection de la vie privée à l'égard des documents aux fins de leur communication à l'accusé, ou qu'ils sont toujours manifestement pertinents. Le paragraphe 278.2(2) se lirait comme suit :

L'article 278.1, le présent article et les articles 278.3 à 278.91 s'appliquent même si le dossier est en la possession ou sous le contrôle d'une personne, y compris le poursuivant, sauf si le plaignant ou le témoin auquel il se rapporte a expressément renoncé à l'application de ces articles, ou si le dossier est une communication à laquelle l'accusé est partie, constitue l'objet de l'infraction ou présente une description de l'infraction elle-même, ou découle d'un examen médico-légal à la suite d'une agression sexuelle concernant l'activité sexuelle en question.

.

[167] **Recommandation 2 :** Le Groupe de travail recommande que le *Code* permette expressément que les dossiers soient fournis à l'avocat du plaignant, lorsque celui-ci est représenté par un avocat, avant la première étape de l'audience sur la communication, afin que le plaignant puisse prendre position dès le début de la demande du plaignant. Si le plaignant ne souhaite pas que son propre avocat reçoive et examine les dossiers à l'avance, celui-ci peut le faire savoir aux parties, et la première étape de la communication procédera à la plaidoirie complète, comme prévu.

[168] **Recommandation 3 :** Le Groupe de travail recommande qu'un libellé soit ajouté au *Code* pour permettre qu'une demande de communication ou d'admissibilité de dossiers soit entendue par écrit, lorsque les parties (y compris le plaignant ou son avocat lorsqu'ils ont qualité pour agir) sont d'accord, et à la discrétion du juge.

[169] **Recommandation 4 :** Le Groupe de travail recommande d'ajouter un libellé législatif précis et clair indiquant que le plaignant n'a pas qualité pour agir à d'autres étapes procédurales du régime de communication des dossiers que celles qui sont actuellement établies.

[170] **Recommandation 5 :** Le Groupe de travail recommande la création d'une exception législative précise pour les demandes de documents en cours d'instance, reproduisant le libellé de l'arrêt *J.J.*, afin de prévoir qu'une telle demande soit présentée et instruite en cours d'instance lorsque cela est « dans l'intérêt de la justice ». Un libellé pourrait être ajouté pour inclure des facteurs précis, comme la diligence de la défense et le cas où les déclarations viciées de témoins annuleraient l'efficacité du contre-interrogatoire.

[171] **Recommandation 6 :** Le Groupe de travail recommande de porter le délai de préavis à soixante jours, ce qui donnerait à la Couronne et au tribunal suffisamment de temps pour aider à organiser la nomination de l'avocat du plaignant. Un délai de soixante jours laisserait également à l'avocat du plaignant suffisamment de temps pour établir un rapport avec le plaignant et préparer une réponse. L'augmentation du délai de préavis aiderait également l'avocat du plaignant à s'assurer de sa disponibilité.

[172] **Recommandation 7 :** Le Groupe de travail recommande de modifier la version française du paragraphe 2.1 de l'article 278.4 afin de l'harmoniser avec le paragraphe 278.94(3) et avec la version anglaise du texte.

[173] Les coprésidents tiennent à remercier sincèrement tous les membres du Groupe de travail pour le temps qu'ils ont consacré à ce rapport. Les discussions tenues et les observations faites au cours des deux dernières années ont été extrêmement productives.

ANNEXE A

Dispositions législatives

Définition de dossier

278.1 Pour l’application des articles 278.2 à 278.92, *dossier* s’entend de toute forme de document contenant des renseignements personnels pour lesquels il existe une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée, notamment : le dossier médical, psychiatrique ou thérapeutique, le dossier tenu par les services d’aide à l’enfance, les services sociaux ou les services de consultation, le dossier relatif aux antécédents professionnels et à l’adoption, le journal intime et le document contenant des renseignements personnels et protégé par une autre loi fédérale ou une loi provinciale. N’est pas visé par la présente définition le dossier qui est produit par un responsable de l’enquête ou de la poursuite relativement à l’infraction qui fait l’objet de la procédure.

