

ULCC | CHLC

CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

SECTION PÉNALE

**LE DROIT RELATIF AU PRIVILÈGE
DE L'INDICATEUR
RAPPORT FINAL DU GROUPE DE TRAVAIL**

**Présenté par
Matthew Taylor
Justice Canada**

**Fredericton
Nouveau-Brunswick
Août 2016**

Ce document est une publication de la Conférence pour
l'harmonisation des lois au Canada. Pour de plus amples
informations, svp contacter
ulccwebsite@gmail.com

INTRODUCTION

[1] Le privilège de l'indicateur est une règle qui empêche la divulgation de l'identité d'un indicateur lorsque ledit indicateur accepte de fournir à la police des renseignements et que la police, en contrepartie, promet d'en protéger l'identité. Dans le contexte pénal, il y a toutefois une exception à cette règle – à savoir lorsque l'innocence de l'accusé est en jeu.

[2] Dans les arrêts *Personne désignée c Vancouver Sun*¹ et *R c Basi*², la Cour suprême du Canada a établi certaines directives en matière de procédure pour les litiges liés à l'application du privilège aux indicateurs. Cependant, en dépit de ces directives, un certain nombre de questions et de considérations pratiques existent.

[3] Ces questions ont mené le Service des poursuites pénales du Canada (SPPC) à proposer lors de la réunion de la Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada (CHLC) de 2014 une résolution voulant que Justice Canada examine et, au besoin, développe un cadre législatif régissant l'application du privilège de l'indicateur dans le but de modifier possiblement la *Loi sur la preuve au Canada* (LPC). Une résolution modifiée a été adoptée à la réunion de 2014 prévoyant l'établissement d'un groupe de travail de la CHLC pour l'examen de ces questions.

[4] Un groupe de travail composé d'avocats de la défense, de représentants de l'Association du Barreau canadien et des paliers de gouvernements provinciaux (Alberta, Saskatchewan, Ontario, Québec, Nouveau-Brunswick, Terre-Neuve-et-Labrador et Yukon) et fédéral (ministère de la Justice et Service des poursuites pénales du Canada) a été mis sur pied.

[5] Dans le cadre de son mandat, le groupe de travail s'est penché sur le droit relatif au privilège de l'indicateur. Il a également examiné les défis opérationnels qui peuvent se poser dans le cadre de litiges liés à l'application du privilège de l'indicateur au Canada.

[6] Les résultats des activités du groupe de travail sont résumés dans le présent document, qui est divisé en quatre parties. La première partie présente un aperçu du droit régissant le privilège de l'indicateur au Canada aujourd'hui. La deuxième partie met en lumière la façon dont les autres administrations abordent les questions liées au privilège de l'indicateur. La troisième partie examine en profondeur certains défis pratiques associés au fait de faire valoir le privilège de l'indicateur dans des causes aujourd'hui. Finalement, la quatrième partie indique les recommandations et les conclusions du groupe de travail.

RÉSUMÉ DES CONCLUSIONS ET DES RECOMMANDATIONS

[7] Le groupe de travail a conclu qu'aucune modification législative précise n'est requise en ce moment. Même si le groupe de travail reconnaît que les défis pratiques pouvant se poser dans des affaires relatives au privilège de l'indicateur ne sont pas sans conséquence, il estime que les risques l'emporteraient sur les avantages de modifications législatives. Par conséquent, le groupe de travail recommande que des efforts soient déployés afin d'accroître la sensibilisation et la

¹ *Personne désignée c Vancouver Sun*, 2007 CSC 43, [2007] 3 RCS 253 [*Vancouver Sun*].

² *R c Basi*, [2009] CSC 52, 3 RCS 389 [*Basi*].

formation des procureurs de la Couronne et des agents d'application de la loi en ce qui a trait au droit relatif au privilège de l'indicateur et à la façon de limiter les difficultés possibles qui se posent dans les affaires liées au droit relatif au privilège de l'indicateur. Justice Canada a également accepté de continuer à surveiller les tendances dans le droit relatif au privilège de l'indicateur. Si le droit évolue d'une façon qui n'est pas suffisamment claire aux yeux de ceux qui prennent part à des litiges liés à des revendications de droit relatif au privilège de l'indicateur, la question de la réforme du droit pourrait être examinée de nouveau. Cependant, à l'heure actuelle, le groupe de travail conclut que le droit fournit suffisamment d'indications et de protections appropriées qui, d'une part, protègent l'identité de l'indicateur et, d'autre part, respectent le droit de l'accusé à un procès équitable.

PARTIE I – L'ÉTAT ACTUEL DU DROIT CANADIEN: LE CADRE RÉGISSANT LE PRIVILÈGE DE L'INDICATEUR

1. La portée du privilège: Examen de la jurisprudence sur le privilège de l'indicateur

(a) Qu'est-ce que le privilège de l'indicateur?

[8] Le privilège de l'indicateur est une règle qui empêche que l'identité de l'indicateur de police soit révélée à des tierces parties³. La règle se fonde sur une justification de concessions interdépendantes – c'est-à-dire une relation de concessions mutuelles au terme de laquelle le fait de garantir la protection de l'identité d'un indicateur crée une relation de confiance et de sécurité de sorte que des personnes entrent en contact avec la police et lui communiquent de précieux renseignements sans crainte de répercussions de la part d'autres personnes⁴. Cette règle a deux objectifs sur le plan de la politique: (1) protéger l'identité des personnes qui entrent en contact avec la police en vue de lui communiquer de précieux renseignements; et, (2) encourager d'autres personnes à en faire de même.

(b) Quand s'applique le privilège?

[9] Le privilège de l'indicateur ne s'applique pas dans le contexte où une personne fournit des renseignements à la police et espère simplement que son identité demeure secrète. La protection est plutôt accordée lorsque la personne qui fournit les renseignements sollicite la confidentialité, et qu'il existe une acceptation explicite ou tacite par la police. Comme l'a affirmé la Cour suprême:

La question du privilège se pose lorsque, dans le cadre d'une enquête, un policier garantit la protection et la confidentialité d'un indicateur éventuel en échange de renseignements utiles qu'il lui serait difficile ou impossible d'obtenir autrement [nous qui soulignons]⁵.

[10] Cette position a été confirmée de nouveau dans l'arrêt *R c Barros* dans lequel la Cour déclare ce qui suit:

³ Robert W. Hubbard, Susan Magotiaux & Suzanne M. Duncan, *The Law of Privilege in Canada* (Toronto: ON, Thomson Reuters, 2012) (reliure à feuillets mobiles 21) ch 2 à la p 2 [Hubbard].

⁴ *Ibid.* Voir aussi T.G Cooper, *Crown Privilege* (Aurora: ON, Canada Law Book Inc., 1990).

⁵ *Basi*, *supra* note 2 au para 36.

Évidemment, les individus qui fournissent des renseignements à la police n'en deviennent pas tous des indicateurs confidentiels. Dans les cas clairs, l'indicateur demande explicitement que son identité demeure confidentielle et la police accède à sa demande [nous qui soulignons]⁶.

[11] Le privilège relatif aux indicateurs de police « a été créé et est appliqué dans l'intérêt public plutôt que d'un point de vue contractuel⁷ ». L'absence d'éléments contractuels comme l'offre et l'acceptation n'est pas déterminante, tout particulièrement lorsque l'on peut soutenir que la personne serait autrement dans une situation de risque de danger grave.

[12] La promesse de confidentialité n'a pas besoin d'être explicite; il doit être déterminé si, objectivement parlant, la conduite de la police aurait pu donner à un individu dans la position de l'indicateur potentiel des motifs raisonnables de croire que son identité serait protégée⁸.

[13] Dans l'arrêt *R c Personne désignée B*⁹, la Cour suprême a examiné si le privilège de l'indicateur dont bénéficie un indicateur auprès d'un corps policier pouvait lier un second corps de police. Dans cette affaire, B est entré en contact avec un corps policier pour lui communiquer des renseignements relatifs à des crimes violents, et ce corps policier lui a promis la confidentialité. Deux jours plus tard, le corps policier qui avait conféré à B le statut d'indicateur de police a transféré les renseignements obtenus à la Sûreté du Québec (SQ). Durant cinq ans, B a poursuivi sa collaboration avec la SQ jusqu'à ce que celle-ci, sur demande du ministère public, tente de faire signer à B une renonciation au bénéfice du privilège d'indicateur. Le ministère public n'était pas d'avis que B était un indicateur confidentiel et a sollicité une détermination préliminaire de sorte qu'il puisse respecter ses obligations en matière de communication. En définitive, dans l'affaire *Personne désignée B*, la Cour a conclu que le lien entre les deux corps policiers, la continuité des rapports de B avec les deux corps policiers, ainsi que la preuve indirecte abondante portant que B avait des motifs raisonnables de croire que la protection promise par le premier corps policier continuerait de s'appliquer au fil de ses révélations continues à la SQ, étaient suffisants pour que B ait une attente raisonnable en matière de confidentialité.

[14] Le fait qu'un corps policier confère le statut d'indicateur à une personne ne signifie pas *a priori* que la personne bénéficie de la protection du privilège de l'indicateur auprès d'un autre corps policier¹⁰. Cependant, il est clair qu'une promesse de protection et de confidentialité peut être explicite ou implicite¹¹.

(c) La portée du privilège et les renseignements protégés

⁶ *R c Barros*, [2011] 3 RCS 368 au para 31 [*Barros*].

⁷ *Ibid* au para 32.

⁸ *R c Personne désignée B*, [2013] SCC 9, [2013] 1 RCS 405 au para 18 [*Personne désignée B*].

⁹ *Ibid*.

¹⁰ *Personne désignée B*, *supra* note 8 au para 23.

¹¹ *Ibid* au para 18. Voir *Barros*, *supra* note 6 au para 31. Voir aussi *Bisaillon c Keable*, [1983] 2 RCS 60 à la p 93 [*Bisaillon*].

[15] Le privilège de l'indicateur va au-delà du contexte en matière criminelle et peut être invoqué en matière civile et dans les procédures administratives¹². La différence entre ces contextes est que la protection est absolue dans les instances civiles et administratives, puisque l'innocence de l'accusé n'est pas en jeu¹³. Par exemple, dans l'arrêt *Royal Canadian Mounted Police c Saskatchewan (Commission of inquiry into the death of Leo Lachance)*, la Cour d'appel de la Saskatchewan a maintenu le caractère absolu du privilège en matière civile, refusant d'élargir la seule exception à la règle du privilège relatif aux indicateurs de police¹⁴.

