

CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

**RAPPORT SUR LE DÉLIT DE POURSUITE ABUSIVE
PRÉSENTÉ PAR LE GROUPE DE TRAVAIL CONJOINT
DE LA SECTION CIVILE ET DE LA SECTION PÉNALE
par Judy Mungovan**

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**

Introduction

[1] À la suite de la Réunion annuelle de la Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada (CHLC) tenue à Edmonton en août 2006, le Comité exécutif a créé pour le compte de sa Section civile et de sa Section pénale, un groupe de travail conjoint dont le mandat est d'approfondir l'étude des besoins d'uniformisation législative en réponse aux préoccupations manifestées dans tout le Canada au sujet de l'évolution de la common law en matière de délit intentionnel de poursuite abusive. Le groupe de travail, qui a entrepris l'étude pendant l'hiver 2007, a procédé à des conférences téléphoniques qui ont débouché sur une réunion à Toronto le 29 mars 2007. Ce groupe de travail était composé des personnes suivantes :

- de l'Alberta : Kate Bridgett, Sarah Dafœ, Tim Hurlburt;
- du gouvernement fédéral : Michel F. Denis, Robert Frater;
- du Manitoba : Lynn Romeo, Robin Finlayson;
- de l'Ontario : Bill Manuel, Judy Mungovan;
- de la Saskatchewan : Darcy McGovern, Dean Sinclair;
- pour la CHLC : Clark Dalton.

[2] Au Canada, les procureurs et procureurs adjoints de la Couronne (ci-après collectivement appelés « procureurs » et « procureur » au singulier), ainsi que leurs associations provinciales respectives, ont mis un très grand soin à suivre la jurisprudence en matière de délit civil de poursuite abusive. Sensible aux préoccupations des procureurs de la Couronne, le groupe de travail a eu tôt fait de repérer trois dangers pouvant découler d'un relâchement notable des critères qui doivent être remplis avant qu'une instance pour poursuites abusives contre un procureur soit considérée comme recevable par un tribunal. En premier lieu, il y a un risque accru d'être l'objet d'actions pour poursuite frivole qui démoralise les procureurs cités dans ce genre d'affaires et les procureurs de la Couronne en général. En deuxième lieu, ce relâchement des critères risque de plus en plus d'ouvrir la porte non seulement à un nombre grandissant de recours pour poursuites abusives, mais aussi à d'autres actions en dommages-intérêts contre lesquelles les procureurs ont, par tradition, toujours joui de l'immunité. En troisième lieu, la jurisprudence récente, peu claire à ce chapitre, laisse les procureurs dans l'incertitude quant aux meilleures façons d'exercer leur office quasi judiciaire de « représentants de la justice », car il y a un écart

CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

manifeste entre les normes qui commandent au procureur d'engager une poursuite pour servir l'intérêt public et les normes dont un tribunal se sert ensuite pour réviser cette même décision d'engager la poursuite.

[3] Le présent article présente les résultats d'un examen détaillé de l'évolution de la common law en matière de délits de poursuite abusive, dans l'arrêt *Nelles c. Ontario*¹ et des interprétations qu'en a faites la magistrature par la suite, jusqu'à l'arrêt *Miazga c. Kvello Estate*² récemment rendu par la Cour d'appel de la Saskatchewan. En réaction à cette évolution et aux préoccupations énoncées plus haut, le groupe de travail a produit le présent article qui traite des avantages qu'il y aurait à rendre les procureurs généraux seuls responsables des délits de poursuites abusives, à mettre en place des mesures efficaces pour minimiser le nombre de poursuites frivoles, et enfin, à harmoniser les lois de manière à resserrer les critères servant à déterminer la recevabilité d'une action pour poursuite abusive intentée contre un procureur.

Poursuite abusive : contexte

[4] Considérons le cas de l'Ontario comme un exemple pratique. Avant 1989, en vertu du paragraphe 5(6) de la *Loi sur les poursuites contre la Couronne*³, les procureurs ontariens étaient réputés jouir d'une immunité relativement à toute responsabilité civile. Cette immunité provenait de la décharge que leur valaient leur compétence et leur pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites. Toutefois, dans l'arrêt *Nelles*, la Cour suprême du Canada (surtout pour des raisons de principe) a mis fin à cette immunité pleine et entière du procureur quand elle a conclu qu'un procureur pouvait être accusé du délit de poursuite abusive sur preuve de ces quatre éléments essentiels :

1. La procédure a été engagée par le défendeur;
2. Le tribunal a rendu une décision favorable au demandeur;
3. Il y a eu absence de motif raisonnable et probable;
4. Il y a eu intention malveillante ou un objectif principal autre que celui de l'application de la loi.

[5] La Cour a statué que ces quatre éléments suffisaient à établir qu'un procureur a fait preuve de mauvaise foi ou a perpétré des actes délictuels, tout en constituant des critères assez difficiles

CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

à remplir pour prévenir toute action frivole de la part de demandeurs dépités par un jugement. La Cour a prédit qu'il serait possible aux procureurs de continuer d'exercer leur pouvoir discrétionnaire en toute bonne foi, sans risquer d'être gênés par un effet paralysant qui pourrait découler d'une approche moins équilibrée. Cependant, la jurisprudence récente indique qu'il y a lieu de craindre pour la pérennité de la bonne administration de la justice. En effet, il se pourrait bien que les procureurs ne soient plus en mesure de mener des poursuites énergiques au nom de l'intérêt public en agissant comme représentants quasi judiciaires de la justice⁴ sans craindre les conséquences que les décisions prises dans l'exercice de leurs fonctions pourraient avoir sur leur vie personnelle et sur celles des membres de leur famille. En Ontario, un procureur sur huit est cité dans une affaire de poursuite abusive au cours de sa carrière; il est presque impossible de trouver un procureur qui ne connaisse aucun collègue ayant été cité dans une telle affaire. La formation continue des procureurs dans toutes les juridictions du Canada, avec ses programmes de perfectionnement professionnel pour approfondir les notions fondamentales, et le fait que les procureurs disposent de volumineux guides standard des politiques pour les guider dans l'exercice de leur pouvoir discrétionnaire, et leur en rappeler les limites⁵, ne changent rien à cet état de choses. En outre, les tribunaux sont en train de réviser l'exercice du pouvoir discrétionnaire des procureurs sous un jour nouveau. En plus de permettre des actions pour poursuite abusive, ces tribunaux ont révisé des décisions de procureurs de *ne pas* engager de poursuite⁶.

[6] Le présent article a pour objet d'examiner en détail l'arrêt *Nelles* et ses interprétations subséquentes. La conclusion en est que les troisième et quatrième éléments ont été interprétés de manière contraire à la raison de principe invoquée par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Nelles*, et en l'absence de réinterprétation judiciaire ou de réforme des lois, cette situation est susceptible d'exposer les procureurs à un nombre croissant d'actions pour poursuites abusives ou frivoles, avec la baisse d'efficacité et la démoralisation que cela entraîne chez les procureurs en tant que groupe. Le public est en droit de s'inquiéter de tout affaiblissement du pouvoir d'action des procureurs. Il est indéniable qu'un tel affaiblissement aurait des conséquences pour l'administration de la justice.

CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

[7] Quant au troisième élément (l'absence de motif raisonnable et probable), les tribunaux s'en sont servi comme critère pour évaluer si la décision d'engager – ou de ne pas engager – une poursuite était fondée ou non. Cette façon de faire a créé une brèche dans laquelle les instances pour poursuite abusive peuvent se faufiler en raison de l'écart marqué entre ce « critère du troisième élément » et les normes auxquelles sont astreints les procureurs quand vient le temps de décider s'il y a lieu d'instruire ou de continuer une poursuite (c.-à-d., déterminer s'il y a une perspective raisonnable d'obtenir une déclaration de culpabilité). Il y a plus préoccupant encore : certains des tribunaux, après avoir conclu que la poursuite était dénuée de motif raisonnable ou probable, se sont servi de ce troisième élément pour déduire que le procureur était animé d'une intention malveillante. Ces tribunaux ont ainsi combiné le quatrième élément (intention malveillante ou objectif principal autre que celui de l'application de la loi) au troisième. Le quatrième élément a été mis en place par la Cour suprême pour faire office de garde-fou contre les poursuites frivoles et les actions fondées sur la seule négligence. Mais la jurisprudence n'a pas évolué suivant cette tangente.

Les statistiques – un portrait du Canada

[8] Il n'est pas facile de déterminer les taux des recours pour poursuites abusives pour tout le Canada, car ce ne sont pas tous les différents territoires et provinces qui compilent des statistiques détaillées, et ceux qui le font n'utilisent pas toujours les mêmes paramètres (pour un aperçu, voir la table à l'annexe I). Toutefois, chacune des trois provinces qui conservent des statistiques annuelles enregistrent un taux croissant d'instances civiles pour poursuites abusives. De 1992 à 2002, les procureurs de l'Alberta ont été cités dans 16 nouvelles actions pour poursuite abusive, soit une moyenne de 1,6 par année. De 2002 à 2006, il y a aussi eu 16 nouvelles actions du genre; le taux (3,2 par an) a doublé. Au Québec, la période de 1995 à 2002 a vu quelque 40 nouvelles actions pour poursuites abusives, soit 5,7 par an. De 2002 à 2006 (alors que des statistiques officielles étaient enregistrées) le taux a bondi à 18,2 par année avec un total de 91 nouvelles poursuites. En Ontario, 167 actions pour poursuites abusives ont été introduites entre 1992 et 2002, soit 16,7 par an. De 2002 à 2006, le taux est passé à 23,2 par an pour un total de 119 nouvelles actions. Parmi les autres provinces, seules la Saskatchewan et l'Île-du-Prince-Édouard ont été en mesure de fournir des approximations de leurs taux d'actions pour poursuite

CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

abusive. La Saskatchewan estime qu'il y a eu quelques 15 ou 20 actions au cours des 20 dernières années, alors que l'Île-du-Prince-Édouard estime qu'il y en a eu seulement 3 pendant les 10 dernières années. Parmi les territoires, seuls les tribunaux des Territoires du Nord-Ouest ont vu des actions pour poursuites abusives, et ce n'est pas terminé.

[9] En Alberta, 15 dossiers demeurent ouverts, dont 7 sont actifs. En Ontario se trouvent 83 dossiers ouverts, dont 72 actifs, qui citent un total de 98 procureurs différents. Sur l'Île-du-Prince-Édouard, il y a 3 dossiers ouverts, tous actifs. Dans les Territoires du Nord-Ouest, il n'y a qu'un dossier ouvert et actif.

[10] Peu importe la province ou le territoire, les actions pour poursuite abusive obtiennent rarement gain de cause. L'Alberta et la Saskatchewan signalent chacune une action jugée en faveur du demandeur, alors que l'Ontario et l'Île-du-Prince-Édouard n'en ont vu aucune. On signale une action ayant eu gain de cause au Québec, bien qu'il soit notoire que cinq affaires se sont terminées par un règlement.

[11] Confrontés à une multiplication des actions pour poursuites abusives, l'Ontario et l'Alberta ont commencé à en faire un suivi plus détaillé. En date du 1^{er} novembre 2005, l'Ontario comptait à elle seule 107 dossiers en cours. Au cours de l'année suivante, 36 de ces actions, intentées contre 46 procureurs différents, ont été rejetées sur consentement, à la suite d'une motion ou à l'occasion d'une audience sur l'état de l'instance. Dix-huit dossiers citant 14 procureurs ont été clos faute d'une déclaration dûment déposée. Onze motions en vertu de la règle 21⁷ ont été présentées; l'une d'elles a été ajournée, deux autres ont obtenu gain de cause, mais ont été portées en appel, et deux ont été rejetées. Six motions en vertu de la règle 20⁸ ont été présentées (une a eu gain de cause, mais a été portée en appel et une autre n'a pas été reçue) : quatre actions citant autant de procureurs sont passées à l'étape du procès et elles ont toutes été rejetées.

