

**CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION  
DES LOIS AU CANADA**

**GROUPE DE TRAVAIL CONJOINT DE LA SECTION CIVILE  
ET DE LA SECTION PÉNALE**

**RAPPORT DU GROUPE DE TRAVAIL**

**SUR**

**L'UTILISATION DE LA PRODUCTION DU DOSSIER  
DU MINISTÈRE PUBLIC À DES FINS ACCESSOIRES**

par **DENISE DWYER**

*Veillez noter que les idées et conclusions formulées dans ce document, ainsi que toute terminologie législative proposée et tout commentaire ou recommandations, n'ont peut-être pas été adoptés par la Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada. Ils ne reflètent pas nécessairement le point de vue de la Conférence et de ses participants. Veuillez consulter les résolutions concernant ce thème qui ont été adoptées par la Conférence lors de la réunion annuelle.*

**Charlottetown, Île-du-Prince-Édouard**

**Septembre 2007**

RAPPORT DU GROUPE DE TRAVAIL SUR L'UTILISATION DE LA PRODUCTION DU  
DOSSIER DU MINISTÈRE PUBLIC À DES FINS ACCESSOIRES

**TABLE DES MATIÈRES**

<b>I. INTRODUCTION.....</b>	<b>1</b>
<b>II. PRINCIPES DIRECTEURS CONCERNANT L'UTILISATION ACCESSOIRE DES DOCUMENTS DU DOSSIER DU MINISTÈRE PUBLIC</b>	<b>4</b>
<b>III. CONTEXTE .....</b>	<b>7</b>
A. <i>D. P. c. Wagg</i> .....	9
B. Décisions sur la production du mémoire du ministère public depuis l'arrêt <i>Wagg</i> .....	16
C. Les effets de l'arrêt <i>Wagg</i> – l'expérience de l'Ontario.....	24
i) Motion aux fins de production par un tiers selon les règles de pratique en matière civile.....	25
ii) Procédures relatives à la protection des enfants .....	28
iii) Procédures disciplinaires professionnelles .....	29
iv) Arbitrage de conflits de travail .....	32
<b>IV. LE CONCEPT DE L'ENGAGEMENT TACITE .....</b>	<b>33</b>
A. La jurisprudence canadienne.....	34
B. L'évolution du droit au Royaume-Uni.....	39
C. Réforme de la divulgation au Canada.....	43
D. Résumé et conclusions sur la règle de l'engagement tacite .....	44
<b>V. PRODUCTION SELON LES RÈGLES DE PRATIQUE EN MATIÈRE CIVILE .....</b>	<b>45</b>
A. Les règles de pratique en matière civile et l'immunité du ministère public ... CONFÉRENCE POUR L'UNIFORMISATION DES LOIS AU CANADA	47
B. La production en matière civile et les principes de privilège .....	51

RAPPORT DU GROUPE DE TRAVAIL SUR L'UTILISATION DE LA PRODUCTION DU  
DOSSIER DU MINISTÈRE PUBLIC À DES FINS ACCESSOIRES

**TABLE DES MATIÈRES**

C.	Application du système de filtrage de <i>Wagg</i> .....	52
D.	Application du mécanisme de filtrage <i>Wagg</i> dans d'autres tribunaux. ....	57
<b>VI.</b>	<b>ACCÈS AU MOYEN DE LA LOI SUR LA LIBERTÉ D'ACCÈS À L'INFORMATION.....</b>	<b>59</b>
<b>VII.</b>	<b>LES OBSTACLES INHÉRENTS À LA RÉALISATION DE L'UNIFORMITÉ</b>	<b>66</b>
A.	Criminel : Application de l'engagement tacite .....	66
B.	Civil : Application restreinte du système de filtrage de <i>Wagg</i> .....	67
C.	Sources de droit administratif et quasi criminel : pouvoirs statutaires d'ordonner la production par le ministère public en tant que tiers .....	67
D.	Accès à l'information : protection limitée à l'égard de cet autre accès au dossier du ministère public .....	68
<b>VIII.</b>	<b>RECOMMANDATIONS .....</b>	<b>68</b>
<b>IX.</b>	<b>CONCLUSIONS .....</b>	<b>71</b>

**RAPPORT DU GROUPE DE TRAVAIL SUR L'UTILISATION DE LA PRODUCTION  
DU DOSSIER DU MINISTÈRE PUBLIC À DES FINS ACCESSOIRES**

**par Denise Dwyer \***

**I. INTRODUCTION**

[1] L'objectif ultime d'un procès, criminel ou civil, doit être la recherche et la découverte de la vérité<sup>1</sup>. Comme l'affirme la Cour suprême du Canada, dans un procès criminel, « on recherche la vérité afin de déterminer si l'accusé devant le tribunal est, hors de tout doute raisonnable, coupable du crime dont il est inculpé. La preuve produite doit être pertinente et admissible. C'est-à-dire qu'elle doit être probante sur le plan de la logique et recevable sur le plan juridique<sup>2</sup> ». À cette fin, les tribunaux et parties doivent avoir le libre accès aux renseignements pertinents. Cependant, cette exigence devient plus complexe lorsque les parties à une instance civile tentent d'obtenir les renseignements recueillis dans le but de faire avancer une enquête et une poursuite criminelle. Elle provoque entre des intérêts divergents, un conflit qui peut faire échec à la recherche de vérité dans les deux arènes. Il s'ensuit que l'intérêt public de garantir que tous les éléments de preuve pertinents soient accessibles aux parties et au tribunal doit être tempéré par d'autres considérations d'intérêt public, p. ex. la protection de la vie privée et de la confidentialité. Cet équilibre est essentiel pour préserver l'intégrité des processus criminel et civil, et en fin de compte, l'administration de la justice.

[2] Du point de vue du droit criminel, il existe des arguments convaincants voulant que l'utilisation des documents contenus au dossier du ministère public compromette la tâche propre au tribunal de découvrir la vérité, et puisse aller directement à l'encontre de son devoir de protéger l'intérêt public. Il existe un risque réel et une crainte essentielle que les témoignages de la poursuite puissent subir une influence indue ou devenir inadmissibles en

---

\* Denise Dwyer est sous-directrice du contentieux au ministère du Procureur général de l'Ontario, Bureau des avocats de la Couronne - Droit civil. Cependant, les points de vue exprimés dans ce document sont ceux de son auteur et des membres du Groupe de travail et ne représentent pas la position du Procureur général de l'Ontario. Ce rapport a été rédigé en collaboration avec les membres du Groupe de travail.

raison de la diffusion des renseignements du dossier du ministère public en dehors de la procédure criminelle. L'utilisation accessoire des documents de la poursuite soulève également d'autres questions d'intérêt public plus vastes mentionnées ci-dessus, telles que la protection de la vie privée et de la confidentialité. Notamment, les renseignements contenus au dossier du ministère public, y compris ceux reçus de la part des témoins et d'autres personnes, ont été recueillis dans un climat de confiance dans le but de faire avancer une enquête criminelle, et non pas pour servir hors du cadre de la procédure criminelle. La collaboration de témoins, et d'autres personnes qui fournissent des renseignements à la police, est déterminante pour la réussite future des enquêtes policières.

[3] L'importance accordée à la quête de vérité en contexte de droit civil est aussi grande que dans le contexte du droit criminel. Tout comme dans le système criminel, les tribunaux civils ont le devoir de protéger l'intérêt public. Les règles qui régissent la procédure civile sont conçues pour faciliter cette protection en favorisant entre les parties une divulgation et une communication complètes et fidèles des renseignements pertinents. De plus, comme l'a souligné le juge Cory dans l'arrêt *Cook c. Ip et al.* :

[TRADUCTION]

« Il ne fait aucun doute qu'il est dans l'intérêt public de s'assurer que tous les renseignements pertinents sont disponibles pour le tribunal. Cet élément est essentiel si l'on veut que justice soit rendue entre les parties. [...] Il est également important pour les parties que l'on produise ces documents hâtivement. Le règlement hâtif des différends présente un grand avantage, tant pour les parties que pour le système judiciaire<sup>3</sup>. »

[4] En règle générale, un juge qui préside un procès civil est moins enclin à refuser d'admettre une preuve, comparativement à son homologue d'un tribunal criminel. La différence vient du fait que le droit de l'accusé de rester silencieux et de ne pas s'incriminer est un concept étranger au système de droit civil où, en fait, la règle est inversée. Les parties à une procédure civile sont contraintes de témoigner tant aux interrogatoires préalables qu'au procès,

où elles doivent répondre à toute question pertinente qui leur est posée, à moins que la réponse ne soit protégée par un privilège. Le juge d'un tribunal civil est incité à ratisser large au moment de considérer l'admissibilité d'une preuve pertinente, afin de s'assurer de posséder un dossier complet sur lequel fonder sa décision. Dans les tribunaux administratifs, cette démarche peut s'avérer encore plus exhaustive.

[5] Les intérêts divergents entre les parties dans les systèmes de droit civil et criminel, en ce qui concerne l'utilisation accessoire de la divulgation du dossier du ministère public, ont fait l'objet d'un examen approfondi dans le document de réflexion intitulé *Collateral Use of Crown Brief Disclosure*<sup>4</sup>. Ce document s'est avéré l'élément moteur pour la constitution du présent Groupe de travail chargé d'étudier les questions soulevées, et en 2007, de faire des recommandations à la Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada [TRADUCTION] « quant à l'opportunité et à la faisabilité de mesures législatives ou non législatives visant à promouvoir l'uniformité de l'utilisation des documents du dossier du ministère public dans une procédure accessoire ». Les membres du Groupe de travail, outre l'auteur, sont : Nancy Irving, Service des poursuites pénales du Canada; David Marriott, ministère de la Justice de l'Alberta; Greg Steele, cabinet d'avocats de Steele, Urquart, Colombie-Britannique; Christopher Rupar, Justice Canada, Direction du contentieux des affaires civiles; Elise Nakelsky, ministère du Procureur général de l'Ontario, Division du droit criminel; et Abi Lewis, ministère du Procureur général de l'Ontario, Division de la politique.

[6] Dans le présent rapport, le Groupe de travail examine les effets de la décision dans l'arrêt *D. P. c. Wagg*<sup>5</sup> (« *Wagg* ») sur la production en matière civile, ainsi que sur des questions similaires relatives à la production du dossier du ministère public, qui sont actuellement débattues dans le contexte de procédures en matière de protection de l'enfance et de droit administratif. Le Groupe de travail se penche sur les sources principales à partir desquelles on peut obtenir le contenu du dossier du ministère public pour s'en servir dans une procédure parallèle et souligne les principes directeurs et les recommandations à la mise en place d'un contrôle équitable et cohérent sur ces sources. Plus précisément, le Groupe de travail examine la nécessité d'un engagement de confidentialité qui régisse la communication de documents provenant du dossier du ministère public dans une procédure parallèle; l'idée de

codifier par une loi le processus de filtrage décrit à l'arrêt *Wagg*, dans les provinces et territoires et la nécessité pour toutes les provinces d'avoir une protection plus étendue pour les pièces du dossier du ministère public dans leurs lois sur l'accès à l'information.

[7] Tandis que les recommandations contenues au présent rapport ont été approuvées par consensus, chacune d'entre elles n'a pas obtenu l'appui de chaque membre du Groupe de travail. Notre objectif était d'offrir un plan détaillé pratique pour assurer la protection des pièces contenues dans les dossiers du ministère public, tout en respectant l'exigence de production complète visant à servir les fins de la justice, et ce, tant en litige civil que criminel.

## **II. PRINCIPES DIRECTEURS CONCERNANT L'UTILISATION ACCESSOIRE DES DOCUMENTS DU DOSSIER DU MINISTÈRE PUBLIC**

[8] S'inspirant des principes juridiques abordés dans l'arrêt *Wagg*, des leçons tirées de l'expérience vécue en Ontario avec les motions *Wagg* et la jurisprudence s'y rattachant, le Groupe de travail a mis au point un ensemble de principes directeurs. Ces principes ne sont pas exhaustifs. Ils ont servi de base à notre approche pour rédiger les recommandations. Nous espérons que ces recommandations permettront à tout le moins d'uniformiser l'utilisation et la production des renseignements du dossier du ministère public à des fins accessoires. Dans ces principes directeurs, nous nous intéressons à un intérêt public supérieur, en l'occurrence, à protéger l'administration de la justice, et plus précisément, à l'intégrité de la procédure criminelle. Cette préoccupation exige que l'on vérifie si le privilège, l'immunité d'intérêt public ou tout autre facteur d'intérêt public, prévaudraient sur l'impératif d'intérêt public de favoriser l'administration de la justice en offrant aux parties à un litige le libre accès à tout renseignement pertinent <sup>6</sup>. Le Groupe de travail a établi les principes directeurs suivants :

1. En général, il est de l'intérêt public de restreindre la production et l'utilisation des pièces du dossier du ministère public pour des fins accessoires, afin de maintenir l'intégrité des processus d'enquête et de poursuite criminelle, et de répondre aux préoccupations des tiers quant à la protection de leur vie privée et de leur confidentialité.

RAPPORT DU GROUPE DE TRAVAIL SUR L'UTILISATION  
DE LA PRODUCTION DU DOSSIER DU MINISTÈRE PUBLIC À DES FINS ACCESSOIRES

- (a) L'efficacité des enquêtes criminelles dépend en grande mesure du soutien et de la coopération du public<sup>7</sup>. Les renseignements recueillis auprès du public par la police en vue d'une poursuite criminelle sont présumés confidentiels et privés. Un témoin ne s'attend aucunement à ce que les renseignements qu'il fournit soient utilisés ailleurs que dans le cadre de la procédure criminelle.
  
  - (b) La communication à l'avocat de la défense ne doit servir qu'à présenter une défense pleine et entière. L'avocat de la défense doit conserver la surveillance, la garde et le contrôle des pièces communiquées de façon à ce qu'aucune copie de ces pièces ne soit utilisée à des fins accessoires. Il s'agit d'un engagement tacite de confidentialité. L'avocat de la défense, l'accusé non représenté, et les tiers qui reçoivent communication du dossier du ministère public sont liés par cet engagement.
  
  - (c) Un accusé a le droit constitutionnel à un procès équitable et à la possibilité de présenter une défense pleine et entière à chaque étape du processus pénal. Dans les cas où l'on tente, pendant une poursuite criminelle en cours, d'obtenir la production des documents du ministère public pour s'en servir dans une procédure civile parallèle, le critère prépondérant doit être de maintenir l'intégrité de la poursuite. Cette ligne de conduite inclut la conservation de la présomption d'innocence, la protection de la confidentialité et de la vie privée des tiers, et en général, la nécessité d'éviter de discréditer l'administration de la justice.
  
  - (d) À titre de représentant de l'intérêt public, le ministère public a l'obligation de garantir un procès équitable, un devoir de protéger l'administration de la justice et un intérêt légitime à protéger la vie privée des témoins et des suspects.
2. Il est dans l'intérêt public de protéger l'administration de la justice civile en s'assurant que les parties à une procédure civile jouissent d'un plein accès à tous les renseignements pertinents.

- (a) Les parties à une procédure civile ont un intérêt légitime d'avoir accès aux renseignements contenus au dossier du ministère public en cherchant à obtenir des réparations civiles découlant des actes de l'accusé, ce qui inclut les victimes de crimes, les affaires impliquant des enfants, les affaires disciplinaires professionnelles et les cas de harcèlement sexuel.
  - b) Le dossier du ministère public est un document d'une catégorie particulière et sa production pour une utilisation accessoire soulève de graves questions d'intérêt public. Il faut appliquer le mécanisme de filtrage formulé dans l'arrêt *Wagg*, afin de s'assurer que les questions d'intérêt public soient convenablement équilibrées.
3. Le mécanisme de filtrage formulé dans l'arrêt *Wagg* s'applique aux procédures quasi criminelles et civiles, y compris aux organismes de protection de l'enfance, aux arbitrages de conflits de travail, et aux procédures de justice administrative.
  4. Le critère de pondération de l'intérêt public qui fait partie du processus *Wagg* doit être appliqué de façon équitable et uniforme. Ce précepte exige que le décideur possède l'expertise juridique nécessaire pour reconnaître les enjeux de l'administration de la justice qui sont déterminants pour la protection de l'intégrité des systèmes de droit criminel et civil.
  5. Il ne faudrait pas que les lois sur l'accès à l'information puissent être utilisées pour donner accès aux documents du dossier du ministère public dans des circonstances où l'intérêt public devrait imposer la confidentialité. Les principes et considérations de l'arrêt *Wagg* devraient éclairer le processus d'accès à l'information.

### III. CONTEXTE

#### La terminologie expliquée

[9] Tout d'abord, le Groupe de travail a jugé utile de clarifier le sens attribué aux termes « dossier du ministère public », « production », « divulgation ou communication », « engagement tacite », « immunité d'intérêt public » et « privilège d'intérêt public » utilisés au présent rapport.

[10] La signification du terme « dossier du ministère public » ne fait pas l'objet d'une acception universelle, mais elle est généralement comprise par les avocats comme ayant une signification plus large que la divulgation en matière criminelle que l'on fournit à une personne accusée, en exécution de l'obligation du ministère public énoncée dans *Stinchcombe*<sup>8</sup>. Dans son sens le plus large, le dossier du ministère public englobe tout le dossier d'enquête de la police et le dossier complet détenu par le procureur de la Couronne, y compris les notes prises par ce dernier lors de son évaluation et de sa rédaction du dossier. Par contre, la jurisprudence ne semble pas l'avoir utilisé dans ce sens élargi. Par conséquent, aux fins du présent rapport, le Groupe de travail se servira du terme dossier du ministère public indistinctement avec le concept des documents divulgués à l'accusé.

[11] Le contenu du dossier du ministère public comprend habituellement le sommaire des allégations, les notes et constats de la police, les déclarations volontaires des témoins et des agents de police, des déclarations signées par les témoins, les déclarations des témoins enregistrées sur bande vidéo ou audio, des pièces comme les photographies, des rapports médicaux et le casier judiciaire de l'accusé. Dans les affaires plus complexes, il peut comprendre l'information relative au mandat de perquisition, les rapports de surveillance, les preuves recueillies au moyen de l'écoute électronique et les rapports scientifiques tels que ceux portant sur l'ADN ou sur la toxicologie, ou le rapport pathologique. En plus de ceux déjà décrits, la partie enquête policière du dossier du ministère public peut contenir des renseignements recueillis tout au long de l'enquête qui sont sans pertinence aux fins de la poursuite.

[12] Les termes « divulgation ou communication » et « production » peuvent être source de confusion à cause de leur interprétation différente en droit civil et criminel. En contexte civil, la divulgation désigne l'information communiquée par écrit aux parties qui concerne l'existence d'un document dans l'affidavit ou d'une liste de documents que chaque partie doit rédiger. La divulgation comprend habituellement une description, en termes généraux, du document mentionné. C'est ce que l'on appelle habituellement établir une liste de documents. Dans une procédure civile, la production est l'acte de transmettre physiquement un document à la partie adverse. La production est habituellement déclenchée par la requête provenant de l'autre partie de voir un document qui a été divulgué.

[13] Par contre, dans le contexte pénal, la divulgation désigne l'obligation du ministère public de fournir à l'accusé toute la preuve *pertinente* en sa possession, qu'elle soit ou non admissible et qu'elle soit ou non utilisée au procès. Le procureur du ministère public a le pouvoir de retenir ou de retarder la divulgation dans les cas où cela est nécessaire pour protéger l'identité d'un informateur, une enquête en cours, ou pour veiller au respect de quelque autre règle ou privilège. Le procureur du ministère public peut aussi retenir les pièces qui ne sont manifestement pas pertinentes, mais il doit pencher en faveur de l'inclusion. Sa décision de retenir ou de retarder la divulgation est susceptible de révision par le juge de première instance<sup>9</sup>.

[14] Le terme « engagement tacite » fait référence à une règle de common law qui impose à une partie qui reçoit des documents au cours du processus judiciaire civil ou criminel, de prendre un engagement envers le tribunal à ne pas utiliser ces renseignements ou documents pour tout usage accessoire ou ultérieur, et que toute utilisation de cette nature constitue un outrage au tribunal<sup>10</sup>.

[15] Le présent rapport aborde les questions d'immunité et de privilèges dans des sections différentes, mais les deux termes sont étroitement liés dans leur signification lorsqu'on les utilise dans le contexte de l'intérêt public. Dans la décision de la Cour divisionnaire *D.P. c. Wagg*<sup>11</sup> (« *Wagg* »), le juge Blair fait référence à l'ouvrage « *The Law of Evidence in Canada* », 2<sup>e</sup> éd. (Toronto : Butterworths, 1999) par Sopinka, Lederman et Bryant, pour

aborder le privilège et l'immunité d'intérêt public. Un extrait du paragraphe 14.7 du texte, cité dans la décision, énonce que tandis que le privilège « se préoccupe de la protection des communications confidentielles au sein de certaines relations sociales importantes, il est également possible de l'invoquer pour préserver la société dans son ensemble lorsque la divulgation peut mettre en péril la sécurité nationale du pays, nuire à la prompt administration du gouvernement, ou empêcher les autorités policières d'obtenir des renseignements provenant de sources [...]. » Cette catégorie de privilège, soulignent les auteurs, est mieux connue comme *immunité d'intérêt public*.