[16] L'étendue des renseignements protégés va au-delà du nom de l'indicateur, et s'étend à tous les détails susceptibles d'en révéler l'identité:

Il se peut que, dans certains cas où l'identité et la situation de l'indicateur sont connues, le tribunal soit certain qu'une fois révisé le document de l'indicateur ne permettra pas d'identifier ce dernier. Toutefois, si, comme en l'espèce, il est impossible de déterminer quels détails de l'information communiquée par l'indicateur permettront d'en révéler l'identité, aucun de ces détails ne devra alors être divulgué, à moins qu'il y ait un motif de conclure que l'exception concernant la démonstration de l'innocence de l'accusé s'applique¹⁵.

[17] Le privilège de l'indicateur n'a rien de commun avec une règle d'exclusion en matière de preuve du fait qu'une telle règle soustrait l'information seulement à l'appréciation du juge des faits, alors que le privilège de l'indicateur soustrait l'information à l'appréciation de la société en général: [TRADUCTION] « le méfait n'est pas que le juge des faits pourrait se fonder sur une preuve non fiable, mais plutôt que les membres antisociaux de la société pourraient chercher à se venger contre l'indicateur¹⁶. » Par conséquent, il plus approprié de le qualifier de principe d'« immunité » ou de « confidentialité » parce que, contrairement au privilège privé, comme celui relatif aux communications entre un avocat et son client, cette règle de confidentialité appartient non pas uniquement à une partie privée, mais plutôt au ministère public et à l'indicateur, et ni l'un ni l'autre n'a le droit d'y renoncer sans le consentement de l'autre¹⁷.

¹² *Bisaillon*, *supra* note 11, au para 93. La Cour a affirmé ce qui suit: « Il ne connaît aucune exception en matière autre que criminelle ». Voir aussi *Cadillac Fairview Corp c Standard Parking of Canada Ltd*, [2004] OJ No 37, au para 15 [Cadillac]

¹³ Hubbard, *supra* note 3 au ch. 2 à la p 18.

¹⁴ *Royal Canadian Mounted police c Saskatchewan (Commission of Inquiry)*, [1992] 6 WWR 62, 75 CCC (3d) 419.

¹⁵ *R c Leipert*, [1997] 1 RCS 281, 143 DLR (4th) 38, au para 32 [Leipert]

¹⁶ *R c Barros*, [2010] ABCA 116, 254 CCC (3d) 50 au para 52 [Barros ABCA]

¹⁷ A.W Bryant, S.N. Lederman & M.K. Fuerst, *The Law of Evidence in Canada*, 3rd ed (Toronto: Butterworths, 2009), aux para 15.2, 15.72.

[18] Dans l'arrêt *Barros*, la Cour d'appel de l'Alberta a rejeté l'argument voulant que le privilège de l'indicateur soit quelque chose qui n'existe que dans la salle d'audience¹⁸. La suggestion portant que ce privilège ne constitue qu'une partie d'une procédure judiciaire, et ne lie personne à l'extérieur de la salle d'audience constitue une interprétation erronée des fondements de la règle – parce que cette suggestion [TRADUCTION] « présume à tort que le privilège de l'indicateur est principalement lié à l'équité et à la procédure du procès, alors que ses racines se rattachent à des considérations d'ordre public plus générales¹⁹. »

[TRADUCTION] Il est artificiel de laisser entendre que des renseignements dont on ne peut parler dans la salle d'audience, mais dont on peut librement discuter ailleurs, sont des renseignements « secrets ». Par ailleurs, le but même du privilège est de protéger l'indicateur. Celui-ci ne court pas le risque que quelque chose lui arrive à l'intérieur de la salle d'audience; le risque se situe entièrement à l'extérieur de la salle d'audience. Le but même du privilège est d'empêcher que l'identité de l'indicateur soit révélée à des membres de la collectivité qui chercheraient à se venger contre lui. Indépendamment de l'absence de jurisprudence sur ce point, cette position est illogique [nous soulignons]²⁰.

[19] Comme l'a affirmé la Cour, il est contraire à l'intuition et diamétralement opposé aux fondements essentiels du privilège d'affirmer que le privilège de l'indicateur est respecté dans la mesure où la confidentialité est respectée dans la salle d'audience, malgré le fait que les renseignements privilégiés soient largement diffusés à l'extérieur de la salle d'audience. Il existe un vaste éventail de dangers physiques auxquels sont exposés des informateurs confidentiels; cependant, ces dangers physiques existent pratiquement toujours surtout à l'extérieur du cercle fermé d'une salle d'audience.

(d) Comment enclencher la tenue de l'audience constituant la première étape sans révéler publiquement la nature de l'audience?

[20] Dans l'arrêt *Basi*, la Cour a expliqué la procédure à suivre chaque fois que le privilège de l'indicateur est revendiqué²¹. La Cour affirme que « lorsque la question du privilège semble se poser, son existence doit être déterminée par la cour, à huis clos, à une audience qui constitue la « première étape ». Même l'existence de la revendication ne peut être rendue publique²². » Ceci dit, on ne voit pas très bien, à partir des remarques de la Cour, comment le poursuivant enclencherait la tenue d'une audience constituant la première étape sans révéler publiquement la nature de l'enquête qui sera tenue.

¹⁸ *Barros*, ABCA, *supra* note 16 au para 28. La décision rendue par la Cour d'appel de l'Alberta a été modifiée par la Cour suprême du Canada sur le fondement de plusieurs points de droit. Cependant, elle ne l'a pas été sur ce point.

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ *Ibid* au para 50.

²¹ *Basi*, *supra* note 2 au para 38.

²² *Ibid.*

[21] Dans la décision *R c Lucas*, la Cour d'appel de l'Ontario a précisé certains des principes énoncés dans *Basi* – plus particulièrement, la Cour a réitéré que l'audience qui constitue la première étape, qui vise à établir si le privilège s'applique, doit toujours partir de l'hypothèse que le privilège s'applique et ce du fait que, dans de tels cas, la protection de l'identité du présumé indicateur est la considération principale²³. Par ailleurs, la Cour d'appel de l'Ontario a réitéré le vaste pouvoir discrétionnaire que le juge du procès possède d'établir des garanties procédurales appropriées qui protègent à la fois le privilège sous-jacent de l'indicateur ainsi que les intérêts de l'accusé²⁴.

[22] Habituellement, seulement le ministère public et l'indicateur comparaitraient devant le juge; toutefois, la Cour peut nommer un *amicus curiae* si les intérêts de l'indicateur coïncident avec ceux du ministère public²⁵.

(e) Quelle est l'exception à la règle?

[23] Au Canada, il est maintenant bien établi que la règle du privilège de l'indicateur est presque absolue. Dans les instances civiles, le privilège ne souffre d'aucune exception et, dans les instances pénales, ne souffre que de l'exception relative à la démonstration de l'innocence de l'accusé²⁶.

[24] Dès le départ, la règle de common law relative aux indicateurs avait confirmé la primauté du principe portant qu'[TRADUCTION] « il ne faut pas condamner un innocent lorsqu'il est possible de prouver son innocence », permettant ainsi une exception dans le cas où l'innocence de l'accusé est manifestement en jeu²⁷. Dans l'arrêt *Bisaillon c Keable*, la Cour suprême a indiqué que le privilège « ne souffre qu'une exception imposée par la nécessité de démontrer l'innocence de l'accusé²⁸. »

[25] Dans l'arrêt *R c Leipert*, la Cour a de nouveau confirmé cette exception, affirmant qu'il ne peut être porté atteinte au privilège de l'indicateur que lorsqu'il existe un motif de conclure que les renseignements protégés sont nécessaires pour établir que l'innocence de l'accusé est en jeu:

Le privilège relatif aux indicateurs de police a une importance considérable. Une fois son existence établie, le privilège ne peut être réduit ou pondéré en fonction d'autres préoccupations relatives à l'administration de la justice. La police et les tribunaux n'ont pas le pouvoir discrétionnaire de le réduire et sont tenus de le faire respecter. La seule

²³ *R c Lucas*, [2014] ONCA 561 au para 61.

²⁴ *Ibid* au para 66.

²⁵ *Basi*, *supra*, note 2 au para 38.

²⁶ *Ibid* au para 17.

²⁷ *Marks c Beyfus*, [1890] 25 QBD 494 (CA).

²⁸ *Bisaillon*, *supra* note 11 au para 93.

exception est le cas où il y a un motif de conclure que les renseignements en cause peuvent être nécessaires pour établir l'innocence de l'accusé [nous soulignons]²⁹.

[26] Compte tenu du caractère quasi absolu du privilège de l'indicateur, ne sont admis comme exception à la règle ni le droit à une défense pleine et entière, ni le droit à la communication de la preuve au titre de l'arrêt *R c Stinchcombe*³⁰.

[27] Le caractère quasi absolu du privilège fait que les juges ne disposent d'aucun pouvoir discrétionnaire dans la décision d'accorder la protection lorsqu'une personne invoque à bon droit ce privilège³¹.

[28] Comme l'a affirmé la Cour dans l'arrêt *Leipert*: « Le privilège aux indicateurs revêt une telle importance qu'une fois qu'ils ont conclu à son existence, les tribunaux ne peuvent pas soupeser l'avantage qui en découle en fonction de facteurs compensatoires³² ».

(f) Quand le privilège s'applique-t-il?

i. Personnes qui fournissent des renseignements à des parties civiles

[29] Le privilège générique ne s'applique pas à des personnes qui fournissent des renseignements à des parties civiles³³. Par exemple, dans l'affaire *Cadillac Fairview Corp c Standard Parking of Canada Ltd.*, le tribunal n'a pas étendu l'application du privilège de l'indicateur à des dénonciateurs qui avaient fourni des renseignements à une partie dans une action en matière civile:

[TRADUCTION] Lorsque la protection est demandée pour des personnes qui dénoncent des criminels, non pas aux forces de l'ordre en vue de traduire ces derniers en justice, mais à des parties privées qui utilisent ce qu'elles savent pour instituer des procédures civiles en dommages-intérêts, la protection absolue offerte par le privilège relatif aux indicateurs de police ne devrait pas être offerte automatiquement. De telles demandes devraient plutôt être examinées au cas par cas de façon à ce que les facteurs prévus dans le critère énoncé par Wigmore puissent être examinés dans le contexte des circonstances particulières de chaque situation [nous soulignons]³⁴.

ii. L'« indicateur » qui agit à titre de mandataire

²⁹ *Leipert*, *supra* note 15 au para 28.

³⁰ *Vancouver Sun*, *supra* note 1 au para 28.

³¹ Hubbard, *supra* note 3 ch 2 à 8.6.

³² *Leipert*, *supra* note 15 au para 12.

³³ Hubbard, *supra* note 3 ch 2 à la p 18.

³⁴ *Cadillac*, *supra* note 12.