1997, ch. 30, art. 1; 2018, ch. 29, art. 23

Communication d’un dossier à l’accusé

278.2 (1) Dans les poursuites pour une infraction mentionnée ci-après, ou pour plusieurs infractions dont l’une est une infraction mentionnée ci-après, un dossier se rapportant à un plaignant ou à un témoin ne peut être communiqué à l’accusé que conformément aux articles 278.3 à 278.91 :

- a) une infraction prévue aux articles 151, 152, 153, 153.1, 155, 160, 170, 171, 172, 173, 213, 271, 272, 273, 279.01, 279.011, 279.02, 279.03, 286.1, 286.2 ou 286.3;
- b) une infraction prévue par la présente loi, dans toute version antérieure à la date d’entrée en vigueur du présent alinéa, dans le cas où l’acte reproché constituerait une infraction visée à l’alinéa a) s’il était commis à cette date ou par la suite.

Application

(2) L’article 278.1, le présent article et les articles 278.3 à 278.91 s’appliquent même si le dossier est en la possession ou sous le contrôle du poursuivant, sauf si le plaignant ou le témoin auquel il se rapporte a expressément renoncé à l’application de ces articles.

Obligation d’informer

(3) Le poursuivant qui a en sa possession ou sous son contrôle un dossier auquel s’applique le présent article doit en informer l’accusé mais il ne peut, ce faisant, communiquer le contenu du dossier.

1997, ch. 30, art. 1; 1998, ch. 9, art. 3; 2014, ch. 25, art. 17 et 48; 2015, ch. 13, art. 5; 2019, ch. 25, art. 102

Demande de communication de dossiers

278.3 (1) L'accusé qui veut obtenir la communication d'un dossier doit en faire la demande au juge qui préside ou présidera son procès.

Précision

(2) Il demeure entendu que la demande visée au paragraphe (1) ne peut être faite au juge ou juge de paix qui préside une autre procédure, y compris une enquête préliminaire.

Forme et contenu

(3) La demande de communication est formulée par écrit et donne :

- a)** les précisions utiles pour reconnaître le dossier en cause et le nom de la personne qui l'a en sa possession ou sous son contrôle;
- b)** les motifs qu'invoque l'accusé pour démontrer que le dossier est vraisemblablement pertinent quant à un point en litige ou à l'habileté d'un témoin à témoigner.

Insuffisance des motifs

(4) Les affirmations ci-après, individuellement ou collectivement, ne suffisent pas en soi à démontrer que le dossier est vraisemblablement pertinent quant à un point en litige ou à l'habileté d'un témoin à témoigner :

- a)** le dossier existe;
- b)** le dossier se rapporte à un traitement médical ou psychiatrique ou une thérapie suivis par le plaignant ou le témoin ou à des services de consultation auxquels il a recours ou a eu recours;
- c)** le dossier porte sur l'événement qui fait l'objet du litige;
- d)** le dossier est susceptible de contenir une déclaration antérieure incompatible faite par le plaignant ou le témoin;
- e)** le dossier pourrait se rapporter à la crédibilité du plaignant ou du témoin;
- f)** le dossier pourrait se rapporter à la véracité du témoignage du plaignant ou du témoin étant donné que celui-ci suit ou a suivi un traitement psychiatrique ou une thérapie, ou a recours ou a eu recours à des services de consultation;
- g)** le dossier est susceptible de contenir des allégations quant à des abus sexuels commis contre le plaignant par d'autres personnes que l'accusé;

- h)** le dossier se rapporte à l'activité sexuelle du plaignant avec l'accusé ou un tiers;
- i)** le dossier se rapporte à l'existence ou à l'absence d'une plainte spontanée;
- j)** le dossier se rapporte à la réputation sexuelle du plaignant;
- k)** le dossier a été produit peu après la plainte ou l'événement qui fait l'objet du litige.

Signification de la demande et assignation à comparaître

(5) L'accusé signifie la demande au poursuivant, à la personne qui a le dossier en sa possession ou sous son contrôle, au plaignant ou au témoin, selon le cas, et à toute autre personne à laquelle, à sa connaissance, le dossier se rapporte, au moins soixante jours avant l'audience prévue au paragraphe 278.4(1) ou dans le délai inférieur autorisé par le juge dans l'intérêt de la justice. Dans le cas de la personne qui a le dossier en sa possession ou sous son contrôle, une assignation à comparaître, rédigée selon la formule 16.1, doit lui être signifiée, conformément à la partie XXII, en même temps que la demande.