[16] Sopinka et al., précités, affirment que le gouvernement peut faire valoir l'immunité contre la divulgation dans les cas où l'intérêt public penche vers la non-divulgation. Au paragraphe 15.2, les auteurs expliquent : « Ce droit gouvernemental, dans les cas où il peut être revendiqué avec succès, est mieux désigné comme “immunité” que comme privilège. L'assertion d'une revendication d'immunité peut avoir pour effet la non-divulgation de rapports, de mémoires et communications, tout comme dans le cas d'un privilège traditionnel.» En somme, les termes « privilège d'intérêt public », « immunité d'intérêt public » et « immunité de la Couronne » utilisés au présent rapport sont synonymes.

**A. *D. P. c. Wagg***

[17] La question concernant la production du dossier du ministère public dans une procédure parallèle a été débattue par la jurisprudence tant canadienne que britannique avant le prononcé du jugement dans *D.P. c. Wagg* (« *Wagg* »). Dans la common law canadienne, les tribunaux ont analysé la question en fonction du principe fondamental sous-jacent à la divulgation en matière civile, c'est-à-dire que si l'information est pertinente, sous le contrôle ou en possession du tiers et qu'elle n'est pas soumise à un privilège, elle doit être produite. Dans les décisions canadiennes, la discussion était axée sur l'application et la portée de l'engagement tacite lié à la divulgation par la poursuite du dossier du ministère public à un accusé. Dans l'arrêt de principe *Taylor c. Serious Fraud Office*, la Chambre des lords se préoccupait de la même question. Elle a décidé que deux documents faisant partie de l'ensemble divulgué étaient soumis à un engagement tacite en common law. Elle a par conséquent conclu qu'un témoin (auquel l'accusé

les avait exhibés) ne pouvait invoquer les documents dans sa poursuite subséquente pour diffamation, engagée contre le procureur et la police<sup>12</sup>.

[18] Cette question et d'autres qui lui sont concomitantes ont été accentuées par le tribunal dans l'arrêt *Wagg*, et par la suite dans d'autres affaires en Ontario, en Alberta et en Colombie-Britannique. Les parties dans *Wagg* ont débattu la question de l'utilisation des documents du dossier du ministère public dans une procédure parallèle, jusqu'au niveau de la Cour d'appel de l'Ontario. Ce litige a abouti à la création d'un mécanisme obligatoire de filtrage en common law pour circonscrire la communication du contenu du dossier du ministère public<sup>13</sup>.

[19] Le défendeur dans cette affaire, un gynécologue, a été accusé d'agression sexuelle sur la demanderesse pendant un examen médical. Il a obtenu communication du dossier du ministère public, qui comprenait une déclaration qu'il avait donnée à la police lors de l'enquête criminelle. Le juge du procès criminel a décidé que la police avait obtenu la déclaration en violation du droit du défendeur à l'assistance d'un avocat, droit protégé par la *Charte*, et par conséquent qu'elle était inadmissible en vertu du paragraphe 24(2) de la *Charte*. Les accusations criminelles ont finalement été suspendues pour cause de retard déraisonnable.

[20] La demanderesse a alors intenté une action en dommages contre le défendeur. Elle a tenté d'obtenir la divulgation et la production du contenu du dossier du ministère public, y compris la déclaration, en application des *Règles des procédures civiles*. En première instance, le défendeur est parvenu à empêcher la production. En appel, la Cour supérieure a ordonné la divulgation et la production du dossier du ministère public. L'affaire a été portée en appel devant la Cour divisionnaire.

[20] La Cour a décidé qu'une partie qui possède ou dispose d'un dossier du ministère public devait en révéler l'existence dans son affidavit de documents, et en décrire le contenu en termes généraux. Quant à la production, la Cour a statué que le procureur général et le service de police en cause pouvaient y consentir sans qu'une ordonnance du tribunal ne soit nécessaire. Toutefois, dans les cas où le consentement n'est pas accordé, il faut qu'une Cour supérieure étudie les documents lors d'une enquête sur avis à toutes les parties, au procureur général et au

service de police en cause. Le juge Blair, s'exprimant au nom de la Cour, a fait plusieurs observations sur le besoin de limiter la diffusion du contenu d'un dossier du ministère public :

[TRADUCTION]

1. Bien qu'il ne devrait pas y avoir de règle générale qui interdise la divulgation du dossier du ministère public dans une procédure parallèle, étant donné la multiplicité de documents en cause lors d'une procédure criminelle, y compris les renseignements sensibles au sujet de tiers et de témoins, on ne saurait s'appuyer sur la seule pertinence pour forcer la production de ces documents dans le cadre d'une procédure civile parallèle;
2. certains documents contenus dans un dossier du ministère public peuvent faire l'objet de préoccupations relatives à la protection de renseignements personnels et autres intérêts que les justiciables civils n'auront pas nécessairement intérêt à protéger;
3. il faut appliquer un mécanisme de filtrage dans les cas où l'on demande la production de documents du dossier du ministère public pour utilisation dans une procédure parallèle, et dans le cadre de ce processus, il faudrait que l'État « ait la possibilité d'évaluer les conséquences éventuelles pour l'intérêt public, et que l'on obtienne soit une ordonnance du tribunal, ou le consentement de l'État et de toutes les parties<sup>14</sup> ».

[22] Le juge Blair, tel était alors son titre, a déclaré que le pouvoir de formuler le mécanisme de filtrage dérivait du pouvoir inhérent de la Cour supérieure de contrôler ses propres processus et de les protéger contre tout abus. Pour décrire la justification de l'exercice d'un tel pouvoir dans cette affaire, il a précisé :

[TRADUCTION]

« À mon avis, la justification repose sur la protection de l'intérêt public, comme je l'ai indiqué ci-dessus, et dans la promotion d'une administration

efficace de la justice dans ce contexte. Il y a des aspects où la notion de “privilège” (c’est-à-dire la protection de communications confidentielles à l’intérieur du contexte de la divulgation par le ministère public et de l’arrêt *Stinchcombe*) et la notion de “l’immunité d’intérêt public” (c’est-à-dire le droit du gouvernement et de ses organismes de revendiquer dans l’intérêt public une immunité contre la divulgation) sous-tendent toutes deux cette pensée. Cependant, la question de savoir si l’exercice du pouvoir est fondé sur l’un ou l’autre de ces concepts est moins importante que leur prémisse sous-jacente. Cette prémisse sous-jacente est – selon ma compréhension des concepts – qu’une valeur sociale dominante et que l’intérêt public dans la non-divulgation prévalent dans le cas particulier où l’on veut favoriser l’administration de la justice par l’accès libre et entier des parties à l’information pertinente<sup>15</sup>. »

[23] La Cour a tenu compte de la position du défendeur voulant que la règle de l’engagement tacite l’empêchait de produire des documents de la poursuite criminelle au demandeur. Le défendeur alléguait que l’engagement tacite l’empêchait même de révéler, dans son affidavit de documents, le dossier du ministère public comme document dont la production avait fait l’objet d’une objection de sa part. Rejetant l’argument du défendeur, le juge Blair a élargi la portée de l’engagement tacite en contexte criminel. Il a confirmé qu’il existe :

[TRADUCTION]

« Un engagement tacite qui empêche le Dr. *Wagg* d’utiliser tout document qui lui a été produit lors d’une procédure criminelle pour toute fin parallèle à la procédure criminelle [...] cet engagement tacite ne s’applique pas parce que le Dr. *Wagg* ne cherche pas à utiliser les documents produits par le ministère public contre celui-ci, ou contre toute autre personne (y compris la demanderesse/plaignante)<sup>16</sup>. »

[24] Après avoir conclu qu’il était nécessaire de créer le processus de filtrage, la Cour a décidé que le défendeur n’était pas obligé de produire sa déclaration au demandeur. Le juge

Blair a expliqué que la déclaration du défendeur avait été obtenue en violation de la *Charte* et que le recours subséquent en exclusion de cette preuve en vertu de la *Charte* excluait la possibilité de son utilisation dans l'action civile subséquente. Il a conclu que les considérations fondées sur la *Charte* s'appliquaient également à l'étape de production de la procédure civile de telle façon que le fait d'exiger du défendeur de produire la déclaration aurait pour effet de discréditer l'administration de la justice<sup>14</sup>.

[25] La Cour d'appel de l'Ontario a appuyé pleinement le processus de filtrage élaboré par le tribunal inférieur. Elle a néanmoins manifesté son désaccord avec le résultat et a conclu que la déclaration du défendeur devrait être produite. Plus précisément, le juge Rosenberg a résumé le fonctionnement du mécanisme de filtrage comme suit :

[TRADUCTION]

- « La partie qui se trouve en possession ou en contrôle du dossier du ministère public doit révéler son existence dans l'affidavit de documents et décrire la nature de son contenu en termes généraux;
- la partie devrait s'opposer à la production de documents provenant du dossier du ministère public jusqu'à ce que (1) les autorités gouvernementales appropriées aient été avisées, c'est-à-dire le Procureur général, le service de police en cause et les parties; et (2) soit que ces organismes et parties ont consenti à la communication ou que sur avis donné au Procureur général, au service de police et aux parties, la Cour supérieure de justice a tranché la question de savoir si le contenu ou certains de ses éléments devraient être produits;
- le juge qui entend la motion pour production examinera la question de savoir si certains des documents sont sujets à un privilège ou à une immunité d'intérêt public et généralement s' "il existe dans le cas particulier une valeur sociale dominante, et un intérêt public à la non-divulgaration qui prévaut sur celui de favoriser l'administration de la justice par l'accès libre et entier des parties à l'information pertinente<sup>18</sup>."

[26] Le juge Rosenberg a admis qu'il y avait d'importantes raisons de principe pour reconnaître l'existence d'une règle d'engagement tacite applicable à la divulgation par le

ministère public. Il a toutefois refusé de trancher cette question en soulignant que ceux qui avaient un intérêt quant à l'issue de ce débat n'étaient pas devant la Cour.

[27] En examinant la question de savoir s'il fallait produire la déclaration du défendeur, le juge Rosenberg a affirmé que la Cour divisionnaire avait fait deux erreurs en droit. D'une part, il a fait observer que la Cour divisionnaire n'avait pas de preuve qui lui permettrait de déterminer la gravité de la violation de la *Charte*. D'autre part, il a conclu que l'analyse de droit dans l'arrêt *R. c. Stillman*, en ce qui concerne le critère d'exclusion de la preuve, avait été appliquée au contexte civil sans égard pour les différents objectifs et valeurs qui sous-tendent les procédures civiles et criminelles. En faisant le résumé de ses conclusions, il a émis le commentaire suivant :

[TRADUCTION]

« Le point sur lequel je me dissocie de la Cour divisionnaire est sa conclusion que le fait de produire la déclaration discréditerait l'administration de la justice. Premièrement, cette décision ne pourrait être prise que par un tribunal informé de toutes circonstances dans lesquelles la déclaration a été faite. Deuxièmement, je diffère d'opinion avec la Cour divisionnaire sur le fait que les mêmes considérations qui excluraient la déclaration en contexte criminel s'appliquent en contexte civil. Si la déclaration pouvait être admise dans le procès civil, je ne vois pas sur quels fondements on peut empêcher sa production à l'étape de la communication préalable des documents. Troisièmement, même si un tribunal pouvait déterminer à cette étape initiale que la déclaration ne serait pas admissible au procès, à mon avis elle aurait quand même dû faire l'objet d'une ordonnance de production<sup>19</sup>. »

[28] La décision dans *Wagg* a confirmé le besoin de tenir compte de facteurs d'intérêt public lorsque le tribunal évalue la question de savoir si des renseignements provenant du dossier du ministère public doivent être divulgués lors d'une procédure civile connexe. Le juge Blair a reconnu que l'exercice de pondération qui doit être entrepris par le tribunal nécessite une analyse plus étendue que la simple pertinence des dossiers du ministère public qui sont en

cause. Il doit comporter un examen des préoccupations légitimes quant à la protection de la vie privée et à la nécessité de préserver l'intégrité de l'enquête criminelle et du procès. L'objectif du processus de filtrage est de trouver un équilibre entre la nécessité de préserver l'intégrité de l'administration de la justice pénale et celle d'assurer au particulier qui s'adresse aux tribunaux civils son droit d'obtenir la production de l'information pertinente.

[29] Le motif d'intérêt public sous-jacent au processus de filtrage prévu à l'arrêt *Wagg* est de protéger deux intérêts fondamentaux pour l'administration de la justice. Premièrement, l'intérêt public exige qu'on évite d'envahir inutilement la vie privée et que l'on protège la confidentialité des personnes qui fournissent des renseignements aux représentants de l'application de la loi, ainsi que celle de certaines personnes auxquelles ces renseignements font référence. Deuxièmement, l'intérêt public exige également que tous ceux qui participent aux enquêtes criminelles et à l'application de la loi soient en mesure de s'exprimer librement, sans subir les effets inhibiteurs de l'utilisation accessoire de ces informations. Dans la décision *Taylor c. Serious Fraud Office*, précitée, la Chambre des lords a formulé ce motif dans les termes suivants :

[TRADUCTION]

« Pour l'administration de la justice, le risque provient des effets inhibiteurs causés par une utilisation accessoire de ces renseignements. Une enquête criminelle peut être orientée dans diverses directions avant d'aboutir et de se concentrer sur les activités de ceux contre lesquels le procureur croit avoir suffisamment de preuves. Ceux qui fournissent des renseignements aux enquêteurs le font habituellement avec la conviction que l'information est transmise par devoir public et en toute confiance, que cela ait été exprimé ou non [...]. Je ne pense pas que l'on puisse exagérer l'importance, pour l'intérêt public, de veiller à ce que les renseignements divulgués dans une procédure criminelle ne servent pas à des fins accessoires<sup>20</sup>. »

[30] Le processus de filtrage obligatoire en common law élaboré à l'arrêt *Wagg* présente certaines solutions fonctionnelles et pratiques aux difficultés auxquelles le ministère public fait face, dans son opposition à la production de documents provenant de ses propres dossiers dans des procédures civiles. Premièrement, le tribunal fait la distinction entre les dossiers du ministère public et les autres types de renseignements que des tiers au litige civil tentent habituellement d'obtenir. Plus précisément, le tribunal reconnaît les questions sérieuses d'ordre public suscitées par l'utilisation accessoire des données propres à une enquête ou une poursuite criminelle. Deuxièmement, le tribunal définit et légitimise le rôle spécial du Procureur général dans les motions pour production de renseignements provenant du dossier du ministère public, en imposant au Procureur général l'obligation d'examiner tous ces renseignements avant leur diffusion. Il n'y a aucun doute que ces développements ont conféré une plus grande protection contre la mise en circulation inappropriée du contenu des dossiers du ministère public. Cependant, selon l'évolution de la jurisprudence depuis l'arrêt *Wagg*, il y a lieu de croire que cette protection pourrait être inadéquate, parce que d'autres composantes de l'administration de la justice ne sont pas couvertes par le processus.

## **B. Décisions sur la production du mémoire du ministère public depuis l'arrêt *Wagg***

[31] Des tribunaux de l'Ontario, de l'Alberta et de la Colombie-Britannique ont fait référence aux principes juridiques abordés dans l'arrêt *Wagg* et les ont mis en application. Il est intéressant d'analyser ces décisions pour discerner les difficultés inhérentes à l'application du processus de filtrage. En outre, une analyse amplifie les défis possibles dans les cas où le processus de filtrage n'est pas établi. Des quatre décisions qui feront l'objet d'un examen dans le présent rapport, seule la décision de la Cour suprême de la Colombie-Britannique a été annoncée après la décision de la Cour d'appel dans *Wagg*, qui a été rendue en mai 2004.

[32] Dans l'arrêt *Dixon c. Gibbs*, [2003] O.J. No. 75 (S.C.J.)<sup>15</sup>, l'intimée avait demandé la divulgation du dossier du ministère public au motif que son contenu était pertinent pour les questions de garde et d'accès à l'enfant qu'elle partageait avec le requérant, Dixon. Ce dernier faisait face à des accusations criminelles pour avoir prétendument engagé un tueur à gages pour exécuter la défenderesse et lui faire des menaces. Il avait déjà obtenu une copie du dossier du ministère public dans le cadre du processus de divulgation en matière criminelle, et avait

consenti à sa communication à la défenderesse. Le ministère public s'est opposé à la divulgation au motif que la production du dossier du ministère public à un témoin potentiel pouvait compromettre la poursuite. Le moment de la motion constituait un fait primordial – l'enquête préliminaire n'était pas commencée.

[33] Appliquant le critère de pondération de l'intérêt public prescrit dans l'arrêt *Wagg*, le juge Smith a conclu que la préservation de l'intégrité de la poursuite criminelle nécessitait un délai avant la diffusion du dossier du ministère public jusqu'à ce que, à tout le moins, l'enquête préliminaire soit terminée<sup>16</sup>. Adhérant à la procédure de *Wagg*, le tribunal a ordonné au ministère public de produire, au tribunal, dans les 30 jours après la fin de l'enquête préliminaire pour contrôle judiciaire, son dossier accompagné d'arguments sur les documents qu'il s'oppose à communiquer. Le jugement reflète probablement la position adoptée par le ministère public voulant qu'une fois les témoignages vérifiés lors de l'enquête préliminaire, les craintes que l'intégrité de la procédure criminelle soit compromise puissent s'atténuer. De plus, on peut raisonnablement conclure que la requête en production présentée par l'intimée a fait appel au sens fondamental de l'équité du tribunal. Le résultat aurait été pernicieux si l'intimée, qui est plaignante dans la procédure criminelle, était empêchée d'avoir accès aux renseignements qui constituent le fondement de la requête et se trouvent déjà en possession du requérant, l'accusé, et si ce dernier consentait à leur production.

[34] Dans l'arrêt *N.G. c. Upper Canada College* (2004), 70 O.R. (3d) 312 (C.A.), la Cour d'appel de l'Ontario en est arrivée à une conclusion similaire mais pour des raisons différentes<sup>17</sup>. Dans cette affaire, le Procureur général de l'Ontario interjetait appel d'une décision où un tribunal inférieur exigeait que soit produite, dans une action civile, la déclaration du demandeur enregistrée sur vidéo dans une procédure criminelle connexe. Le sujet de la poursuite criminelle était un ancien professeur à Upper Canada College accusé d'agression sexuelle sur le demandeur. Le ministère public avait communiqué au professeur accusé une copie de la déclaration enregistrée sur vidéo, ainsi que le reste du dossier du ministère public dans la procédure criminelle. Le demandeur a entrepris contre Upper Canada College une action découlant de la conduite alléguée d'un ancien professeur. L'école a présenté en première instance une motion qui a été accueillie pour obtenir une copie de la déclaration

enregistrée sur vidéo, afin de se défendre contre la poursuite civile. Le demandeur a consenti à la production de sa déclaration. L'ancien professeur qui était poursuivi n'a pas pris position quant à la communication des renseignements. Le Procureur général a demandé la suspension de l'ordonnance de production rendue par le protonotaire.

[35] Fait significatif, la procédure criminelle était en cours pendant que l'instance concernant la production du dossier du ministère public progressait devant les tribunaux. Avant que la requête du Procureur général en suspension de l'ordonnance de production soit entendue en Cour divisionnaire, l'enquête préliminaire avait eu lieu et le demandeur avait témoigné. Cependant, le procès civil était fixé et devait débiter presque six mois avant le procès criminel.

[36] À la Cour divisionnaire, la juge Lang a maintenu la décision du protonotaire de communiquer la déclaration, malgré le fait que le procès criminel n'était pas encore commencé<sup>18</sup>. La juge Lang a rejeté l'argument du ministère public voulant que le dossier soit protégé par le privilège des communications dans un procès. Elle a conclu que le privilège des communications dans un procès ne s'appliquait pas dans les cas où l'accusé a reçu communication de la bande vidéo et que le demandeur consent à sa production. Aussi, elle n'était pas convaincue que la communication de la déclaration du témoin enregistrée sur vidéo risquait de compromettre l'intégrité de la poursuite criminelle en cours contre l'ancien professeur.

[37] Le procureur général a demandé l'autorisation d'en appeler et a demandé que soit suspendue l'ordonnance de production dans l'action civile de la déclaration enregistrée sur vidéo. Le juge Sharpe n'a pas été convaincu par l'argument du procureur général selon lequel un dommage irréparable serait causé à la poursuite criminelle si la bande vidéo était utilisée au procès civil avant que ne commence le procès criminel. Le juge a considéré comme spéculatif le risque que le témoignage des autres témoins du ministère public puisse subir une influence indue si on leur donnait accès au contenu de la déclaration du demandeur avant qu'ils ne témoignent. De plus, il a conclu que les conditions de confidentialité imposées à l'ordonnance de production du protonotaire, et légèrement modifiées par la juge Lang, constituaient des mesures de protection suffisantes contre la possibilité que des témoignages soient entachés de

vice<sup>19</sup>. La motion en suspension du procureur général a été rejetée, et celui-ci a abandonné son appel de la décision de la juge Lang après que les parties à l'action civile aient convenu d'un règlement.