[30] Le privilège de l'indicateur ne s'applique pas dans les contextes où l'indicateur [TRADUCTION] « s'en va sur le terrain et devient un mandataire de la police, qui joue un rôle actif dans les activités qui mènent à des accusations³⁵ ». Dans l'affaire *R c Davies*, la question était de savoir si un indicateur de longue date de la Gendarmerie royale du Canada (GRC) pouvait être protégé par le privilège des indicateurs après s'être joint à l'enquête. En fin de compte, la Cour est arrivée à la conclusion suivante:

[TRADUCTION] À mon avis, Bud (l'indicateur de police) ne répond pas à la définition standard d'un indicateur de police. Son rôle s'apparentait davantage à celui d'un agent provocateur. Après que Bud fut présenté à l'appelant, apparemment conformément aux directives générales de la GRC, Bud s'est fait passer pour un mandataire des acheteurs d'une grande quantité de cocaïne. Une fois que l'agent provocateur se trouve sur le terrain, il perd la protection de sa « couverture » [nous soulignons]³⁶.

[31] Une distinction fondamentale entre un indicateur et un mandataire est qu'un indicateur fournit simplement des renseignements à la police, alors qu'un mandataire agit pour le compte de la police en allant sur le terrain et en participant à l'opération d'une certaine façon (c.-à-d. il peut procéder à la collecte d'éléments de preuve en portant sur sa personne un dispositif d'écoute électronique)³⁷. Cette distinction a été expliquée dans la décision *R c Y (N)*, dans laquelle la Cour a affirmé ce qui suit:

[TRADUCTION] Un « informateur confidentiel » est une source volontaire de renseignements pour la police ou pour les services de sécurité et il est souvent rémunéré pour ces renseignements, mais il n'agit pas sous la direction de l'État pour se rendre à certains endroits ou faire certaines choses. Un mandataire de l'État agit sous la direction de la police ou des services de sécurité et est lui aussi souvent rémunéré. Le mandataire de l'État sait que si des accusations sont déposées, son identité peut être communiquée à la défense et il peut être tenu de témoigner. Il existe une distinction importante entre les deux qui tient au fait que l'indicateur confidentiel a droit à la confidentialité (sous réserve de considérations concernant la démonstration de l'innocence de l'accusé) et ne peut être contraint de témoigner. Un mandataire de l'État ne bénéficie pas de protection [nous soulignons]³⁸.

[32] En pratique, cette détermination pourrait ne pas être aussi tranchée puisqu'un indicateur peut souvent être davantage qu'un observateur passif qui fournit des renseignements à la police. Dans certains contextes, ces indicateurs peuvent de leur propre chef suivre activement des pistes, les objectifs de la police ou les ambitions des policiers qui en ont la responsabilité³⁹. Dans de tels cas, la catégorisation de la personne reposera sur la question de savoir si la personne a agi sous la direction de la police. Lorsqu'un indicateur cesse d'agir à ce titre et devient un mandataire de la police, le privilège s'applique au cours de la période au cours de laquelle il a agi à titre d'indicateur.

³⁵ Hubbard, *supra* note 3 ch 2 à la p 38.

³⁶ *R c Davies*, [1982] OJ No. 146 au para 11.

³⁷ *R c B.G et al.* [2000] 146 CCC (3d) 465 au para 10.

³⁸ *R c NY*, [2012] ONCA 745, 113 au para 122 [NY].

³⁹ Hubbard, *supra* note 3 ch 2 à 38.4.

[33] Aux fins de cette détermination, un autre facteur pertinent est l'existence ou l'absence d'une lettre formelle établissant la relation entre le mandataire et la police. Compte tenu de l'importante différence de protection offerte aux indicateurs et aux mandataires – notamment un obstacle pratiquement absolu à une condition de protection inexistante, le tribunal, dans l'affaire *R c Y(N)*, a statué que l'absence d'entente constituait une indication que l'indicateur confidentiel n'était pas devenu un mandataire de l'État⁴⁰. Enfin, il demeure important de signaler que le fait qu'une personne est un mandataire de la police dans une affaire et un indicateur confidentiel dans une autre⁴¹.

iii. L'« indicateur » en tant que prévenu

[34] Un indicateur ne peut obtenir le bénéfice du privilège lorsqu'il commet un crime dans son seul intérêt. Dans l'affaire *R c Hiscock*, la Cour d'appel du Québec affirme ce qui suit:

Le privilège de l'informateur ne saurait être interprété et appliqué pour accorder une licence de commettre des actes criminels dans le seul intérêt du prévenu. Il est de nature à couvrir des actes illégaux, voire même criminels, pourvu qu'il demeure orienté vers la fonction de mise en application des lois. Si l'on acceptait l'argument des appelants, le privilège que l'on invoque se trouverait complètement détourné de sa finalité, puisqu'utilisé pour une fin et des intérêts contraires à ceux qui le justifient dans le droit public canadien. Il n'y a donc pas eu d'erreur dans la décision du premier juge de rejeter le moyen tiré du privilège de l'informateur. Ce grief d'appel doit aussi être écarté.⁴²

[35] Même si les actes criminels ou délictuels de l'indicateur sont tolérés et même protégés par le privilège lorsque l'indicateur aide l'État, le privilège ne s'étend pas aux actes criminels qui sont commis pour le seul bénéfice de l'indicateur. Dans l'affaire *R c Personne désignée B*⁴³, B avait été un indicateur pour la SQ durant cinq ans. La plupart des déclarations que B avait faites à la SQ avaient été précédées de la promesse que les renseignements fournis ne serviraient pas à la poursuivre, sauf pour parjure. L'engagement renfermait également une note prévoyant que des accusations reposant sur des éléments de preuve externes ou indépendants pourraient être portées contre elle relativement aux déclarations que celle-ci avait faites à la SQ. Au cours de cette période de cinq ans pendant lesquelles B a été un indicateur pour la SQ, celle-ci a découvert des éléments de preuve indépendants relatifs à l'un des crimes violents commis par la personne désignée B; celle-ci a plaidé coupable et s'est vu infliger une peine à cet égard⁴⁴.

iv. Procédure régissant l'exception à la règle

⁴⁰ *NY*, *supra* note 38, aux para 120 et 124.

⁴¹ *Ibid* aux para 29 à 36.

⁴² *R c Hiscock*, 72 CCC (3d) 303, 1992 CanLII 2959.

⁴³ *Personne désignée B*, *supra* note 8.

⁴⁴ *Ibid* au para 8.

[36] Dans l'affaire *R c Klymchuk*⁴⁵ la Cour supérieure de justice de l'Ontario a appliqué au contexte du privilège de l'indicateur les critères énoncés dans les arrêts *McClure*⁴⁶ et *Brown*⁴⁷, qui sont habituellement utilisés pour déterminer l'applicabilité de l'exception relative à la démonstration de l'innocence dans des affaires touchant le secret professionnel de l'avocat. La Cour a fait les remarques suivantes:

[TRADUCTION] La Cour suprême du Canada a élaboré des critères en matière de preuve et de procédure pour déterminer si le privilège de l'indicateur ou celui du secret professionnel de l'avocat doit céder le pas à l'exception relative à la démonstration de l'innocence de l'accusé dans un cas donné. Ces critères comportent un critère préliminaire et un critère en deux étapes:

Pour satisfaire au critère préliminaire, l'accusé doit établir:

- que les renseignements qu'il recherche dans la communication avocat-client ne peuvent pas être obtenus ailleurs; et
- qu'il est incapable de susciter de quelque autre façon un doute raisonnable.

Si l'accusé a satisfait au critère préliminaire, le juge doit passer au critère de la démonstration de l'innocence de l'accusé, qui comporte deux étapes:

- Première étape: L'accusé qui sollicite la production d'une communication avocat-client doit présenter des éléments de preuve permettant de conclure à l'existence d'une communication qui pourrait susciter un doute raisonnable quant à sa culpabilité;
- Seconde étape: Si de tels éléments de preuve existent, le juge du procès doit examiner la communication afin de déterminer si elle suscitera probablement un doute raisonnable quant à la culpabilité de l'accusé [nous soulignons]⁴⁸.

[37] De même dans l'arrêt *R c Deol*, la Cour d'appel du Manitoba a affirmé ce qui suit:

[TRADUCTION] Les normes de preuve et de procédure à suivre lorsqu'un accusé cherche à faire valoir l'exception relative à la démonstration de son innocence sont énoncées dans l'arrêt *R c McClure*, et expliquées plus à fond dans *R c Brown*. Même si ces deux affaires portent sur le secret professionnel de l'avocat, les normes s'appliquent au privilège de l'indicateur parce qu'elles reposent sur l'exception relative à la démonstration de l'innocence de l'accusé établie à l'égard de ce privilège [nous soulignons]⁴⁹.

[38] Dans la décision *R c Marshall*⁵⁰, une affaire relative au privilège de l'indicateur, le tribunal a appliqué le même critère à deux volets utilisé dans les arrêts *McClure* et *Brown* pour l'application de l'exception concernant la démonstration de l'innocence dans les affaires visant le secret professionnel de l'avocat. En fin de compte, la Cour d'appel de l'Ontario a confirmé la décision du juge de première instance de ne pas ordonner la divulgation, affirmant que les

⁴⁵ *R c Klymchuk*, [2006] CanLII 34719 (ONSC) [*Klymchuk*].

⁴⁶ *R c McClure*, [2001] CSC 14, [2001] 1 RCS 445.

⁴⁷ *R c Brown*, [2002] CSC 32, [2002] 2 RCS 185.

⁴⁸ *Klymchuk*, *supra* note 45 au para 20.

⁴⁹ *R c Deol*, [2006] 208 CCC (3d) 167 au para 27.