[12] En Alberta, de 1992 à 2005, quatre actions ont été rejetées à la suite d'une demande de rejet sommaire (Règle 159) présentée par le procureur, cinq autres l'ont été à la suite d'une demande de rejet pour défaut de poursuivre (Règle 244.1(1)), cinq actions ont été rejetées après

CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

que les demandeurs se soient désistés de leurs poursuites (habituellement pendant que la demande d'un procureur était en instance) et enfin, deux dossiers ont été fermés faute de déclarations dûment signifiées.

Le délit civil de poursuite abusive et les procureurs

Politiques contre l'immunité absolue au profit d'un risque limité

[13] Du raisonnement qu'elle tient dans l'arrêt *Nelles*, il ressort clairement que la Cour suprême prévoyait créer à la doctrine traditionnelle de l'immunité absolue des procureurs une exception dont la définition fût suffisamment rigoureuse et restrictive pour ne prendre en défaut que les procureurs ayant été réellement animés de motifs malveillants. Le juge Lamer (tel était alors son titre) s'exprimant au nom de la majorité, a déclaré :

« On soutient en outre que reconnaître moins que l'immunité absolue aurait un “ effet paralysant ” sur l'exercice du pouvoir discrétionnaire du procureur de la Couronne. Notons que ce dont il s'agit ici n'est pas l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire par un poursuivant dans sa sphère légitime d'activité, tel que défini par son rôle de “ représentant de la justice ”. En effet, dans des cas de poursuites abusives, il s'agit plutôt d'allégations d'abus du processus criminel et des pouvoirs du procureur de la Couronne. Il ne s'agit pas d'une simple évaluation rétrospective de la sagesse de la décision du procureur de la Couronne d'engager des poursuites; mais plutôt l'exercice délibéré et malveillant de ses pouvoirs pour des fins illégitimes et incompatibles avec le rôle traditionnel du poursuivant.

Il me semble en conséquence que l'argument fondé sur “ l'effet paralysant ” est largement spéculatif et suppose que de nombreuses actions pour poursuites abusives seront intentées par des personnes dépitées qui, ayant été poursuivies, n'ont été reconnues coupables d'aucune infraction. Je suis d'avis que cet argument qui agite le spectre d'une “ avalanche ” d'actions ne tient pas compte du fait que le délit civil de poursuites abusives exige la preuve d'un motif ou d'un but illégitimes; les erreurs commises dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire et les erreurs de jugement ne donnent pas lieu à des actions en justice.⁹ »

[14] De plus, le juge Lamer décrit le défaut fondamental du principe d'immunité absolue en ces termes :

« La notion d'immunité absolue des poursuivants présente cette faille fondamentale que l'auteur du délit civil ne peut être obligé par la victime d'en répondre devant les tribunaux. Comme je l'ai déjà dit, la charge de la preuve incombant au demandeur dans une action pour poursuites abusives est extrêmement lourde, et dans les cas où il est en mesure d'établir sa

CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

cause, il est possible qu'il ait aussi été victime d'une atteinte aux droits que lui garantit la *Charte*. Accorder aux poursuivants une immunité absolue revient à leur donner toute latitude pour léser les droits individuels.¹⁰ »

[15] Le juge Lamer a conclu qu'une définition restrictive du délit de poursuites abusives était nécessaire pour les affaires où la confiance du public se trouverait mise à l'épreuve par une conduite véritablement malveillante. Selon le juge, le type d'intention malveillante ou de « motif illégitime » dont le demandeur doit faire la preuve est de l'ordre de la malveillance de celui qui commet une fraude dans le processus de justice criminelle :

« À mon avis, ce fardeau incombant au demandeur revient à exiger que le procureur général ou le procureur de la Couronne ait commis une fraude dans le processus de justice criminelle et que, dans la perpétration de cette fraude, il ait abusé de ses pouvoirs et perverti le processus de justice criminelle. En fait, il semble que, dans certains cas, cela équivaille à une conduite criminelle.¹¹ »

[16] Afin d'assurer une responsabilité raisonnable, plutôt que l'immunité absolue, la Cour a préféré le recours aux dispositions efficaces de radiation et de rejet des causes (tel que ceux prévus aux règles 20 et 21 des *Règles de procédures civiles de l'Ontario*). L'efficacité de ces règles dans le présent contexte sera abordée plus loin.

Le délit de poursuite abusive : une analyse des quatre critères de l'arrêt Nelles

[17] Étant donné que leur examen et leur interprétation dans la jurisprudence subséquente constituent les principales sources de préoccupations exprimées dans ces lignes, l'analyse qui suit concerne surtout les troisième et quatrième éléments des critères de l'arrêt *Nelles*. Toutefois, les deux premiers éléments n'ont pas été laissés en reste et méritent que l'on s'y attarde dans le cadre d'une étude complète.

CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

Premier critère : la procédure doit avoir été engagée par le défendeur

[18] Ce premier élément exige que la procédure ait été engagée par le défendeur. Le critère de l'« introduction » des poursuites remonte à l'époque où, en Angleterre, toutes les poursuites étaient introduites par des particuliers. Bien que la législation ontarienne autorise un particulier à déposer une dénonciation, il n'y a plus de poursuites privées qui soient encore intentées au criminel, puisque c'est habituellement la Couronne qui se charge de toutes les poursuites et qui exerce son pouvoir discrétionnaire. De nos jours, le terme « introduit » s'applique à l'agent de la paix ou au particulier qui a porté les accusations, de même qu'à tout procureur qui prend en charge les poursuites déjà intentées.

[19] Dans l'affaire *Nelles*, le juge Lamer a affirmé que le sens de ce terme était « évident » et parlait par lui-même¹². L'affaire *Nelles* et un éventail d'autres causes plus récentes s'appuient sur la *Law of Tort* de Fleming quand il s'agit d'éclaircir cette question. Ainsi :

[TRADUCTION]

Pour pouvoir être tenu responsable, le défendeur doit jouer un rôle actif dans la procédure, en être un « instigateur », par exemple, ou celui qui l'introduit [...]. Le défendeur doit avoir « participé activement » à la mise en application de la loi. Le fait de donner un compte rendu sincère, aussi incriminant soit-il, à la police ou à un magistrat n'équivaut pas au fait d'engager des poursuites : puisque la décision ultime d'engager les poursuites n'est pas la sienne, « la pierre en mouvement n'est qu'une pierre chargée de soupçons ».¹³

[20] Fleming fait remarquer que, dans ce contexte, le terme « sincère » laisse entendre que si la version des faits rapportée aux autorités est intentionnellement fautive, l'accusateur peut alors être tenu responsable. Par conséquent, les parties privées peuvent elles aussi « engager » les poursuites, par exemple dans l'affaire *Sabourin c. Ontario*¹⁴ dont le juge a conclu que (si la chose est démontrée au procès), la personne qui aura déposé à la police une fautive dénonciation, entraînant la mise en accusation d'une autre personne, aurait également « lancé » les accusations contre cette dernière.

[21] Dans l'affaire *Miazga*, il a aussi été conclu que la poursuite avait été « introduite » une fois la dénonciation déposée sous serment, et que le critère visant à déterminer la responsabilité de la personne qui « introduit » consistait à établir si les poursuites n'auraient pas été engagées « n'eût été » des actions de la personne qui introduit. Dans l'affaire *Walker c. Ontario*¹⁵, le juge

CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

des requêtes a préféré s'abstenir de décider si le fait d'« introduire » une procédure pouvait ou non s'appliquer *uniquement* à la personne qui a pris la décision ultime de porter des accusations. Fleming a toutefois mis à jour son ouvrage au sujet des délits civils, après avoir fait l'objet d'une référence dans l'affaire *Nelles* – la neuvième édition de *Law of Tort* fait à présent remarquer qu'« un défendeur peut être tenu responsable non seulement de l'acte d'introduction des poursuites, mais aussi de celui d'adopter ou de continuer les poursuites »¹⁶. Cette interprétation a été citée avec approbation dans l'arrêt *Bairnard c. Commission des Services de police de la communauté urbaine de Toronto*¹⁷.

[22] Dans l'affaire *Wiche c. Ontario*¹⁸, la Cour supérieure a cité avec approbation la décision de la Cour du banc de la Reine de la Saskatchewan dans *Berman c. Jenson*¹⁹, stipulant qu'une définition stricte du terme « introduire » était superflue. Dans l'affaire *Berman*, le tribunal a tenu le raisonnement suivant : « Le défendeur a-t-il activement pris part à l'application de la loi? » La simple connaissance passive des actes d'une autre personne, ou encore le fait d'y avoir consenti, ne suffit pas à rendre le défendant responsable. Pour établir une telle responsabilité, il faut qu'il y ait eu lors de l'introduction des poursuites, ou à la source d'une telle introduction, quelque action positive sous forme de conseil, d'encouragement, d'incitation, etc., « *ou une forme d'encouragement positif au maintien d'une poursuite déjà intentée* » (les italiques sont de nous).²⁰

[23] De la même manière, dans l'arrêt *Wilson c. Services de police de la communauté urbaine de Toronto*²¹, le juge Dambrot a conclu qu'en employant le critère de Fleming dans l'arrêt *Nelles*, le juge Lamer n'avait pas l'intention de limiter la responsabilité des procureurs aux seules causes où ils ont effectivement participé à l'introduction des poursuites, puisqu'en Ontario, de manière générale, la poursuite est introduite quand un agent de la paix dépose une dénonciation sous serment, et c'est seulement ensuite que le poursuivant passe la cause en revue et détermine s'il y a lieu de poursuivre ou non²².

[24] Ainsi, l'ensemble de la jurisprudence tend à indiquer que lorsqu'un procureur adopte ou poursuit une affaire qui était auparavant aux mains d'un autre avocat, tous deux seraient quand

CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

même exposés à une action pour poursuites abusives, même si ce n'est pas eux qui, au sens strict, ont « introduit » la procédure. C'est en effet ce qui ressort de l'arrêt *Miazga*.

Deuxième critère : le tribunal a rendu une décision favorable au demandeur

[25] Le deuxième élément du critère de l'arrêt *Nelles*, qui veut que la cause soit réglée en faveur du demandeur, a pour fonction d'éliminer d'office les affaires où l'accusé ayant été trouvé coupable hors de tout doute raisonnable, celui-ci ne puisse raisonnablement alléguer poursuite abusive. Quand un verdict de culpabilité a été rendu, le recours normal du contrevenant est de suivre la procédure d'appel propre aux affaires criminelles, et non d'intenter une action civile.

[26] Une « décision favorable » peut prendre la forme d'un acquittement (à l'issue de l'enquête préliminaire, du procès ou de l'appel) d'un retrait unilatéral des accusations ou d'une suspension de l'instance par le procureur, même si ce dernier conserve le droit de reprendre la poursuite s'il le désire²³. Toutefois, la jurisprudence indique aussi que dans les cas où un compromis ou un règlement (tel qu'une obligation de ne pas troubler l'ordre public, une condamnation avec sursis ou une transaction pénale) se solde par la fin de la poursuite, celle-ci ne s'est pas soldée par une « décision favorable » au demandeur au sens des exigences propres à une action pour poursuite abusive²⁴. Dans le même ordre d'idées, l'arrêt *Hunt c. Ontario*²⁵ a établi que la poursuite ne s'était pas soldée par une décision favorable à l'accusé quand les accusations ont été retirées à la condition que l'accusé fasse un don de bienfaisance.