Signification à d'autres personnes

(6) Le juge peut ordonner à tout moment que la demande soit signifiée à toute personne à laquelle, à son avis, le dossier se rapporte.

1997, ch. 30, art. 1; 2015, ch. 13, art. 6; 2018, ch. 29, art. 24

Audience à huis clos

278.4 (1) Le juge tient une audience à huis clos pour décider si le dossier devrait être communiqué au tribunal pour que lui-même puisse l'examiner.

Droit de présenter des observations et incontraignabilité

(2) La personne qui a le dossier en sa possession ou sous son contrôle, le plaignant ou le témoin, selon le cas, et toute autre personne à laquelle le dossier se rapporte peuvent comparaître et présenter leurs arguments à l'audience mais ne peuvent être contraints à témoigner.

Droit à un conseiller juridique

(2.1) Le juge est tenu d'aviser dans les meilleurs délais toute personne visée au paragraphe (2) qui participe à l'audience de son droit d'être représentée par un conseiller juridique.

Dépens

(3) Aucune ordonnance de dépens ne peut être rendue contre une personne visée au paragraphe (2) en raison de sa participation à l'audience.

1997, ch. 30, art. 1; 2015, ch. 13, art. 7

Ordonnance

278.5 (1) Le juge peut ordonner à la personne qui a le dossier en sa possession ou sous son contrôle de le communiquer, en tout ou en partie, au tribunal pour examen par lui-même si, après l'audience, il est convaincu de ce qui suit :

- a)** la demande répond aux exigences formulées aux paragraphes 278.3(2) à (6);
- b)** l'accusé a démontré que le dossier est vraisemblablement pertinent quant à un point en litige ou à l'habileté d'un témoin à témoigner;
- c)** la communication du dossier sert les intérêts de la justice.

Facteurs à considérer

(2) Pour décider s'il doit rendre l'ordonnance prévue au paragraphe (1), le juge prend en considération les effets bénéfiques et préjudiciables qu'entraînera sa décision, d'une part, sur le droit de l'accusé à une défense pleine et entière et, d'autre part, sur le droit à la vie privée et à l'égalité du plaignant ou du témoin, selon le cas, et à la sécurité de leur personne, ainsi qu'à celui de toute autre personne à laquelle le dossier se rapporte et, en particulier, tient compte des facteurs suivants :

- a)** la mesure dans laquelle le dossier est nécessaire pour permettre à l'accusé de présenter une défense pleine et entière;
- b)** sa valeur probante;
- c)** la nature et la portée de l'attente raisonnable au respect de son caractère privé;
- d)** la question de savoir si sa communication reposerait sur une croyance ou un préjugé discriminatoire;
- e)** le préjudice possible à la dignité ou à la vie privée de toute personne à laquelle il se rapporte;
- f)** l'intérêt qu'a la société à ce que les infractions d'ordre sexuel soient signalées;
- g)** l'intérêt qu'a la société à ce que les plaignants, dans les cas d'infraction d'ordre sexuel, suivent des traitements;
- h)** l'effet de la décision sur l'intégrité du processus judiciaire.

1997, ch. 30, art. 1; 2015, ch. 13, art. 8

Examen du dossier par le juge

278.6 (1) Dans les cas où il a rendu l'ordonnance visée au paragraphe 278.5(1), le juge examine le dossier ou la partie en cause en l'absence des parties pour décider si le dossier devrait, en tout ou en partie, être communiqué à l'accusé.

Possibilité d'une audience

(2) Le juge peut tenir une audience à huis clos s'il l'estime utile pour en arriver à la décision visée au paragraphe (1).

Application de certaines dispositions

(3) Les paragraphes 278.4(2) à (3) s'appliquent à toute audience tenue en vertu du paragraphe (2).