⁵⁰ *R c Marshall*, [2005] OJ No. 3549, 77 OR (3d) 81.

critères établis dans les arrêts *McClure* et *Brown* permettent la communication de renseignements privilégiés [TRADUCTION] « seulement lorsqu'il est établi que le demandeur ne dispose d'aucun autre moyen de défense et que les communications demandées auraient une incidence positive sur la preuve de la défense⁵¹. Par ailleurs, la Cour a indiqué que de telles ordonnances ne devraient « être rendues qu'en 'dernier ressort'. »

v. ***L'indicateur en tant que témoin***

[39] Selon les auteurs Hubbard, Magotiaux et Duncan, [TRADUCTION] « [i]l est difficile d'assigner à témoigner une personne qui est aussi un indicateur rapport aux événements se rapportant à l'instance et de vouloir encore garder secret le statut d'indicateur du témoin⁵² ». Cela résulte du fait que le statut d'indicateur du témoin risqué d'être dévoilé une fois que celui-ci est assigné à témoigner. En pratique, le problème réside dans le fait que des indicateurs sont souvent témoins des crimes qu'ils signalent. La question devient alors la suivante: est-ce que tous les indicateurs témoins d'un crime sont-ils automatiquement dans l'impossibilité de bénéficier de la protection de l'indicateur parce qu'ils sont des témoins essentiels? Le juge Cromwell, dissident dans l'arrêt *Personne désignée B*, décrit les difficultés liées à la déposition d'un indicateur anonyme et arrive à la conclusion qu'il pourrait être impossible de le faire et de s'attendre de manière réaliste à maintenir le droit à la protection de l'identité de l'indicateur:

À ma connaissance, aucune règle absolue n'empêche un indicateur anonyme de témoigner quant aux renseignements qu'il a communiqués à la police sous le couvert de la confidentialité. Cela dit, en pratique, une telle situation serait extrêmement rare. On peut difficilement imaginer comment un indicateur pourrait, dans son témoignage, traiter de certains renseignements sans qu'il soit évident que la police les tient de lui. Autrement dit, ce genre de témoignage emporte toujours ou presque toujours le risque que l'identité de l'indicateur à titre de source des renseignements confidentiels soit dévoilée. Cela dit, je tiens à souligner que le ministère public doit impérativement faire tout en son pouvoir pour éviter qu'une telle situation se produise. En pratique, à moins que le ministère public *et* le témoin y renoncent d'un commun accord, le privilège de l'indicateur empêche en réalité le ministère public de faire témoigner un indicateur à propos des renseignements qu'il a révélés à la police sous le couvert de la confidentialité. Les deux rôles sont presque toujours incompatibles⁵³.

[40] Dans l'arrêt *Vancouver Sun*, la Cour affirme qu'une meilleure expression de la règle est d'affirmer que les cas où l'indicateur est un témoin essentiel d'un crime sont visés par l'exception relative à la démonstration de l'innocence⁵⁴.

g) ***À qui appartient le privilège?***

⁵¹ *Klymchuk*, *supra* note 45 au para 24.

⁵² Hubbard, *supra* note 3 ch. 2 à 42.2.

⁵³ *Personne désignée B*, *supra* note 8 au para 140.

⁵⁴ *Vancouver Sun*, *supra* note 1 au para 29.

[41] Dans l'arrêt *Leipert*, la Cour suprême du Canada a affirmé que le privilège appartient au ministère public⁵⁵. Cependant, ni le ministère ni la police ne peut « y [le privilège] renoncer sans le consentement de l'indicateur⁵⁶. » Les auteurs Hubbard, Magotiaux and Duncan indiquent que [TRADUCTION] « le privilège, à proprement parler, appartient à l'indicateur, même si le ministère public doit le soulever et ne peut y renoncer sans le consentement de l'indicateur⁵⁷. » Ce point de vue semble concorder avec le fondement idéologique du privilège – objet du privilège étant de protéger ceux qui fournissent des renseignements à la police et d'encourager les autres à en faire autant⁵⁸. »

[42] En dépit de cela, en droit canadien, la Cour suprême du Canada a établi clairement que le privilège appartient aux deux. Par contre, dans l'arrêt. *Vancouver Sun*, la Cour suprême affirme ce qui suit: « l'indicateur ne peut prendre seul la décision d'y[le privilège] renoncer⁵⁹». Cette affirmation a été confirmée de nouveau par la Cour dans l'arrêt *Basi* lorsque celle-ci affirme que: « le privilège de l'indicateur appartient conjointement au ministère public et à l'indicateur. Ni l'un ni l'autre ne peut y renoncer sans le consentement de l'autre⁶⁰. »

h) Le projet de loi C-44 et les sources humaines du SCRS

[43] Dans *Canada c Harkat*⁶¹, la Cour suprême du Canada a affirmé qu'il n'existe pas de privilège générique en common law. Par conséquent, les sources humaines du SCRS ne bénéficient pas d'un privilège générique en common law semblable à celui qui protège les indicateurs de police. La Cour a expliqué que le droit reconnaît très peu de privilèges génériques et qu'« [i]l est probable qu'à l'avenir, tout nouveau privilège générique sera créé, le cas échéant, par une intervention législative »⁶². La Cour suprême a toutefois fait remarquer que cette conclusion ne signifiait pas nécessairement que l'identité des sources du SCRS sera révélée dans le cadre d'une instance judiciaire. Elle a souligné que la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* prévoit des mécanismes de protection de l'identité des sources humaines qui interdisent déjà que soient rendus publics des renseignements dont la divulgation porterait atteinte à la sécurité nationale.

[44] En réponse à la décision rendue par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Harkat*, un nouveau régime législatif a été édicté - soit le projet de loi C-44, *Loi modifiant la Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité et d'autres lois*. Le projet de loi régit la protection de l'identité des sources humaines du SCRS et crée le nouvel article 18.1, qui prévoit « l'anonymat des sources humaines afin de protéger leur vie et leur sécurité et d'encourager les personnes physiques à fournir des informations au Service ». À l'instar du privilège de l'indicateur de police, l'identité des sources humaines ne peut être communiquée que dans le

⁵⁵ *Leipert*, supra note 20 au para 15.

⁵⁶ Le Service fédéral des poursuites, Ministère de la Justice du Canada, le Service fédéral des poursuites GUIDE à VII-36.4, en ligne: < <http://www.ppsc.gc.ca/fra/pub/sfpg-fpsd/sfp-fps/fpd/ch36.html> >.

⁵⁷ Hubbard, supra note 3 ch 2 à 22.2.

⁵⁸ *Leipert*, supra note 15 au para 15.

⁵⁹ *Vancouver Sun*, supra note 1 au para 25.

⁶⁰ *Basi*, supra note 2 au para 40.

⁶¹ *Canada (Citoyenneté et Immigration) c Harkat*, [2014] CSC 37, [2014] 2 RCS 33.

⁶² *Ibid* au para 87. Voir aussi *R c National Post*, [2010] CSC 16, [2010] 1 RCS 477 au para 42.

contexte d'une instance pénale lorsque cette information est essentielle pour établir l'innocence de l'accusé.

[45] Dans *Canada (Procureur général) c Almalki*⁶³, la Cour fédérale (section de première instance) a conclu que le privilège relatif aux sources humaines prévu par la loi n'avait pas d'application rétrospective en droit. La Cour était d'avis que l'application de l'article 18.1 porterait atteinte aux droits acquis et substantiels des intimés (c.-à-d. qu'elle limitait la portée de la divulgation autrement permise dans ce cas⁶⁴). La Cour a souligné que les sources humaines préexistantes continuent d'être protégées par l'article 38 de la LPC, qui exige une mise en balance des intérêts (c.-à-d. est-ce que la divulgation est susceptible de nuire à l'un des intérêts nationaux protégés et, dans l'affirmative, est-ce que le risque de préjudice l'emporte sur l'intérêt public à la divulgation). Une conclusion semblable a été tirée dans une décision subséquente, *Korody c Canada*⁶⁵.

2. Le privilège de l'indicateur et l'interaction entre la common law et l'article 37 de la Loi sur la preuve au Canada (LPC)

a. Le privilège de l'indicateur constitue-t-il un aspect d'un privilège d'intérêt public?

[46] Hubbard, Magotiaux et Duncan laissent entendre que le privilège de l'indicateur est un type distinct de privilège, qui ne devrait pas être classifié comme un privilège d'intérêt public⁶⁶. » Le privilège de l'indicateur, correctement interprété [TRADUCTION] « est un privilège générique distinct de la catégorie des privilèges d'intérêt public⁶⁷. » La Cour suprême du Canada affirme ce qui suit:

Il est arrivé que l'on confonde la règle du secret relative à l'identité des indicateurs de police avec le privilège de la Couronne, mais, à mon avis, il s'agit d'une erreur. L'erreur s'explique peut-être du fait que la règle du secret relatif à l'identité des indicateurs de police et le privilège de la Couronne comportent certains traits communs : dans les deux cas où il y a exclusion d'une preuve pertinente au nom d'un intérêt public considéré supérieur à celui de l'administration de la justice; dans les deux cas il est impossible de renoncer au secret; enfin, dans les deux cas, il est illégal de faire la preuve secondaire de faits dont l'intérêt public interdit la divulgation. Mais ces traits communs ne doivent pas faire perdre de vue la spécificité du régime réservé par la common law au principe du secret relatif à l'identité de l'indicateur de police et qui le distingue du régime fait au privilège de la Couronne⁶⁸.

[47] En revanche, le plus haut tribunal au Canada a accepté l'utilisation de l'article 37 de la LPC à titre de mécanisme de protection lorsqu'un juge ordonne la communication de documents susceptibles de révéler l'identité d'un indicateur :

⁶³ *Canada (Procureur général) c Almalki*, [2015] CF 1278.

⁶⁴ Lorsqu'une règle de preuve porte atteinte à un droit substantiel ou à des droits acquis, elle est présumée ne pas avoir d'effet immédiat, à moins que le législateur ait clairement exprimé son intention contraire.

⁶⁵ *Korody c Canada (Attorney General)*, [2015] FC 1398.

⁶⁶ Hubbard, *supra* note 3 ch 2 à 10.

⁶⁷ *Ibid* ch 3 à 4.

⁶⁸ *Bisaillon*, *supra* note 11.

La « raison d'intérêt public déterminée » en cause dans la présente affaire est la protection de l'identité des indicateurs, plus généralement appelée le « privilège de l'indicateur ». Le privilège de l'indicateur est un privilège générique qui ne souffre que l'exception relative à la « démonstration de l'innocence de l'accusé ». Il ne peut donner lieu à l'exercice de pondération de l'intérêt public envisagé au paragraphe 37(5): [...]

Lorsque l'article 37 est invoqué pour protéger le privilège de l'indicateur – ce qui survient assez rarement étant donné que la revendication du privilège se règle habituellement par l'application des seules règles de la common law – il ne perd pas pour autant son caractère strict⁶⁹.

b. Différences entre le privilège de l'indicateur et un privilège d'intérêt public

[48] Le privilège de l'indicateur et le privilège d'intérêt public, aux termes de l'article 37, divergent considérablement quant à certains éléments – tout particulièrement, contrairement au privilège de l'indicateur, le privilège d'intérêt public comporte une pondération d'intérêts opposés privés et publics en ce qui a trait à l'accès à l'information. Par opposition, le privilège de l'indicateur est un privilège générique qui ne permet pas une telle pondération d'intérêts. Par ailleurs, d'un point de vue plus pratique, le privilège d'intérêt public repose sur un affidavit ou d'autres éléments de preuve présentés, qui exposent les raisons pour lesquelles le gouvernement possède un intérêt à s'opposer à la divulgation, alors qu'il est possible de revendiquer le privilège de l'indicateur simplement parce qu'un indicateur confidentiel est visé⁷⁰. Enfin, les questions relatives à l'intérêt public sont tranchées par un tribunal qui examine les éléments de preuve contestés et qui décide si leur communication irait à l'encontre de l'intérêt public. Aucune production similaire n'est requise en ce qui a trait au privilège de l'indicateur⁷¹.

c. Quel cadre régit le droit relatif au privilège de l'indicateur: l'article 37 de la LPC ou la common law?