[27] La logique de cet « arrangement » s'applique aussi aux plaidoyers de culpabilité. Dans l'arrêt *Ramsay c. Saskatchewan*²⁶, le juge Zarcenzy a conclu que le recours du demandeur pour poursuite abusive n'était pas recevable puisque ce demandeur avait plaidé coupable aux accusations portées contre lui et qu'il n'était donc pas possible d'affirmer que la poursuite s'était soldée par une décision en sa faveur. Dans l'arrêt *Hainsworth c. Ontario (procureur général)*²⁷, le juge Sutherland a conclu qu'une transaction pénale résultant en plaidoyers de culpabilité à deux accusations initiales en échange du retrait de trois autres chefs d'accusation ne signifiait pas non plus que la poursuite s'était conclue en faveur de l'accusé.

CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

[28] Cependant, dans le récent arrêt *Mammoliti c. Service de police régional du Niagara* (« *Ferri* »)²⁸, la Cour d'appel de l'Ontario a renversé la décision de la Cour supérieure de justice en rejetant sommairement des recours pour poursuites abusives contre certains procureurs, ainsi que des actions pour poursuites abusives et négligence intentées contre le Service de police régional du Niagara (SPRN). Avant cet arrêt, il était assez bien établi en droit que, pour satisfaire au deuxième critère de l'arrêt *Nelles*, la poursuite devait s'être conclue par l'un des trois résultats suivants : le retrait des inculpations, leur suspension ou la démonstration de l'innocence de l'accusé à l'issue du procès. Les affaires criminelles réglées par transaction pénale ou par processus de justice réparatrice, où les accusations sont retirées en échange de quelque dédommagement de la part du demandeur, étaient réputées des affaires dont l'issue *n'était pas* favorable au demandeur²⁹.

[29] Dans l'affaire *Ferri*, Mammoliti a été accusé d'extorsion et de possession de biens de la TD Bank d'une valeur de plus de 5000 \$. Quant à Ferri, il a d'abord été inculpé de tentative d'extorsion et de vol d'une somme supérieure à 5000 \$. Les deux affaires ont cependant été réunies et, à la suite d'une audience préliminaire, Ferri a été renvoyé à procès relativement au chef d'accusation de vol tandis que Mammoliti a été renvoyé sous les deux chefs d'accusation : vol et tentative d'extorsion. Après révision, le renvoi contre Ferri a été annulé alors que le renvoi sur les deux chefs d'accusation contre Mammoliti a été maintenu. La veille du procès, les inculpations contre Mammoliti ont été retirées à condition que des documents bancaires soient conservés en attendant l'issue d'une éventuelle action civile pour poursuites abusives, contre TD Bank, et à condition que Mammoliti intente une telle poursuite dans les 30 jours. Les conditions de ce règlement indiquent clairement que toutes les parties étaient conscientes que Mammoliti avait l'intention d'intenter une action pour poursuite abusive contre la TD Bank.

[30] Se prononçant au nom de la majorité sur l'arrêt *Ferri*, le juge LaForme a conclu que, avant qu'un règlement puisse être réputé exclure un recours pour poursuite abusive, la Cour doit effectuer « une analyse plus poussées des raisons profondes ayant poussé le procureur et la police à conclure un tel arrangement, entente ou compromis. »³⁰ La majorité a expliqué que pour des raisons de principe, un règlement sous forme de retrait des accusations moyennant le respect de

CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

certaines conditions ne doit pas automatiquement exclure une action pour poursuite abusive. D'après le juge LaForme, voici ce qui arriverait si tel était le cas :

[TRADUCTION]

« Le procureur ou la police seraient en mesure d'éviter la surveillance en concluant tout simplement avec un accusé un accord, un arrangement ou un compromis, aussi insignifiant qu'il puisse être, avant de retirer les accusations contre cette personne. Cela aurait pour résultat de saper complètement les bases du droit en matière délictuelle. »³¹

[31] La Cour a conclu que les SPRN ne pouvaient pas contrecarrer une action pour poursuite abusive en alléguant la présence d'un règlement, puisqu'ils avaient été consultés au sujet des éventuelles suites de l'affaire et que, par conséquent, ils savaient que Mammoliti voulait tenter d'obtenir réparation au civil. À ce chapitre, le juge LaForme a fait remarquer que la police et les procureurs se trouvent toujours en position de force par rapport à l'accusé :

[TRADUCTION]

« L'accusé qui croit avoir fait l'objet d'une poursuite abusive renoncerait en fait à son droit d'intenter une poursuite même dans les cas les plus évidents en échange de sa liberté, pour éviter l'infamie d'une condamnation au criminel ou peut-être pour éviter les frais d'un procès. »³²

[32] Cependant, ce raisonnement ne tient pas compte des autres mesures de protection de l'accusé qui assurent le maintien de la bonne administration de la justice, dont le rôle primordial du juge qui supervise la procédure criminelle, ainsi que la lourde tâche qui incombe au procureur, de prouver que l'accusé est coupable hors de tout doute raisonnable. Le *Rapport Martin* a succinctement reconnu le rôle unique qui distingue le procureur de l'avocat de la défense et du juge :

[TRADUCTION]

« Nul ne peut oublier que l'avocat de la Couronne est seulement l'une des parties prenantes d'un système judiciaire fondé sur des débats contradictoires. L'avocat de la Couronne accomplit son devoir dans le contexte d'un système qui attribue à l'avocat de la défense et au juge des responsabilités dont l'importance est fondamentale et qui s'équilibrent l'une l'autre. C'est l'interaction de ces trois parties au processus pénal, et non les seuls actes de l'avocat de la Couronne, qui garantit les justes résultats des instances criminelles. »³³

[33] Le raisonnement du juge LaForme est également troublant, étant donnés les commentaires du juge dissident. Selon ce dernier, la Cour se doit de pousser l'examen des faits au-delà des apparences avant de conclure qu'un règlement ne doit pas exclure les actions pour poursuites abusives puisque, par définition, le règlement constitue un acte qui se veut la conséquence de la

CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

conduite répréhensible d'un accusé. Mais il semble que la majorité des juges se soient inquiétés de ce que les procureurs et la police auraient la possibilité de se mettre d'accord pour bricoler un règlement insignifiant destiné à brouiller leurs pistes relativement à certaines méthodes abusives auxquelles ils auraient eu recours durant la même procédure, même si, en l'espèce, l'initiative du règlement a été prise par Mammoliti *avec* l'assistance d'un avocat et même si les résultats de ce règlement dissipaient les inquiétudes de la victime, sans pour autant donner lieu à un enrichissement sans cause, en plus de garantir une protection immédiate aux dossiers de la TD Bank. En outre, rien dans le jugement rendu par la majorité ne donne à penser que les SPRN ou, en l'occurrence, le procureur, savaient seulement qu'un règlement exclurait un recours pour poursuite abusive.

[34] En effet, avant qu'une poursuite soit introduite, le procureur doit déterminer non seulement s'il y a une probabilité raisonnable de condamnation, mais aussi si la poursuite sert bien l'intérêt public. La question de l'intérêt public se pose souvent d'une manière différente d'une affaire à l'autre et nécessite une analyse de facteurs³⁴ aussi divers que nombreux : la gravité du crime, les circonstances, l'attitude de la victime, la possibilité d'obtenir un dédommagement, une restitution ou une réparation, ou encore, la disponibilité et l'efficacité des solutions de rechange aux poursuites. Dans l'affaire *Ferri*, on peut prétendre que le règlement proposé par le procureur, puis approuvé et adopté par la Cour dans le cadre de la procédure pénale, était sans doute tout à fait en accord avec l'application par le procureur de ce genre de facteurs relatifs à la question de l'intérêt public et était donc tout à fait conforme à l'exercice adéquat du pouvoir discrétionnaire du procureur. Toujours est-il que la Cour, par son analyse de la controverse publique, laisse entrevoir un soupçon sous-jacent que le procureur et la police seraient capables de motifs malveillants, assez réels pour justifier des critères qui assujettiraient à une surveillance les règlements acceptés par un procureur, ce qui résulterait en un retrait des accusations, puisque de tels règlements constituent un lieu où il peut y avoir inconduite. Si un règlement doit automatiquement priver un accusé de la possibilité d'intenter ensuite une action pour poursuite abusive, et ce, sans aucune analyse visant à en déterminer la légitimité ni aucune surveillance de la conduite du procureur relativement à ce règlement, alors la majorité de la Cour d'appel laisse entendre que les procureurs et la police ont beau jeu pour transformer ce qui pourrait s'avérer un retrait pur et simple des accusations en un retrait conditionnel, uniquement

CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

pour se garantir d'un recours légitime pour poursuite abusive. En tenant ce raisonnement, la Cour s'est bien gardée de montrer quelque considération que ce soit au fait qu'un procureur a besoin de considérer de multiples facteurs contradictoires quand il cherche à déterminer s'il y a ou non matière raisonnable à condamnation et si la poursuite sert l'intérêt public.

[35] Qu'est-ce que cela signifie pour les procureurs dans le contexte de leurs autres obligations de représentants de la justice? Le *Rapport Martin* a décrit comme principe fondamental de justice l'obligation d'avoir les preuves suffisantes d'un crime pour engager une poursuite et d'être certain que la poursuite est dans l'intérêt public. Même s'il reste une perspective raisonnable de condamnation, il pourrait être dans l'intérêt public d'opter pour un règlement préalable au procès, règlement qui satisfasse la justice en considérant toutes les circonstances de l'affaire et toutes les données fournies par l'enquêteur et par la victime. En effet, un règlement préalable au procès qui a les meilleures chances de faire retrouver à la victime sa situation antérieure à l'infraction, au moyen d'une réparation sous une forme ou une autre (même dans les cas où le *quid pro quo* pour obtenir la réparation de l'accusé est le retrait des accusations) pourrait bien être l'issue servant le mieux l'intérêt public. Toutefois, à la lumière de l'arrêt *Ferri*, le travail du procureur cherchant une solution réparatrice préalable au procès dans le cadre d'un recours pour poursuite abusive dirigée contre lui pourrait maintenant s'avérer compliqué, et ce, par des craintes prépondérantes au sujet de l'examen ultérieur auquel une cour de révision pourrait soumettre ce règlement afin de déterminer si les conditions préalables au retrait des accusations ont été justifiées par les circonstances.

[36] Le raisonnement du juge LaForme laisse la porte ouverte au risque suivant : advenant qu'une cour de révision juge injustifiées les conditions données à un accusé par un procureur pour que soient retirées les accusations, alors cela aussi pourrait constituer la preuve d'un motif malhonnête, preuve qui pourrait venir étayer la conclusion à une intention malveillante. Dès lors, non seulement le procureur peut-il craindre d'éventuelles allégations de poursuites abusives quand il décide d'engager une poursuite au criminel, mais aussi d'être sujet au même risque quand vient le temps de déterminer si la poursuite servira l'intérêt public. C'est là un danger bien réel : un procureur ne se penchera plus sur la question de savoir si un éventuel règlement préalable à un procès criminel est dans l'intérêt public, mais plutôt sur la question de déterminer

CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

si le règlement qu'il entend proposer risque de se faire ensuite disséquer par une cour à la recherche de preuves d'intentions malveillantes dans le cadre d'une action intentée par l'accusé contre ce même procureur. Qui plus est, la Cour, en acceptant si facilement de remettre en cause l'exercice du pouvoir discrétionnaire du procureur, laisse peut-être entendre qu'elle a ignoré à quel point il est complexe d'appliquer le critère de la perspective raisonnable de condamnation et le facteur de l'intérêt public que le procureur est tenu d'appliquer à toute affaire, à titre d'avocat et de représentant de la justice. Il convient de souligner que dans l'arrêt *Nelles*, le juge Lamer émet une mise en garde particulièrement appuyée contre la remise en question de l'exercice du pouvoir discrétionnaire du procureur.