1997, ch. 30, art. 1; 2015, ch. 13, art. 9

Communication du dossier

278.7 (1) S'il est convaincu que le dossier est en tout ou en partie vraisemblablement pertinent quant à un point en litige ou à l'habileté d'un témoin à témoigner et que sa communication sert les intérêts de la justice, le juge peut ordonner que le dossier — ou la partie de celui-ci qui est vraisemblablement pertinente — soit, aux conditions qu'il fixe éventuellement en vertu du paragraphe (3), communiqué à l'accusé.

Facteurs à considérer

(2) Pour décider s'il doit rendre l'ordonnance prévue au paragraphe (1), le juge prend en considération les effets bénéfiques et préjudiciables qu'entraînera sa décision, d'une part, sur le droit de l'accusé à une défense pleine et entière et, d'autre part, sur le droit à la vie privée et à l'égalité du plaignant ou du témoin, selon le cas, et à la sécurité de leur personne, ainsi qu'à celui de toute autre personne à laquelle le dossier se rapporte et, en particulier, tient compte des facteurs mentionnés aux alinéas 278.5(2)a) à h).

Conditions

(3) Le juge peut assortir l'ordonnance de communication des conditions qu'il estime indiquées pour protéger l'intérêt de la justice et, dans la mesure du possible, les intérêts en matière de droit à la vie privée et d'égalité du plaignant ou du témoin, selon le cas, et de sécurité de leur personne, ainsi que ceux de toute autre personne à laquelle le dossier se rapporte, notamment :

- a)** établissement, selon ses instructions, d'une version révisée du dossier;
- b)** communication d'une copie, plutôt que de l'original, du dossier;
- c)** interdiction pour l'accusé et son avocat de divulguer le contenu du dossier à quiconque, sauf autorisation du tribunal;

- d)** interdiction d'examiner le contenu du dossier en dehors du greffe du tribunal;
- e)** interdiction de la production d'une copie du dossier ou restriction quant au nombre de copies qui peuvent en être faites;
- f)** suppression de renseignements sur toute personne dont le nom figure dans le dossier, tels l'adresse, le numéro de téléphone et le lieu de travail.

Copie au poursuivant

(4) Dans les cas où il ordonne la communication d'un dossier en tout ou en partie à l'accusé, le juge ordonne qu'une copie du dossier ou de la partie soit donnée au poursuivant, sauf s'il estime que cette mesure serait contraire aux intérêts de la justice.

Restriction quant à l'usage des dossiers

(5) Les dossiers — ou parties de dossier — communiqués à l'accusé dans le cadre du paragraphe (1) ne peuvent être utilisés dans une autre procédure.

Garde des dossiers non communiqués à l'accusé

(6) Sauf ordre contraire d'un tribunal, tout dossier — ou toute partie d'un dossier — dont le juge refuse la communication à l'accusé est scellé et reste en la possession du tribunal jusqu'à l'épuisement des voies de recours dans la procédure contre l'accusé; une fois les voies de recours épuisées, le dossier — ou la partie — est remis à la personne qui a droit à la possession légitime de celui-ci.

1997, ch. 30, art. 1; 2015, ch. 13, art. 10

Motifs

278.8 (1) Le juge est tenu de motiver sa décision de rendre ou refuser de rendre l'ordonnance prévue aux paragraphes 278.5(1) ou 278.7(1).

Forme

(2) Les motifs de la décision sont à porter dans le procès-verbal des débats ou, à défaut, à donner par écrit.

1997, ch. 30, art. 1

Publication interdite

278.9 (1) Il est interdit de publier ou de diffuser de quelque façon que ce soit :

- a)** le contenu de la demande présentée en application de l'article 278.3;
- b)** tout ce qui a été dit ou présenté en preuve à l'occasion de toute audience tenue en vertu du paragraphe 278.4(1) ou 278.6(2);

c) la décision rendue sur la demande dans le cadre des paragraphes 278.5(1) ou 278.7(1) et les motifs mentionnés à l'article 278.8, sauf si le juge rend une ordonnance autorisant la publication ou diffusion après avoir pris en considération l'intérêt de la justice et le droit à la vie privée de la personne à laquelle le dossier se rapporte.

Infraction

(2) Quiconque contrevient au paragraphe (1) commet une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire.