[49] Même si les revendications du privilège de l'indicateur sont généralement présentées en vertu du régime de la common law, il est possible de faire valoir l'article 37 pour statuer sur les revendications du privilège de l'indicateur. En effet, il semble y avoir un accroissement du nombre de dossiers dans lesquels le ministère public a fait valoir avec succès l'application de l'article 37 de la *LPC* en vue de protéger l'identité de l'indicateur⁷².

[50] En pratique, le recours possible à l'article 37 entraîne deux conséquences, (1) le droit applicable au privilège relatif aux indicateurs demeure en grande partie régi par la common law; et, (2) lorsqu'un juge ordonne la divulgation de renseignements susceptibles de révéler l'identité

⁶⁹ Voir tout particulièrement *Basi*, *supra* note 2 aux paras 22-23.

⁷⁰ Hubbard, *supra* note 3 ch 3 à 4.

⁷¹ *Ibid.*

⁷² Veronica Ashenburst, « Litigating Informer Privilege under Section 37 of the *Canada Evidence Act*: A Critique of *R c Basi* » (2013) 38:2 *Queen's Law Journal* at 626.

de l'indicateur, le ministère public peut se fonder sur l'article 37 de la *LPC* pour interjeter appel de cette décision.

PARTIE II – RECHERCHE COMPARATIVE: LE DROIT RÉGISSANT LE PRIVILÈGE DE L'INDICATEUR DANS D'AUTRES ÉTATS

a. Australie

[51] En Australie, le privilège de l'indicateur fait actuellement l'objet d'une pondération d'intérêts par le tribunal⁷³. Cela n'a pas toujours été le cas; dans une décision du 19^e siècle, un tribunal avait formulé une règle absolue à cet égard:

[TRADUCTION] [D]ans une poursuite intentée par le ministère public, [la règle est celle voulant qu'] on ne puisse poser à un témoin des questions susceptibles de révéler l'identité de l'informateur si celui-ci est un tiers. Cette règle est consacrée depuis cinquante ans; et bien que cela puisse paraître dur dans un cas donné, le préjudice individuel doit céder la place à la commodité du public. [...] [N]ous estimons que le principe de la règle s'applique [aussi] au cas où l'on demande au témoin s'il est lui-même l'informateur et que, par conséquent, la question ne pouvait être posée [nous soulignons]⁷⁴.

[52] Cette décision ne comporte ni examen ni énoncé de principe que cette [TRADUCTION] « règle doit céder la place à l'intérêt du prévenu [...] [l]e principe est formulé en tant que règle générale⁷⁵ ». Par la suite, la règle relative au privilège de l'indicateur a évolué vers une règle quasi absolue, assortie d'une exception limitée semblable à celle utilisée au Canada:

[TRADUCTION] Je ne dis pas que cette règle ne peut jamais souffrir d'exception; si au procès d'un accusé le juge est d'avis qu'il est nécessaire ou juste de divulguer le nom de l'informateur pour démontrer l'innocence de l'accusé, il y a alors conflit entre deux intérêts publics et c'est celui selon lequel il ne faut pas condamner un innocent lorsqu'il est possible de prouver son innocence qui doit prévaloir [nous soulignons]⁷⁶.

[53] Sur ce fondement, la règle qui avait pris forme au 19^e siècle [TRADUCTION] « n'était pas exprimée comme un exercice de pondération; c'est une règle qui a seulement vu le jour au 20^e siècle⁷⁷ ». Cependant, au fil des ans, puisque le privilège de l'indicateur avait été considéré par les tribunaux australiens comme un sous-ensemble ou un aspect de l'exception d'intérêt public, les décisions plus récentes ont commencé à faire état de l'établissement de critères de pondération:

[TRADUCTION] Les diverses catégories d'éléments de preuve pertinents exclus peuvent, pour des raisons de commodité, être présentées sous un éclairage différent. Cependant, en

⁷³ Henry Mares, « Balancing public interest and a fair trial in police informer privilege: A critical Australian perspective » (2002) 6 Int'l J. Evidence & Proof 94, aux pp 110-112.

⁷⁴ *Attorney-General c Briant*, [1846] 15 M& W 169.

⁷⁵ Mares, *supra* note 73 à 99.

⁷⁶ *Marks c Beyfus* [1980] 25 QBD 494 à la p 498.

⁷⁷ Voir tout particulièrement, *Cain c Glass (No.2)*, [1985] 3 NSWLR 230 à la p 248.

réalité, elles constituent un spectre, réfractions de la seule lumière de l'intérêt public susceptible d'éclipser celui portant qu'il est souhaitable que tous les éléments de preuve pertinents doivent être présentés à une cour de justice [nous soulignons]⁷⁸.

[54] De façon plus particulière:

[TRADUCTION] On pourrait dire que la notion d'une pondération de facteurs pertinents abondant dans un sens par rapport à d'autres abondant dans l'autre n'est pas compatible avec la proposition portant que l'identité doit être communiquée s'il y a lieu de croire que la communication pourrait être fort utile au défendeur. Dans un tel cas, affirmer qu'il n'est pas nécessaire de procéder à une pondération de la preuve, quelle qu'en soit la solidité, revient à dire que cette preuve ne saurait être retenue. Cependant, une pondération a été réalisée et il a été donné effet à un principe fondamental portant qu'il ne faut pas entraver de façon substantielle le « droit » à un procès équitable [...] [nous soulignons]⁷⁹.

[55] Par conséquent, en vertu de la common law australienne, pour décider si l'exception d'intérêt public s'appliquera pour empêcher la communication, l'intérêt public sera pondéré par rapport aux intérêts confirmant la nécessité de la communication, et la décision finale favorisera la preuve qui a la plus grande force probante⁸⁰. En ce qui a trait aux indicateurs confidentiels, l'intérêt public qui militerait contre la communication serait celui de la crainte sous-jacente que la communication ait un effet dissuasif sur d'autres qui désirent fournir des renseignements dans le futur⁸¹. Par ailleurs, l'intérêt du témoin à déposer de façon anonyme, tout particulièrement pour la sécurité de sa personne, et la sécurité de sa famille, de ses amis ou associés sont également des facteurs qui appuient le refus de la divulgation. Par contre, au nombre des facteurs favorables à la divulgation, citons l'intérêt public lié à la publicité des débats judiciaires et la nécessité de garantir un procès équitable.

[56] Dans l'affaire *Jarvie c Magistrates' Court of Victoria at Brunswick*, le juge Brooking a affirmé que la divulgation serait préférée lorsqu'il a été démontré qu' [TRADUCTION] « il y a de bonnes raisons de penser que la divulgation de l'identité de l'indicateur pourrait réellement aider le défendeur à répondre à la preuve présentée⁸² », affirmant que « le fait que la divulgation aide légèrement la défense n'est pas suffisant pour l'emporter sur l'intérêt public milite contre la divulgation⁸³ ». Les facteurs qualitatifs qui offrent [TRADUCTION] « une aide substantielle au défendeur pour répondre à la preuve déposée contre lui », comprennent le fait que la simple divulgation de l'identité de l'indicateur aidera à démontrer l'innocence de l'accusé et celui que la divulgation est nécessaire pour présenter des renseignements qui aideront à démontrer l'innocence de l'accusé ou que la divulgation mènera à la production d'autres éléments de preuve qui auraient les effets susmentionnés⁸⁴.

⁷⁸ *D c National Society for the Prevention of Cruelty to Children*, [1978] AC 171 à 233.

⁷⁹ *Jarvie c Magistrates' Court of Victoria at Brunswick*, [1995] 1 VR 84 à la p 90 [*Jarvie*].

⁸⁰ *Sankey c Whitlam*, [1978] 142 CLR 1 à la p 39.

⁸¹ *National Society for the Prevention of Cruelty to Children*, *supra* note 78 à la p 191.

⁸² *Jarvie*, *supra* note 79 à 90.

⁸³ *Ibid.*

⁸⁴ *R c Derbas*, [2012] NSWCCA 14, au para 27.

[57] En 1995, il y a eu une refonte législative du privilège de l'indicateur par le truchement de l'*Evidence Act 1995* (l'*EA*)⁸⁵. L'*EA* s'applique dans les tribunaux fédéraux, en Nouvelle-Galles du Sud et dans le Territoire de la capitale de l'Australie. Dans ces administrations, il y a eu prorogation de la règle du privilège de l'indicateur, prévue en common law, notamment par l'article 130 de l'*EA*, qui prévoit ce qui suit:

[TRADUCTION]

130 Exclusion d'éléments de preuve relatifs aux affaires de l'État

- (1) Si l'intérêt public, dans l'admission en preuve de renseignements ou de documents qui ont trait aux affaires de l'État, est supplanté par l'intérêt public à en préserver la confidentialité, le tribunal peut ordonner que ceux-ci ne soient pas présentés en preuve.
- (2) De sa propre initiative ou sur présentation d'une requête par quiconque (que la personne soit ou non une partie à l'instance), le tribunal peut se renseigner rendre une telle ordonnance.
- (3) Pour décider s'il doit rendre une telle ordonnance, le tribunal peut se renseigner de la façon qu'il estime appropriée.
- (4) Sans que soient limitées les circonstances dans lesquelles des renseignements ou des documents peuvent être jugés recevables pour les fins du paragraphe (1) comme étant reliés aux affaires de l'État, ces renseignements ou ces documents sont tels si leur présentation en preuve aurait pour effet:
 - (e) de divulguer l'existence ou l'identité d'une source confidentielle de renseignements relatifs à l'exécution ou à l'application d'une loi du Commonwealth ou d'un État.