[38] Dans les arrêts *Dixon c. Gibbs* et *N.G. c. Upper Canada College*, la conclusion de l'enquête préliminaire a semblé être considérée comme une étape de la poursuite criminelle où le risque d'effet préjudiciable aux procédures en cours était suffisamment réduit pour qu'un tribunal puisse raisonnablement rendre une ordonnance de production du dossier du ministère public pour utilisation dans une procédure parallèle. Cette conclusion est intrinsèquement viciée. Le droit constitutionnel de l'accusé à un procès équitable se poursuit à chaque étape de la poursuite criminelle. Il ne prend pas fin avec l'enquête préliminaire. Une atteinte à ce droit pourrait raisonnablement compromettre l'intégrité de la procédure criminelle. L'ordonnance de non-publication constitue un outil dont le tribunal se sert habituellement à l'étape de l'enquête préliminaire pour protéger le droit de l'accusé à un procès équitable. À titre de pratique courante, le tribunal rend une ordonnance d'interdiction à la requête de l'avocat. L'interdiction préserve l'intégrité de la preuve produite à l'enquête préliminaire, et protège l'impartialité des jurés potentiels dont l'opinion au sujet de la culpabilité ou de l'innocence de l'accusé pourrait subir une influence s'il y avait lieu à des reportages médias des témoignages donnés à l'enquête préliminaire. Bien que l'existence d'une interdiction de publication ait été mentionnée par la Cour divisionnaire dans l'arrêt *N.G. c. Upper Canada College*, son importance pour l'administration de la justice criminelle n'a pas été abordée dans aucune des deux décisions.

[39] Dans l'arrêt *Bourgeois c. Bolen* [2004] A.J. No. 50, la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta s'est penchée sur la question de savoir s'il convient d'ordonner la production des documents du dossier du ministère public pour utilisation dans une poursuite civile<sup>20</sup>. Dans cette affaire, la demanderesse avait présenté une requête pour forcer la production par un tiers, l'avocat du défendeur en matière criminelle, conformément au paragraphe 209(1) des *Alberta Rules of Court*. Elle a tenté d'obtenir la production de dossiers relatifs au taux d'alcoolémie du conducteur défendeur au moment d'un accident d'automobile au cours duquel un parent de la

demanderesse a été tué. Le défendeur a été accusé d'infractions de conduite en état d'ébriété, mais il n'a pas été déclaré coupable.

[40] L'avocat du défendeur au procès criminel a refusé de communiquer la divulgation du ministère public à l'avocat du défendeur au procès civil, mentionnant l'engagement tacite de confidentialité pour appuyer sa prétention de retenir les documents. Le ministère public a refusé de fournir des analyses d'alcoolémie du défendeur au motif que la règle 209 ne liait pas le ministère public<sup>21</sup>. Cependant, le ministère public n'a pas pris position sur la possibilité que la demanderesse obtienne les dossiers d'une autre source, y compris l'avocat du défendeur au procès criminel.

[41] S'appuyant sur la décision de la Cour divisionnaire dans l'arrêt *Wagg*, la juge Greckol a conclu qu'il y avait un engagement tacite qui s'appliquait à la divulgation criminelle, mais elle était disposée à y passer outre pour permettre la divulgation et la production des documents du dossier du ministère public à l'avocat du défendeur au procès civil. Le tribunal a statué que dans de telles circonstances, où les renseignements du dossier du ministère public que l'on tente d'obtenir, soit l'analyse d'alcoolémie, ont été remis au ministère public sous contrainte légale, le défendeur peut formuler une objection fondée sur le privilège ou l'immunité d'intérêt public. L'argument avancé par le défendeur, voulant que le critère Wigmore soit applicable à la communication de la divulgation du ministère public faite par la poursuite à l'accusé, a été rejeté par la juge Greckol. Elle a hésité à reconnaître que le fait de partager la divulgation faite par le ministère public constituait une communication confidentielle entre la poursuite et la défense dans le contexte d'une relation spéciale. Dans le cadre du critère de pondération de l'intérêt public que le tribunal effectuait, la juge Greckol a abordé la question de l'application des valeurs de la *Charte* aux procès civils. Parce qu'il n'y avait pas eu de procès, on n'avait pas résolu la question de savoir si les mesures prises par l'État pour obtenir l'échantillon de sang du défendeur respectaient les exigences du *Code criminel* et de la *Charte*. À cet égard, la juge Greckol a déclaré :

[TRADUCTION]

« Je conclus que le résultat net des arrêts *Dolphin Delivery*, *Ryan* et *Wagg* est que, dans une poursuite civile où une partie tente d'obtenir la production de

dossiers révélant les résultats d'alcootest découlant d'une exigence du Code criminel, des considérations relatives à la *Charte* entrent en jeu [...]. Lorsque le tribunal tire une conclusion quant à la possibilité de divulguer un élément de preuve obtenue par l'État en raison d'une obligation imposée par une loi, la décision doit tenir compte des valeurs de la *Charte*<sup>28</sup>. »

[42] La juge Greckol a ordonné à l'avocat du défendeur au procès criminel de fournir les dossiers d'analyse du sang à l'avocat du défendeur au procès civil. Elle a aussi ordonné au défendeur d'évaluer, après avoir examiné les dossiers, la possibilité d'alléguer un privilège ou une immunité d'intérêt public. Le tribunal était disposé à entendre toute demande découlant de cette allégation dans le cadre d'une requête préliminaire ou au procès.

[43] Le dernier arrêt concerne *Huang (Litigation Guardian of) c. Sadler et al.*<sup>22</sup>. Dans cet arrêt, la Cour suprême de la Colombie-Britannique a aussi abordé la question de savoir s'il fallait contraindre la production de pièces provenant du dossier du ministère public pendant que la poursuite criminelle était encore en cours. Le défendeur Sadler a présenté une motion en application du paragraphe 26(11) des *British Columbia Rules of Court* pour contraindre la production des dossiers d'enquête du service de police de Vancouver. La poursuite civile dans cette affaire faisait suite à un accident d'automobile dans lequel la demanderesse, une personne âgée, avait subi des dommages importants au cerveau. Les défendeurs Sadler et Tidbury, un conducteur d'ambulance, conduisaient les véhicules impliqués dans la collision. Au moment de la motion, ils étaient tous deux poursuivis pour diverses infractions quasi criminelles. Sa Majesté la Reine du chef de la province de la Colombie-Britannique et l'organisme provincial étaient tous deux désignés comme défendeurs dans l'action. Lorsque l'avocat en matière civile a demandé au procureur général de Colombie-Britannique et à la police la permission d'utiliser les documents de la poursuite dans la procédure civile, cette permission lui a été refusée et la présente demande a été introduite.

[44] Les deux défendeurs avaient en leur possession certains des dossiers, mais pas tous, que l'on tentait d'obtenir du service de police de Vancouver, les ayant reçus lors du processus de divulgation en matière criminelle. Ils en ont reçu communication sous condition d'un

engagement explicite envers le ministère public : la communication ne pouvait être utilisée que dans le but de présenter une défense pleine et entière et ne devait servir à aucune autre fin; et toute motion pour un accès à la communication devait être renvoyée à l'organisme d'enquête. Dans cette demande, des défendeurs demandaient la production de documents provenant de l'enquête policière et qu'ils n'avaient pas reçus, dont : les rapports d'enquête sur les accidents de la circulation, les déclarations des témoins, le rapport sur l'utilisation de la ceinture de sécurité, les rapports sur les tests de dépistage de drogues et d'alcool, les registres de formation relatifs à Tidbury, les indices physiques recueillis sur la scène de l'accident, les rapports d'analyse judiciaire, les rapports résultant des vérifications et reproductions de la scène, les rapports d'experts, et les notes entourant les comptes-rendus contemporains. Le procureur général de la Colombie-Britannique n'avait communiqué aucun de ces dossiers à Sa Majesté la Reine du chef de la province de la Colombie-Britannique ou à l'organisme provincial, même s'ils font partie du même ministère public. Fait significatif, le procès civil était prêt à commencer trois mois avant le procès criminel.

[45] La demanderesse a appuyé la motion pour production. En raison de son âge et de la nature des blessures qu'elle avait subies, elle a allégué qu'un ajournement de la motion serait préjudiciable à sa cause. Elle a déclaré qu'il n'était que justice à son égard d'avoir accès aux documents déjà en possession des défendeurs. Le Procureur général de la Colombie-Britannique s'y est opposé pour trois motifs : 1) il s'est opposé, à titre de règle générale, à la production de documents provenant d'une enquête criminelle, et surtout aux déclarations des témoins et au rapport d'expert dans cette affaire; 2) il y avait un engagement implicite ou tacite de confidentialité qui s'appliquait aux documents; 3) la procédure civile devrait être ajournée jusqu'à la fin de la procédure criminelle. Comme argument subsidiaire, le Procureur général a allégué qu'il devrait y avoir un processus spécifique en dehors des règles de pratique pour traiter les requêtes en production de ces types de documents.

[46] Guidée par les décisions de la Cour d'appel de l'Ontario dans les arrêts *N.G. c. Upper Canada College*, et *Wagg*, la juge Dillon a appliqué le critère de pondération de l'intérêt public aux faits de l'affaire et a conclu que [TRADUCTION] « l'équité du procès civil l'emporte clairement sur toute préoccupation relative à la procédure criminelle, lorsque les deux

défendeurs possèdent déjà la majorité des documents, que ceux-ci sont pertinents, et qu'aucun intérêt particulier n'a besoin d'être protégé par la non-divulgation<sup>23</sup> ». Par conséquent, la Cour a ordonné au service de police de Vancouver de produire tous les documents demandés. S'appuyant sur la force de l'engagement tacite comme protection contre la diffusion inappropriée des documents du ministère public, la juge Dillon n'a imposé aucune condition de confidentialité à la production des dossiers de la police. La Cour a ordonné que [TRADUCTION] « les avocats et les parties prennent toutes les mesures raisonnables pour s'assurer que les témoins potentiels n'aient aucun accès aux déclarations des autres témoins, sous réserve d'une décision sur l'admissibilité au procès et de l'imposition de mesures de protection précises<sup>24</sup> ». Elle a conclu qu'il faudrait envisager le critère de pondération de l'intérêt public approuvée par l'arrêt *Wagg* si la question de la divulgation devait se rendre à une audition<sup>25</sup>.

[47] Tout en gardant à l'esprit que la décision dans l'arrêt *Wagg* n'a à l'extérieur de l'Ontario qu'une valeur persuasive, il est encourageant de constater que dans les affaires émanant de la Colombie-Britannique et de l'Alberta, ces tribunaux ont manifesté une volonté d'appuyer le processus de filtrage prévu à l'arrêt *Wagg*, ou au moins de recourir au critère de pondération de l'intérêt public. L'application du critère de pondération par les tribunaux différait cependant en fonction de leur compréhension générale des processus et des considérations du droit criminel. En général, les tribunaux ont examiné et évalué des facteurs communs qui ont semblé influencer le résultat du critère de pondération de l'intérêt public, notamment :

1. L'étape où se trouve la procédure criminelle, à titre indicateur du degré de risque que la poursuite soit compromise par une ordonnance de produire le dossier du ministère public;
2. Le fait que les renseignements au dossier du ministère public puissent avoir été obtenus en contravention d'une loi ou de la *Charte*, et la mesure dans laquelle cette violation devrait affecter la décision d'ordonner la production dans une procédure civile;

3. La relation de la partie qui demande la production du dossier du ministère public avec la procédure criminelle, p. ex. le plaignant;
4. L'objectif déclaré de la partie qui cherche à obtenir la production du dossier du ministère public;
5. Si le défendeur était déjà en possession du dossier, surtout s'il ou si elle était l'accusé(e) dans l'affaire criminelle;
6. La position adoptée par le ministère public à l'égard de la production du dossier;
7. La position de la personne qui est le sujet du dossier dont on demande la production, à l'égard de la démarche;
8. L'étape où se trouve la procédure civile : l'enquête préalable par rapport au procès.

[48] Bien que cette liste ne soit pas complète, elle est instructive. Fait significatif, le facteur dont on n'a pas tenu compte dans les décisions consécutives à l'arrêt *Wagg* était la question de savoir si la production du dossier du ministère public pour utilisation dans une procédure parallèle porterait atteinte au droit de l'accusé à un procès équitable. Il s'agit d'un aspect important pour évaluer la question de savoir si la production du dossier du ministère public compromettra la procédure criminelle en cours. La décision dans *N.G. c. Upper Canada* a subséquemment incité les tribunaux à ordonner la production des documents provenant du dossier du ministère public pendant le processus criminel. Les appréhensions relatives à cette pratique sont décrites plus loin dans le présent rapport.

### **C. Les effets de l'arrêt *Wagg* – l'expérience de l'Ontario**

[49] Les conflits sur la question de la production du dossier du ministère public ont alimenté les litiges dans d'autres instances, dont des procédures relatives à la protection des enfants, des affaires disciplinaires professionnelles et des arbitrages de conflits de travail. Un examen de

l'expérience de l'Ontario à l'égard des motions de l'arrêt *Wagg* dans le contexte d'un procès civil, y compris ces autres instances, fournit une perspective pratique sur les difficultés d'application du système de filtrage de l'arrêt *Wagg*, ainsi qu'un discernement des conséquences de cette décision sur leurs procédures.

**i) Motion aux fins de production par un tiers selon les règles de pratique en matière civile**

[50] L'avocat du Bureau des avocats de la Couronne – Droit civil, le principal bureau de plaideurs au sein du ministère du Procureur général (« le ministère »), représente les intérêts du Procureur général à l'égard des motions présentées en vertu de la règle 30.10 des *Règles des procédures civiles* pour la production de documents du dossier du ministère public (« motions *Wagg* »). La règle 30.10 régit la communication par un tiers et prévoit :

30.10(1) Le tribunal peut, sur motion d'une partie, ordonner la communication, à des fins d'examen, d'un document non privilégié qui se trouve en la possession, sous le contrôle ou sous la garde d'un tiers s'il est convaincu :

- a) que le document est pertinent à une question en litige importante dans l'action;
- b) qu'il est injuste d'exiger que l'action soit instruite sans que le document soit communiqué à l'auteur de la motion au préalable<sup>26</sup>.

[51] La règle ne s'applique pas à des documents privilégiés et prévoit une inspection des dossiers en cause par le tribunal, en cas d'incertitude quant à leur pertinence ou à leur nécessité pour l'interrogatoire préalable<sup>27</sup>.

[52] Le Bureau des avocats de la Couronne - Droit civil représente la Division du droit criminel du ministère pour les motions *Wagg*. Le Bureau travaille en collaboration avec la Division du droit criminel du ministère ainsi qu'avec divers services de police en Ontario pour assurer le respect des obligations du Procureur général en vertu du processus de filtrage de l'arrêt *Wagg*. Depuis janvier 2005, le Bureau a ouvert environ 992 dossiers concernant des motions *Wagg*<sup>28</sup>. Pour répondre à cette situation, il faut les ressources fournies par deux

stagiaires en droit à temps plein et un avocat désigné comme le coordonnateur *Wagg*, dont la pratique est principalement consacrée aux litiges portant sur la production des dossiers du ministère public. La Division du droit criminel a ajouté un avocat spécialisé et un stagiaire en droit pour apporter leur concours au traitement des motions *Wagg*, et ceux-ci épaulent la tâche d'examiner et de réviser tous les documents, comme l'exige le régime de filtrage.

[53] Habituellement, lorsque le service de police concerné et le procureur général se voient tous deux signifier une motion *Wagg*<sup>29</sup>, le procureur général prend l'initiative de la réponse. Les dossiers pertinents du service de police sont examinés par le ministère dans le but de réviser tout renseignement qui est privilégié, confidentiel ou qui soulève des questions d'intérêt public<sup>30</sup>. Parmi les facteurs examinés lors du processus de révision, mentionnons :

1. *L'existence d'une procédure criminelle en cours*

Le procureur général s'opposera à la production de tout document du ministère public dans les cas où la poursuite n'est pas terminée pour assurer que l'intégrité de la poursuite n'est pas compromise<sup>31</sup>.

2. *Les dossiers des tribunaux pour adolescents*

La *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents* prévoit un régime exclusif pour la production des dossiers des adolescents. Le requérant doit présenter au tribunal pour adolescents une demande d'ordonnance autorisant la production des dossiers pertinents du Procureur général pour examen et révision comme l'exige le processus *Wagg*. L'ordonnance obtenue du tribunal pour adolescents doit également autoriser la divulgation subséquente des dossiers vérifiés par le juge d'un tribunal civil, en application de la règle 30.10<sup>32</sup>.

3. *Le nom de tiers et les renseignements personnels*

Ce type de renseignements comprenant les numéros d'assurance sociale, les dates de naissance, les données de la plaque d'immatriculation, les numéros de permis de conduire, les renseignements relatifs à l'emploi et les adresses seront habituellement révisés pour préserver le droit à la vie privée et à la

confidentialité de personnes impliquées ou identifiées au cours de l'enquête ou de la poursuite criminelle. Parfois, et pour les mêmes raisons, le nom de témoins ou d'autres personnes est également supprimé des documents du dossier du ministère public.

4. *Les renseignements qui peuvent compromettre les intérêts du maintien de l'ordre*

Les codes internes de la police, les numéros de prise d'empreintes digitales, les dates de naissance des agents de police et les renseignements de cette nature sont supprimés de la divulgation du ministère public.

5. *Les renseignements privilégiés*

Le ministère révisé les documents du ministère public pour supprimer tout renseignement à l'égard duquel un privilège est invoqué. Les types de privilèges qui peuvent faire l'objet d'une revendication sont le secret professionnel de l'avocat, le privilège sur le produit du travail du ministère public, le privilège des communications dans un procès, le privilège relatif aux indicateurs de police, et le privilège d'intérêt public qui s'applique aux enquêtes policières en cours, aux techniques d'enquête de la police, aux documents qui nuiraient à la sécurité de certaines personnes, et aux renseignements de la police.

6. *Vidéo, audio ou autre information multimédia*

Étant donné que, souvent, ces documents ne peuvent pratiquement pas être révisés, le ministère exercera un certain nombre d'options : négocier l'imposition de conditions restreignant la diffusion sur toute ordonnance de communication suivant l'arrêt *Regina c. Blencowe* (1997), 35 O.R. (3d) 536 (Gen. Div.); permettre l'inspection, mais non la production; ou produire les renseignements sous une forme qui se prête à la révision, comme les transcriptions.

[54] Dans la grande majorité des motions *Wagg*, des ordonnances sont rendues sans opposition de la part du Procureur général et portent sur des conditions mutuellement convenues par les parties. Il y a cependant des cas où l'avocat du Procureur général éprouvait le besoin de s'opposer à la production. Les motions sont entendues par les protonotaires de la Cour supérieure. Ces protonotaires ont une expertise en matière de litiges civils, mais il est possible que les questions relatives à la *Charte*, au droit criminel et à la divulgation en matière criminelle ne leur soient familières qu'à divers degrés. La complication additionnelle vient du fait que les motions *Wagg* constituent un nouveau champ juridique. Il existe peu de jurisprudence sur laquelle un protonotaire peut se fier pour obtenir d'autres directives sur l'application du processus *Wagg* et, comme nous l'avons vu plutôt, il n'existe pas de liste reconnue de facteurs dont le tribunal doit tenir compte pour l'application du processus de filtrage. De façon plus importante, la tendance des tribunaux d'ordonner la production du dossier du ministère public pendant la procédure criminelle connexe a suscité au sein du ministère une inquiétude grandissante quant aux préjudices qu'elle peut causer au processus du procès criminel.

**ii) Procédures relatives à la protection des enfants**

[55] Il est devenu habituel pour les divers organismes sociaux d'aide à l'enfance de présenter des motions en vertu de la *Loi sur les services à l'enfance et à la famille* visant à obtenir des ordonnances du tribunal afin d'exiger la production de documents du dossier du ministère public pour les utiliser dans des procédures relatives à la protection des enfants. Il y a en Ontario 53 organismes d'aide à l'enfance en service sous l'autorité de la *Loi sur les services à l'enfance et à la famille*. Chaque organisme d'aide à l'enfance est une société sans but lucratif distincte et est administrée par un conseil d'administration constitué de bénévoles. Le paragraphe 74(3) de la *Loi sur les services à l'enfance et à la famille* autorise le tribunal à forcer la communication à l'organisme d'aide à l'enfance de renseignements pertinents à la procédure de protection de l'enfant qui sont sous le contrôle ou en possession de toute personne. Il se lit comme suit :

Si le tribunal est convaincu que tout le dossier ou qu'une partie du dossier qui fait l'objet de la motion visée au paragraphe (2) peut être pertinent en ce qui concerne

l'évaluation de l'observation de l'une ou l'autre des ordonnances suivantes et que la personne qui est en possession ou qui a le contrôle du dossier a refusé au directeur ou à l'organisme la permission de l'examiner, il peut ordonner que la personne qui est en possession ou qui a le contrôle du dossier produise le dossier ou une partie précise de celui-ci, de façon que puisse l'examiner ou en faire des copies le directeur, l'organisme ou le tribunal<sup>33</sup>.