1997, ch. 30, art. 1; 2005, ch. 32, art. 14

Appel

278.91 Pour l'application des articles 675 et 676, la décision rendue en application des paragraphes 278.5(1) ou 278.7(1) est réputée constituer une question de droit.

1997, ch. 30, art. 1

Admissibilité — dossier relatif à un plaignant en possession de l'accusé

278.92 (1) Dans les poursuites pour une infraction mentionnée ci-après, ou pour plusieurs infractions dont l'une est une infraction mentionnée ci-après, un dossier se rapportant à un plaignant qui est en possession de l'accusé ou sous son contrôle et que ce dernier se dispose à présenter en preuve ne peut être admissible qu'en conformité avec le présent article :

- a)** une infraction prévue aux articles 151, 152, 153, 153.1, 155, 160, 170, 171, 172, 173, 213, 271, 272, 273, 279.01, 279.011, 279.02, 279.03, 286.1, 286.2 ou 286.3;
- b)** une infraction prévue par la présente loi, dans toute version antérieure à la date d'entrée en vigueur du présent alinéa, dans le cas où l'acte reproché constituerait une infraction visée à l'alinéa a) s'il était commis à cette date ou par la suite.

Conditions de l'admissibilité

(2) La preuve n'est admissible que si le juge, le juge de la cour provinciale ou le juge de paix décide, conformément aux articles 278.93 et 278.94 :

- a)** dans le cas où son admissibilité est assujettie à l'article 276, qu'elle répond aux conditions prévues au paragraphe 276(2), compte tenu toutefois des facteurs visés au paragraphe (3);
- b)** dans les autres cas, qu'elle est en rapport avec un élément de la cause et que le risque d'effet préjudiciable à la bonne administration de la justice de la preuve ne l'emporte pas sensiblement sur sa valeur probante.

Facteurs à considérer

(3) Pour décider si la preuve est admissible au titre du paragraphe (2), le juge, le juge de la cour provinciale ou le juge de paix prend en considération :

- a) l'intérêt de la justice, y compris le droit de l'accusé à une défense pleine et entière;
- b) l'intérêt de la société à encourager la dénonciation des agressions sexuelles;
- c) l'intérêt qu'a la société à ce que les plaignants, dans les cas d'infraction d'ordre sexuel, suivent des traitements;
- d) la possibilité, dans de bonnes conditions, de parvenir, grâce à elle, à une décision juste;
- e) le besoin d'écartier de la procédure de recherche des faits tout préjugé ou opinion discriminatoire;
- f) le risque de susciter abusivement, chez le jury, des préjugés, de la sympathie ou de l'hostilité;
- g) le risque d'atteinte à la dignité du plaignant et à son droit à la vie privée;
- h) le droit du plaignant et de chacun à la sécurité de leur personne, ainsi qu'à la plénitude de la protection et du bénéfice de la loi;
- i) tout autre facteur qu'il estime applicable en l'espèce.

2018, ch. 29, art. 25; 2019, ch. 25, art. 403

Demande d'audience : articles 276 et 278.92

278.93 (1) L'accusé ou son représentant peut demander au juge, au juge de la cour provinciale ou au juge de paix de tenir une audience conformément à l'article 278.94 en vue de décider si la preuve est admissible au titre des paragraphes 276(2) ou 278.92(2).

Forme et contenu

(2) La demande d'audience est formulée par écrit et énonce toutes précisions utiles au sujet de la preuve en cause et le rapport de celle-ci avec un élément de la cause; une copie en est expédiée au poursuivant et au greffier du tribunal.

Exclusion du jury et du public

(3) Le jury et le public sont exclus de l'audition de la demande.

Audience

(4) Une fois convaincu que la demande a été établie conformément au paragraphe (2), qu'une copie en a été expédiée au poursuivant et au greffier du tribunal au moins sept jours auparavant, ou dans le délai inférieur autorisé par lui dans l'intérêt de la justice, et qu'il y a des possibilités que la preuve en cause soit admissible, le juge, le juge de la cour provinciale ou le juge de paix accorde la demande et tient une audience pour décider de l'admissibilité de la preuve au titre des paragraphes 276(2) ou 278.92(2).