[58] L'article 130 vise à refléter la position de common law, qui exige une pondération de facteurs – notamment la pondération des avantages de la non-divulgence par rapport à ses inconvénients⁸⁶. Par ailleurs, le paragraphe 130 (3) permet au tribunal de se renseigner de la façon qu'il estime appropriée pour prendre sa décision, alors que le paragraphe 130 (5) prévoit une liste des facteurs qui doivent être pris en considération:

- (5) Sans que soient limités les éléments que le tribunal peut prendre en considération pour les fins du paragraphe (1), il doit tenir compte de ce qui suit:
 - (a) l'importance des renseignements ou des documents dans l'instance,
 - (b) lorsqu'il s'agit d'une instance pénale – le tribunal doit déterminer si la partie qui cherche à présenter la preuve des renseignements ou des documents est un défendeur ou le ministère public,
 - (c) la nature de l'infraction, la cause d'action ou le moyen de défense auquel se rapportent les renseignements ou les documents, et la nature de l'objet de l'instance,

⁸⁵ *Evidence Act 1995* (NSW), s.130 (1), (4)(d).

⁸⁶ *R c Smith*, [1996] 86 A Crim R 308 (NSW CCA). L'article 130 de l'*Evidence Act 1995* semble maintenant exiger une pondération des intérêts opposés.

- (d) l'effet probable de la présentation de la preuve des renseignements ou des documents et les moyens existants pour en limiter la publication,
- (e) si l'essentiel des renseignements ou des documents a déjà été publié,
- (f) lorsqu'il s'agit d'une instance pénale et que la partie qui cherche à produire la preuve des renseignements ou des documents est un défendeur – le tribunal doit établir si l'ordonnance doit être rendue sous réserve de la condition prévoyant un arrêt des procédures.

[59] En dépit de cela, même si l'article 130 exige une pondération des intérêts, il semble en pratique qu'un poids considérable doive être accordé à un côté puisque, dans l'affaire *Smith*, le tribunal a conclu que c'était une erreur de ne pas [TRADUCTION] « tenir compte de l'importance considérable que le droit accorde à cette question, et confère à l'intérêt public à garder confidentiels les sources de renseignements confidentielles de la police⁸⁷.

b. Royaume-Uni

i. Angleterre

[60] De manière analogue à une communication de type *Stinchcombe*⁸⁸ au Canada, toutes les poursuites fondées sur la common law comportent pour le ministère public une obligation de communiquer tout document susceptible d'avoir une incidence sur l'infraction qui fait l'objet de la poursuite⁸⁹. Comme au Canada, le privilège de l'indicateur s'applique de façon à restreindre ce qui peut être communiqué.

[61] En Angleterre, le privilège de l'indicateur n'est pas un privilège générique. En Angleterre, il est bien établi [TRADUCTION] « que, dans l'examen des revendications du privilège de l'indicateur, le juge a comme tâche de pondérer l'opportunité de préserver l'intérêt public par rapport aux intérêts de la justice⁹⁰ ». En fait, les tribunaux [TRADUCTION] « pondèrent la sécurité de l'indicateur et la question de l'assistance possible future à la police par rapport au droit qu'à l'accusé de réfuter la preuve présentée contre lui⁹¹ ». Ainsi, en Angleterre, le privilège de l'indicateur a été incorporé dans le concept de l'exception d'intérêt public.

[62] Dans l'affaire *R c Keane*, le tribunal a adopté le critère [TRADUCTION] « de la pertinence ou de la pertinence possible⁹² » pour déterminer quels renseignements doivent être communiqués – un critère général qui [TRADUCTION] « prévoit qu'une preuve, techniquement pertinente à

⁸⁷ *Ibid* à 312. Voir aussi *Attorney General c Kaddour and Turkmani*, [2001] NSWCCA 456, au para 19. L'appel interjeté par le ministère public à l'encontre de la divulgation a été accueilli. Voir tout particulièrement, Mares, *supra* note 73, à la p.112 [TRADUCTION] « Ce résultat est compatible avec la tendance qu'ont généralement les juges à pondérer dans ce domaine les intérêts à la répression de la criminalité par rapport au principe de l'équité du procès ».

⁸⁸ *R c Stinchcombe*, [1991] 3 RCS 326, 68 CCC (3d) 1.

⁸⁹ Alice Harrison, « The Law Relating to Informer Privilege » (2010) 4 Galway Student L Rev à 49 [Harrison].

⁹⁰ *Ibid* à 52. Voir tout particulièrement *R c Ward* [1993] 2 All ER 577 à la p 603 [Ward].

⁹¹ Harrison *supra* note 89 à 49. Voir tout particulièrement *R c Ward*, *supra* note 90 à 603. La Cour affirme que, lorsque le ministère public croit que les documents sont protégés par un certain type d'immunité, comme par exemple celle du privilège de l'indicateur, la règle est que le ministère public devrait faire valoir que les documents sont protégés pour que le juge puisse soupeser l'intérêt pertinent et établir où réside l'intérêt public. .

⁹² *R c Keane*, [1994] 1 WLR 746 à la p. 752 [Keane]

l'égard de l'accusé, mais qui ne revêt pas une grande importance, sera communiquée » lorsque l'exercice de pondération joue en faveur du défendeur⁹³. Néanmoins, dans l'arrêt *R c Turner*, la Cour d'appel a déclaré que les juges devraient examiner soigneusement les demandes de communication –en examinant si le rôle de l'indicateur [TRADUCTION] « empiète à un point tel sur une question d'intérêt pour la défense, que ce soit dans le présent ou de façon éventuelle, qu'il rend la communication nécessaire⁹⁴. Dans la pratique, lorsqu'un juge reçoit des documents qui sont pertinents et qui ont été retenus par le ministère public, il doit procéder à un exercice de pondération de l'intérêt public dans la non-communication et de l'importance des documents dans le procès de l'accusé⁹⁵. Lorsque les documents contestés tendent à établir l'innocence de l'accusé ou seraient susceptibles d'éviter une erreur judiciaire, l'exercice de pondération milite en faveur de la communication. Alternativement, lorsque les renseignements contestés ne seraient pas très utiles, et aideraient probablement le ministère public, la pondération militera habituellement en faveur de la non-communication⁹⁶.

[63] Par contre, l'affaire *R c Ward*⁹⁷ appuie la thèse selon laquelle il incombe aux tribunaux et non au ministère public de procéder à l'exercice de pondération – notamment de décider [TRADUCTION] « si des éléments de preuve pertinents ou non ne devraient pas être communiqués sur le fondement d'une exception d'intérêt public⁹⁸ ».

[64] Le *Criminal Justice Act 2003*⁹⁹, qui a mis à jour l'*English Criminal Procedure and Investigation Act 1996*¹⁰⁰, fait que maintenant les tribunaux en Angleterre appliquent maintenant un seul critère pour la divulgation – il y a divulgation lorsque les renseignements contestés peuvent raisonnablement être jugés « susceptibles de compromettre la preuve à charge contre l'accusé¹⁰¹ ». Comme le fait remarquer Harrison [TRADUCTION] « Même si aucune partie de la loi ne modifie explicitement le droit sur le privilège de l'indicateur, on peut s'interroger sur la capacité du tribunal de prendre part à la pondération des intérêts jusqu'à ce que la défense demande un contrôle judiciaire, et, d'une façon, qui restreint la participation générale du tribunal dans les revendications de privilège de l'indicateur¹⁰² ».

c. Nouvelle-Zélande

[65] En Nouvelle-Zélande, le privilège des indicateurs est réglementé par les articles 53, 64 et 67 de l'*Évidence Act 2006*.

[TRADUCTION]

53 – Effet et protection du privilège

⁹³ Harrison, *supra* note 89 à 52.

⁹⁴ *R c Turner*, [1995] 1 WLR 264 à la p. 267.

⁹⁵ Keane, *supra* note 92, à la p. 752.

⁹⁶ *Ibid* à 753. Voir aussi Harrison, *supra* note 89 à la p 52.

⁹⁷ *Ward*, *supra* note 90.

⁹⁸ Harrison, *supra* note 89 à la p. 52.

⁹⁹ *Criminal Justice Act*, Chapter 44.

¹⁰⁰ *English Criminal Procedure and Investigation Act 1996*.

¹⁰¹ Harrison, *supra* note 89 à la p 53.

¹⁰² *Ibid*.

- (1) Une personne qui bénéficie d'un privilège conféré par les articles 54 à 59 à l'égard d'une communication ou d'un renseignement a le droit de refuser de divulguer dans une instance –
 - (a) la communication;
 - (b) les renseignements, y compris des renseignements contenus dans la communication; and,
 - (c) toute opinion qu'une personne s'est formée, à partir de la communication ou du renseignement.
- (2) Une personne qui bénéficie d'un privilège conféré par les articles 60 ou 64 à l'égard de renseignements a le droit de refuser de les divulguer dans une instance.
- (3) Une personne qui bénéficie d'un privilège prévu aux articles 54 à 59 et à l'article 64 à l'égard d'une communication, de renseignements, d'opinion, ou de document peut exiger que ceux-ci ne soient pas divulgués dans une instance –
 - (a) par la personne à laquelle la communication a été faite ou les renseignements ont été donnés, ou par laquelle l'opinion est donnée ou les renseignements ou le document est préparé ou compilé;
 - (b) par une autre personne qui en a la possession avec l'autorisation de la personne qui bénéficie du privilège, de façon confidentielle et à des fins relatives aux circonstances qui ont donné lieu au privilège.
- (4) Si une communication, un renseignement, une opinion ou un document à l'égard duquel une personne détient un privilège conféré par l'un des articles 54 à 59 et 64, est en possession d'une personne autre qu'une personne visée au paragraphe (3), juge peut, de sa propre initiative ou à la demande de la personne qui détient le privilège, ordonner que la communication, le renseignement, l'opinion ou le document ne soient pas divulgués dans une instance.
- (5) La présente loi n'a pas d'effet sur le droit commun régissant le secret professionnel, dans la mesure où elle s'applique au règlement des revendications à ce privilège qui sont faites ni dans le cadre d'une instance ni aux fins d'une instance.

64 – Indicateurs

- (1) Un indicateur bénéficie d'un privilège à l'égard de renseignements qui révéleraient ou qui seraient susceptibles de révéler son identité.
- (2) Pour l'application du présent article, une personne est un indicateur dans les cas ci-après:
 - (a) elle a fourni, à titre gracieux ou à titre onéreux, à un organisme chargé de l'application de la loi ou à un représentant d'un tel organisme, des renseignements concernant la perpétration effective ou possible d'une infraction dans des

circonstances où la personne peut raisonnablement s'attendre à ce que son identité ne soit pas révélée:

(b) elle n'est pas assignée à titre de témoin à charge relativement à ces renseignements.

- (3) Un indicateur peut être un agent de police banalisé.