Troisième critère : il y a eu absence de motif raisonnable et probable

[37] Le motif raisonnable et probable d'engager une poursuite est défini dans l'arrêt *Hicks c. Faulkner* comme la croyance de bonne foi en la culpabilité de l'accusé, basée sur la certitude, elle-même fondée sur des motifs raisonnables, de l'existence d'un état de faits qui, en supposant qu'ils soient exacts, porterait raisonnablement tout homme normalement avisé et prudent, à la place de l'accusateur, à croire que la personne inculpée était probablement coupable du crime en question³⁵.

[38] Ce critère renferme à la fois un élément subjectif et un élément objectif. Il doit y avoir croyance réelle chez le poursuivant et cette croyance doit être raisonnable dans les circonstances. L'existence d'un motif raisonnable et probable est une question sur laquelle il revient au juge de statuer, et non au jury.

[39] Il y a deux aspects préoccupants quant à la manière dont les tribunaux ont appliqué ce critère. Premièrement, les causes montrent que le corps judiciaire est de plus en plus enclin à remettre en question le raisonnement d'un procureur voulant qu'une poursuite soit engagée. La difficulté inhérente à cette façon d'aborder le critère du motif raisonnable et probable est que la procédure criminelle comporte souvent des chefs d'accusation et des principes complexes. Et il peut arriver que dans de telles circonstances, des personnes raisonnables qui s'appuient sur leur parti pris, leur tempérament et leur vécu soient raisonnablement en désaccord au sujet de la

CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

suffisance et de la qualité des preuves. Quand des personnes raisonnables peuvent à bon droit être en désaccord, il semble excessif de considérer comme recevable une action pour poursuite abusive malgré de tels désaccords.

[40] Par exemple, l'acquiescement à l'issue d'une instance criminelle ne sous-entend pas (en l'absence d'une preuve précise indiquant le contraire) que le système a de quelque manière failli à sa tâche d'administrer la justice convenablement. Tout au plus, cela signifie simplement que le procureur n'a pas porté atteinte au droit de l'accusé d'être présumé innocent; c'est-à-dire que le procureur n'est pas parvenu à convaincre le juge ou le jury que l'accusé était coupable hors de tout doute raisonnable. Comme le juge Sopinka fait remarquer :

[TRADUCTION]

« La logique d'une action délictuelle en dommages-intérêts pour poursuite abusive est que le processus judiciaire a été perverti par un recours malveillant à la loi relativement à une accusation criminelle. Toutefois, le délit civil a été défini de manière restrictive afin de s'assurer que les criminels soient menés devant la justice sans que leurs poursuivants aient lieu de s'inquiéter d'une action en dommages-intérêts si la poursuite est déboutée. »³⁶

[41] Un acquiescement ne doit pas non plus sous-entendre que le procureur a mal évalué le critère des preuves suffisantes ou le facteur de l'intérêt public pour justifier une poursuite : il se peut que des témoins n'aient pas fait les mêmes déclarations que dans leurs entrevues préalables; le contre-interrogatoire peut s'être avéré particulièrement efficace pour faire la lumière sur certaines contradictions; les preuves scientifiques peuvent s'être avérées erronées. C'est là un éventail de faiblesses dans la poursuite qui ne peuvent être révélées qu'en cours de procès. En effet, même quand un verdict est annulé en appel, il ne faut pas automatiquement présumer que le procureur n'avait pas de perspective raisonnable d'obtenir une condamnation. Comme le fait remarquer le *Rapport Martin* : [TRADUCTION] « bien entendu, la Cour d'appel dispose de l'avantage – refusé au poursuivant – d'examiner toutes les preuves présentées au procès, y compris celles que la défense a invoquées. »³⁷

[42] L'arrêt *Ferri* fournit un exemple du danger qu'il y a de remplacer la perspective du procureur par celle du juge examinateur. Au nom de la majorité, le juge LaForme a conclu qu'après avoir passé les faits en revue [TRADUCTION] « les éléments constitutifs des délits considérés, et en vertu desquels Mammoliti a par la suite été inculpé [pour le vol d'une somme

CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

s'élevant à plus de 5000 \$ et tentative d'extorsion], étaient presque complètement absents³⁸. » Cette conclusion vient directement contredire l'interprétation du juge des requêtes quant à la demande initiale d'un jugement sommaire, qui a considéré que le troisième critère – l'absence de motif raisonnable et probable – n'était pas rempli. Le juge des requêtes a conclu (dans la poursuite intentée par Mammoliti contre le SPRN) que le fait que Mammoliti ait exigé 500 000 \$ à la TD Bank pour lui rendre ses dossiers suffisait à donner à la police un motif raisonnable et probable pour l'accuser d'extorsion et de vol. Ici encore, le juge Juriansz (dissident) en est arrivé à une conclusion différente : non seulement a-t-il avancé qu'il y avait preuve suffisante pour étayer un motif raisonnable et probable de croire que Mammoliti avait commis les délits de vol et de tentative d'extorsion, mais aussi qu'en outre, considérant la totalité des renseignements dont disposait le procureur pendant la poursuite, celui-ci était en droit de croire qu'il avait suffisamment de preuves pour prouver la culpabilité de l'accusé hors de tout doute raisonnable. Le juge Juriansz a poursuivi en signalant le danger inhérent à une révision rétrospective d'une myriade d'événements passés :

[TRADUCTION]

« Il convient de déterminer si les intimés avaient des motifs raisonnables et probables d'engager la poursuite contre les appelants en se basant sur les renseignements dont disposaient les intimés à l'époque ou sur ceux qu'ils étaient en mesure d'obtenir au moyen d'une enquête raisonnable. Les nouveaux éléments que les appelants peuvent maintenant fournir n'entrent pas en ligne de compte pour déterminer si les intimés avaient, au moment d'engager la poursuite, des motifs raisonnables et probables de le faire. »³⁹

[43] Cet exemple où l'on voit des juges raisonnables arriver à des conclusions contradictoires reflète le fait que, dans la réalité, l'application du critère relève plus d'un art que d'une science. Qu'une preuve soit examinée sous un angle légèrement différent, surtout quand il est question d'une motion en vue d'obtenir un jugement sommaire, la conclusion sera, elle aussi, différente. Comme le juge Juriansz le fait remarquer :

[TRADUCTION]

« Suivant la perspective que j'adopte pour considérer les faits, les actes des appelants avaient un caractère qui n'apparaît pas dans l'argumentation du juge LaForme et m'amènent à conclure que les appels devraient être complètement rejetés [...]. Ayant ceci à l'esprit, je donne la version suivante des faits essentiels, qui diffère uniquement en ton de celle donnée par le juge LaForme. Ma version ajoute des détails à certains événements et souligne certains éléments de preuve que les intimés avaient en main au moment où ils ont introduit et continué la poursuite contre les appelants. »⁴⁰

CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

[44] Pour ces raisons, un juge chargé d'examiner une motion en vue d'obtenir un jugement sommaire devrait considérer cet élément du critère avec prudence. Le délit de poursuite abusive est grave, et il importe d'avoir un certain égard envers les procureurs et leurs décisions de maintenir ou d'abandonner des poursuites.

[45] La deuxième préoccupation (et la plus pressante) est le fait qu'il y ait rupture entre les normes dont se sert un tribunal pour réviser la décision du procureur d'intenter des poursuites (motif raisonnable et probable) et les normes qu'un procureur est tenu de respecter quand vient le temps de décider de poursuivre ou non (la perspective raisonnable de condamnation)⁴¹. Comme il a été vu plus haut, le critère de l'arrêt *Nelles*, qui consiste à vérifier l'absence de motif raisonnable et probable, comporte une composante subjective et une composante objective : non seulement le procureur doit-il croire en la culpabilité de l'accusé, mais cette croyance doit aussi être raisonnable compte tenu des faits portés à sa connaissance. Toutefois, en Ontario, un procureur a le devoir d'engager la poursuite lorsqu'il y a une perspective raisonnable de condamnation et quand la poursuite sert l'intérêt public. Ce dernier critère préliminaire a été élaboré et recommandé par le *Rapport Martin* après un examen minutieux du rôle du procureur selon la bonne administration de la justice et des critères préliminaires utilisés par d'autres juridictions. Ce devoir de passer les faits en revue ne comporte aucun élément subjectif. En effet, le *Rapport Martin* met les poursuivants en garde contre le danger inhérent au fait de se fier à leur opinion personnelle pour prendre une décision préliminaire au sujet de l'issue éventuelle d'une poursuite :

[TRADUCTION]

« Si des poursuites n'étaient intentées que pour les causes dans lesquelles l'avocat de la Couronne croit fermement en la culpabilité de l'accusé, l'idée généralement admise que "l'objet d'une poursuite criminelle n'est pas d'obtenir une déclaration de culpabilité" pourrait bien se trouver compromise dans la pratique par des poursuivants qui, étant convaincus que l'accusé est coupable, considéreraient qu'il est de leur devoir d'obtenir une déclaration de culpabilité.

[...]

L'avocat de la Couronne n'a pas le besoin ni le devoir de substituer ses opinions personnelles à celles du juge président ou du jury, à qui il revient de rendre une décision au nom de la collectivité. Il ne faut jamais oublier qu'une grande partie de la confiance qu'a le public en l'administration de la justice repose sur le processus judiciaire, qui veille non seulement à ce que justice soit rendue, mais qu'elle le soit de façon manifeste [...].

CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

Investir l'avocat de la Couronne du pouvoir d'introduire ou d'abandonner des poursuites en se fondant sur une évaluation subjective de la culpabilité ou de l'innocence de l'accusé reviendrait, dans certaines circonstances, à remplacer le processus judiciaire, qui est accessible, impartial et communautaire, par les décisions injustifiées et non susceptibles de contrôle de représentants du ministère public qui n'ont aucune responsabilité directe envers le public (les italiques sont de nous). »⁴²

[46] Le *Rapport Martin* fait aussi état de situations où le procureur entretiendrait personnellement quelque doute au sujet de la culpabilité de l'accusé. Dans de telles causes, le procureur :

[TRADUCTION]

« [...] a le devoir d'analyser soigneusement les raisons qui le poussent à douter, car celles-ci pourraient apparaître dans le mémoire de la Couronne ou dans le dossier d'enquête; il a aussi le devoir de recommander toutes les enquêtes complémentaires lui paraissant nécessaires [...]. Toutefois, si, après un tel examen, il subsiste une perspective raisonnable de condamnation et si, par ailleurs, la poursuite sert l'intérêt public, alors la poursuite doit normalement être maintenue. D'un autre côté, la croyance personnelle du poursuivant en la culpabilité de l'accusé n'entre pas en ligne de compte si, à la lumière des preuves, il n'y a pas de perspective raisonnable de condamnation [...]. »⁴³

[47] Le *Rapport Martin* met aussi en garde par rapport au fait qu'à différentes étapes du processus pénal, des normes de preuve différentes s'appliquent. La police n'a besoin de rien de plus que d'un motif raisonnable et probable de croire qu'une infraction a été commise pour porter une accusation. Cependant, avant qu'une cause puisse être portée devant la justice, les procureurs doivent satisfaire des normes plus élevées quand il s'agit de s'assurer qu'il y a une preuve prima facie et que la poursuite sert par ailleurs l'intérêt public. Toutefois, puisqu'un accusé ne peut pas être déclaré coupable sans preuve hors de tout doute raisonnable – preuve déterminée par le juge ou par un jury composé de pairs – un procureur est fautif s'il évalue un dossier et décide d'intenter des poursuites en se fondant sur ses opinions personnelles au sujet de la culpabilité de l'accusé. Le *Rapport Martin* aborde cette question en ces termes :