2018, ch. 29, art. 25

Audience — exclusion du jury et du public

278.94 (1) Le jury et le public sont exclus de l'audience tenue pour décider de l'admissibilité de la preuve au titre des paragraphes 276(2) ou 278.92(2).

Non-contraignabilité

(2) Le plaignant peut comparaître et présenter ses arguments à l'audience, mais ne peut être contraint à témoigner.

Droit à un avocat

(3) Le juge est tenu d'aviser dans les meilleurs délais le plaignant qui participe à l'audience de son droit d'être représenté par un avocat.

Motifs

(4) Le juge, le juge de la cour provinciale ou le juge de paix rend une décision, qu'il est tenu de motiver, à la suite de l'audience sur l'admissibilité de tout ou partie de la preuve au titre des paragraphes 276(2) ou 278.92(2), en précisant les points suivants :

- a)** les éléments de la preuve retenus;
- b)** ceux des facteurs mentionnés aux paragraphes 276(3) ou 278.92(3) ayant fondé sa décision;
- c)** la façon dont tout ou partie de la preuve à admettre est en rapport avec un élément de la cause.

Forme

(5) Les motifs de la décision sont à porter dans le procès-verbal des débats ou, à défaut, donnés par écrit.

2018, ch. 29, art. 25

ANNEXE B

Groupe de travail de la CHLC sur le régime de communication des dossiers prévu à l'article 278 — Analyse thématique

v. 3 — 3 déc. 2023

Il s'agit d'un document évolutif qui vise à rendre compte des discussions du Groupe de travail.

Questions de fond

1. Qu'est-ce qu'un dossier
 - a. Est-ce établi dans le *Code*, les directives de pratique ou la jurisprudence?
 - i. Ce groupe peut examiner des catégories ou des définitions de catégories.
 - b. Comment peut-on déterminer la question de savoir si un document constitue un dossier?
 - i. Avons-nous besoin d'un processus pour déterminer ce qui constitue un dossier, essentiellement un processus pour déterminer quand le processus s'engage lorsqu'il n'est pas clair à première vue?
 - ii. Comment pouvons-nous intégrer le plaignant dans le processus de détermination de ce qui constitue un dossier? Le plaignant a-t-il droit à l'assistance d'un avocat, ou devrait-il y avoir droit à ce stade-ci?
 - Par exemple, dans le cadre d'une requête visant à obtenir des directives ou d'une demande préalable au procès concernant la question de savoir si un document « constitue un dossier »?
 - c. Distinction entre régime de « communication » et régime d'« admissibilité »
 - i. Quelles considérations s'appliquent à l'étape de la communication et à l'étape de l'admissibilité?
 - ii. Examiner les difficultés qui se posent pour la Couronne en ce qui concerne la communication de dossiers en sa possession (qu'elle peut examiner et évaluer) comparativement aux dossiers qui sont en la possession d'un tiers.
 - Conflit potentiel entre les obligations découlant de larrêt *Stinchcombe* et le régime de communication des dossiers privés.
 - iii. Dossiers contenant des renseignements privés et « non privés »
 - Par exemple, des photos intimes et non intimes sont mélangées alors que les deux sont pertinentes pour le

contexte des raisons pour lesquelles ces photos ont été prises?

2. Préciser le rôle de l'avocat du plaignant

- a. L'avocat du plaignant devrait-il être nommé beaucoup plus tôt dans le processus plutôt qu'au moment du dépôt de la demande et, dans l'affirmative, quand?
 - i. La renonciation peut être déterminée à l'avance, ce qui permet de gagner beaucoup de temps.
- b. Quels sont ou quels devraient être les paramètres du rôle de l'avocat du plaignant?
 - i. Par exemple, si le plaignant a qualité pour présenter des objections lors du contre-interrogatoire ou des observations
 - ii. Incertitude quant aux personnes que l'avocat du plaignant peut conseiller et au moment où il peut le faire

3. Utilisation des dossiers par la Couronne

- a. La Couronne peut-elle utiliser les renseignements obtenus lors d'une audience sur l'admissibilité comme éléments de preuve?
- b. Qu'est-ce qui constitue une renonciation valable de la part du plaignant et qui peut l'obtenir, en particulier en ce qui concerne les dossiers que le plaignant fournit à la police?
- c. Que se passe-t-il si le plaignant dit à la Couronne qu'il ne veut pas qu'un dossier particulier et très pertinent soit utilisé lors du procès?