[56] Pour disposer de ces motions en production, il existe entre les bureaux du Procureur général et les organismes d'aide à l'enfance une pratique établie qui intègre le processus de filtrage *Wagg*. Mais il peut y avoir des cas où cette pratique peut être ignorée. Par exemple, le Procureur général a été impliqué dans un litige avec le bureau d'un organisme d'aide à l'enfance sur la question de savoir si la procédure de filtrage *Wagg* s'applique au régime législatif qui régit la production par des tiers dans le cadre de la *Loi sur les services à l'enfance et à la famille*. Dans une décision rendue en septembre 2007, la juge Pardu de la Cour supérieure de justice de l'Ontario a statué que les intérêts privés constituent une considération pertinente dans les motions visant la production de documents par des tiers qui sont déposées par une société conformément à la section 74 de la *Loi sur les services à l'enfance et à la famille*<sup>41</sup>. Une façon d'éviter un tel litige dans l'avenir passerait par l'élaboration d'un protocole sur la production de documents destiné au Procureur général, aux organismes d'aide à l'enfance et à d'autres intervenants. On retrouve cette approche dans les recommandations du Groupe de travail.

### iii) Procédures disciplinaires professionnelles

[57] De nombreux organismes de réglementation, de portée quasi criminelle et quasi civile, mènent des procédures disciplinaires professionnelles. Ces organismes tentent de plus en plus d'obtenir la production du dossier du ministère public. Dans le cadre de la description de l'expérience de l'Ontario dans les litiges afférents à l'arrêt *Wagg*, on accorde beaucoup d'attention aux organismes disciplinaires professionnels en raison des répercussions sur les personnes en cause, le calendrier probable de leurs procédures, la portée de leur pouvoir statutaire d'ordonner la production, et la nature sensible des documents qui peuvent être demandés. L'Ordre des enseignantes et des enseignants de l'Ontario, l'Ordre des médecins et

chirurgiens de l'Ontario et l'Ordre des infirmières et infirmiers de l'Ontario sont trois organismes de réglementation qui ont tenté d'avoir accès à des documents du dossier du ministère public pour s'en servir dans leurs processus disciplinaires. L'analyse porte principalement sur l'Ordre des médecins et chirurgiens de l'Ontario et l'Ordre des infirmières et infirmiers de l'Ontario. Les deux Ordres fonctionnent sous le régime de la *Loi de 1991 sur les professions de la santé réglementées*<sup>34</sup>, laquelle contient le *Code des professions de la santé* qui confère le pouvoir aux enquêteurs des Ordres de demander la production de dossiers provenant de tiers. Plus précisément, l'article 76 du *Code des professions de la santé* stipule :

L'enquêteur peut enquêter sur les activités professionnelles du membre qui fait l'objet d'une enquête et, pour les besoins de l'enquête, est investi de tous les pouvoirs d'une commission en vertu de la partie II de la *Loi sur les enquêtes publiques*.

[58] La référence à « tous les pouvoirs d'une commission » dans cette disposition comprend le pouvoir d'assignation d'une personne pour témoigner à une enquête ou de forcer la production de documents précis à l'enquête, en application du paragraphe 7(1) de la *Loi sur les enquêtes publiques*<sup>35</sup>. Fait significatif, un enquêteur de l'Ordre des médecins et chirurgiens de l'Ontario ou de l'Ordre des infirmières et infirmiers de l'Ontario peut délivrer sous sa propre signature une assignation qui contraint un tiers à la procédure disciplinaire et l'oblige à communiquer ses dossiers à l'enquêteur. L'aspect troublant est qu'il n'y a pas de processus juridictionnel qui permette à un détenteur de dossiers de s'objecter à leur production. L'enquêteur de l'Ordre des médecins et chirurgiens de l'Ontario se sert de documents provenant du dossier du ministère public afin d'établir la preuve nécessaire pour renvoyer à audition une plainte contre un professionnel de la santé. Ces affaires ont traditionnellement été réglées au cas par cas entre l'Ordre et le ministère du Procureur général. Cependant, comme dans le cas de l'organisme d'aide à l'enfance, il y a des instances où la coutume est mise de côté.

[59] Les Ordres et le Procureur général ont un intérêt commun à faire en sorte que les praticiens n'adoptent pas un comportement criminel pouvant infliger un préjudice aux citoyens,

surtout aux enfants; que des suspensions ou interdictions de pratique soient imposées de façon expéditive; et que ces personnes soient poursuivies avec toute la rigueur de la loi. Malgré les objectifs communs, la production des documents du dossier du ministère public aux Ordres en vue d'aider les enquêtes et la discipline risque de compromettre toute poursuite criminelle connexe. Le risque est particulièrement élevé du fait que la poursuite criminelle connexe est habituellement en cours au moment où l'on tente d'obtenir divulgation du contenu du dossier du ministère public pour utilisation dans la procédure disciplinaire.

[60] Ces intérêts divergents ont entraîné trois actions qui sont en cours en Ontario, dans lesquelles des médecins, qui ont été accusés dans le cadre de procédures criminelles, contestent le pouvoir de l'Ordre des médecins et chirurgiens de l'Ontario de requérir des documents en leur possession et provenant du dossier du ministère public, pour s'en servir dans une procédure disciplinaire<sup>36</sup>. Les affaires de l'Ordre des médecins et chirurgiens de l'Ontario soulèvent des difficultés pratiques, fondamentales et qui ont trait aux compétences. Elles font partie des questions juridiques abordées dans la jurisprudence consécutive à l'arrêt *Wagg* et dans le procès en cours de l'organisme d'aide à l'enfance. On s'attend à ce que les juges saisis de ces demandes soient invités à aborder les questions suivantes :

1. Un tribunal administratif ou un organisme de réglementation a-t-il le pouvoir nécessaire pour ordonner la divulgation ou la production de documents créés ou rassemblés en vertu de dispositions relatives au *Code criminel* exigeant une autorisation judiciaire, tels que des mandats de perquisition ou des documents dont l'utilisation et la diffusion peuvent être restreintes par des ordonnances de non-publication ou de mise sous scellés émises par les tribunaux criminels?
2. Jusqu'à quel point l'article 490 du *Code criminel*, qui décrit la procédure à suivre lorsque des objets sont saisis par la police, s'applique-t-il dans le cas où une partie tente d'obtenir l'accès à des documents saisis sous le régime de mandats décernés en vertu du *Code criminel* et que la partie n'est pas la personne entre les mains de laquelle les documents ont été saisis?

3. Dans les cas où la preuve est obtenue en contravention de la *Charte*, peut-on contraindre sa production en vertu d'une loi provinciale et l'utiliser dans une procédure de droit administratif?
4. Une Cour supérieure a-t-elle le pouvoir prévu aux *Règles des procédures civiles* d'ordonner la destruction de preuves saisies conformément à un mandat décerné en application du *Code criminel*?
5. Le mécanisme de filtrage de l'arrêt *Wagg* s'applique-t-il aux régimes de production prévus par la loi, tels que les pouvoirs de l'enquêteur de l'Ordre des médecins et chirurgiens de l'Ontario?

**iv) Arbitrage de conflits de travail**

[61] Le pouvoir de contraindre la production des documents du dossier du ministère public est également examiné dans le contexte des arbitrages de conflits de travail. Cette question a été soulevée lors d'une affaire d'arbitrage entre la Toronto Transit Commission et le Syndicat uni du transport, section locale 113, concernant les griefs de deux employés. L'employeur et le syndicat ont comparu devant un arbitre et ont demandé une ordonnance de production du dossier du ministère public relatif aux accusations criminelles contre les plaignants<sup>37</sup>.

[62] L'article 48(12) de la *Loi de 1995 sur les relations de travail*<sup>38</sup> confère à un arbitre, au président d'un conseil d'arbitrage et au conseil d'arbitrage le pouvoir d'assigner des témoins et de les contraindre à fournir un témoignage oral ou écrit. Un arbitre n'a, en vertu de cette Loi, aucun pouvoir exprès de contraindre la communication par un tiers ou plus précisément par le ministère public. Dans cette affaire, l'avocat du Procureur général a allégué qu'il serait contraire à l'intérêt public de diffuser les documents parce que le procès criminel était en cours. Le Procureur général s'est d'abord opposé à la production de tous les documents contenus au dossier du ministère public. Cependant, au second jour d'audience (alors que les accusations criminelles contre les plaignants avaient été retirées), le Procureur général a accepté de produire presque tous les documents sélectionnés dans le dossier du ministère public, conformément à une ordonnance de l'arbitre.

[63] Dans ses motifs écrits et déposés quelque temps après la production des documents, l'arbitre a déclaré : [TRADUCTION] « dans cette affaire, on ne conteste pas le pouvoir de l'arbitre d'ordonner la production du contenu du dossier du ministère public au même titre que le ferait un juge ». En fait, le Procureur général s'était opposé à la production, de sorte que ce point était contesté. De plus, cette observation incidente démontrait l'omission de l'arbitre de tenir compte de l'importance de la discussion dans l'arrêt *Wagg* portant sur les fondements juridiques du processus de filtrage : le pouvoir d'élaborer le mécanisme de filtrage se trouvait dans le pouvoir inhérent de la Cour supérieure d'exercer un contrôle sur sa propre procédure et de protéger le processus contre tout abus ou obstruction<sup>39</sup>. Un conseil d'arbitrage est une création de la loi et, comme de nombreux conseils similaires, il tire son autorité de sa loi habilitante et de toute disposition procédurale visant le tribunal se trouvant dans d'autres lois applicables. Ses pouvoirs ne sont pas aussi larges que ceux attribués à la Cour supérieure. Néanmoins, cette décision est devenue une jurisprudence fréquemment citée, en raison de cette seule proposition.

#### **IV. LE CONCEPT DE L'ENGAGEMENT TACITE**

[64] L'imprécision dans la loi en ce qui concerne l'application et l'étendue de l'engagement tacite relatif à la divulgation en matière criminelle est considérée par le Groupe de travail comme un obstacle évident à la possibilité de contrôler l'usage qui est fait de la divulgation du dossier du ministère public dans des procédures parallèles. Cette section du rapport contient un aperçu de l'évolution du droit au Canada et au Royaume-Uni concernant l'engagement propre à la common law en contexte criminel. Elle contient également quelques suggestions de réforme qui constituent le fondement de nos recommandations à ce sujet.

[65] Tant en common law que sous le régime des Règles des procédures civiles dans plusieurs provinces et territoires, les avocats civilistes du Canada ont longtemps été sujets à une « règle d'engagement tacite » à l'égard des documents produits au préalable. La règle est formulée de façon variée, mais elle a généralement pour fonction d'empêcher les parties et leurs avocats d'utiliser la preuve, les renseignements ou les documents pour toute autre fin que de faire

avancer leur position dans le procès en cours. Ce qui est moins clair, cependant, c'est la question de savoir si la même règle ou une autre règle similaire s'applique pour empêcher de la même façon l'utilisation ultérieure de documents que, dans une affaire criminelle, le ministère public a communiqués à un avocat de la défense ou à un accusé non représenté.

[66] Un examen des lois existantes au Canada et dans d'autres pays du Commonwealth révèle qu'il subsiste un conflit dans la jurisprudence quant à l'applicabilité de la doctrine aux documents faisant l'objet de la divulgation. Alors que la plupart des tribunaux acceptent la proposition que la doctrine existe en contexte criminel, la portée de son application fait l'objet de nombreux débats.

[67] Selon la jurisprudence, il est probable que les tribunaux canadiens reconnaîtraient finalement une règle d'engagement tacite en contexte criminel. Ce qui est moins sûr, c'est la façon dont les tribunaux interpréteront la common law pour déterminer la portée et l'application d'une telle règle. Dans la décision *Wagg*, le juge Rosenberg a fait observer qu'il subsiste un conflit dans la jurisprudence actuelle quant à l'applicabilité de la doctrine à l'égard des documents faisant l'objet de la divulgation.

#### **A. La jurisprudence canadienne**

[68] La déclaration la plus claire au Canada voulant que la règle de l'engagement tacite s'applique à l'avocat de la défense en matière criminelle a été faite par le juge Meagher dans *R. c. Little* [2001] A.J. No. 69 (Alta. Prov. Ct). Dans cette affaire, le ministère public de l'Alberta avait pris l'habitude de demander à l'avocat de la défense d'accepter un engagement écrit explicite<sup>40</sup>. L'avocat de la défense (qui venait d'une autre province et n'était pas habitué à la pratique locale) s'y est opposé, a refusé de le faire et a présenté une requête en divulgation au tribunal. Le juge Meagher a statué qu'un engagement explicite n'était pas nécessaire, étant donné que l'avocat de la défense était déjà lié en common law par la règle de l'engagement tacite. Dans la décision *R. c. Schertzer* [2004] O.J. No. 5879, le juge Ewaschuk de la Cour supérieure de justice de l'Ontario a été invité à imposer à la défense un engagement explicite de ne pas se servir des documents faisant l'objet de la divulgation pour toute autre fin.

Monsieur le juge a conclu que, bien qu'il soit « hautement probable » que l'avocat de la défense qui reçoit la divulgation du ministère public soit lié par la règle de l'engagement tacite, le fait qu'un certain nombre d'informateurs confidentiels étaient évoqués dans les documents et que leur sécurité était potentiellement menacée justifiait un engagement explicite<sup>41</sup>. Étant donné qu'aucune de ces deux affaires ne comporte une tentative ultérieure de se servir des documents, elles n'apportent aucune indication sur les limites, s'il en est, quant à l'application de la règle.

[69] L'affaire *Hedley c. Air Canada* (1994), 23 C.P.C. (3d) 352 (Ont. Ct. (Gen. Div.)) est l'une des premières décisions à le faire. Dans cette affaire, les demandeurs avaient auparavant été poursuivis pour fraude. Une fois la procédure criminelle suspendue, les demandeurs ont poursuivi la police, les plaignants et leurs avocats pour poursuite abusive (mais pas le ministère public). Ironiquement, l'instance a été suspendue parce que le ministère public a omis de se conformer à ses obligations de divulgation. Au cours de l'affaire criminelle, le juge a ordonné aux plaignants de produire des documents en plus de prononcer des ordonnances de divulgation contre le ministère public. À la fin de la procédure criminelle, il a été ordonné que tous les documents, y compris ceux produits par des tiers, soient rendus au ministère public par les accusés (devenus demandeurs).

[70] Lors de l'action civile, les demandeurs ont présenté une demande afin de récupérer les documents. Le jugement du juge Blair aborde la production des documents, qui ne constituaient pas, au sens strict, une divulgation. Néanmoins, le juge Blair conclut que les documents sont visés par la règle de l'engagement tacite<sup>42</sup> :

[TRADUCTION]

« Je ne vois aucune raison de principe pour laquelle la partie à une procédure civile devrait être favorisée simplement parce que cette partie se trouve avoir été dans la position de l'accusé dans une poursuite criminelle connexe – même dans les cas où cette poursuite n'a pas obtenu gain de cause. Les principes restent les mêmes : la société équilibre l'importance de contraindre la divulgation dans les affaires criminelles et civiles avec une limite compensatoire greffée sur cette production; celui qui reçoit les

documents ne doit pas utiliser ces derniers, ni les renseignements qu'ils contiennent, pour des fins autres que la procédure dans laquelle ils ont été communiqués<sup>43</sup>. »

[71] Aussi, le juge Blair a reconnu que le tribunal avait le pouvoir discrétionnaire d'accorder l'autorisation d'ordonner la production des documents nonobstant l'engagement. Parce qu'il a jugé cette question prématurée, il n'a pas décidé s'il allait le faire, mais il aurait probablement établi un équilibre en fonction des facteurs exprimés ci-dessus.

[72] La Cour divisionnaire de l'Ontario a rendu la décision *Consolidated NBS c. Price Waterhouse* (1994), 111 D.L.R. (4<sup>th</sup>) 656 plus tôt au cours de la même année, tout comme l'arrêt *Hedley*, précité. La demanderesse était une société et son ancien président, Howe (un tiers à l'action), avait été accusé de fraude dans les affaires en cours devant les tribunaux criminels et la Commission des valeurs mobilières de l'Ontario. La demanderesse alléguait que la défenderesse, Price Waterhouse, avait fait preuve de négligence en omettant de l'aviser que son président était malhonnête. La demanderesse voulait obtenir les documents de divulgation de Howe.

[73] La Cour divisionnaire a semblé accepter que la règle de l'engagement tacite puisse s'appliquer aux documents faisant l'objet de la divulgation. Cependant, elle a conclu que la règle ne s'appliquait pas en l'espèce, étant donné que [TRADUCTION] « Howe ne cherche pas à se servir des communications du ministère public contre le ministère public; un tiers cherche à obtenir la production des documents pour lui-même », c'est-à-dire que, parce que Howe n'était pas proactif au litige, l'utilisation des documents ne visait pas « un but accessoire ou ultérieur ». Cependant, la règle de l'engagement tacite énoncée par la jurisprudence civile n'est pas si étroite. Elle interdit plutôt l'utilisation ultérieure des documents *pour toute autre fin*.

[74] Néanmoins, le même raisonnement a été appliqué par le juge Vertes dans l'arrêt *Fallowka c. Royal Oak Mines Inc.* [1998] N.W.T.J. No. 45 (S.C.). Les défendeurs dans l'action dont il était saisi avaient été accusés et condamnés en Cour criminelle. Ils étaient maintenant poursuivis devant les tribunaux civils par les demandeurs pour un préjudice fondé sur les mêmes faits qui constituaient la conduite criminelle. Encore une fois, le tribunal a semblé

accepter que la règle de l'engagement tacite puisse s'appliquer aux documents faisant l'objet de la divulgation. Cependant, le juge Vertes a conclu que :

[TRADUCTION]

« La règle [d'engagement tacite] pourrait s'appliquer aux documents faisant l'objet de la divulgation par le ministère public dans le cas où la partie qui obtient la communication, p. ex. le défendeur à une procédure criminelle, tente de se servir des renseignements communiqués pour engager une nouvelle poursuite civile. [...] Mais telle n'est pas la situation en l'espèce. Les défendeurs [...] n'ont pas l'intention de se servir des documents faisant l'objet de la divulgation par le ministère public pour engager une nouvelle et différente procédure. Ils respectent leur obligation de produire dans la présente procédure tous les documents pertinents en leur possession ou à leur disposition. Toute tentative même par les demandeurs d'utiliser les documents ainsi communiqués pour des fins autres que la présente action ferait aussi face à la règle d'engagement tacite. »

[75] La justification semble ici différente. Le juge Vertes a conclu que ni le demandeur ni le défendeur ne pouvaient utiliser les documents pour toute autre fin que la contestation ou la défense de la poursuite criminelle, *ou* une poursuite civile fondée sur le même comportement. La justification à cet égard reste imprécise et pourrait être incompatible avec les principes d'équité.

[76] Une autre affaire de la Cour divisionnaire de l'Ontario, *Lang c. Crowe* [2000] O.J. No. 653, peut aider à mettre en lumière le désir des tribunaux de limiter l'application de la règle. Dans cette affaire, le défendeur avait auparavant été poursuivi par le ministère public. La poursuite n'avait pas réussi et le demandeur a entamé une poursuite civile. Crowe était représenté par le même avocat dans l'affaire criminelle et la poursuite civile, et il s'est servi librement des documents faisant l'objet de la divulgation (dont une bonne partie ayant trait au demandeur) pour se défendre dans l'action civile. Le demandeur n'a pas eu accès aux documents et le défendeur s'est opposé à la production au demandeur en raison de la règle sur l'engagement tacite. La Cour divisionnaire a émis de sérieuses réserves à l'idée de permettre

l'utilisation du dossier du ministère public dans une affaire civile, mais a néanmoins ordonné la production des documents au demandeur, parce qu'il était fondamentalement injuste que l'on permette l'accès au défendeur alors qu'on le refuse au demandeur.

[77] Fait intéressant à noter, aucune des trois affaires mentionnées ci-dessus ne laisse entendre que la règle de l'engagement tacite ne concerne pas les documents obtenus dans une procédure criminelle. Par contre, elles refusent toutes d'appliquer la règle dans les cas où l'action civile concerne exactement le même comportement en cause dans la poursuite judiciaire. Le juge Vertes va aussi loin que d'alléguer qu'elle ne constitue pas une « nouvelle et différente procédure » parce que le défendeur était auparavant un accusé à l'égard des mêmes faits. Cette allégation n'est guère convaincante. Cependant, seul le juge Blair dans la décision *Hedley*, précitée, mentionne le fait que la question n'est pas de savoir si la règle s'applique ou non, mais de savoir si, en tenant compte de la justification derrière la règle, l'effet de l'action civile milite en faveur de l'exercice du pouvoir discrétionnaire et d'ordonner la production des documents.