[TRADUCTION]

« Comme la preuve hors de tout doute raisonnable relève de normes plus élevées que la perspective raisonnable de condamnation, il pourrait bien subsister un doute sur la culpabilité de l'accusé même si le critère de la perspective raisonnable de condamnation a été rempli. Toutefois, selon le Comité, la présence d'un tel doute ne saurait, en temps normal, justifier que la communauté puisse être privée de son droit de juger de la culpabilité ou de l'innocence d'un accusé quand il y a perspective raisonnable de condamnation et quand la poursuite sert l'intérêt public. »⁴⁴

CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

[48] De plus, le *Rapport Martin* mentionne dans quelle mesure l'évaluation de la moralité devrait influencer la perspective raisonnable de condamnation :

[TRADUCTION]

« Par conséquent, il est préférable que l'évaluation de la conduite et autres caractéristiques des témoins appelés par la poursuite soit laissée aux soins du lieu public que constitue le tribunal, où toutes les erreurs de jugement pourront le mieux être évitées ou corrigées. En définitive, la justice pénale doit être administrée équitablement, ce qui a le plus de chances d'être assuré par le fait d'adopter un critère objectif fondé sur la qualité du dossier présenté par le procureur plutôt que sur les présomptions subjectives du procureur en tant que particulier. Ainsi, l'examen de la crédibilité aux autres dispositions des témoins, entrepris pour les besoins du critère préliminaire, devra être fondé sur des éléments de preuve objectifs, par exemple la preuve irréfutable provenant d'une source indépendante que le témoin ment ou se trompe. Une décision aussi grave que celle de déterminer qui doit être poursuivi ou non ne doit pas être laissée au hasard d'après les personnes assignées à l'affaire. »⁴⁵

[49] En outre, ces dernières années, les procureurs chevronnés sont intervenus de plus en plus souvent dans les décisions d'introduire des poursuites. Ceci survient dans différentes circonstances. Premièrement, en raison des causes de plus en plus complexes et de la crainte d'actions pour poursuites abusives, les jeunes procureurs demandent souvent conseil à leurs aînés avant de décider de poursuivre ou non. Certes, il est souhaitable d'encadrer convenablement les jeunes procureurs, mais souvent la conséquence en est que leur décision n'est pas prise en fonction de leur propre expérience ni de leur jugement, mais plutôt de l'opinion des procureurs chevronnés. Dans un tel contexte, on aurait tort de tenir compte de la croyance « subjective » du jeune procureur au sujet de la culpabilité de l'accusé, puisque celle-ci n'y est pour rien dans la décision de poursuivre ou non. La même question se pose quand des procureurs chevronnés jouent un rôle plus actif dans la supervision de procureurs adjoints et peuvent, dans certains cas, demander que des poursuites soient intentées même si l'adjoint n'est pas du même avis au sujet de la preuve ou préférerait retirer les accusations pour différentes raisons, y compris par crainte de poursuites au civil. C'est là un problème bien réel, particulièrement dans les petites villes.

[50] Il est intéressant de constater qu'à l'heure actuelle, le critère appliqué à la révision judiciaire d'une décision prise par un procureur de *ne pas* poursuivre s'appuie sur des normes plus élevées que le critère employé pour statuer sur la présence d'une intention malveillante chez un procureur ayant décidé de poursuivre⁴⁶. Quand il s'agit d'une requête visant une révision judiciaire de la décision du procureur de ne pas porter d'accusations, le requérant doit établir

CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

qu'il y a eu « conduite répréhensible flagrante » de la part du procureur. Donc, d'une part, on utilise la conduite répréhensible flagrante comme critère préalable à la révision du pouvoir discrétionnaire d'un procureur ayant décidé de *ne pas* poursuivre et, d'autre part, on accepte que la décision d'un procureur ayant poursuivi soit révisée après coup, lorsqu'il y a allégation de poursuite abusive et qu'une action est intentée pour cette raison. Même si la Cour suprême du Canada, dans l'arrêt *Krieger c. Law Society (Alberta)*⁴⁷, a admis que le pouvoir discrétionnaire du poursuivant puisse être révisable dans les cas de conduite répréhensible flagrante, la Cour fédérale a observé que [TRADUCTION] « jusqu'ici, il apparaît qu'il n'y a pas eu d'affaire au sujet de laquelle une Cour, quelle qu'elle soit, ait effectivement annulé soit un refus de consentir aux poursuites, soit une décision d'ordonner un arrêt des procédures quand une poursuite a déjà été engagée⁴⁸. »

[51] Dans l'affaire *R. c. Power*⁴⁹, la Cour suprême du Canada a déclaré qu'un tribunal est tenu de faire montre de la plus grande prudence avant de s'engager dans un processus de révision du pouvoir discrétionnaire de la poursuite, concluant que ce pouvoir ne doit être révisé que dans les cas de conduite répréhensible flagrante ou de poursuite abusive. Ainsi, la Cour a fait remarquer :

« Il ressort clairement de la jurisprudence que les tribunaux ont été extrêmement réticents à intervenir dans le pouvoir discrétionnaire de la poursuite. Ils ont agi ainsi par principe, compte tenu du partage des pouvoirs, de l'efficacité du système de justice criminelle et du fait que le pouvoir discrétionnaire de la poursuite se prête particulièrement mal au contrôle judiciaire. »⁵⁰

[52] La Cour a ensuite donné des explications au sujet du type de preuve qui serait suffisant pour constituer une conduite répréhensible flagrante, concluant qu'il faudrait que cette conduite « choque la conscience de la collectivité et porte préjudice à l'administration régulière de la justice au point qu'[elle] justifie une intervention des tribunaux » ou que cette conduite fasse montre « d'une preuve évidente de motifs illégitimes ou de mauvaise foi »⁵¹. De telles conclusions, qui suffisent à justifier une intervention judiciaire pour obliger un procureur à continuer les poursuites engagées, seront nécessairement extrêmement rares. De la même manière, il est incohérent d'exiger qu'un tribunal dispose de preuves évidentes de conduite répréhensible pour pouvoir mettre en question la décision d'un procureur de *ne pas* poursuivre et, par ailleurs, que ce même tribunal n'ait pas besoin de preuves aussi probantes pour mettre en question la décision du procureur d'*engager* les poursuites.

CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

[53] Le danger est à présent le suivant : devenant soucieux de se garantir des allégations de poursuites abusives fondées sur leur seule croyance en la culpabilité d'un accusé, les procureurs n'aborderont plus les causes d'un œil objectif, mais n'engageront des poursuites que lorsqu'ils seront animés d'une conviction intime que l'accusé a bel et bien commis le crime qui lui est imputé. Il ne fait aucun doute qu'une telle approche est en elle-même incompatible avec le rôle quasi judiciaire reconnu du procureur en tant que représentant de la justice.

[54] On peut soutenir que le critère de la perspective raisonnable de condamnation est plus restrictif que le critère de l'arrêt *Nelles*, lequel comporte les normes moins élevées des « motifs raisonnables et probables », dont la police a besoin pour pouvoir porter des accusations, tout comme le procureur pour intenter les poursuites. Bien que la « perspective raisonnable de condamnation » soit un critère préalable plus difficile à satisfaire en fait de qualité objective des preuves disponibles que le critère de l'arrêt *Nelles*, le fait qu'il ne tienne aucun compte des opinions subjectives au sujet de la culpabilité de l'accusé pose problème. L'écart entre le « motif raisonnable et probable pour engager les poursuites » de l'arrêt *Nelles* (normes à la fois subjectives et objectives) et la « perspective raisonnable de condamnation » (normes purement objectives) ont créé une dangereuse brèche pouvant permettre qu'un procureur, ayant cru de son devoir de continuer les poursuites parce que les preuves laissaient entrevoir une perspective raisonnable de condamnation, soit ensuite cité dans une action pour poursuite abusive si ses croyances personnelles en la culpabilité de l'accusé s'avéraient insuffisantes. Le quatrième élément défini dans l'arrêt *Nelles* (la présence nécessaire d'une intention malveillante) était destiné à éviter cette possibilité, mais la jurisprudence après *Nelles* a, de manière croissante, fusionné les troisième et quatrième éléments, affaiblissant ainsi cette mesure de protection ménagée par la Cour suprême.

Quatrième critère : il y a eu intention malveillante ou un objectif principal autre que celui de l'application de la loi

[55] Dans l'arrêt *Nelles*, le juge Lamer a explicitement avancé que, pour alléguer une poursuite abusive, il fallait établir non seulement l'absence de motif raisonnable et probable, mais aussi un quatrième élément, soit une preuve précise d'intention malveillante :

CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

« Pour avoir gain de cause dans une action pour poursuites abusives intentée contre le procureur général ou un procureur de la Couronne, le demandeur doit prouver à la fois l'absence de motif raisonnable et probable pour engager les poursuites et la malveillance prenant la forme d'un exercice délibéré et illégitime des pouvoirs de procureur général ou de procureur de la Couronne, et donc incompatible avec sa qualité de "représentant de la justice". À mon avis, ce fardeau incombant au demandeur revient à exiger que le procureur général ou le procureur de la Couronne ait commis une fraude dans le processus de justice criminelle et que, dans la perpétration de cette fraude, il ait abusé de ses pouvoirs et perverti le processus de justice criminelle. En fait, il semble que, dans certains cas, cela équivaille à une conduite criminelle. »⁵²

[56] C'est le caractère distinct de ce quatrième élément qui évite aux procureurs de se trouver exposés à des poursuites quand ils ont pris des décisions en toute bonne foi, mais se sont fondés sur un jugement erroné ou ont fait preuve d'un manque d'expérience. Cet élément vise aussi à les protéger lorsqu'ils ont, conformément à ce qu'on leur a enseigné, engagé des poursuites parce qu'il y avait « perspective raisonnable de condamnation ». Malheureusement, après l'arrêt *Nelles*, les tribunaux se sont montrés de plus en plus enclins à fusionner les troisième et quatrième éléments, ayant pour conséquence que cette mesure de protection, si importante aux yeux de la Cour suprême, a été pratiquement éliminée dans l'arrêt *Miazga* (ci-dessous) rendu par la Cour d'appel de la Saskatchewan.

[57] Comment les tribunaux en sont-ils venus aux normes spécifiées par l'arrêt *Miazga*? La Cour suprême du Canada n'est pas à blâmer. Depuis l'arrêt *Nelles*, la Cour n'a été appelée qu'une seule fois à se prononcer à nouveau sur le délit civil de poursuite abusive, et ce, dans l'affaire *Proulx c. Québec (procureur général)*⁵³. Dans l'affaire *Proulx*, le procureur avait d'abord conclu, en 1985, qu'il ne disposait pas des preuves suffisantes pour engager la poursuite contre Proulx, mais a rouvert le dossier au début des années 1990 après qu'un témoin fut venu lui apporter de nouveaux éléments de preuve en identifiant Proulx comme un individu qu'il avait aperçu près de la scène du crime. De toute évidence, le procureur savait que cette nouvelle preuve, fondée sur un témoignage, avait ses faiblesses. Ce même procureur a fait appel à l'enquêteur de police Tardif pour faire la lumière sur cette preuve contre Proulx. Le procureur savait pertinemment que l'enquêteur de police Tardif était mêlé à une affaire civile de diffamation, intentée contre lui par Proulx, et qui pouvait être perçue comme propre à obscurcir le jugement de ce policier. Nonobstant ces circonstances qu'il connaissait, le procureur a permis à Tardif de rassembler des preuves qui serviraient contre Proulx dans une procédure criminelle. La Cour en a conclu qu'il y

CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

avait eu intention malveillante, du fait que le procureur, étant conscient du conflit d'intérêts qu'il y avait en raison des démêlées que le détective Tardif avait précédemment eus avec Proulx, avait quand même permis au détective de prendre part à la poursuite, permettant ainsi que le processus judiciaire de poursuite soit utilisé par le détective comme un moyen pour recueillir des preuves qu'il pourrait ensuite utiliser dans l'affaire civile à laquelle il se trouvait mêlé. Conforme à l'arrêt *Nelles*, l'arrêt *Proulx* a expressément confirmé que la preuve des liens entre le procureur, Proulx et Tardif, était, selon la Cour, une preuve précise d'intention malveillante, qui était une conduite *plus répréhensible* qu'une simple – ou grossière – négligence. Les juges Iacobucci et Binnie ont réaffirmé qu'« une action pour poursuites abusives doit reposer sur plus que l'insouciance ou la négligence grave »⁵⁴. La Cour a aussi conclu que dans son plaidoyer au jury, le procureur avait délibérément manipulé un commentaire spéculatif formulé par le demandeur pour le tourner en un supposé aveu de culpabilité. La Cour a donc appuyé la conclusion sur une intention malveillante.