67 – Pouvoirs du juge de refuser d'accorder le privilège

- (1) Un juge doit refuser une revendication d'un privilège conféré par l'un des articles 54 à 59 et par l'article 64 à l'égard d'une communication ou de renseignements lorsqu'il est convaincu qu'il existe une preuve *prima facie* que la communication a été faite ou reçue ou que les renseignements ont été compilés ou reçus, dans un dessein malhonnête ou en vue de permettre à quelqu'un de commettre ou de préméditer de commettre ce que la personne qui revendique le privilège savait ou aurait dû raisonnablement savoir être une infraction, ou de l'aider à commettre une telle infraction.
- (2) Un juge peut refuser une revendication d'un privilège conféré par l'un des articles 54 à 59 et par l'article 64 à l'égard d'une communication ou de renseignements lorsqu'il est d'avis que les éléments de preuve relatifs à la communication ou aux renseignements sont nécessaires pour permettre au défendeur de présenter une défense efficace dans une instance pénale.
- (3) Toute communication ou tout renseignement divulgué à la suite d'un refus de la revendication d'un privilège en vertu du paragraphe (2) et tout renseignement tiré de cette divulgation ne peut être utilisé contre le détenteur du privilège dans une instance en Nouvelle-Zélande.

[66] Un juge peut ordonner une divulgation lorsque les renseignements sont « nécessaires pour permettre au défendeur de présenter une défense efficace dans une instance pénale ». Par conséquent, la règle veut que le privilège de l'indicateur soit conféré lorsqu'il existe un fondement valable de le faire, sans qu'il y ait pondération des intérêts opposés, mais seulement lorsque le droit du défendeur à un procès équitable ne serait pas compromis par une non-divulgation.

d. États-Unis d'Amérique

[67] Le privilège habituellement désigné ailleurs dans le monde comme étant le privilège de l'indicateur est, aux États-Unis, le privilège du gouvernement américain de [traduction] « refuser de communiquer l'identité des personnes qui fournissent des renseignements concernant la perpétration d'infractions aux agents chargés de l'application de la loi¹⁰³ ».

[68] Aux États-Unis, comme en Angleterre et en Australie, le privilège du gouvernement fait l'objet d'une pondération des intérêts par les tribunaux. Pour soupeser l'intérêt du gouvernement à la confidentialité par rapport à l'intérêt que le défendeur peut avoir à la divulgation, le tribunal

¹⁰³ *Scher c United States*, 305 US 251.

doit appliquer un critère à trois volets afin d'établir au cas par cas si la divulgation est justifiée – Premièrement, les tribunaux doivent examiner le niveau de participation de l'indicateur à l'activité criminelle reprochée. Ensuite, le tribunal doit examiner l'utilité de la divulgation à l'égard de tout moyen de défense revendiqué. Enfin, le tribunal doit se pencher sur l'intérêt du gouvernement dans la non-communication (les « facteurs de type *Roviaro* »)¹⁰⁴.

[69] En ce qui a trait au premier facteur, les tribunaux américains ont statué que plus la participation de l'indicateur est grande à la perpétration du crime, plus il est probable que la balance de pondération penchera en faveur de la divulgation de l'identité de la personne¹⁰⁵. Dans l'affaire *United States c Diaz*, la Cour suprême de Californie a clairement affirmé que les tribunaux ne devraient pas juger en faveur de la divulgation lorsque l'indicateur confidentiel n'est qu'un informateur ou n'a qu'un faible niveau de participation à l'activité criminelle signalée¹⁰⁶.

[70] Le second facteur relatif à l'utilité de la divulgation à l'égard de tout moyen de défense revendiqué milite en faveur de la divulgation lorsque la révélation de l'identité de l'indicateur confidentiel serait utile à la défense de l'accusé¹⁰⁷. Dans cet ordre d'idées, la jurisprudence américaine appuie la conclusion portant que les recherches à l'aveuglette, les conjonctures ou les hypothèses quant à la possibilité de pertinence ne justifient pas la divulgation¹⁰⁸.

[71] Aux États-Unis, lorsqu'une personne demande communication de l'identité de l'indicateur, aucune règle n'exige que le juge de la cour de district tienne une audience à huis clos¹⁰⁹. En fait, lorsque le tribunal conclut rapidement que les renseignements ne pourraient être utiles à la défense de l'accusé, il n'y aura pas de telle audience à huis clos. Une telle approche pourrait être considérée conforme au droit canadien, puisqu'il n'y a pas d'obligation de divulguer à la défense les renseignements qui ne sont manifestement pas pertinents.

[72] En ce qui concerne le troisième facteur, les tribunaux américains examineront les éléments de preuve présentés par le poursuivant relativement à l'utilité continue de l'indicateur confidentiel et au danger possible que présente la divulgation de son identité¹¹⁰. Comme ce fut le cas dans l'affaire *Davis*, lorsque les deux premiers facteurs ne permettent pas d'établir une preuve suffisamment solide en faveur de la divulgation de l'identité, le tribunal n'examinera généralement pas le troisième facteur¹¹¹.

PARTIE III – DÉFIS D'ORDRE PRATIQUE QUI SE POSENT DANS LES DOSSIERS RELATIFS AU PRIVILÈGE DE L'INDICATEUR

a. Audience constituant la première étape/participation des procureurs de la défense

¹⁰⁴ *United States c Cooper*, 949 F.2d 737 at 749 (5th Cir. 1991).

¹⁰⁵ *United States c Ayala*, 643 F.2d 244 at 246 (5th Cir. 1981).

¹⁰⁶ *United States c Diaz*, 655 F.2d 580 at 587-89 (5th Cir. 1981).

¹⁰⁷ *Davis c United States*, 181 L. Ed. 2d 784, 2012 U.S. LEXIS 533 (U.S., Jan. 9, 2012).

¹⁰⁸ *United States c Toombs*, 497 F.2d 88, 90 at 93 (5th Cir. 1974). [TRADUCTION] « Il faut beaucoup plus que des hypothèses. Il doit exister un motif impérieux pour la communication ».

¹⁰⁹ *Ibid.* Voir aussi *Basi*, *supra* note 2, au para 38.

¹¹⁰ *United States c Davis*, 443 Fed Appx 9; 2011 U.S. App. LEXIS 19702.

¹¹¹ *Ibid.*

[73] Il y a eu un peu de confusion au sujet de la procédure appropriée à suivre pour solliciter une décision judiciaire portant que le privilège de l'indicateur s'applique dans une affaire donnée. Cette confusion découle, en partie, de l'arrêt de la Cour suprême du Canada dans *Basi*, alors qu'il semblait, à première vue, donner des lignes directrices contradictoires quant à la manière de résoudre les dossiers impliquant le privilège de l'indicateur.

[74] La Cour a conclu que, quand il s'agit de déterminer si le privilège existe, le tribunal doit tenir une audience qui constitue la « première étape », et cette audience doit être à huis clos. Dans *Personne désignée*, la Cour avait déjà déclaré que de telles audiences devaient également être *ex parte*. Dans *Basi*, la Cour a ajouté qu'à cette première étape, l'existence de la revendication ne devrait pas être divulguée publiquement¹¹². Elle a continué en mentionnant que, dans les audiences pour résoudre la question d'une revendication de privilège, l'accusé et les procureurs de la défense ne devraient être exclus de l'instance que si l'identité de l'indicateur confidentiel ne peut être protégée autrement¹¹³. La Cour a aussi fait remarquer que le juge devrait adopter toutes les mesures raisonnables pour permettre aux avocats de la défense de présenter des observations utiles en ce qui concerne ce qui se passe en leur absence.

[75] À première vue, il semblerait que les directives de la Cour dans ce domaine se contredisent. D'un côté, elle a laissé entendre que les audiences qui constituent la première étape devaient être tenues à huis clos et *ex parte*. De l'autre côté, elle a laissé entendre que les procureurs de la défense ne devraient être exclus de l'instance que si l'identité de l'indicateur confidentiel ne peut être protégée autrement. Le dernier point soulevé par la Cour reconnaissait les dangers liés aux audiences *ex parte* lorsque la personne exclue s'expose à une condamnation criminelle¹¹⁴.

[76] Un examen minutieux de ces passages, de même que de la jurisprudence qui a évolué depuis ces arrêts, offre toutefois suffisamment de clarté pour donner une orientation quant à ces questions. Les lignes directrices qui se dégagent peuvent être condensées dans les principes clés suivants:

- (1) Il y a une nécessité absolue de protéger les indicateurs confidentiels (sous réserve de l'exception concernant la démonstration de l'innocence de l'accusé).
- (2) Jusqu'à ce qu'une revendication de privilège n'ait été établie, le privilège est présumé exister.
- (3) À l'audience constituant la première étape, aucune personne se situant à l'extérieur du privilège ne peut avoir accès à l'information à l'égard de laquelle le privilège a été demandé.
- (4) Par conséquent, l'avocat de la défense doit être exclu de la procédure si l'identité de l'indicateur présumé ne peut être autrement protégée.
- (5) Dans de tels cas, les tribunaux doivent utiliser leur vaste pouvoir discrétionnaire pour établir des procédures qui veillent à protéger les intérêts de l'accusé, notamment, s'il y a lieu:

¹¹² *Basi*, *supra* note 2 au para 38.

¹¹³ *Ibid* au para 53.

¹¹⁴ *Ibid* au para 54.

- a. Permettre à la défense de soumettre des questions qui peuvent être soulevées pendant l'audience;
- b. Fournir à la défense une transcription caviardée de la procédure; ou,
- c. Nommer un *amicus curiae* qui aidera le tribunal à déterminer si le privilège s'applique.

[77] Toutes les mesures susmentionnées laissent entendre que, au moins théoriquement, l'avocat de la défense pourrait être autorisé à assister à une audience fondée sur l'arrêt *Basi*, ou au moins à une partie de l'audience. La participation des avocats de la défense pourrait, par exemple, constituer en la production d'observations en la présence de la Couronne au sujet du droit relatif au privilège de l'indicateur, ou sur le type de questions auxquelles ils voudraient faire témoigner une personne. Cependant, en réalité, il pourrait être impossible pour la défense de participer entièrement à une audience sur le fondement de l'arrêt *Basi*. Dans de tels cas, comme l'a déjà reconnu la jurisprudence, il est essentiel que les tribunaux prennent des mesures pour veiller à ce que les intérêts de ceux qui ne sont pas présents lors d'une audience fondée sur l'arrêt *Basi* soient représentés de façon appropriée et, qu'une fois le privilège établi, le reste des procédures protègent et favorisent, dans la mesure du possible, les principes fondamentaux du système de justice du Canada, y compris le principe de la publicité débats judiciaires.

b. L'indicateur en tant que témoin

[78] Comme nous l'avons mentionné, rien n'empêche explicitement la Couronne d'assigner à témoigner un indicateur confidentiel dans un procès criminel, mais cela pourrait, en pratique, être presque impossible à faire dans les cas où celui-ci serait appelé à témoigner sur des sujets susceptibles d'empiéter sur ses activités d'indicateur. Cela s'explique par le fait qu'il est difficile de savoir à l'avance si certaines questions seront posées, et si, en y répondant, le témoin risque d'être identifié en tant qu'indicateur confidentiel. Même dans les cas où le témoin pourrait devoir témoigner sur des sujets non liés à ses activités d'indicateur confidentiel, il est impossible de savoir avec certitude si son identité sera protégée. C'est pourquoi, de façon générale, le rôle de témoin et celui d'indicateur sont considérés comme étant incompatibles¹¹⁵.