[78] Il faudrait également tenir compte des recommandations du rapport du Comité consultatif du procureur général sur le filtrage des accusations, la divulgation et les pourparlers de règlement (le « Rapport du comité Martin ») dans l'analyse du principe à l'appui d'une règle d'engagement tacite. Comme l'a souligné le juge Rosenberg dans l'arrêt *Wagg*, le comité n'a pas abordé la question de savoir si l'avocat de la défense est sujet à un engagement tacite de ne pas utiliser les documents faisant l'objet de la divulgation pour d'autres fins, comme une action civile découlant des mêmes faits que la poursuite criminelle. Néanmoins, le comité a fait part de ses inquiétudes quant à la diffusion inappropriée de documents provenant du dossier du ministère public. Il a formulé les recommandations suivantes à la page 179 :

[TRADUCTION]

- Le comité est d'avis qu'il n'est pas approprié pour tout avocat de livrer au public des documents faisant l'objet de la divulgation. Un avocat ne jouerait pas de façon responsable son rôle d'officier de justice s'il agissait de la sorte.

- Le comité est d'avis que les avocats de la défense devraient maintenir la garde ou le contrôle des documents faisant l'objet de la divulgation, de sorte qu'il n'y ait pas de copies de ces documents qui soient indûment diffusées. Des dispositions particulières peuvent être convenues entre l'avocat de la défense et l'avocat du ministère public, en ce qui concerne le maintien du contrôle sur les documents faisant l'objet de la divulgation dans les cas où un accusé est en détention, et que le nombre de documents divulgués rend difficile la présence de l'avocat de la défense pendant l'examen des documents<sup>44</sup>.

[79] Après avoir examiné la jurisprudence, les recommandations du Comité Martin<sup>45</sup> et la justification de la règle en contexte civil, le juge Rosenberg a déclaré qu' [TRADUCTION] « il existe d'importantes raisons de principe pour reconnaître une règle d'engagement tacite à l'égard de la divulgation de documents à la défense dans une affaire criminelle. » Cependant, étant donné qu'il n'était pas directement saisi de la question, il a expressément refusé de « poser une règle dans ce cas », et il a reporté la question à un autre jour. Comme il a été mentionné précédemment, l'application de la règle et ses limites sont des questions qu'il faut résoudre.

## **B. L'évolution du droit au Royaume-Uni**

[80] Le Royaume-Uni aussi s'est penché sur la question de savoir si la règle s'appliquait, et dans quelle mesure, à des documents obtenus lors d'une procédure criminelle.

En 1997, la Cour d'appel a rendu une décision dans *Mahon c. Rahn* [1997] 3 All E.R. 687. Dans cette affaire, le demandeur poursuivait le défendeur pour diffamation. Le défendeur était le plaignant dans une affaire de fraude criminelle pour laquelle l'accusé avait été poursuivi sans succès. À cet égard, la situation ressemble davantage à celle de l'arrêt *Hedley*, précité, qu'à l'arrêt *Consolidated NBS*, précité.

[81] Le demandeur exigeait de la part du défendeur la production de documents que le ministère public avait présentés en audience publique. Le juge Otton, pour la Cour d'appel, a

ordonné leur production du fait qu'il ne pouvait trouver [TRADUCTION] « aucun fondement à un engagement tacite en procédure criminelle au motif de protection de la vie privée et de confidentialité ». Le raisonnement du juge Otton était que l'on pouvait s'attendre à ce que des choses recueillies dans le cadre d'une enquête criminelle soient déposées en cour, et que par conséquent, leurs auteurs auraient dû présumer qu'elles seraient rendues publiques<sup>46</sup>.

[82] L'année suivante, la Chambre des lords a rendu la décision *Taylor c. Serious Fraud Office*, [1998] 4 All E.R. 801 dans une situation pratiquement identique. Les demandeurs poursuivaient les défendeurs et le Serious Fraud Office pour diffamation sur la foi de documents qui faisaient partie d'une poursuite pour fraude. Bien que la poursuite ait eu gain de cause contre d'autres accusés, Taylor n'a jamais été condamné. Il a agi comme témoin pour l'un des défendeurs et l'avocat lui avait montré les documents faisant l'objet d'une divulgation, documents qu'il tentait maintenant d'obtenir dans l'instance comme fondement de sa poursuite en diffamation.

[83] La Chambre des lords (par lord Hoffman pour la majorité) a convenu que l'engagement tacite dans une procédure civile ne permettait pas l'utilisation de documents pour toute autre fin que la conduite du litige. Plus précisément, le tribunal a conclu qu'il excluait toute utilisation accessoire, que ce soit dans une autre poursuite ou par voie de publication à d'autres personnes.

[84] Le tribunal a poursuivi en examinant si le droit au respect de la vie privée et de la confidentialité était suffisamment différent en contexte criminel pour justifier de ne pas appliquer la doctrine. Le tribunal a conclu que le fait que la publication était prévisible à l'époque où les documents ont été créés ne signifiait pas qu'il ne fallait pas préserver la confidentialité et la vie privée autant qu'il était possible de le faire.

[85] La Chambre des lords a défini le motif d'intérêt public pour reconnaître une règle d'engagement tacite en procédure criminelle :

[TRADUCTION]

« De nombreuses personnes offrent leur aide à la police et aux autres organismes d'enquête, que ce soit volontairement ou sous contrainte, sans entrer dans la catégorie des informateurs dont l'identité peut être cachée pour des motifs d'intérêt public. Ils seront incités à donner des renseignements ou obligés à le faire, parce que d'après eux-mêmes ou selon la loi, l'intérêt de la justice l'exige. Ils doivent naturellement accepter que l'intérêt de la justice puisse finalement exiger la publication des renseignements ou quoi qu'il en soit, accepter leur divulgation à l'accusé pour lui permettre de mener sa défense. Mais il me semble n'y avoir aucune raison pour laquelle le droit ne les encouragerait pas à poursuivre leur aide en leur offrant l'assurance que, sous réserve de ces exigences impérieuses, leur vie privée et leur confidentialité seront respectées.

Il faut aussi tenir compte des intérêts des personnes qui sont mentionnées dans les déclarations. Les renseignements donnés à la police ou aux autorités chargées des enquêtes contiendront souvent des allégations diffamatoires ou au moins blessantes envers d'autres personnes. Ce sont des choses auxquelles il faut s'attendre dans le cadre d'une enquête criminelle. Il est possible que de telles personnes ne soient jamais accusées ou ne sachent jamais qu'elles ont fait l'objet de soupçons, ou encore que quoi que ce soit d'inconvenant ait été dit à leur sujet. Si de telles allégations ont un certain retentissement au cours de la procédure, ces personnes devront en subir les conséquences puisque la publicité des débats judiciaires est d'intérêt public. Même alors, le juge pourra souvent empêcher l'introduction d'allégations visant des tiers qui ne se rapportent pas aux questions en litige. Mais je ne vois pas de raison pour laquelle l'accusé serait libre, à l'extérieur du tribunal, de publier de telles déclarations dans le monde en général. La possibilité d'une poursuite en diffamation est trop onéreuse pour la plupart des gens et il est difficile d'en faire un remède approprié. » [Par Lord Hoffman, citée avec approbation dans *Wagg*, au par. 44]

[86] La Chambre des lords a fermement réglé la question en concluant que la règle de common law d'un engagement tacite s'applique aux documents obtenus dans un procès criminel. Le jugement a cependant laissé plusieurs questions importantes sans réponse. L'une

d'elles était de savoir si l'engagement expirait ou était aboli par le fait que le document avait déjà été présenté en audience publique dans la procédure antérieure. Cette question avait été débattue par les tribunaux inférieurs<sup>47</sup>. Tandis que la Chambre des lords laissait entendre que [TRADUCTION] « il me semble y avoir beaucoup de force dans l'opinion que le tribunal devrait néanmoins garder le contrôle sur certaines utilisations accessoires des documents, y compris l'introduction d'une poursuite en diffamation », elle a laissé la question en suspens<sup>48</sup>.

[87] Dans l'affaire *Taylor*, cependant, il a été décidé que l'engagement tacite concernait non seulement le bénéficiaire des documents faisant l'objet de la divulgation par le ministère (l'accusé et son avocat de la défense), mais aussi Taylor, qui était le sujet de l'enquête. Il n'y avait rien de mal à ce que l'avocat de la défense ait partagé les documents faisant l'objet de la divulgation avec Taylor, à qui il avait demandé de témoigner pour le compte de son client. C'était une utilisation appropriée des documents pour préparer une défense pleine et entière. Mais Taylor, ayant ainsi obtenu les renseignements, ne pouvait ensuite en faire aucune autre utilisation pour quelque fin que ce soit, en raison de l'engagement tacite. Par conséquent, l'engagement semble être lié aux documents eux-mêmes, plutôt que simplement au procureur ou à la partie qui les reçoit dans un premier temps. Cette approche est conforme à la décision antérieure du tribunal dans *Home Office c. Harman*, [1982] 1 All E.R. 532 : le procureur n'utilisera pas ou n'autorisera pas l'utilisation des documents ou de copies de ceux-ci pour toute fin accessoire ou ultérieure qui lui soit propre ou qui soit particulière à ses clients ou à quiconque.

[88] Dans la décision *Taylor*, la Chambre des lords a retenu que le tribunal conserve le pouvoir discrétionnaire, en common law, de soustraire quelqu'un à l'application de l'engagement tacite dans les cas où il est dans l'intérêt de la justice de le faire. Par exemple, dans la décision *Mayo Associates c. Anagram* (1998) JLR 411, la Royal Court n'a éprouvé aucune difficulté à décider qu'un défendeur, qui était l'accusé d'un procès criminel, doit fournir au demandeur (le plaignant) les documents faisant l'objet de la divulgation sur lesquels il s'appuyait pour se défendre dans le procès. Bien que les faits reproduisent ceux de l'affaire *Fallowka*, précitée, et *Lang*, précitée, l'analyse est beaucoup plus nuancée : l'engagement s'applique, mais la pondération des facteurs d'intérêt public milite en faveur de la production

aux fins de la poursuite civile. Il s'agit d'une distinction importante : à défaut d'engagement tacite, il n'y a aucune restriction sur l'utilisation qui peut être faite des documents. Par contre, il est possible d'accorder des mesures discrétionnaires à titre restreint pour permettre la production dans l'affaire civile, tout en empêchant la publication à toute autre fin, comme la diffusion sur Internet.

[89] En 1996, le Royaume-Uni a adopté des dispositions législatives portant sur l'utilisation permise de documents faisant l'objet de la divulgation et de tout renseignement qui s'y trouve. L'article 17 de la *Criminal Procedure and Investigations Act 1996 (UK)*, ch. 25, stipule qu'un accusé [TRADUCTION] « ne doit pas l'utiliser ou la divulguer, ni tout renseignement qui y est consigné » pour toutes fins autres que la poursuite criminelle, à moins d'obtenir une ordonnance du tribunal. L'article 18 constitue en infraction d'outrage au tribunal le fait pour toute personne d'utiliser ou de diffuser sciemment un objet ou un renseignement qui y est consigné, si l'utilisation ou la diffusion est faite en contravention de l'article 17. Par contre, l'accusé ou toute personne peut utiliser ou diffuser tout renseignement qui a été révélé ou communiqué au public lors d'une audience<sup>49</sup>.

[90] Fait plus important, les documents produits en vertu d'un *subpœna duces tecum* ne sont pas visés par la loi, de sorte que la règle de common law continue de s'y appliquer, tout comme à la communication à des tiers.

### **C. Réforme de la divulgation au Canada**

[91] En novembre 2004, pour s'attaquer à l'utilisation inappropriée des pièces communiquées, le ministère de la Justice a publié un document de consultation sur la réforme de la divulgation dans lequel il proposait une solution législative.

[92] Le document soulignait que l'on pourrait apporter des modifications au *Code criminel* par lesquelles :

- a) il serait imposé à toutes les personnes qui se font communiquer des renseignements – aux tiers également – l'obligation de ne pas les utiliser à mauvais escient ou à des fins accessoires;
- b) on conférerait explicitement au tribunal le pouvoir de prononcer les ordonnances relatives à la communication de pièces qu'il estime justifiées, que les pièces soient entre les mains de l'avocat, de l'accusé, ou de tiers : l'ordonnance pourrait être prononcée dans l'intérêt de la justice ou pour protéger la vie privée des personnes touchées par l'instance, mais sous réserve du droit de l'accusé de présenter une défense pleine et entière;
- c) il serait créé une infraction ciblant l'utilisation abusive des pièces communiquées : cette infraction pourrait viser l'utilisation à mauvais escient de pièces de ce genre dans le but de faciliter la perpétration d'une infraction pénale, ainsi que leur utilisation dans l'intention de porter atteinte à la vie privée de quiconque. [Non souligné dans l'original]<sup>50</sup>

#### **D. Résumé et conclusions sur la règle de l'engagement tacite**

[93] La jurisprudence canadienne sur la relation entre la règle de l'engagement tacite et les pièces communiquées ou produites dans un procès criminel manque de clarté. Premièrement, il faut trancher de façon définitive la question de savoir si la doctrine s'applique ou non. Deuxièmement, il faudrait aborder la question de savoir si l'engagement s'applique seulement à l'accusé et à son avocat en matière criminelle ou s'il lie n'importe qui. Troisièmement, il faudrait également discuter la question de savoir si l'engagement survit à la présentation des renseignements dans une audience publique. Finalement, un besoin existe d'élaborer des directives pour déterminer quand l'intérêt public exige une ordonnance de production, nonobstant l'existence de l'engagement tacite.

[94] Les éclaircissements peuvent provenir de mesures législatives ou de l'évolution de la jurisprudence sur la règle de l'engagement tacite. Cependant, vu le manque de précision dans la

jurisprudence, et ce, même sur la question la plus fondamentale, soit de savoir si la règle existe en contexte de procédure criminelle, ces questions seront plus rapidement et mieux réglées par des mesures législatives. Les recommandations traduisent l'appui que le Groupe de travail accorde à cette solution.

[95] Une modification au *Code criminel* régissant la manière par laquelle on peut accéder aux documents du dossier du ministère public et les utiliser en dehors d'une poursuite criminelle pourrait faire l'objet d'une contestation au motif qu'elle contrevient au partage constitutionnel des compétences. Une analyse constitutionnelle complète de la modification proposée au *Code criminel* pour intégrer un engagement explicite de confidentialité applicable à la divulgation par le ministère public serait complexe, et excéderait la portée du présent rapport. L'analyse suivante ne contient qu'une brève description de la question.

[96] La question qu'il faut examiner est, selon le but et la portée ou le caractère essentiel de la mesure législative envisagée, de savoir si elle peut être située sous l'un des chefs de compétence fédérale prévus par la *Loi constitutionnelle de 1867*, en l'occurrence, la procédure et le droit criminel. Pour relever de la compétence du Parlement fédéral, il faudra que le caractère essentiel de la loi soit considéré comme facilitant ou préservant l'intégrité d'une poursuite criminelle. Cela dit, il subsiste un risque que toute réglementation adoptée par le parlement fédéral à l'extérieur des limites des poursuites criminelles puisse être considérée comme une affaire de procédure ou de preuve civile. Les règles de procédure et de preuve en matière civile relèvent généralement de la compétence provinciale, au titre de « l'administration de la justice dans la province », un pouvoir qui inclut expressément « la procédure en matières civiles ». Le Groupe de travail s'attend bien à ce que la modification proposée fera face à des contestations sur le plan constitutionnel, et il s'en remet à l'expertise des législateurs pour rédiger des dispositions permettant de leur résister.

## **V. PRODUCTION SELON LES RÈGLES DE PRATIQUE EN MATIÈRE CIVILE**

[97] La question de l'utilisation accessoire des pièces communiquées par le ministère public dans une poursuite civile connexe constitue un phénomène relativement récent, qui découle de la création d'obligations de divulgation en contexte de procédure criminelle, en application de

la *Charte* au Canada, comme ailleurs par les initiatives analogues de réforme du droit. Bien que les règles de pratique en matière civile prévoient une avenue pour permettre aux particuliers d'avoir accès au dossier du ministère public, la seule application des principes de communication préalable au civil aux renseignements de nature délicate contenus dans le dossier se traduirait par leur divulgation et leur production en l'absence de toute considération des autres préoccupations majeures d'intérêt public reconnues par le tribunal dans la décision *Wagg*. Comme l'a souligné le juge Blair dans la décision *Wagg* de la Cour divisionnaire, c'est la pertinence qui constitue la pierre angulaire pour juger de l'opportunité de la divulgation et de la production dans les régimes de communication préalable au civil. Cependant, pour contraindre la production des pièces du dossier du ministère public dans une procédure civile accessoire, le critère unique de la pertinence est insuffisant et risque de nuire à l'administration de la justice pénale.

[98] Le Groupe de travail reconnaît que des dispositions dans les diverses règles provinciales de procédure civile qui régissent la production par des tiers font obstacle à la possibilité d'exercer une direction uniforme de l'utilisation des pièces pour des fins accessoires. Les règles ne protègent pas cette catégorie particulière de documents, et c'est la raison pourquoi, dans la décision *Wagg*, le tribunal a créé sa propre règle. Le Groupe de travail a formulé la liste suivante de solutions visant à aplanir les obstacles dressés par le système de droit civil.

1. Le mécanisme de filtrage de l'arrêt *Wagg*, qui est essentiel pour la protection du dossier du ministère public contre la divulgation et la production sans restriction dans une procédure civile, devrait être codifié dans les règles de procédure civile des provinces et territoires.
2. La règle *Wagg* codifiée devrait être la disposition exclusive dans le cadre des règles de procédure civile qui régisse la production des documents du dossier du ministère public, que ces documents soient en possession ou à la disposition de parties à l'action ou de tiers.

3. Dans les cas où cela est possible, il faudrait négocier des protocoles d'entente avec les principaux intervenants pour offrir une approche uniforme et disciplinée au partage des renseignements du dossier du ministère public. Ces ententes faciliteront la communication consensuelle des documents, sans la nécessité d'une ordonnance du tribunal ou d'une communication faite en vertu d'une ordonnance sur consentement, comme il est prévu à l'arrêt *Wagg*.

#### **A. Les règles de pratique en matière civile et l'immunité du ministère public**

[99] Comme il a été mentionné, les *Règles des procédures civiles* de l'Ontario prévoient la communication de documents par des tiers en vertu de la règle 30.10. On trouve des dispositions similaires dans les règles de procédure civile de la Colombie-Britannique, la règle 26(11); en Alberta, la règle 209; en Saskatchewan, la règle 236; au Manitoba, la règle 30.10; au Code de procédure civile du Québec, art. 402; au Nouveau-Brunswick, la règle 31.11; à l'Île-du-Prince-Édouard, la règle 30.10; et dans les Territoires du Nord-Ouest, la règle 231. La procédure civile au Nunavut est régie par les règles des Territoires du Nord-Ouest et au Yukon, elle est régie par les règles de la Colombie-Britannique. La règle 233 des *Règles de la Cour fédérale* prévoit également la communication de documents en possession d'un tiers.

[100] Tandis que la règle de l'Ontario, dont sont inspirées celles des provinces de l'Île-du-Prince-Édouard et du Nouveau-Brunswick, est passablement détaillée; les règles de la Saskatchewan et de la Colombie-Britannique le sont beaucoup moins. La règle 26(11) des *British Columbia Rules of Court* prévoit :

[TRADUCTION]

26(11) Lorsqu'un document est en la possession ou sous le contrôle d'un tiers, le tribunal peut, à la suite d'un préavis donné à ce tiers et à toutes les autres parties, ordonner la communication et l'examen du document ou la préparation d'une copie certifiée conforme pouvant tenir lieu d'original. Une ordonnance fondée sur le par. 41(16) des Règles concernant une ordonnance rendue en vertu

du présent paragraphe peut être délivrée, si elle comporte une admission dans laquelle la personne qui possède le document ou en dispose ne s'oppose pas aux conditions de l'ordonnance proposée.

[101] Bien qu'il soit possible que les autres provinces et territoires n'aient pas de règle obligeant la production de documents par des tiers, l'effet de leurs règles régissant les interrogatoires préalables peut néanmoins produire ce résultat. Par exemple, en vertu de la règle 18.01 des *Règles des procédures civiles* de la Nouvelle-Écosse qui s'appliquent à l'interrogatoire préalable, toute personne peut être interrogée sur toute question pertinente à la procédure. Aux termes de la règle 18.11, lorsque des personnes interrogées admettent avoir sous leur garde ou à leur disposition un livre, une pièce, un document ou un dossier ayant trait aux points litigieux, l'interrogateur ou le tribunal peut leur ordonner de les produire. Il existe des dispositions similaires dans les règles de procédure civile de Terre-Neuve et du Labrador.

[102] Malgré les différences d'un bout à l'autre du pays dans la formulation des règles concernant la production de documents aux mains de tiers, y compris l'absence de toute règle dans certains territoires ou provinces, le droit sur la production de documents aux mains de tiers est essentiellement le même dans tout le Canada. Rien dans les diverses règles ne limiterait son application de sorte qu'il ne s'appliquerait pas au dossier du ministère public. Cependant, l'évolution de la jurisprudence en Alberta et en Nouvelle-Écosse a conféré au ministère public l'immunité contre la divulgation préalable dans les instances auxquelles il n'est pas partie.