[58] Il est important de souligner qu'il n'y a rien dans les motifs des juges de l'arrêt *Proulx* qui laisse entendre qu'on puisse déduire une intention malveillante d'une simple *absence* de motif probable et raisonnable. Néanmoins, l'arrêt *Oniel c. Toronto*⁵⁵, rendu par la Cour d'appel de l'Ontario, a ouvert la porte à d'autres jugements concluant qu'une intention malveillante peut être déduite d'une absence de motif raisonnable et probable pour intenter les poursuites. Bien que l'affaire *Oniel* ait été jugée avant l'affaire *Proulx*, la Cour suprême du Canada n'y a pas fait référence, peut-être parce que l'affaire *Oniel* était fondée sur une allégation de poursuite malveillante contre des policiers et non contre des procureurs.

[59] Dans l'Affaire *Oniel*, le demandeur a été interrogé par plusieurs policiers, après que ceux-ci eurent reçu une plainte d'un particulier selon lequel le demandeur l'avait agressé avant de lui voler sa montre. La police a mené l'enquête et inculpé Oniel. Celui-ci a fait appel à un avocat qui, à son tour, a affirmé à la police que son client avait mal été identifié et leur a demandé d'entrer en contact avec deux témoins qui pourraient confirmer les dires de l'accusé. La police ne l'a pas fait et l'accusé a été acquitté à l'issue du procès. Oniel a ensuite intenté une action contre les enquêteurs. Il n'a pas poursuivi le procureur. La Cour d'appel a conclu que les policiers avaient intenté des poursuites sans motif contre le demandeur, surtout à cause du fait qu'ils avaient

CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

négligé de vérifier l'alibi de l'accusé bien qu'on leur ait expressément demandé de le faire. D'après la façon dont la cour a considéré l'élément de malveillance du critère de poursuite abusive, elle a conclu qu'il avait été malveillant de la part des policiers de continuer la poursuite après avoir ignoré, par insouciance ou délibérément, l'alibi du demandeur qui prouvait le caractère peu fiable de la preuve avancée par le demandeur. La Cour a établi qu'il était possible de prouver l'intention malveillante soit en considérant la malveillance du motif ayant guidé les policiers, soit en prouvant qu'ils avaient fait preuve d'insouciance dans leur enquête⁵⁶. Le juge Borins a statué que, en plus des moyens traditionnels par lesquels l'intention malveillante peut être prouvée, cette dernière peut être déduite de la conduite des policiers, qui ont fait preuve d'insouciance à l'égard de la vérité, de la culpabilité ou de l'innocence de l'accusé, et qu'en outre, qu'il était possible de déduire l'intention malveillante du fait qu'ils ont engagé une procédure malgré l'absence d'un motif raisonnable et probable pour le faire⁵⁷.

[60] En concluant qu'une preuve d'insouciance, tout comme une absence de motif raisonnable et probable, constitue une preuve d'intention malveillante, l'arrêt *Oniel* vient directement contredire l'arrêt *Nelles*, dans lequel la Cour suprême du Canada a conclu qu'une preuve d'insouciance ne suffit pas à elle seule à vérifier la présence d'une intention malveillante. Il est évident que si l'affaire *Oniel* établit un critère moindre pour la preuve d'une intention malveillante, c'est parce qu'à la différence de l'affaire *Nelles* (et de l'affaire *Proulx* par la suite) la poursuite visait des policiers plutôt que des procureurs. Le juge Borins a accepté les critères de l'arrêt *Nelles*, mais avec les réserves suivantes :

[TRADUCTION]

« L'explication de l'intention malveillante que donne le juge Lamer dans l'arrêt *Nelles* [...] constitue un point de départ utile pour considérer la définition acceptée par les autorités d'une intention malveillante [...]. Il est utile de répéter ce que le juge Lamer avait à dire au sujet de ce délit civil aux p. 192-93, en omettant, toutefois, ce qu'il avance à propos de ce qu'un demandeur doit établir comme preuve relativement à une intention malveillante quand le défendeur est un procureur général ou un procureur [...]. »⁵⁸

[61] L'arrêt *Oniel* a reconnu qu'il faut un critère distinct pour établir une intention malveillante à cause du rôle que jouent les policiers dans l'enquête et la poursuite des crimes. Le juge Borins a admis que ce sont les policiers qui ont la formation et l'expérience nécessaires pour enquêter sur les crimes allégués et le pouvoir nécessaire pour mener l'enquête adéquatement et apprécier la preuve de façon éclairée. Il a fait remarquer que, bien que ce soit les procureurs qui prennent la

CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

décision ultime d'engager les poursuites ou non, ceux-ci comptent sur la police pour mener une enquête rigoureuse et pour fournir des résultats précis et exhaustifs. Ceci reflète les rôles différents joués par la police et par les procureurs, et sous-tend le fait qu'à de tels rôles différents conviennent des manières différentes d'aborder la question de savoir quand les procureurs ou les policiers doivent être tenus responsables de poursuite abusive⁵⁹.

[62] L'affaire *Dix c. Canada (procureur général)*⁶⁰ a été l'une des premières affaires où l'on a fait appel aussi bien à l'arrêt *Oniel* qu'à l'arrêt *Proulx*. Dans cette affaire, un procureur a été tenu responsable de poursuite abusive. En examinant le facteur d'intention malveillante, la Cour du banc de la Reine de l'Alberta a écrit :

[TRADUCTION]

« a) les faits fournissent suffisamment d'indices d'intention malveillante pour prouver séparément cet élément du critère; par exemple, les violations intentionnelles de la *Charte* et le fait de donner des informations trompeuses à la Cour dans le cadre d'une demande de mise en liberté sous caution sans exiger le recours au critère de l'absence de motif raisonnable et probable ni à aucune des inférences sur la présence d'une intention malveillante pouvant survenir par la suite;

b) même si les faits ne donnaient pas assez d'indices d'intention malveillante pour vérifier le quatrième élément, indépendamment de l'absence de motif raisonnable et probable, plusieurs des facteurs qui contribuent à une absence de motif raisonnable et probable (par exemple, la recherche de preuves tout à fait inadmissibles, et le fait de baser une poursuite sur celles-ci) peuvent être considérés comme des facteurs contribuant à prouver la présence d'une intention malveillante et, une fois ajoutés aux autres indices d'intention malveillante qui n'ont pas encore été comptés parmi les indices relatifs à l'absence d'un motif probable et raisonnable, ces facteurs, tout bien considéré, suffisent à prouver l'intention malveillante conformément au quatrième élément du critère;

c) même s'il n'y avait pas assez d'indices pour prouver la présence d'une intention malveillante, d'après les faits décrits plus haut, au paragraphe « a) », ou même si en les ajoutant à tout ce qui peut être déduit à cet égard, les faits ne fournissaient pas assez d'indices d'intention malveillante fondés sur certains autres facteurs relatifs à l'absence de motif raisonnable et probable (tel que spécifié au par. « b) » ci-dessus), le fait d'avoir intenté une poursuite malgré la preuve que le demandeur était probablement innocent autorise, conformément à l'arrêt *Oneil*, à déduire la présence d'une intention malveillante.

Bref, la conduite de la police et des poursuivants en l'espèce établit non seulement la preuve d'un motif illégitime qui se distingue de l'absence d'un motif probable et raisonnable, mais établit aussi qu'en l'absence d'un motif raisonnable et probable, plusieurs des facteurs expliquant cette absence de motif contribuent à prouver la présence d'une intention malveillante et, additionnés à d'autres facteurs, ils suffisent à prouver l'intention malveillante. Outre ces deux premières preuves, le seul fait d'avoir intenté des

CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

poursuites contre le demandeur malgré la preuve qu'il était probablement innocent autorise à conclure à une intention malveillante. Enfin, bien que ces trois preuves alternatives se chevauchent quelque peu dans leurs fondements factuels et hypothético-déductifs en ce qui concerne la preuve d'une intention malveillante, le fait est que je conclus que le demandeur a néanmoins prouvé, distinctement par chacune de ces trois possibilités, qu'il y a bien eu intention malveillante. Sur le plan juridique, les défendeurs sont tout simplement empreints d'intention malveillante. »⁶¹

[63] Ainsi, la Cour a conclu que l'absence de motif raisonnable et probable pouvait indiquer la présence d'une intention malveillante, bien qu'elle ait aussi prudemment affirmé que s'il y avait lieu de conclure à une intention malveillante, c'était bien parce que certains éléments précis (en l'espèce, une preuve évidente d'innocence) montraient que la poursuite était dénuée de motif raisonnable et probable. Cette conclusion semble passablement différente de l'affirmation qu'une absence de motif raisonnable et probable prouve nécessairement la présence d'une intention malveillante.

[64] Cette conclusion peut être mise en contraste avec l'arrêt *Mazumder c. Ontario*⁶², dans lequel Sa Majesté la Reine du chef de l'Ontario et quatre procureurs ont adressé une motion en vue d'obtenir un rejet sommaire de l'action intentée par Mazumder pour poursuite abusive, au motif qu'il n'y avait pas vraiment matière à procès et que l'instance constituait un abus de procédure. Mazumder réclamait des dommages-intérêts pour avoir été arrêté et reconnu coupable à tort de harcèlement téléphonique et de menaces à l'endroit de son ex-femme, à son travail. Reconnu coupable en première instance, Mazumder a cependant été acquitté en appel à la lumière de nouvelles preuves troublantes, qui démontraient que l'accusé était incarcéré au moment où certains des prétendus appels téléphoniques auraient été effectués. La motion des procureurs a été reçue en partie : les accusations contre deux des procureurs ont été retirées puisque ceux-ci n'avaient participé à l'affaire qu'aux tout premiers stades et d'une manière indirecte. Par contre, la Cour a statué que certaines questions touchant les deux autres défendeurs constituaient une réelle matière à procès. Bien que le juge Borins ait été prudent en indiquant qu'il y avait une différence non négligeable entre le critère de recevabilité d'une plainte pour poursuite abusive contre la police et le critère de recevabilité d'une telle poursuite contre un procureur, le juge Rouleau (tel était alors son titre), en décidant de rejeter la motion pour jugement sommaire des deux autres défendeurs, a adopté le point de vue suivant, qui est celui que le juge Borins expose

CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

au par. 49 de l'arrêt *Oneil* et qui applique le même critère à la poursuite engagée par un procureur qu'à celle intentée par la police :

[TRADUCTION]

« Bien qu'il soit possible que le poursuivant ait un motif raisonnable et probable pour introduire la poursuite, si le poursuivant obtient une information tendant à prouver que l'accusé n'a probablement pas commis l'infraction ou que, par insouciance, il ignore des avis lui indiquant qu'une telle information pourrait être obtenue par une enquête de routine, alors le poursuivant n'a plus de motif raisonnable et probable de continuer la poursuite et l'on peut déduire qu'il y a intention malveillante. »

Ainsi, le critère de la preuve d'une intention malveillante dans une action pour poursuite abusive intentée contre un procureur peut être rempli de deux façons : en déterminant quel est son motif précis ou en montrant que le seul moyen d'expliquer les motifs de la poursuite est de conclure à une intention malveillante, même si le motif illégitime précis est inconnu⁶³.