4. Ajout des infractions d'exploitation d'enfants au régime des dossiers privés

- a. (Extrait de la résolution ON2023-05 de la CHLC) : que les infractions prévues à l'article 163.1 (interdiction de produire, de distribuer et de posséder de la pornographie juvénile), à l'article 171.1 (rendre accessible à un enfant du matériel sexuellement explicite) et à l'article 172.1 (leurre) soient assujetties à la protection des dossiers privés des victimes prévue à l'alinéa 278.2(1)a) (dossiers de tiers) et à l'alinéa 278.92(1)a) (dossiers sous la responsabilité de l'accusé) en les ajoutant à la liste des infractions qui s'y trouve.
- b. Cela change-t-il le rôle de l'avocat du plaignant et, dans l'affirmative, de quelle manière?

Questions de procédure

1. Simplification des étapes du régime

- a. Les deux étapes d'une demande de communication de dossiers sont-elles nécessaires (surtout si l'on considère que les mêmes questions sont présentées) ou de quelles autres façons le régime peut-il être simplifié?
- b. S'il y a une renonciation en vue de la communication, peut-il y avoir ou devrait-il y avoir une renonciation pour l'admissibilité?

- c. Comment pouvons-nous éviter de présenter à l'avance des questions qui, en fin de compte, ne sont plus pertinentes au procès?
 - i. Qu'est-ce qui peut être décidé de façon réaliste lors d'une conférence préparatoire au procès ou d'une conférence de gestion de l'instance?
 - d. Peut-on utiliser différents formats d'audience (p. ex., orale ou par écrit) pour simplifier la procédure et réduire les retards?
 - e. Le *Code criminel* devrait-il maintenir l'exigence selon laquelle le juge du procès doit instruire une demande de communication ou d'admissibilité de dossiers?
 - i. Parfois, il peut être préférable d'avoir un juge responsable de la gestion de l'instance, ce qui évite que le juge n'ait à écarter les renseignements appris lors de l'audience.
 - ii. REMARQUE : À la CSJ de l'Ontario, il n'est pas rare qu'un juge responsable de la gestion de l'instance instruise la demande, plutôt que le juge du procès.
2. Procédure pour les questions relatives aux dossiers en cours d'instance
 - a. Que se passe-t-il lorsque certains dossiers ne deviennent pertinents qu'en cours d'instance lors de l'interrogatoire des témoins?
 - b. La même procédure devrait-elle s'appliquer à une demande en cours d'instance ou à une procédure préparatoire au procès, ou devrait-il y avoir une procédure simplifiée?
 - c. Le régime devrait-il éviter les tentatives stratégiques visant à rendre les dossiers pertinents pendant le procès afin de contourner le régime de la conférence préparatoire au procès?
 3. Exigences en matière d'avis et de signification
 - a. Les dispositions du *Code criminel* relatives aux avis sont-elles adéquates ou devraient-elles être renforcées compte tenu des étapes d'une demande (retenir les services de l'avocat du plaignant, fixer les dates et assigner les dossiers, étapes 1 et 2, etc.)?
 - b. En particulier, le délai de préavis de sept jours pour la communication est-il approprié?
 - c. Comment pouvons-nous nous assurer que les demandes sont présentées suffisamment tôt pour éviter de perdre les dates de procès déjà fixées?
 - d. Qui signifie l'avis au plaignant et s'assure qu'il comprend son droit à l'assistance d'un avocat et qu'il comparaîtra à l'audience?
 4. Différence entre les versions française et anglaise du *Code criminel* dans l'ensemble du régime
 - a. Différence d'utilisation entre « avocat » et « conseil » — (« conseiller de... ») — ce qui soulève la possibilité pour un notaire ou un parajuriste de pouvoir participer. Cela ne concorde pas avec la version anglaise.
 - b. Ce groupe devrait-il faire un examen afin de détecter les erreurs dans le libellé et autres erreurs de rédaction?