[103] En Alberta, l'immunité du ministère public a été invoquée avec succès pour faire rejeter une demande de production du ministère public dans la décision *Rutherford c. Swanson* (1993) 139 A.R. 314 (Alb. Q.B.)<sup>51</sup>. Dans cette affaire, le demandeur a tenté d'obtenir la production par la GRC, qui n'était pas partie à la procédure, de documents créés ou découverts par le service de police au cours d'une enquête sur un incident. Cet incident a abouti par la mise en accusation au criminel de deux des défendeurs, et constituait l'élément essentiel de l'action civile du demandeur. Ce dernier a demandé l'ordonnance pour contraindre la production en

vertu de l'arrêt 209 des *Règles de procédure* de l'Alberta qui régissent la production par des tiers.

[104] La GRC s'est opposée à la production en raison de l'immunité du ministère public. Le service de police a allégué que, à titre d'une division du gouvernement fédéral, il jouit de [TRADUCTION] « toutes les immunités, privilèges et les prérogatives de la Couronne, y compris l'immunité de responsabilités imposées par la loi, sauf dans le cas où la loi lie expressément la Couronne<sup>52</sup>. » La GRC a prétendu qu'à titre d'agents du ministère public, ses membres sont exempts de l'application des *Règles de procédure* de l'Alberta dans les procédures auxquelles ils ne sont pas parties. La juge Beilby a retenu les arguments de la GRC et a conclu que le ministère public n'était pas soumis à la règle 209 quand il n'était pas partie au litige. La juge a décidé que la GRC jouissait de l'immunité du ministère public du fait qu'elle agissait à titre de mandataire du ministère public pendant son enquête sur l'incident. Dans son analyse de l'immunité du ministère public, elle a été guidée par l'article 17 de la *Loi d'interprétation*, (L.R.C. 1985 ch. I-21). Celui-ci prévoit :

Sauf indication contraire y figurant, nul texte ne lie Sa Majesté ni n'a d'effet sur ses droits et prérogatives.

[105] La conclusion dans *Rutherford* n'a pas été acceptée dans les autres territoires et provinces. Dans *R. c. Campbell*, [1999] 1 R.C.S. 565, le juge Binnie a déclaré que la décision « [...] est affaiblie par l'omission de tenir compte des distinctions entre les diverses fonctions exercées par la GRC et de la différence potentielle des relations entre la GRC et l'État dans le cadre de l'exercice de ces fonctions<sup>53</sup> ». De plus, dans la décision *Temelini c. Wright* (1999) O.R. (3<sup>rd</sup>) 609, la Cour d'appel de l'Ontario a souligné que dans *Rutherford*, le tribunal n'avait pas tenu compte de l'article 27 de la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif* qui stipule :

Sauf disposition contraire de la présente loi ou de ses règlements, les instances suivent les règles de pratique et de procédure du tribunal saisi.

[106] Malgré ces énoncés contradictoires, la décision *Rutherford* a été suivie par l'ensemble des tribunaux de l'Alberta. La pratique du ministère public de l'Alberta demeure qu'il n'y aura aucune communication de renseignements avant la conclusion de toute procédure criminelle. Cette position semble être acceptée par l'ensemble du Barreau de l'Alberta.

[107] Tandis que l'analyse de l'arrêt *Rutherford* était axée sur les principes d'immunité du ministère public, le tribunal a aussi remarqué l'inopportunité de contraindre un service de police à divulguer des renseignements potentiellement sensibles dans un processus qui ne tient pas suffisamment compte des préoccupations d'intérêt public associées à la diffusion des dossiers de la police. En réaction à la demande de production dans cette affaire, la GRC a émis un certificat en application de l'article 37 de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R. 1985, ch. C-5, qui s'oppose à la communication des renseignements au motif qu'elle porterait préjudice à l'administration de la justice et au fonctionnement sûr et efficace de la GRC et de ses enquêtes sur l'activité criminelle. La juge Beilby a émis le commentaire que l'article 37(1) fournit un meilleur moyen d'aborder les requêtes en divulgation adressées à la GRC, parce que la procédure permet à la police de faire valoir ses préoccupations à l'égard de la sécurité, et qu'un juge peut finalement être invité à examiner les documents en cause avant toute divulgation. La cour a affirmé que la simple application du privilège du ministère public aux règles de procédure civile en question est un instrument inefficace, comparativement à d'autres processus. De façon similaire à l'article 37, le processus de filtrage de l'arrêt *Wagg* confère au ministère public et à la police une possibilité d'alléguer l'immunité d'intérêt public et, si nécessaire, le tribunal examinera les documents du dossier du ministère public avant que toute production en soit ordonnée.

[108] À la lumière des réserves exprimées dans des affaires subséquentes concernant l'application de l'immunité du ministère public aux règles de procédure civile, la recommandation du Groupe de travail sur ce point est plutôt axée sur un soutien à la codification uniforme du processus de filtrage *Wagg* dans les règles de procédure civile des provinces et territoires de tout le Canada. L'on s'attend à ce que des processus uniformes puissent amener des résultats plus prévisibles.

**B. La production en matière civile et les principes de privilège**

[109] Il n'y a aucun doute que le ministère public a la possibilité de s'opposer à la production de ses dossiers en alléguant le secret professionnel de l'avocat. De plus, il existe des privilèges d'intérêt public qui ont été reconnus au cas par cas, dans le contexte d'une demande d'opposition à la divulgation présentée conformément à l'article 37 de la *Loi sur la preuve au Canada* : les privilèges permettant de protéger les enquêtes policières en cours, les techniques d'enquête de la police, les renseignements et la sécurité des témoins.

[110] Dans l'arrêt *N.G. c. Upper Canada College*, le ministère public a évoqué en vain le privilège relatif au litige. Le tribunal a remis en question la justification de la revendication du privilège par le ministère public portant sur un document qui avait déjà été communiqué par le ministère public à un accusé dans le cadre d'une procédure criminelle. Comme il en a été question dans le document de réflexion de l'année dernière, le ministère public est gravement désavantagé si la divulgation à l'accusé, qui constitue pour lui une obligation incontournable en common law, est interprétée comme une renonciation au privilège relatif au litige. Cette interprétation compromettrait la capacité du ministère public à préparer sa preuve, étant donné que les produits de son travail pourraient faire l'objet d'une ordonnance en production à des personnes étrangères à la poursuite criminelle. De plus, si le ministère public n'est pas en mesure de s'opposer à la production demandée par des tiers en s'appuyant sur le privilège relatif au litige, cette situation aurait des répercussions graves sur la capacité du ministère public à protéger l'intégrité des procédures criminelles en cours. Ce dilemme découle des difficultés inhérentes à appliquer les concepts civils de privilèges à des documents recueillis, créés et diffusés dans des procédures de droit criminel. L'état du droit est incertain à l'égard de la portée du privilège du ministère public dans le cadre d'un procès. Comme autre solution pour protéger des produits du travail du ministère public contre la production au cours de la procédure criminelle, le Groupe de travail souscrit à l'opinion que, jusqu'à la fin des procédures criminelles, il ne devrait y avoir aucune production des documents du dossier du ministère public pour utilisation accessoire. L'ajout au processus de filtrage *Wagg* d'une présomption contre la divulgation avant la fin de l'affaire criminelle renforcerait la protection fournie à l'intégrité du système de justice criminelle. Il s'agit d'une solution logique et pratique qui est mise en évidence dans les recommandations.

### C. Application du système de filtrage de *Wagg*

[111] Bien que la codification du mécanisme de filtrage de l'arrêt *Wagg* dans les règles de procédure des provinces et territoires nécessiterait l'appui des Procureurs généraux de l'ensemble du Canada, le Groupe de travail estime qu'une telle initiative constituerait le plan stratégique le plus efficace pour protéger l'intérêt public. La jurisprudence qui s'est développée depuis l'arrêt *Wagg* a donné des informations quant aux facteurs pris en considération par les tribunaux lors de l'application du critère de pondération de l'intérêt public. Comme il a été mentionné précédemment, la liste des facteurs contenus au présent rapport n'est pas complète, mais elle peut fournir des indications additionnelles aux tribunaux qui entendent des motions *Wagg*, et elle peut aider les parties à de telles motions à préparer leurs arguments.

[112] Les décisions postérieures à l'arrêt *Wagg* font également ressortir la difficulté d'appliquer le mécanisme de filtrage lors de circonstances où la requête en production du dossier du ministère public est déposée pendant le déroulement de la procédure criminelle. Dès que les documents du dossier du ministère public font l'objet d'une ordonnance de production pour utilisation parallèle avant la fin de la procédure criminelle, il y a danger qu'une diffusion à mauvais escient puisse compromettre l'intégrité de la poursuite. Certes, il faudrait examiner plus à fond les détails et l'état de la poursuite pour avoir un meilleur aperçu du degré de risque. Néanmoins, il subsisterait un risque là où il n'y en avait pas auparavant.

[113] Dans l'arrêt *N.G. c. Upper Canada College*, évoquant un certain nombre de motifs, dont le risque d'influencer des témoins comme fondement de son objection, le ministère public s'est prononcé contre la production de la déclaration du demandeur enregistrée sur vidéo qui faisait partie du dossier du ministère public. La Cour divisionnaire était d'avis que les préoccupations du ministère public, quant à la possibilité que l'intégrité du processus judiciaire soit compromise en raison de l'influence subie par les témoins, avaient été manifestées prématurément – la possibilité d'influencer les témoins touche la question d'admissibilité plutôt que celle de la production. Les commentaires de la juge Lang sur cette question

permettent de saisir la difficulté d'aborder des questions de droit criminel devant un tribunal de droit civil. Au sujet de la possibilité d'influencer les témoins, la juge Lang a observé :

[TRADUCTION]

« Le Procureur général exprime des réserves au sujet des effets possibles de la divulgation sur des témoins et jurés potentiels dans un procès criminel [...]. Les préoccupations au sujet des témoins sont les suivantes : les autres étudiants de UCC qui allèguent une inconduite sexuelle chez Brown et leurs témoignages ou souvenirs – ou le témoignage des témoins qui ne sont pas plaignants – peuvent être influencés par la bande vidéo de N.G., ce qui pourrait influencer sur leurs témoignages à un procès criminel ultérieur.

Cet argument ne fait pas de distinction entre la production avant procès et l'admissibilité au procès. La protonotaire a ordonné la production. Il incombera au juge du procès de décider de l'admissibilité de la bande vidéo [...]. »

[114] Elle a ajouté :

[TRADUCTION]

« Quoi qu'il en soit, la protonotaire était consciente des préoccupations au sujet de l'intégrité du processus pénal, dont le procès, et elle les a abordées dans ses motifs. Elle a prévu des mesures de protection pour s'assurer qu'il n'y aurait aucun usage à mauvais escient de la bande vidéo. Elle s'est penchée sur l'engagement tacite de ne pas utiliser le document communiqué à des fins accessoires : la règle 30.1. Elle a prévu d'autres protections en limitant la possession de la bande vidéo à l'avocat au procès civil et en interdisant de tirer copie de la bande<sup>54</sup>. »

[115] Le tribunal a omis de reconnaître que la production de la déclaration du principal témoin dans une poursuite, pour utilisation dans un procès civil parallèle dont le début est fixé

presque six mois avant le procès criminel, pouvait nuire à l'admissibilité de la preuve du plaignant ou réduire l'importance accordée à la preuve lors de la poursuite criminelle subséquente. L'opinion de la juge Lang peut être expliquée par l'examen des différences entre les systèmes de droit criminel et civil à l'égard de l'équité du procès. Tel que mentionné précédemment dans le présent rapport, l'équité exige, en procédure civile, que les parties et le tribunal aient accès à tous les renseignements pertinents pour faciliter la recherche de la vérité. Par conséquent, les renseignements potentiellement inadmissibles peuvent toujours faire l'objet d'une ordonnance de production au motif que les parties ont besoin d'avoir accès à tout renseignement pertinent pour pouvoir aborder convenablement les négociations en vue d'un règlement, ainsi que pour se préparer au procès. L'engagement tacite, qui est bien reconnu du côté civil, constitue une protection contre la diffusion à mauvais escient de tous les renseignements obtenus au cours du processus de communication préalable au civil. Il était donc logique pour le tribunal, dans l'arrêt *N.G. c. Upper Canada College*, de conclure que l'engagement tacite offrirait la même protection contre la communication à mauvais escient de la déclaration du plaignant enregistrée sur vidéo.

[116] Comme le fait remarquer le juge Rosenberg dans l'arrêt *Wagg*, l'équité des procès dans le système de droit criminel doit englober la façon dont sont menées les procédures. Cependant, elle est tout aussi inextricablement liée au droit de l'accusé à un procès équitable, garanti par les articles 7 et 11(d) de la *Charte* et leur corollaire, l'intérêt social à l'équité des procès<sup>55</sup>. La façon dont les éléments de preuve ont été recueillis ou traités, p. ex. la diffusion à mauvais escient de la déclaration d'un témoin, peut avoir un effet péjoratif sur leur admissibilité ou sur leur valeur probante dans un procès criminel. La compréhension de l'équité des procès comporte deux autres aspects importants du processus propre aux procès criminels. Premièrement, dans une poursuite, il incombe au ministère public un fardeau de preuve beaucoup plus élevé que celui du demandeur dans un procès civil. Deuxièmement, l'accusé n'est pas obligé d'aider la poursuite à monter sa preuve contre lui, et n'est pas obligé de répondre à la preuve de la poursuite jusqu'à ce que le ministère public ait présenté une preuve complète, sans la participation forcée de l'accusé<sup>56</sup>. Par conséquent, l'évaluation du tribunal quant à la possibilité que la procédure criminelle en cours soit compromise comporte

nécessairement une analyse de la question de savoir si la production nuirait au droit de l'accusé à un procès équitable, tant du point de vue de la procédure que de la substance.

[117] La possibilité d'influencer les témoins est l'un des plus importants des nombreux préjudices qui peuvent être portés à une poursuite criminelle, si le dossier du ministère public est produit avant qu'elle ne soit achevée. Dans l'arrêt *Green c. Prosecution Service*<sup>57</sup>, la Cour d'appel d'Angleterre a reconnu que le fait d'influencer les témoins était un acte grave. Dans cette décision, le tribunal a examiné le principe d'empêcher la « contamination » des témoins. La Cour a déclaré que [TRADUCTION] « l'esprit de ce principe, c'est que pour préserver l'intégrité de chaque témoin et de l'enquête dans son ensemble, aucun témoin ou témoin potentiel ne doit connaître la déclaration d'un autre<sup>58</sup>. » Lord Brown a trouvé un appui à ce principe dans la jurisprudence britannique, et a conclu qu'il était bien fondé en droit<sup>59</sup>. La Cour a aussi approuvé comme règle générale le principe qu'il ne faudrait pas divulguer des documents comme les déclarations des témoins, du moins pas avant que l'enquête soit achevée. S'inspirant de ce raisonnement, la Cour d'appel a refusé d'ordonner la production des déclarations des témoins à un témoin oculaire du même incident.

[118] Bien que la possibilité d'influencer les témoins soit réelle dans les cas où leurs déclarations sont communiquées à des personnes étrangères à la poursuite criminelle, il reste nécessaire pour le ministère public qui invoque ce danger de démontrer certains indices de préjudice. Une simple affirmation que l'intégrité d'une poursuite criminelle sera compromise par l'utilisation parallèle des documents du dossier du ministère public est probablement un fondement insuffisant pour s'opposer à la production<sup>60</sup>.

[119] Le Groupe de travail a indiqué un certain nombre de risques associés à la diffusion des pièces du dossier du ministère public pour utilisation accessoire. Les risques sont aggravés lorsque la production est demandée avant que la procédure criminelle soit terminée. Voici une liste de certains préjudices inhérents :

- La collusion ou la collaboration entre les témoins;

RAPPORT DU GROUPE DE TRAVAIL SUR L'UTILISATION  
DE LA PRODUCTION DU DOSSIER DU MINISTÈRE PUBLIC À DES FINS ACCESSOIRES

- L'apparence de collusion ou de collaboration;
- L'atteinte à ou la perte de la présomption d'innocence des suspects;
- La perte du droit de l'accusé à un procès équitable;
- La perte du droit de l'accusé de présenter une défense pleine et entière;
- La possibilité que l'intégrité du témoignage de la victime ou d'autres témoins soit compromise;
- La probabilité accrue du reproche d'un témoin;
- Des effets préjudiciables aux discussions et négociations avant procès, qui réduisent la possibilité d'un règlement;
- La réticence possible de témoins qui ont vu des actes criminels à se manifester dans une instance criminelle, parce que leurs déclarations pourraient être diffusées à des fins complètement différentes;
- La production avant que l'instance criminelle ne soit terminée pourrait rendre inopérantes certaines ordonnances du tribunal, c'est-à-dire les ordonnances de non-publication, les ordonnances d'exclusion des témoins et celles prévoyant la confidentialité des noms;
- La possibilité que soient violées des considérations relatives au respect de la vie privée de témoins susceptibles de révéler en preuve des faits intimes ou confidentiels dans une poursuite criminelle;
- Le danger de certaines dispositions compromettantes de la *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents*.

[120] Même si une version codifiée du mécanisme de filtrage de l'arrêt *Wagg* se retrouvait dans les règles de procédure civile de chaque province ou territoire, ces règles n'offrent aucune mesure pour protéger l'intégrité de la procédure criminelle dans les cas où l'on présente une requête en production du dossier du ministère public alors que cette procédure est en cours. Il faut colmater cette brèche dans la protection. Le Groupe de travail voit d'un bon oeil la pratique du ministère public de l'Alberta, qui a eu l'effet de créer implicitement une présomption que la production des documents du dossier du ministère public pour utilisation dans une procédure parallèle devrait être retardée jusqu'à la conclusion de l'instance criminelle, à moins de circonstances spéciales. Si une telle présomption était incorporée au processus de filtrage de l'arrêt *Wagg*, pour s'opposer à la production, le ministère public n'aurait pas besoin de faire valoir des arguments relatifs au privilège relatif au litige ou à l'immunité de la Couronne, qui produisent tous deux des résultats douteux.

**D. Application du mécanisme de filtrage *Wagg* dans d'autres tribunaux.**

[121] L'expérience de l'Ontario avec les requêtes en production dans le contexte de procédure en protection de l'enfance et en droit administratif a démontré la nécessité d'intégrer le processus de filtrage *Wagg* à leur régime de production. Une façon de favoriser l'application des principes de l'arrêt *Wagg* dans ces tribunaux est l'établissement de protocoles avec les organismes de réglementation qui tentent souvent d'avoir accès aux documents du dossier du ministère public. Au paragraphe 112 du document de réflexion, ses auteurs proposent :

[TRADUCTION]

« On peut rédiger des protocoles d'entente entre les principaux intervenants tels que la police, les organismes de protection de l'enfance et les tribunaux disciplinaires afin de faciliter le partage de renseignements d'une importance vitale, dans les cas d'urgence, et dans certains types particuliers de procédure. Il est relativement facile de conclure ce type d'entente, et cette approche nécessite beaucoup moins de temps que des mesures législatives ou réglementaires.

[122] Cependant, la position adoptée par le Groupe de travail sur l'utilité des protocoles est légèrement différente. Au lieu de les considérer comme des solutions de rechange aux mesures

législatives, ces ententes sur le partage des renseignements fourniraient un excellent point de départ pour parvenir à des conditions mutuellement acceptables pour la protection des pièces du dossier du ministère public qui auront été vérifiées, comme l'exhortent les juges Blair et Rosenberg. Les protocoles d'entente conféreraient une prévisibilité au processus de filtrage *Wagg* et réduiraient probablement la possibilité que les parties, le procureur général et la police aient besoin de l'aide du tribunal pour arbitrer les motions *Wagg*. L'appui du Groupe de travail à cette approche est mis en évidence dans les recommandations.

[123] En plus des protocoles, il serait possible de réaliser l'uniformité dans l'application du mécanisme de filtrage *Wagg* par sa codification dans la loi qui régit les processus des procédures des agences, des conseils et des tribunaux. Par exemple, la loi ontarienne dans laquelle il conviendrait d'inscrire le processus de filtrage *Wagg* serait la *Loi sur l'exercice des compétences légales*<sup>61</sup>. Cette loi contient des dispositions procédurales qui s'appliquent à la plupart des tribunaux et procédures, mais non pas à tous, dans l'exercice des pouvoirs décisionnels conférés par la loi. Il existe des lois similaires dans d'autres provinces : la *Administrative Procedures and Jurisdiction Act*, R.S.A. 2000, ch. A-3, en Alberta; la *Administrative Tribunals Act*, S.B.C. 2004, ch. 45, en Colombie-Britannique; et la *Loi sur la justice administrative*, L.R.Q., ch.J-3, au Québec.