[65] Quoique dans l'arrêt *Oneil* le juge Borins se soit montré prudent en indiquant que le quatrième élément de l'arrêt *Nelles* n'était applicable qu'aux procureurs, il n'en reste pas moins que dans l'arrêt *Mazumder*, la Cour a statué que la manière d'aborder la preuve d'une intention malveillante préconisée par l'arrêt *Oneil* s'appliquait tout aussi bien aux procureurs. Malheureusement, rien n'indique que la Cour ait porté attention aux différences intrinsèques entre la fonction du procureur et celle du policier, ni aux normes différentes auxquelles ces différentes parties prenantes du système de justice doivent se conformer quand vient le temps d'apprécier la preuve et de décider s'il y a matière ou non à intenter les poursuites.

[66] Dans l'arrêt *Scott c. Ontario*⁶⁴, la cour a conclu qu'un renvoi au procès à la suite d'une enquête préliminaire excluait d'office toute possibilité de conclure à une intention malveillante en se fondant sur une absence de motif raisonnable. Bien que ce jugement semble marquer un progrès, l'arrêt *Scott* a été suivi de l'affaire *Coulter c. Commission de services policiers de la communauté urbaine de Toronto et al.*⁶⁵ dans laquelle la Cour a conclu qu'il doit nécessairement y avoir un motif raisonnable et probable à *chaque* étape de la poursuite, étant donné que les preuves et les autres circonstances peuvent varier. C'est donc dire qu'une poursuite justifiée à l'origine peut ensuite faire l'objet d'une action pour poursuite abusive.

CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

[67] Les problèmes engendrés par la continuelle déflation des quatre éléments de l'arrêt *Nelles* ont récemment éclaté au grand jour dans l'arrêt *Miazga*, rendu par la Cour du banc de la Reine de la Saskatchewan qui, en fin de compte, a conclu que le point de vue subjectif d'un procureur au sujet de la culpabilité ou de l'innocence de l'accusé avait directement influé sur la présence d'un motif raisonnable et probable et que, par suite logique, il était susceptible de prouver l'intention malveillante. La majorité de la Cour a rejeté l'appel du procureur, un dénommé Miazga, qui avait affirmé que le juge de première instance avait commis une erreur en concluant qu'il n'avait pas eu de motif raisonnable et probable pour inculper les intimés et que sa poursuite était empreinte d'intention malveillante. Ce juge avait conclu que Miazga n'entretenait aucune croyance subjective et honnête en la culpabilité de l'accusé et que, d'un point de vue objectif, il n'y avait pas de motif raisonnable et probable pour le poursuivre. Il s'ensuit qu'une intention malveillante devait nécessairement être le motif premier de la poursuite. La majorité de la Cour d'appel s'est basée sur l'arrêt *Proulx* en invoquant la proposition qui recommande d'examiner toutes les circonstances quand il s'agit de se prononcer sur la présence d'une intention malveillante. Le juge de première instance avait attribué une intention malveillante à Miazga en raison de divers agissements, dont une enquête inadéquate sur les faits. Cependant, pour sa part, la Cour d'appel a conclu qu'il s'agissait d'une erreur en droit – car c'est à la police et non au procureur qu'il incombait d'enquêter au sujet de l'accusé. Et en regard des autres actes posés par Miazga (par exemple, le fait d'avoir négligé d'interroger certains témoins avant la mise en accusation, le fait d'avoir donné des conseils à la police avant l'inculpation, ou encore le fait de ne pas avoir présenté des excuses à l'accusé), la Cour d'appel a conclu que le juge de première instance n'avait pas compris le rôle du procureur, pas plus qu'il n'avait su faire la différence entre une intention malveillante et des erreurs de jugement ou de la négligence, deux fautes n'étant ni l'une ni l'autre passibles de poursuites.

[68] Ainsi, le jugement rendu par la majorité se fonde entièrement sur l'absence de motif raisonnable et probable pour prouver la présence d'une intention malveillante. Le juge de première instance avait, comme conclusion de fait, établi que Miazga n'avait aucune croyance honnête que les intimés étaient coupables des infractions dont ils étaient accusés. La majorité a statué que cette conclusion du juge de première instance ne pouvait pas être réfutée en l'absence d'une erreur appréciable et prépondérante, erreur qu'ils n'ont pas trouvée. Ils ont donc conclu

CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

qu'il était raisonnable pour le juge de première instance d'avoir trouvé que les témoignages ayant poussé le procureur à introduire la poursuite étaient si peu crédibles que Miazga ne pouvait pas avoir été animé d'une croyance honnête en la culpabilité des intimés et que, par conséquent, il n'avait aucun motif raisonnable et probable pour justifier la poursuite. Il importe de faire remarquer que ce sont des enfants qui ont déposé les « témoignages » en question et que Miazga a lui-même reconnu que certains des témoignages de ces enfants lui avaient paru impossibles à croire (mais il demeurait convaincu que dans l'ensemble, leurs plaintes étaient fondées). Le *Rapport Martin* fait remarquer que par nature, la valeur des témoignages d'enfants est nécessairement difficile à évaluer et que dans ce genre de situation [TRADUCTION] « il pourrait être impossible de déterminer si une déclaration de culpabilité est probable ou non. »⁶⁶ Aux yeux de la majorité, néanmoins, le fait de ne pas avoir cru subjectivement à certains des témoignages démontrait une absence de motif raisonnable et probable, ce qui revenait à prouver l'intention malveillante. Par conséquent, les éléments de l'arrêt *Nelles* touchant la poursuite abusive ayant été considérés comme établis, l'appel de Miazga a été rejeté.

[69] En faisant d'une absence de motif probable et raisonnable une preuve d'intention malveillante, la majorité a fusionné les troisième et quatrième facteurs du critère *Nelles* : le troisième élément est un critère objectif tandis que le quatrième est subjectif. Ces deux critères doivent être remplis pour qu'une action pour poursuite abusive soit recevable. Toutefois, dans l'arrêt *Miazga*, aucune preuve ne permettait de conclure que Miazga avait intenté la poursuite par malveillance. C'est-à-dire que rien ne prouvait que son motif principal fût autre que de celui de l'application de la loi et que rien non plus ne prouvait que le procureur avait tiré avantage de sa fonction pour servir un dessein illégitime.

[70] Ainsi, l'arrêt *Miazga* rend inopérante la mesure de protection que le juge Lamer avait mise en place dans l'arrêt *Nelles* afin de prévenir une avalanche de poursuites injustifiées contre des procureurs. Si jamais d'autres tribunaux se rangent derrière l'arrêt *Miazga*, les procureurs pourront alors s'attendre à se trouver de plus en plus exposés à des poursuites frivoles, même quand ils intentent des poursuites contre des particuliers en se fondant sur une conviction personnelle que, à la lumière des preuves, il y a une perspective raisonnable de condamnation. En outre, les procureurs risqueront d'être accusés de poursuite abusive même quand ils n'auront été

CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

que coupables de négligence professionnelle. Bien qu'une telle négligence constitue en effet une faute sérieuse, il est possible de se plaindre de la négligence d'un avocat auprès des différentes associations du Barreau et des ordres professionnels. Quant à la définition du délit civil de poursuite abusive, elle devrait être restreinte à ce que son nom même suggère, soit une intention malveillante animant un procureur qui engage une poursuite contre un particulier innocent.

[71] Dans l'arrêt *Coulter*, la procureure a présenté une motion en vue d'obtenir un jugement sommaire, appuyée par un affidavit qui attestait qu'elle avait agi en toute bonne foi en introduisant la poursuite, et exposait les raisons ayant motivé la poursuite. En réponse, l'affidavit du demandeur se bornait à indiquer qu'il était persuadé que la procureure avait été animée d'une intention malveillante, sans donner plus de précisions. Et cela a quand même suffi au juge des requêtes pour statuer qu'il y avait bel et bien matière à procès pour poursuite abusive. De cet arrêt, il convient de tirer la conclusion qu'il devient beaucoup trop difficile aux procureurs de faire annuler une action pour poursuite abusive avant qu'il y ait procès.

[72] Par conséquent, il est allégué que la récente jurisprudence a faussé le délicat équilibre recherché par le juge Lamer dans l'arrêt *Nelles* entre, d'une part, la nécessité de protéger la collectivité contre l'intention expressément malveillante d'un procureur dans l'exercice de ses fonctions et, d'autre part, la nécessité d'assurer au procureur un degré de liberté suffisant pour se concentrer sur la lourde tâche consistant à déterminer s'il y a une perspective raisonnable de condamnation et si la poursuite sert l'intérêt public, et ce, à toutes les étapes du processus de justice criminelle, de la mise en accusation au jugement.

[73] L'arrêt *Ferri* indique que la Cour est prête à remettre en cause le pouvoir discrétionnaire du procureur, non seulement pour déterminer si la Couronne avait un motif raisonnable et probable de croire en la culpabilité de l'accusé, mais aussi quant à la faculté de déterminer la façon de mener la poursuite pour servir l'intérêt public. L'arrêt *Miazga* laisse entendre qu'il est possible de déduire l'intention malveillante d'un procureur d'après l'avis d'un juge de révision qu'il y avait absence de motif raisonnable et probable. Au contraire, quoique l'absence de motif raisonnable et probable puisse bien cadrer avec une conduite malveillante, elle pourrait aussi être liée à l'inexpérience ou à des problèmes inhérents au système, tel qu'un manque de ressources

CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

fiables empêchant le procureur d'effectuer un examen suffisamment exhaustif de l'affaire. L'absence de motif peut aussi être en lien avec la négligence, délit civil par rapport auquel les procureurs sont censés jouir de l'immunité. Enfin, cette absence pourrait tout simplement refléter le fait que le procureur n'a pas interprété les faits de la même manière que le juge. En effet, l'arrêt *Miazga* illustre bien que le point de vue personnel du procureur au sujet de la culpabilité de l'accusé peut peser lourd dans la balance quand vient le temps de déterminer si un motif raisonnable et probable justifiait la poursuite. Ceci entraîne un risque particulier si les juges abordent l'analyse par le biais de leur interprétation subjective des faits au lieu de fonder l'analyse sur la question qui consiste à déterminer, en se basant sur les faits, si le procureur a exercé son pouvoir discrétionnaire de manière abusive. S'il devient possible d'accuser un procureur du délit de poursuite abusive sans établir la preuve distincte d'une intention malveillante, alors les procureurs ne pourront plus se reposer sur la certitude que tant qu'ils prendront les décisions liées à l'exercice de leurs fonctions en toute bonne foi, ils n'auront pas à s'inquiéter d'éventuelles actions pour poursuites abusives. Voilà un changement radical dans la façon de traiter le délit de poursuite abusive. D'élément essentiel, la preuve de l'intention malveillante se trouve réduite à élément important dans l'équation propre à la poursuite abusive et, de plus, la différence entre la négligence involontaire et l'intention consciente de nuire n'est pas prise en considération. L'équilibre des politiques du critère *Nelles* est à présent faussé et les procureurs n'ont plus aucune certitude au sujet du bon exercice de leur pouvoir discrétionnaire.