[79] L'obligation légale de la Couronne de protéger l'identité des indicateurs confidentiels signifie que, sans consentement à une renonciation au privilège (par la Couronne et l'indicateur), le privilège de l'indicateur doit être considéré comme interdisant, en pratique, à la Couronne de citer un indicateur à témoigner à l'instruction à propos de renseignements qu'il a révélés à la police. Bien qu'en principe, rien n'empêche d'appeler un indicateur confidentiel comme témoin, il pourrait être presque impossible de le faire et de s'attendre de manière réaliste à maintenir le droit au secret de l'indicateur¹¹⁶. L'impossibilité d'obtenir le témoignage de l'indicateur pourrait dans certains cas se traduire par un arrêt des procédures.

[80] Le groupe de travail a examiné cette question ainsi que celle de savoir s'il y a lieu de recommander une modification législative. L'option envisagée consistait à modifier la loi de manière à ce que l'avocat de la défense ne se trouve pas en dehors du cercle du privilège – dans

¹¹⁵ *Personne désignée B*, supra note 8 au para 140. Le juge Cromwell, dissident, décrit les difficultés que pose le fait de citer un indicateur comme témoin.

¹¹⁶ *Ibid.*

tous les cas ou au cas par cas –, sous réserve de la promesse de ne pas divulguer le nom de l'indicateur à son client. Cela aurait pu aider à éviter que des questions susceptibles de révéler qu'un témoin est un indicateur confidentiel lui soient posées. Toutefois, au final, le groupe a reconnu qu'un tel scénario serait possiblement fondamentalement incompatible avec le rôle de l'avocat de la défense à l'égard de son client. Ainsi, cela pourrait l'empêcher de poser à son client certaines questions qu'il pourrait autrement aborder et, par ailleurs, faire en sorte qu'il donne l'impression de ne pas suivre ses instructions.

[81] Le groupe de travail est arrivé à la conclusion que ce scénario n'offrait pas d'avantages évidents pour la défense. Ces préoccupations ont d'ailleurs été soulevées par les tribunaux, y compris par la Cour suprême du Canada, qui a mentionné dans l'arrêt *Basi* que le fait de permettre aux avocats de la défense d'être protégés par le privilège les placerait « dans une position inconfortable et non souhaitable au plan professionnel » parce que le fait de respecter les engagements pris devant le tribunal de ne pas divulguer l'identité de l'indicateur confidentiel mettrait à rude épreuve leur relation avec leurs clients accusés¹¹⁷. Enfin, le fait de ne pas communiquer certains renseignements à leurs clients pourrait être jugé contraire à l'obligation qui leur incombe sur le plan éthique d'agir en tout temps dans l'intérêt de leurs clients.

c. Voies d'appel et absence d'appels interlocutoires en common law

[82] Bien que le privilège de l'indicateur soit un privilège générique pouvant être invoqué en tant que privilège en soi, dans certains cas, il est possible que le privilège prévu par la common law soit rejeté, et que la Couronne soit contrainte de protéger l'identité d'un indicateur confidentiel au moyen d'une revendication du privilège d'intérêt public prévu par la loi (c.-à-d., l'article 37 de la *LPC*).

[83] D'aucuns ont souligné que le fait d'accepter que l'article 37 de la *LPC* puisse être invoqué pour protéger un indicateur confidentiel revient à ignorer une disposition législative dûment adoptée par le Parlement du Canada; cela équivaut à accepter que le Parlement a consenti à modifier le caractère absolu du privilège de l'indicateur en faveur d'un régime de pondération, ou à accepter que le Parlement entendait faire abstraction de la procédure prévue au paragraphe 37(5) de la *LPC* lorsque le privilège relatif à l'indicateur s'applique.¹¹⁸

[84] Dans l'arrêt *Basi*, la Cour suprême du Canada semble avoir souscrit à cette dernière approche. Elle a en effet indiqué que, bien que la common law soit habituellement suffisante pour protéger l'identité d'un indicateur, l'article 37 de la *LPC* pouvait également être utilisé comme moyen de protéger un indicateur confidentiel dans le cadre d'un procès criminel. Toutefois, à ce chapitre, cette protection ne perd pas son caractère quasi absolu (c.-à-d. que la seule exception est celle relative à la démonstration de l'innocence de l'accusé).

[85] Le Groupe de travail a envisagé la possibilité de modifier la *LPC* afin de codifier la décision rendue dans *Basi* et de clarifier les moyens d'appel dans les cas où la décision d'un juge

¹¹⁷ Voir *Basi*, *supra* note 2 à 45.

¹¹⁸ Voir en particulier Louis Belleau, « L'immunité de divulgation sous le régime de l'article 37 L.P.: des secrets biens gardés » (2008) 13:1, Rev. can. D.P. 19, aux pages 40 à 43. Voir également Ashenburst, précité note 72 au p 638 à 644.

risquerait de révéler l'identité d'un indicateur confidentiel. Néanmoins, le Groupe de travail était d'avis que de telles modifications à la loi n'ajouteraient rien de significatif au droit sur le privilège de l'indicateur, mais qu'elles seraient tout simplement une codification du *statu quo*, étant donné que la Cour suprême du Canada a déjà reconnu que l'article 37 de la *LPC* confère le droit à un appel interlocutoire dans le contexte du privilège de l'indicateur.

d. La non-divulgation fondée sur le privilège et la signification à la défense

[86] Une dernière question examinée par le groupe de travail concerne la procédure à suivre lorsqu'un procureur divulgue des renseignements partiellement caviardés en vue de protéger l'identité d'un indicateur confidentiel. Dans nombre de cas, un tel scénario posera peu de problèmes à la partie poursuivante, et elle pourra informer la défense des motifs pour lesquels les renseignements ne sont pas divulgués, et ce, sans révéler l'identité d'un indicateur confidentiel. Cependant, dans d'autres cas, il sera impossible pour la Couronne de préciser le motif pour lequel l'information n'est pas communiquée sans révéler par le fait même l'identité d'un indicateur confidentiel. Un exemple pour illustrer cette situation serait celui d'un témoin qui mentionne, à un certain moment lors d'un entretien avec la police, qu'il est un indicateur confidentiel. Dans de tels cas, le caviardage de cette déclaration est évidemment permis, mais il est impossible de divulguer la raison pour laquelle l'information a été caviardée sans révéler l'identité de l'indicateur confidentiel. Étant donné la protection quasi absolue qui s'applique dans les situations de privilège de l'indicateur, cela signifie que la totalité de la preuve ne peut être divulguée et que, par conséquent, celle-ci ne peut être utilisée en preuve lors du procès.

[87] Le groupe de travail s'est penché sur l'opportunité de prévoir des procédures dans la loi pour traiter de telles situations. Une des possibilités analysées était celle de savoir s'il serait, dans certains cas, approprié pour la Couronne de modifier les renseignements divulgués, sans toutefois informer la défense de l'existence de ces modifications (ou du motif pour lequel les modifications ont été apportées), qu'il y ait approbation judiciaire préalable ou non. Cette idée a ultimement été rejetée par le groupe de travail. Cette possibilité a aussi été rejetée par les tribunaux. Dans *R c Unnamed Person*¹¹⁹, une décision rendue en 2015, le juge Gray a rejeté la demande *ex parte* de la Couronne, par laquelle cette dernière demandait la permission de modifier certains renseignements et de pouvoir divulguer ces renseignements à la défense, sans révéler qu'ils avaient été modifiés, en vue de protéger l'identité d'un indicateur confidentiel qui était aussi coaccusé au procès (son rôle à titre d'indicateur confidentiel n'avait aucune incidence sur le procès en soi).

PARTIE IV– CONCLUSIONS ET RECOMMANDATIONS

[88] Les règles qui régissent le privilège de l'indicateur sont complexes et profondément ancrées dans la common law. Le Groupe de travail a reconnu que la démarche consistant à codifier des parties du privilège peut avoir des effets indésirables et non voulus sur le régime dans son ensemble. Il estime également que la common law prévoit la souplesse nécessaire pour résoudre les nombreuses difficultés qui peuvent survenir dans des affaires portant sur le privilège de l'indicateur.

¹¹⁹ [2015] OJ No. 3014 (C.S de l'Ont.).

[89] Compte tenu de ces facteurs, le Groupe de travail convient de ce qui suit:

- (1) Il n'est pas nécessaire d'entreprendre une réforme du droit à l'heure actuelle.
- (2) Les avocats de la défense ne devraient pas faire partie du cercle du privilège, et les tribunaux doivent faire preuve de diligence lorsqu'ils soupèsent les intérêts liés à la protection de l'identité de l'indicateur et les intérêts liés au respect du droit de l'accusé à un procès équitable.
- (3) L'article 37 prévoit suffisamment de mécanismes d'appel en ce qui concerne le statut des indicateurs confidentiels.
- (4) Il ne conviendrait pas d'édicter un régime législatif permettant l'édition de la preuve afin de protéger l'identité des indicateurs confidentiels.
- (5) Les agents d'application de la loi devraient servir à préciser le statut d'un témoin à titre d'indicateur confidentiel le plus tôt possible dans une enquête.
- (6) Il faut veiller, le plus tôt possible, à établir une démarcation claire entre les indicateurs confidentiels, d'une part, et les témoins, d'autre part.
- (7) Si possible, les policiers devraient chercher à obtenir le témoignage d'autres sources que celui de l'indicateur confidentiel.
- (8) Il faut considérer le développement d'outils de formation, de lignes directrices ainsi que de politiques pour mieux répondre aux principales difficultés pratiques qui surgissent lorsque le privilège de l'indicateur est invoqué ou lorsque l'on tente de protéger l'identité d'un indicateur confidentiel. Ces outils seront utiles pour les avocats de la Couronne ainsi que les agents d'application de la loi.
- (9) Justice Canada continuera de surveiller les tendances dans le droit du privilège de l'indicateur. Si le droit évolue d'une façon qui n'apporte pas suffisamment de précisions aux personnes visées par un litige en matière de privilège de l'indicateur, la question de la réforme du droit pourrait être réexaminée.

Août 2016
Fredericton (Nouveau-Brunswick)