[124] Aussi, pour certains organismes tels que les Sociétés d'aide à l'enfance de l'Ontario, il peut être préférable de codifier le processus *Wagg* dans leur loi habilitante : la *Loi sur les services à l'enfance et à la famille*. Il est vrai qu'il n'est pas idéal que dans toute province ou territoire donnés, il soit nécessaire de modifier deux ou trois lois ou dispositions législatives pour codifier le mécanisme de filtrage *Wagg* afin de l'imposer aux procédures de production de certains tribunaux et organismes de réglementation. Cette démarche devrait faire l'objet d'un engagement coordonné et appuyé par le procureur général de chaque province et territoire. En recommandant ces modifications législatives, le Groupe de travail réitère la remarque faite par le juge Blair dans l'arrêt *Wagg* au sujet du mécanisme de filtrage. Il reconnaît qu'il peut s'agir d'une « procédure assez lourde », mais il a exprimé sa conviction que cette procédure était nécessaire pour « assurer la bonne administration de la justice<sup>70</sup>. »

## VI. ACCÈS AU MOYEN DE LA LOI SUR LA LIBERTÉ D'ACCÈS À L'INFORMATION

[125] Les lois sur la liberté d'accès à l'information constituent une autre source par laquelle tout citoyen peut tenter d'avoir accès aux documents du dossier du ministère public. Les systèmes d'accès à l'information et de protection de la vie privée sont des régimes distincts qui fonctionnent parallèlement aux procédures judiciaires.

[126] Un thème récurrent tout au long du présent rapport veut que la production du contenu du dossier du ministère public pour utilisation accessoire pendant le déroulement d'une instance criminelle augmente le danger de nuire à une saine administration de la justice criminelle. Les recommandations du Groupe de travail abordent ce danger potentiel. Nous proposons d'intégrer au processus de filtrage *Wagg* une présomption qui exigerait que la production du dossier du ministère public soit interdite jusqu'à la fin de la poursuite, c'est-à-dire lorsque toutes les voies d'appel auraient été épuisées.

[127] Plusieurs provinces ont reconnu l'existence de ce danger et ont déjà intégré à leurs lois sur le libre accès à l'information ce qui équivaut à un mécanisme de délai. De telles dispositions ont amélioré leur capacité à protéger l'intégrité d'une instance criminelle en cours. Il s'ensuit que ceux qui présentent une requête ne sont pas en mesure d'avoir accès aux documents du dossier du ministère public avant que la procédure criminelle ne soit terminée. Par exemple, dans la *Freedom of Information and Protection of Privacy Act* de la Colombie-Britannique, les dossiers de la poursuite ont été totalement exclus du champ d'application de la loi. L'alinéa 3(1)*h* de la loi stipule :

[TRADUCTION]

3(1) La présente loi s'applique à tous les dossiers sous la garde ou le contrôle d'un organisme public, y compris des dossiers de l'administration des tribunaux, mais ne s'applique pas aux dossiers suivants :

...

*h*) un dossier se rapportant à une poursuite, si toutes les procédures afférentes n'ont pas été complétées<sup>62</sup>.

[128] Le terme « poursuite » au sens de la loi est défini comme la [TRADUCTION] « poursuite relative à une infraction en vertu d'une loi de la Colombie-Britannique ou du Canada ». La loi est cependant muette sur la signification des phrases « procédures afférentes » et « un dossier se rapportant ». Une certaine controverse a eu cours au sujet de la portée de l'interprétation de ces phrases; et jusqu'à quel point la poursuite peut être qualifiée de « complétée »<sup>63</sup>.

[129] Il existe des dispositions d'exclusion qui sont formulées de façon identique à l'alinéa 3(1)h) dans les lois sur l'accès à l'information en Alberta, en Ontario, à Terre-Neuve, en Nouvelle-Écosse, au Nunavut, dans les territoires du Nord-Ouest et à l'Île-du-Prince-Édouard<sup>64</sup>. Les autres provinces ont des dispositions d'exclusion qui englobent les documents de la poursuite, mais sont formulées de façon différente. Compte tenu de ces articles d'exclusion dans la loi, les documents du dossier du ministère public sont bien protégés de la divulgation à ce moment des plus critiques.

[130] Les requêtes pour avoir accès aux documents du dossier du ministère public présentées après la fin de la procédure criminelle présentent un plus grand défi en raison du niveau réduit de protection accordée à ces documents par les lois sur l'accès à l'information des provinces et territoires. Dans la *Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée*<sup>65</sup> de l'Ontario, on trouve trois exceptions que le ministère du procureur général peut alléguer pour s'opposer à la divulgation de ces dossiers : l'exception relative à la protection de la vie privée, article 21; l'exception relative à l'exécution de la loi, article 14; et l'exception relative au secret professionnel de l'avocat, article 19. Habituellement, un dossier du ministère public contient des renseignements qui permettent d'identifier les personnes. Il est donc probable que l'exception relative à la protection de la vie privée fasse en sorte que de nombreux dossiers de poursuites criminelles soient soustraits à la divulgation. Néanmoins, une demande d'exception relative à la protection de la vie privée peut être écartée en vertu de l'article 23 de la *Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée*, dans le cas où un intérêt public impérieux favorisant la divulgation du dossier l'emporte clairement sur le but de l'exception.

[131] L'objectif de l'exception relative à l'application de la loi est de protéger l'intégrité de l'administration de la justice criminelle. Elle s'applique dans les cas où l'on peut raisonnablement s'attendre à ce que la divulgation du dossier puisse « faire obstacle à une question qui concerne l'exécution de la loi<sup>66</sup> ». La disposition se lit comme suit :

14.1 La personne responsable peut refuser de divulguer un document s'il est raisonnable de s'attendre à ce que la divulgation ait pour effet, selon le cas :

- a) de faire obstacle à une question qui concerne l'exécution de la loi;
- b) de faire obstacle à l'enquête menée préalablement à une instance judiciaire ou qui y aboutira vraisemblablement;
- c) de révéler des techniques et procédés d'enquête qui sont présentement ou qui seront vraisemblablement en usage dans l'exécution de la loi;
- d) de divulguer l'identité d'une source d'information confidentielle reliée à l'exécution de la loi ou de divulguer des renseignements obtenus uniquement de cette source;
- e) de constituer une menace à la vie ou à la sécurité physique d'un agent d'exécution de la loi ou d'une autre personne;
- f) de priver une personne de son droit à un procès équitable ou à un jugement impartial;
- g) de faire obstacle à l'obtention de renseignements secrets reliés à l'exécution de la loi à l'égard de certaines organisations ou de certaines personnes ou de les révéler;
- h) de révéler un document qui a été confisqué à une personne par un agent de la paix, conformément à une loi ou à un règlement;

- i) de compromettre la sécurité d'un immeuble ou d'un véhicule servant au transport de certains articles ou au système ou mode de protection de ces articles, dont la protection est normalement exigée;
- j) de faciliter l'évasion d'une personne légalement détenue;
- k) de compromettre la sécurité d'un centre de détention légale;
- l) de faciliter la perpétration d'un acte illégal ou d'entraver la répression du crime<sup>67</sup>.

[132] On invoque couramment la protection des alinéas 14 (1)*b*) et *f*) comme protection contre la divulgation de renseignements dans les cas où des enquêtes policières ou des poursuites criminelles sont en cours. Bien que la portée de l'exception relative à l'application de la loi soit passablement large, il est peu probable qu'elle survive à l'achèvement de l'enquête ou de la poursuite criminelle<sup>68</sup>. Cette exception peut être annulée par l'exception dans l'intérêt public conformément à l'article 23 de la *Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée*<sup>78</sup>. Il est important de souligner que l'exception relative à l'application de la loi est peu répandue dans les autres lois sur l'accès à l'information.

[133] La meilleure protection offerte par la *Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée* est celle de l'exception relative aux communications liées à une instance que l'on trouve à l'article 19, et qui est connue comme « l'exception relative au secret professionnel de l'avocat ». Cette disposition prévoit :

19. La personne responsable peut refuser de divulguer un document qui, selon le cas :

- a) est protégé par le secret professionnel de l'avocat;
- b) a été élaboré par l'avocat-conseil de la Couronne, ou pour le compte de celui-ci, qui l'utilise soit dans la communication de conseils juridiques, soit à l'occasion ou en prévision d'une instance; ou...<sup>79</sup>

[134] Dans la décision *Ontario (Procureur général) c. Holly Big Canoe*<sup>80</sup>, la Cour divisionnaire interprète cet article. La Cour déclare que cet article est généralement considéré comme ayant deux branches. La première est l'exception concernant les documents couverts par le privilège bien connu du secret professionnel de l'avocat; et le deuxième est l'exception trouvée à l'alinéa (b) ci-dessus et est similaire au « privilège relatif au litige » de la common law qui protège « le produit du travail du procureur » ou le « dossier du procureur »<sup>81</sup>. Le ministère a allégué que tous ces dossiers faisaient l'objet d'une exception en vertu de l'article 19 de la *Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée*, parce qu'ils ont été créés par des avocats du ministère public ou pour ceux-ci, pour utilisation dans une poursuite. La Cour divisionnaire a reconnu que le dossier du ministère public représentait une catégorie particulière de documents qui « peut bien contenir des documents d'une nature qui pourrait embarrasser ou diffamer des tiers, divulguer les noms de personnes qui donnent des renseignements à la police, révéler les méthodes de la police, et ainsi de suite ». La Cour a poursuivi en examinant et en analysant les motifs de la décision *Taylor*, précitée, et de la décision *Wagg*, tout en soulignant les raisons de principe pour protéger le dossier du ministère public.

[135] S'appuyant sur le raisonnement de la décision de la Cour d'appel dans l'arrêt *Attorney General of Ontario c. Big Canoe, Inquiry Officer; James Doe, Requester*<sup>82</sup>, la Cour divisionnaire a conclu que le but de la loi n'était pas d'imposer des limites de temps à l'une ou l'autre des branches de l'article 19, parce que la branche deux de l'article 19 rend simplement compte de la protection absolue accordée aux conseils et composantes du litige qui sont propres au privilège du secret professionnel de l'avocat, tant en vertu de la common law que de la première branche. En d'autres mots, l'article 19 n'a pas importé le privilège relatif au litige propre à la common law. À ce sujet précis, la Cour divisionnaire a affirmé :

[TRADUCTION]

« Si la loi n'importe pas le privilège relatif au litige propre à la common law, que fait-elle? À mon avis, elle crée une exception aux fins de la *Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée* seulement : le pouvoir

discrétionnaire conféré par la loi à la personne responsable de retenir une certaine classe de documents qui, en common law, seraient protégés par le privilège relatif aux communications liées à une instance, mais perdrait cette protection privilégiée à la fin de l'instance en question. Bien que, comme nous l'avons mentionné plus tôt, cette exception est similaire au privilège de common law relatif aux communications liées à une instance, leur origine, contenu ou objectif ne sont pas identiques. Le privilège relatif aux communications liées à une instance propre à la common law existe pour protéger contre son adversaire, les produits du travail de l'avocat, sa stratégie, et ses recherches, tant juridiques que factuelles. Par contre, l'exception de l'article 19 existe pour protéger le dossier du ministère public et son contenu sensible contre la divulgation au public en général, sur simple requête. Le privilège de common law prend fin avec le procès parce que sa nécessité cesse d'exister. L'exception statutaire ne prend pas fin, parce que la nécessité à son égard continue longtemps après l'instance pour laquelle le contenu a été créé. Le procureur du ministère public peut renoncer au privilège de common law, à titre de personne chargée de l'affaire. Si, comme l'établit l'arrêt *Big Canoe*, la deuxième branche de l'article 19 ne constitue pas une simple affirmation de la common law, mais une loi en soi, il faudrait certainement que la personne qui a un tel pouvoir, soit la personne responsable, affirme qu'elle renonce à l'exception<sup>83</sup>. »

[136] Par cette déclaration, la Cour n'a pas seulement conclu que le privilège relatif aux communications liées à une instance survivait en dépit du fait que l'instance était terminée, mais aussi que l'obligation du ministère public de divulguer les documents de son propre dossier à l'accusé ne constituait pas une renonciation à ce privilège. La vaste protection offerte par le privilège relatif aux communications liées à une instance conformément à la section 19 a été suspendue dans une décision récente rendue par la Cour d'appel de l'Ontario dans la cause *Criminal Lawyers' Association c. Ministry of Public Safety and Security*<sup>84</sup>. La Cour a jugé que la dérogation du public dans la section 23 s'applique à la section 14 et à la section 19 de la *Loi sur la liberté d'accès à l'information*. Une autorisation d'appel pour cette cause a été déposée en août 2007.

[137] En ce qui concerne la protection du dossier du ministère public et le maintien de l'intégrité de la procédure criminelle, le point faible des lois sur l'accès à l'information dans les provinces et territoires est que, sous le régime de ces lois, à certains endroits, le privilège relatif au litige n'est pas aussi vaste que celui qui est contenu dans la *Loi ontarienne sur la liberté d'accès à l'information*. Le manque de cohérence entre les provinces et territoires est manifeste dans l'arrêt *Blank c. Canada*<sup>85</sup>. Dans cette affaire, l'auteur de la demande avait fait l'objet d'une poursuite pour une infraction en matière réglementaire et avait intenté une action civile contre le gouvernement fédéral lorsque ses accusations avaient été suspendues avant le procès. L'auteur de la demande a tenté en vertu de la *Loi sur l'accès à l'information*<sup>86</sup> d'obtenir accès à tous les dossiers appartenant à la poursuite, contre lui-même et contre sa société. La demande d'accès à une partie de ces dossiers pertinents a été refusée en raison du privilège du secret professionnel de l'avocat, une exception énoncée à l'article 23 de cette Loi.

[138] La Cour suprême du Canada a fait observer que « L'objet du privilège relatif au litige est [...] de créer une “zone de confidentialité” à l'occasion ou en prévision d'un litige. Aussitôt que le litige prend fin, le privilège auquel il a donné lieu perd son objet précis et concret - et, par conséquent, sa raison d'être<sup>87</sup>. » Par conséquent, la Cour suprême du Canada a rejeté l'appel du gouvernement fédéral. Elle a conclu que la prétention du ministre d'un privilège relatif aux communications liées à une instance en conformité à l'article 23 de la *Loi sur l'accès à l'information* avait échoué parce que le privilège était expiré, étant donné que le dossier auquel l'auteur de la demande tentait d'obtenir accès par rapport à la procédure quasi criminelle avait pris fin.

[139] Le Groupe de travail croit que s'il doit y avoir une protection solide et efficace des pièces du dossier du ministère public contre la divulgation en vertu des lois sur l'accès à l'information, il faudrait modifier les versions fédérales et provinciales de ces lois pour offrir cette protection accrue. L'article 19 de la *Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée* et son interprétation par les tribunaux de l'Ontario, ou une modification des deux, peut aider les autres provinces ou territoires à créer une disposition pour résoudre cette

question. L'objectif est d'assurer que le processus de liberté d'information soit appliqué uniformément ou de façon cohérente, au moyen de la même pondération utilisée dans le mécanisme de filtrage *Wagg*. L'élargissement de la portée du privilège relatif au litige permettra de mieux répondre aux préoccupations relatives à l'intérêt public quant à la divulgation du dossier du ministère public.

## **VII. LES OBSTACLES INHÉRENTS À LA RÉALISATION DE L'UNIFORMITÉ**

[140] On peut facilement identifier ce qui empêche de réaliser une production ou une utilisation uniforme du dossier du ministère public en examinant les sources de ces productions. Le Groupe de travail a ciblé quatre de ces sources.

### **A. Criminel : Application de l'engagement tacite**

[141] L'utilisation ultérieure des pièces du dossier du ministère public dans une procédure civile parallèle élude le processus de filtrage prévu à l'arrêt *Wagg* et rompt avec l'engagement tacite de confidentialité. Dès lors, dans l'enquête du Groupe de travail, l'une des questions fondamentales concerne l'application de l'engagement tacite à la divulgation du dossier du ministère public comme moyen de contrôler le partage des renseignements que celui-ci détient. C'est une règle de droit bien connue que le ministère public est obligé de divulguer à la défense tout renseignement pertinent en sa possession<sup>88</sup>. Cela posé, il existe une divergence d'opinion parmi les avocats de la défense quant à l'application et à la portée de l'engagement tacite de confidentialité envers les pièces reçues par voie de divulgation. Parmi les avocats de la défense, certains croient que l'engagement tacite n'existe pas, à moins d'être exprimé par le ministère public. De plus, d'autres estiment qu'il n'y a pas de manquement à l'engagement, s'il existe, si les documents du dossier du ministère public sont remis à un avocat qui protège les intérêts de ses clients dans une affaire civile connexe. Le droit dans ce domaine n'est pas fixé et reste équivoque et, par conséquent, les pièces du dossier du ministère public sont partagées entre les avocats spécialisés en droit criminel et civil et sont produites dans le cadre de procédures civiles sans la connaissance du Procureur général, de la police ou des témoins qui ont fourni les déclarations lors de l'enquête criminelle.

**B. Civil : Application restreinte du système de filtrage de Wagg**

[142] Les règles en matière civile fournissent également un point d'entrée pour les parties qui cherchent à obtenir des documents contenus dans le dossier du ministère public. À l'heure actuelle, le processus de filtrage *Wagg* est un processus de common law superposé aux règles de procédure civile pour régir la divulgation des documents du dossier du ministère public. Des arguments solides militent en faveur de l'intégration du processus de filtrage dans les règles et de son utilisation à titre de processus exclusif par lequel les parties à une action civile peuvent demander la production du dossier du ministère public. On se préoccupe également du fait que le processus *Wagg* a besoin d'être « renforcé » pour mieux protéger l'intégrité d'une procédure criminelle, dans les cas où la requête en production du dossier du ministère public est présentée avant que la poursuite ait été achevée. Il ne faudrait jamais que l'administration de la justice soit déconsidérée parce que les documents du dossier du ministère public auraient été utilisés dans une procédure civile, et auraient fait en sorte que la preuve soit entachée de vice dans une procédure criminelle parallèle ou ultérieure.

**C. Sources de droit administratif et quasi criminel : pouvoirs statutaires d'ordonner la production par le ministère public en tant que tiers**

[143] En plus des règles de procédure civile, l'exercice du pouvoir législatif conféré aux tribunaux administratifs ou aux organismes de réglementation constitue une troisième source permettant de contraindre la production du dossier du ministère public. Ces tribunaux n'acceptent pas unanimement que le mécanisme de filtrage de l'arrêt *Wagg* s'applique à leur régime de contraintes légales. Il apparaît clairement que le filtrage et la pondération exigés en vertu de l'arrêt *Wagg* s'appliquent aux tribunaux administratifs et aux organismes de réglementation. Comme le démontre l'expérience de l'Ontario, le Procureur général a dû de temps à autre prendre des mesures à l'égard de ces organismes, y compris des arbitrages de conflits de travail et des procédures disciplinaires professionnelles, pour empêcher la production des pièces du dossier du ministère public. Alors que les arbitres de ces tribunaux sont des experts dans leur domaine, on peut craindre le fait qu'il y ait un réel manque de compréhension de la portée des questions d'intérêt public relatives au droit criminel.

**D. Accès à l'information : protection limitée à l'égard de cet autre accès au dossier du ministère public**

[144] Les lois sur le libre accès à l'information constituent pour le public une autre source d'accès au contenu du dossier du ministère public. Elles sont en place dans toutes les provinces et territoires, ainsi qu'au niveau fédéral. Le retrait des dossiers de la poursuite de la portée des diverses lois sur le libre accès à l'information pour les procédures criminelles courantes confère une solide protection à l'intégrité de l'administration de la justice criminelle. La faiblesse réside dans la protection restreinte accordée au dossier du ministère public contre la divulgation, en vertu des exceptions du secret professionnel de l'avocat qui existent dans ce type de loi. Toutes les provinces et territoires ont des exceptions relatives au secret professionnel de l'avocat, mais leur formulation varie. La question est de savoir si les exceptions existantes relatives au secret professionnel de l'avocat ont été interprétées de façon à inclure le privilège relatif au litige, et si tel est le cas, si l'exception confère une protection permanente aux documents soumis au privilège relatif au litige.

Le présent rapport examine toutes ces sources qui correspondent chacune à une recommandation du Groupe de travail quant à une façon possible de les maîtriser.

**VIII. RECOMMANDATIONS**

**Recommandation 1**

[145] Il faudrait modifier le *Code criminel* ou les règles de droit pénal afin de créer un engagement de confidentialité qui s'applique à tous ceux, y compris les tiers, qui reçoivent communication du dossier du ministère public. Ces personnes peuvent uniquement se servir de la divulgation du dossier du ministère public pour la préparation d'une défense pleine et entière pour le compte de l'accusé, et elles ont une responsabilité juridique de ne pas s'en servir à mauvais escient ou à des fins accessoires.

[146] La modification devrait conférer expressément à la Cour supérieure de la province le pouvoir de mettre de côté ou de modifier l'engagement, et de rendre toute autre ordonnance qu'elle juge appropriée à l'égard des documents faisant l'objet de la

divulgarion, que ces documents soient aux mains de l'avocat, de l'accusé ou de tiers; l'ordonnance devrait être rendue dans l'intérêt de la justice ou pour protéger la vie privée de ceux qui sont touchés par la procédure, mais sous réserve du droit de l'accusé d'opposer une défense pleine et entière.

## **Recommandation 2**

[147] Les provinces et territoires devraient légiférer de façon uniforme pour modifier leurs règles de procédure civile afin de codifier le processus de filtrage *Wagg* dans ces règles :

- a) Dans les règles de procédure civile, la règle *Wagg* codifiée devrait constituer la disposition exclusive régissant la production des documents du dossier du ministère public, que ces documents soient en possession ou à la disposition du ministère public, de la police ou d'un tiers.
- b) La règle codifiée devrait comporter une présomption voulant que la production des documents du dossier du ministère public pour utilisation dans une procédure parallèle soit retardée jusqu'à ce que l'instance criminelle soit terminée, à moins de circonstances spéciales.
- c) La règle codifiée ne devrait pas limiter l'utilisation que le ministère public et les services de police font des documents du dossier du ministère public pour intenter une procédure juridique ou y répondre, comme présenter une défense dans une action civile et répondre à des requêtes en accès à l'information.

### **Recommandation 3**

[148] Lorsque cela est possible, il faudrait établir des protocoles d'entente entre les principaux intervenants tels que la police, les organismes de protection de l'enfance et des tribunaux disciplinaires, afin de faciliter le partage des renseignements d'une importance vitale dans les cas d'urgence et dans certains types particuliers de procédure. Ces accords devraient servir à faciliter la production consensuelle de documents du dossier du ministère public ou la production faite en vertu d'une ordonnance sur consentement.

### **Recommandation 4**

[149] Les provinces et territoires devraient codifier le processus de filtrage *Wagg* de façon uniforme dans les lois habilitantes de leurs organismes de protection de l'enfance et leurs lois régissant les procédures et processus qui s'appliquent aux tribunaux administratifs. Les régimes de production dans les deux types de procédures doivent céder le pas au mécanisme de filtrage *Wagg* dans les cas où les renseignements que l'on tente d'obtenir proviennent du dossier du ministère public.

### **Recommandation 5**

[150] Il faudrait que dans tout le Canada, les lois sur le libre accès à l'information soient uniformes dans leur traitement des requêtes pour avoir accès aux documents du dossier du ministère public.

- a) Toutes les lois sur l'accès à l'information devraient contenir une disposition qui exclurait le dossier du ministère public du champ d'application de la loi, jusqu'à ce que la poursuite soit terminée.
- b) Il faudrait que la mesure législative traite les requêtes pour accès aux documents du dossier du ministère public, présentées en vertu de la loi sur l'accès à l'information après la fin de la poursuite criminelle, d'une

**manière qui prévoie l'examen des graves préoccupations politiques et d'intérêt public abordées dans le processus de filtrage *Wagg*.**

- c) **Il faudrait prévoir une exception pour privilège relatif au litige qui soit suffisamment vaste pour protéger le contenu du dossier du ministère public contre la divulgation. Il ne faudrait pas que la divulgation des documents du dossier du ministère public par ce dernier à l'accusé, comme l'exige la loi, constitue une renonciation au privilège relatif aux communications liées à une instance. Il faudrait modifier les lois sur le libre accès à l'information pour accorder une protection permanente aux documents assujettis au privilège relatif au litige. L'article 19 de la *Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée* de l'Ontario fournit un modèle qui pourrait être adopté à cette fin.**

## **IX. CONCLUSIONS**

[151] Dans le présent rapport, le Groupe de travail a tenté d'examiner les mesures législatives et non législatives praticables qui peuvent apporter clarté et cohérence à la question de la production du dossier du ministère public. Réaliser l'uniformité dans l'application du processus *Wagg* au moyen de modifications à la loi s'avère une tâche que compliquent les différences entre les secteurs de compétence, le haut niveau de coordination nécessaire pour réussir, et les différents niveaux d'urgence avec lesquels les provinces et territoires traitent les problèmes relatifs à cet important sujet. Le dossier du ministère public constitue un symbole du conflit d'intérêt public qui peut se manifester lorsque l'on tente d'utiliser dans un autre but des renseignements pertinents recueillis dans un but précis. Le conflit sur la divulgation du dossier du ministère public a rappelé à la communauté juridique l'interdépendance entre les droits criminel, civil et administratif; en outre, il a aussi servi à mettre en relief leurs différences. Au bout du compte, il est nécessaire de contrôler la diffusion des documents du dossier du ministère public pour utilisation accessoire afin de protéger l'administration de la justice dans

son ensemble. Il est à espérer que les recommandations du présent rapport nous rapprocheront de cet objectif.

- 
- <sup>1</sup> *R. c. Nikolovski* (1996), 111 C.C.C. (3d) 403 (C.S.C.) au par. 13.
- <sup>2</sup> *Ibid.*
- <sup>3</sup> *Cook c. Ip et al* (1985), 22 D.L.R. (4<sup>th</sup>) 1 at 4 (C.A. Ont.), conf. par (1986) 68 N.R. 400 n. (C.S.C.)
- <sup>4</sup> Crystal O'Donnell et David Marriott, *Collateral Use of Crown Brief Disclosure* qui a été présenté à la conférence d'août 2006 de la Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada (CHLC).
- <sup>5</sup> *D.P. c. Wagg*, [2001] O.J. No. 595 (S.C.J.), modifié (2002), 222 D.L.R. (4<sup>th</sup>) 97 (Div. Ct.), accueilli en partie (2004), 239 D.L.R. (4<sup>th</sup>) 501 (Ont. C.A.).
- <sup>6</sup> *D. P. c. Wagg* (Div. Ct.) *supra*, au par. 44.
- <sup>7</sup> Rapport Martin, *supra*.
- <sup>8</sup> *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326.
- <sup>9</sup> *Ibid.* au par. 20.
- <sup>10</sup> *Goodman c. Rossi* (1995), 24 O.R. (3d) 359 (Ont. C.A.)
- <sup>11</sup> (2002), 222 D.L.R. (4<sup>th</sup>) 97 (Div. Ct.) aux pars. 54-55.
- <sup>12</sup> *Taylor c. Serious Fraud Office*, [1998] 4 All E.R. 801.
- <sup>13</sup> Le processus de filtrage Wagg n'est obligatoire qu'en Ontario, la décision n'ayant qu'une valeur persuasive à l'extérieur de cette province.
- <sup>14</sup> *D.P. c. Wagg* (Div Ct.), *supra* aux pars. 19, 22-24.
- <sup>15</sup> *D.P. c. Wagg* (Div Ct.), *supra* au par. 51.
- <sup>16</sup> *D.P. c. Wagg* (2002), 222 D.L.R. (4<sup>th</sup>) 97 au par. 41 (DIV. Ct.)
- <sup>17</sup> *D.P. c. Wagg* (Div Ct.), *supra* au par. 8
- <sup>18</sup> *D.P. c. Wagg* (Div Ct.), *supra* au par. 17
- <sup>19</sup> *D.P. c. Wagg* (Div Ct.), *supra* au par. 62
- <sup>20</sup> *Taylor v. Serious Fraud Office*, [1998] 4 All E.R. 801 à 817j-818c (H.L.).
- <sup>21</sup> *Dixon c. Gibbs*, [2003] O.J. No. 75 (S.C.J.)
- <sup>22</sup> *Ibid.* aux par. 26-29. Dans une grande mesure, la décision traduisait la position adoptée par le ministère public voulant que ses craintes de compromettre l'intégrité de la procédure criminelle soient dissipées après que le témoignage des témoins ait été vérifié lors de l'enquête préliminaire.
- <sup>23</sup> *N.G. c. Upper Canada College* (2004), 70 O.R. (3d) 312 (C.A.).
- <sup>24</sup> *N.G. c. Upper Canada College*, [2004] O.J. No. 1011 (Div. Ct.)
- <sup>25</sup> *N. G. c. Upper Canada College* (C.A.), *supra* aux pars. 13, 16-17
- <sup>26</sup> *Bourgeois c. Bolen*, [2004] A.J. No. 50.
- <sup>27</sup> Le ministère public s'est fondé sur *Rutherford c. Swanson* (1993), 139 A.R. 314 (Q.B.); *Omega Teehno Ltd. c. East Central Gas Co-op Ltd.*, [1979] A.J. No. 345 (C.A.); et *Barry c. Maartens-Poole* (1992), 4 Alta. L.R. (3d) 330 (Q.B.).
- <sup>28</sup> *Bourgeois c. Bolen* (Alta. Q.B.), *supra*, au para.78.
- <sup>29</sup> *Huang (litigation guardian of) c. Sadler, Tidbury, Her Majesty the Queen in the right of the province of British Columbia and the Emergency Health Services Commission*, [2006] B.C.J. No. 758. (B.C.S.C.)
- <sup>30</sup> *N. G. c. Upper Canada College* (C.A.), *supra*, au par. 20.
- <sup>31</sup> *Ibid.* au par. 20.
- <sup>32</sup> Il est intéressant de noter que dans la cause *Aylmer Meat Packers Inc. c. Ontario*, [2006] O.J. N°. 2296 (Q.L.) (C.S.J.) la communication des pièces du ministère public avait été réclamée lors d'une instance civile dans laquelle la Couronne était partie, et où l'enquête préliminaire n'avait pas encore commencé. Aussi, le tribunal avait demandé la divulgation des documents.
- <sup>33</sup> *Règles des procédures civiles*, R.R.O. 1990, Règl. 194, règle 30.10
- <sup>34</sup> *Règles des procédures civiles*, R.R.O. 1990, Règl. 194, règle 30.10(3).

RAPPORT DU GROUPE DE TRAVAIL SUR L'UTILISATION  
DE LA PRODUCTION DU DOSSIER DU MINISTÈRE PUBLIC À DES FINS ACCESSOIRES

---

- <sup>35</sup> Ces données proviennent des statistiques conservées par le Bureau des avocats de la Couronne - Droit civil, Ministère du Procureur général.
- <sup>36</sup> La signification au Procureur général de l'Ontario est effectuée en laissant une copie au Bureau des avocats de la Couronne - Droit civil, conformément à la règle 16.02 des *Règles des procédures civiles*, R.R.O. 1990, Règl. 194
- <sup>37</sup> Le Procureur général prend l'initiative de donner suite aux requêtes en communication des pièces du ministère public dans les cas où des accusations criminelles ont été portées. Dans les cas où seules des accusations d'infractions à des lois provinciales ont été portées ou encore qu'aucune accusation n'a été portée, chaque service de police répond aux requêtes en production du dossier du ministère public.
- <sup>38</sup> *Green c. Prosecution Service*, [2002] GWCA Civ 389 (C.A.).
- <sup>39</sup> *(S.) c. B. (N.)*, [2005] O.J. No. 1411 (C.A.).
- <sup>40</sup> *Loi sur les services à l'enfance et à la famille*, L.R.O. 1990, ch. C-11.
- <sup>41</sup> *Société de l'aide à l'enfance d'Algoma et al. c. Le Procureur général de l'Ontario*, le 24 septembre 2007, juge Pardu (C.S.J.)
- <sup>42</sup> *Loi de 1991 sur les professions de la santé réglementées*, L.O. 1991, ch. 18.
- <sup>43</sup> *Loi sur les enquêtes publiques*, L.R.O. 1990, ch. P-41.
- <sup>44</sup> Trois affaires actuellement pendantes devant les tribunaux impliquent l'Ordre des médecins et chirurgiens de l'Ontario : *Kelly c. HMQRO et l'Ordre des médecins et chirurgiens de l'Ontario*, C.S.J. Ont., dossier : 07-CV-330612PD1; *Sazant c. HMQRO, l'Ordre des médecins et chirurgiens de l'Ontario et les services de police de Toronto* C.S.J. Ont., dossier : 07-CU-335648PD; and *Metcalf c. l'Ordre des médecins et chirurgiens de l'Ontario, le ministère du Procureur général et Allan Beitel*, C.S.J. Ont., dossier : 07-CV-38020.
- <sup>45</sup> *Toronto Transit Commission c. Amalgamated Transit Union, Local 113*, 4 janvier 2006, M.K. Saltman.
- <sup>46</sup> *Loi de 1995 sur les relations de travail, 1995*, L.O. 1995, ch. 1, annexe A.
- <sup>47</sup> *D. P. c. Wagg* (C.A.), *supra*, au par. 27.
- <sup>48</sup> Cette pratique se poursuit dans certaines provinces à ce jour, au moins en Ontario, en Nouvelle-Écosse et au Manitoba. Voir par exemple, [www.gov.ns.ca/pps/publications/ca\\_manual/Forms/UndertakingMay14.pdf](http://www.gov.ns.ca/pps/publications/ca_manual/Forms/UndertakingMay14.pdf) et [www.gov.mb.ca/justice/publications/disclosurepolicy.pdf](http://www.gov.mb.ca/justice/publications/disclosurepolicy.pdf).
- <sup>49</sup> Comparer avec la décision *R. c. Masilamany*, [2004] O.J. No. 701 (C. Sup. Ont.), un jugement traitant une demande de divulgation dans une affaire criminelle à laquelle le ministère public s'est opposé en raison du privilège relatif aux indicateurs. Le juge Lalonde conclut qu'une déclaration dans l'arrêt *Garofoli* sur le privilège relatif aux indicateurs constitue un fondement pour décider que la présumée règle d'engagement n'a pas sa place en droit criminel. Cet aspect du jugement est, tout comme la remarque incidente de l'arrêt *Schertzer*, et en outre, quelque peu bizarre.
- <sup>50</sup> Par conséquent, il ne traite pas directement de la question des pièces divulguées, étant donné qu'il juge la question prématurée et parce qu'il a suspendu l'une des actions pour d'autres motifs. Il conclut effectivement que [TRADUCTION] « Si je n'avais pas ordonné la suspension de l'action Hedley, par contre, je n'aurais pas été disposé à accorder la [requête pour obtenir communication des documents], de toute façon, pour les motifs énoncés ci-dessus à l'égard de l'engagement tacite ou explicite, et aussi parce qu'à mon avis, la requête est prématurée. »
- <sup>51</sup> Le juge Blair fait référence à l'arrêt *Consolidated NBS* et le distingue, tout en empruntant le langage d'un objectif accessoire et en concluant que Hedley en avait un. Cependant, la formulation que fait le juge Blair du critère, ci-après, ne comporte pas une telle limite. Il est difficile de voir comment l'objectif de Hedley était accessoire, en tant que demandeur qui voulait avoir les pièces permettant de faire progresser sa poursuite, et celui de *Consolidated NBS*, qui voulait avoir les pièces pour se défendre, ne l'était pas.
- <sup>52</sup> Rapport de l'*Attorney General's Advisory Committee on Charge Screening, Disclosure, and Resolution Discussions (Rapport Martin)*, Imprimeur de la Reine pour l'Ontario, 1993.
- <sup>53</sup> Les recommandations du comité Martin ont également été entérinées par la Cour d'appel de la Saskatchewan dans la décision *R. c. Lucas* (1996), 104 C.C.C. (3d) 550. Bien que la question de l'existence d'un engagement tacite n'ait pas été abordée dans cette affaire, le juge Vancise s'exprimant au nom de la Cour, a fait la remarque incidente suivante : « Les pièces qui sont communiquées pour permettre de présenter une défense pleine et entière ne devraient pas être remises à des tiers, que ce soit par l'avocat qui représente l'accusé ou par l'accusé lui-même. »

- 54 Le Parlement britannique n'était pas d'accord avec cette approche et a adopté une loi en 1996 (évoquée ci-dessous). Comme on pouvait s'y attendre, la Chambre des lords non plus n'était pas d'accord. Voir l'arrêt *Taylor c. Serious Fraud Office*, [1998] 4 All E.R. 801.
- 55 Les deux tribunaux de première instance dans les décisions *Mahon* et *Taylor* ont jugé que la règle continuait de s'appliquer même si les pièces étaient présentées à une audience publique dans l'affaire criminelle. Dans les deux cas, la Cour d'appel n'était pas d'accord.
- 56 Fait intéressant, le juge Blair a fait allusion à cette question dans l'arrêt *Hedley, supra*, et en est venu à la conclusion que l'engagement reste en vigueur même si les renseignements étaient rendus publics dans le cadre d'une procédure judiciaire. Ce jugement semble être le seul au Canada sur la question. L'Australie, qui a aussi une règle d'engagement tacite, a décidé qu'elle ne survivait pas à la présentation des documents en audience publique, tant en common law dans l'arrêt *Esso Australia Resources Limited. c. Plowman* (1995) 183 CLR 10 et par la règle 18 de l'Ordonnance 15 de ses règles de la Cour fédérale. Un tribunal de Hong Kong a exprimé un scepticisme semblable sur la question de savoir si la règle s'applique une fois que les documents sont lus en audience publique : *Allied Group Ltd. c. Secretary for Justice*, CACV 1/2003.
- 57 Le Crown Prosecution Service du Royaume-Uni a élaboré des directives complètes sur la communication de documents à des tiers, qui pourraient apporter un éclairage utile si le Canada décidait d'adopter une loi : [www.cps.gov.uk/lega/section20/chapter\\_b.html](http://www.cps.gov.uk/lega/section20/chapter_b.html)
- 58 Ces propositions pour une réforme législative sont examinées par le Groupe de travail fédéral/provincial/territorial sur la procédure criminelle, qui rend compte au Comité de coordination des hauts fonctionnaires (CCHF). Aucune recommandation n'a encore été faite par ce Groupe de travail.
- 59 *Rutherford c. Swanson* (1993), 139 A.R. 314 (Alb. Q.B.).
- 60 *Rutherford c. Swanson* (1993), 139 A.R. 314 (Alb. Q.B.).
- 61 *R. c. Campbell*, [1999] 1 R.C.S. 565 au par. 34
- 62 *N.G. c. Upper Canada College* aux par. 16-18.
- 63 *D.P. c. Wagg* (Ont. C.A.) *supra*, au par. 64.
- 64 *D.P. c. Wagg* (Ont. C.A.) *supra*, au par. 65.
- 65 *Green c. Prosecution Service, supra*.
- 66 *Ibid.*, au par. 25.
- 67 *Ibid.*, au par. 34.
- 68 *Toronto Star Newspapers c. Ontario*, [2005] No. 2 S.C.R. 188 au par. 39.
- 69 L. R.O. 1990, c. S.22
- 70 *D.P. c. Wagg* (C. Div.), *supra*, au para. 46.
- 71 *Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, R.S.B.C. 1996, c. 165, ss. 3(1)(h).
- 72 Order F05-26, *Forensic Psychiatric Services Commission (Re)*, [2005] B.C.I.P.C.D. No. 35.
- 73 Alberta : *Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, R.S.A. 2000, c.F-25, ss. 4(1)(k); Ontario : *Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée*, L. R. O. 1990, c. F-31, ss. 65(1)5.2; Terre-Neuve : *Access to Information and Protection of Privacy Act*, SNL 2002 Chapitre A-1.1, ss. 5(1)(a). ss. 5(1)(k); Nouvelle-Écosse : *Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, 1993, c. 5, s. 1, ss. 4(1)(c)(i); Nunavut : *Access to Information and Protection of Privacy Act*, ss. 3(1)(c); Territoires-du-Nord-Ouest : *Access to Information and Protection of Privacy Act*, SNWT 1994, c.20, ss. 3(1)(c); Île-du-Prince-Édouard : *Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, Chapitre F-15.01, s. 4(1)(g).
- 74 *Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée*, L. R. O. 1990, c. F-31.
- 75 *Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée*, L. R. O. , 1990, c. F-31, s. 14(1)(a).
- 76 *Ibid.*, s. 14(1)(a).
- 77 Ordre M-773, Metropolitan Licensing Commission, [1996] C.I.P.V.P. No. 188.
- 78 *Criminal Lawyers' Association c. Ontario (Ministère de la Sécurité communautaire et des services correctionnels)* [2007] O.J. No. 2038 (C.A.)
- 79 *Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée*, L.R.O. 1990, c. F-31, s. 19.
- 80 *Attorney General of Ontario c. Big Canoe, Inquiry Officer; John Doe, Requester*, [2006] O.J. No. 1812 (C. Div.).

- <sup>81</sup> *Ibid.* au para. 4.
- <sup>82</sup> *Attorney General of Ontario c. Big Canoe, Inquiry Officer; James Doe, Requester*, 62 O.R. (3d) 167. (Ont. C.A.)
- <sup>83</sup> *Attorney General of Ontario c. Big Canoe* (C.Div.), *Ibid.*, para. 37.
- <sup>84</sup> *Criminal Lawyers' Association c. Ontario (Ministry of Public Safety and Security)* [2007] O.J. No.2038 au para. 78-81, et 97 (C.A.) *Ibid.*, au para. 78-81, and 97.
- <sup>85</sup> *Blank c. Canada (Minister of Justice)*, [2006] S.C.J. No. 39.
- <sup>86</sup> *Loi sur l'accès à l'information. 1980-81-82-83, c. 111, Annexe. I "1"*.
- <sup>87</sup> *Ibid.*, au para. 34.
- <sup>88</sup> *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326.