[74] De plus, la tangente suivie par la jurisprudence après l'arrêt *Nelles* menace de saper les bases du rôle important et quasi judiciaire que jouent les procureurs en tant que « représentants de la justice ». Le risque est grand de voir bientôt un véritable « effet paralysant » agir sur les procureurs, qui préféreront s'abstenir d'intenter des poursuites quand l'affaire est trop complexe afin de se prémunir contre d'éventuelles actions frivoles pour poursuites abusives. Dans le but d'empêcher une telle déchéance de l'administration de la justice et de protéger les procureurs des affres de telles actions frivoles, nous proposons de porter une attention sérieuse à la mise en place de solutions qui puissent restaurer la raison de principe établie dans l'arrêt *Nelles*. Ces solutions pourraient être de nature législative ou autre, avec les avantages et les inconvénients inhérents.

CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

[75] Il convient de prendre note que le procureur général de l'Ontario a adressé une requête pour porter l'affaire *Ferri* en appel⁶⁷ devant la Cour suprême et bien que l'arrêt *Miazga* n'ait pas encore fait l'objet d'une requête en appel, le délai pour le faire n'est pas encore écoulé (au moment où nous écrivons ces lignes).

Possibilité de poursuites contre des procureurs pour d'autres délits civils

[76] Il semble que les tribunaux se sont éloignés des critères de l'arrêt *Nelles* et ont considéré recevables des actions intentées contre des procureurs pour intention malveillante, pour abus de pouvoir ou faute dans l'exercice d'une charge publique ou pour d'autres délits civils de cet ordre. À ce chapitre, le plus important fait nouveau est l'arrêt *Folland c. Ontario*⁶⁸, dans lequel la Cour d'appel a conclu que la jurisprudence n'était pas tout à fait fixée quant à savoir s'il est nécessaire de toujours vérifier les quatre éléments relatifs au délit de poursuite abusive dans chaque action civile intentée contre un poursuivant. La Cour a également affirmé qu'il n'était pas clairement établi non plus, en admettant que les quatre éléments aient été démontrés, que *Folland* serait réduit à présenter son action comme une instance pour poursuite abusive et non pas pour complot, abus de procédure ou pour préjudice causé intentionnellement. Fait inquiétant, la Cour a conclu que l'inconduite d'un poursuivant avait une définition large ne se limitant pas à la seule poursuite abusive. Pour appuyer sa requête en appel adressée à la Cour suprême du Canada, le procureur a fourni une preuve par affidavit, provenant du procureur général, au sujet des retombées de la décision de la Cour d'appel sur les procureurs. La requête en appel n'en a pas moins été rejetée.

[77] Le point de vue de l'arrêt *Folland* a été adopté dans l'ensemble dans l'arrêt *McNutt c. Canada (procureur général)*⁶⁹ où la Cour a conclu que l'inconduite d'un poursuivant pouvait prendre la forme d'un abus de procédure, d'un complot en vue de nuire ou d'un préjudice causé intentionnellement. Le juge Wilson (qui a été chargé d'examiner la requête initiale visant à faire rejeter l'action du demandeur) a affirmé qu'un « abus de procédure » est un terme générique qui comprend les délits civils de complot, manquement intentionnel à l'obligation d'informer, manquement aux obligations découlant d'une intention malveillante et abus du pouvoir conféré par la loi.

CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

[78] Récemment, dans l'arrêt *Driskell c. Dangerfield*⁷⁰, la Cour du banc de la Reine du Manitoba a refusé de rejeter une action pour négligence intentée contre un procureur qui avait omis de révéler des preuves dans une affaire où le demandeur avait été reconnu coupable de meurtre. La Cour a conclu que l'obligation d'informer n'était pas couverte par l'immunité du poursuivant et que la loi était incertaine au sujet de la possibilité d'accuser un poursuivant de négligence.

[79] Ces dernières années, avant et après l'arrêt *Folland*, l'éventail des actions s'est élargi de manière non négligeable pour inclure les délits civils suivants : action fautive dans l'exercice d'une charge publique, manquement au devoir fiduciaire, complot et ingérence illicite dans des relations économiques. La liste grandissante des délits civils donne à penser que la menace qui pèse sur la Couronne ne diminue pas, mais gagne en importance. Et il est à croire que cet état de choses ne fera qu'accroître l'incertitude des procureurs quant aux paramètres de recevabilité des actions qui pourront être intentées contre eux à l'avenir.

Solutions possibles

Solution non législative : utilisation de la « gestion des causes » comme outil pour réduire le stress des procureurs cités dans une affaire de poursuite abusive

[80] Il existe différentes solutions pour remédier à la situation difficile dans laquelle se trouvent à présent les procureurs. Les différents ministères du procureur général allégeraient peut-être l'anxiété collective des procureurs sur l'ensemble du Canada s'ils mettaient en place un protocole de gestion intensive des causes et de service à la clientèle, qui serait appliqué à toutes les actions intentées contre les procureurs. Ce protocole pourrait être mis au point en consultant les procureurs, de manière à mieux coller à leurs besoins actuels d'être informés et de communiquer, et aussi – c'est là l'essentiel – afin de résoudre les problèmes rapidement. Dans la plupart des cas, il n'y a que fort peu d'avantages à laisser les dossiers traîner en longueur. Par conséquent, le protocole pourrait comporter un traitement énergique des dossiers qui serait rendu possible par des mesures appliquées en temps opportun; des mesures comportant, entre autres, des motions rapides en vue d'obtenir un jugement sommaire ou des motions visant à faire annuler les actions dénuées de motif raisonnable, dans les cas opportuns.

CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

[81] En outre, ces mesures pourraient comporter des efforts continus de rapprochement destinés à s'assurer que les procureurs se sentent appuyés et soient informés par leur ministère. Par exemple, il faudrait prévoir du temps lors des conférences annuelles destinées aux procureurs, pour les mettre au courant de la situation actuelle des questions de droit et des tendances à ce chapitre.

[82] En outre, il faudrait établir un lien sur le site Intranet du ministère pour fournir aux procureurs des renseignements au sujet du protocole, des questions de droit et des tendances touchant le délit de poursuite abusive et les autres délits civils connexes. De cette façon, les procureurs se sentiraient mieux servis. Par ailleurs, cette façon de faire adressera un message clair aux éventuels demandeurs d'actions frivoles quant au traitement énergique et résolu que le ministère réserve à de telles actions, ainsi qu'au risque d'une condamnation personnelle aux dépens.

[83] Toutefois, de mieux servir les procureurs ne changera pas le fait que les procureurs sont plus exposés qu'avant aux poursuites à la suite des arrêts *Ferri*, *Miazga*, *Dix*, *Klassen*, *Coulter* et *Folland*.

Solutions législatives :

i. Exiger des demandeurs de citer le procureur général comme défendeur plutôt que le procureur personnellement

[84] Le fait d'imputer au seul procureur général la responsabilité des délits commis par les procureurs fournirait une protection personnelle aux procureurs contre les poursuites frivoles : depuis l'arrêt *Nelles*, le nombre de poursuites abusives en Ontario a augmenté radicalement, sans que soit rendu un seul verdict de responsabilité. Ceux qui sont nommés pour retenir les services d'un avocat privé subissent souvent d'énormes pressions en raison de la gravité de l'accusation et de la crainte que les intérêts personnels du procureur et ceux du ministère puissent diverger. Même en l'absence d'un verdict de responsabilité, la simple accusation de poursuite abusive peut être démoralisante tant pour la personne mentionnée que pour les procureurs en général et être perçue comme un empêchement à une nomination judiciaire. Le fait de rendre le procureur

CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

général seul responsable relèverait le moral des procureurs et réduirait les risques qu'ils ressentent lorsqu'ils sont personnellement désignés comme défendeurs. Dans la hiérarchie du réseau des procureurs de la couronne, les supérieurs peuvent souvent autoriser la poursuite d'un cas en particulier qui sera en réalité poursuivi par un jeune procureur, même si celui-ci est indécis. Si le jeune procureur est ensuite la cible d'une action pour poursuite abusive, le fait de rendre le procureur général partie défenderesse et seul responsable réduirait la tension engendrée par cette situation. De la même façon, lorsque de nombreux procureurs sont responsables d'un dossier à différents égards, il est normal que différents points de vue se manifestent. Si l'entière responsabilité en incombait au seul procureur général, tout conflit, réel ou présumé, serait éliminé entre ces procureurs.

[85] Il y a, bien entendu, des inconvénients associés à une réforme législative qui rendent le procureur général seul responsable des délits de chaque procureur. En éliminant la responsabilité personnelle des procureurs, il pourrait être plus facile pour un tribunal de conclure à la responsabilité d'un défendeur « collectif ». Cette approche procurerait également aux procureurs une immunité contre les actions en poursuite abusive, réduisant ainsi à néant certaines des craintes soulevées par le tribunal dans *Nelles*, où l'on a conclu qu'une telle immunité serait contraire à la politique officielle. On peut toutefois soutenir que les mécanismes de responsabilité fournis par les Barreaux comme garants d'une bonne conduite professionnelle, et par les formes de discipline propres au cadre des relations employeurs/employés, suffisent à régir chaque procureur, même si le procureur général est désigné comme seul défendeur.

[86] Même si l'on retire le nom d'un procureur de l'intitulé à l'instance, la charge de travail créée par les actions frivoles en poursuite abusive ne sera pas substantiellement réduite. Dans toute action donnée, le procureur dont les actes sont mis en cause devra encore participer à la défense de ces actions et toute conclusion en responsabilité restera centrée sur sa conduite. Le fait de créer une responsabilité unique pour le procureur général aurait aussi pour effet de retirer l'immunité des procureurs quant à ces actes, et il faudrait procéder aux amendements en conséquence aux lois provinciales et territoriales en ce qui touche les procédures contre la Couronne afin de situer le procureur général dans une position correspondant à celle de Sa Majesté la Reine. De plus, il faudrait instaurer des règles spéciales pour désigner qui pourrait être

CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

interrogé au préalable et comment fournir des affidavits de documents si le procureur général est le défendeur désigné.

[87] Encore une fois, le fait de rendre le procureur général seul responsable des actions pour poursuite abusive contre ses représentants ne résout pas le risque accru que le procureur général assumerait alors à la place des procureurs individuels, dans la foulée de la jurisprudence évoquée aux présentes.

ii. Une consécration législative du critère Nelles

[88] La fusion des troisième et quatrième critères *Nelles* va à l'encontre du principe même dégagé par cet arrêt, soit que le seuil soit très élevé pour toute action en poursuite abusive. Dans les cas où il y a simplement absence de motifs raisonnables et probables, mais aucune *intention malveillante*, le procureur peut bien entendu avoir été négligent. Cependant, la négligence professionnelle ne constitue pas un délit susceptible de poursuite contre un procureur. Bien que la preuve de l'absence d'un motif raisonnable et probable de poursuivre peut être compatible avec l'existence d'un motif illégitime, il ne peut *en soi* être le seul indicateur d'intention malveillante, sauf dans certains cas extrêmes où il n'y a tout simplement aucune preuve justifiant la poursuite. Cependant, en général, la fusion du troisième et du quatrième facteur transforme essentiellement la négligence du procureur en un délit ouvrant droit à action pour poursuite abusive. Cet abaissement du seuil menace de favoriser la multiplication des poursuites frivoles et d'aller à l'encontre du motif d'ordre public énoncé dans *Nelles*.

[89] Par contre, le fait de consacrer *Nelles* rendrait plus claires les exigences propres à chaque facteur. Par exemple, pour donner l'effet approprié au quatrième facteur *Nelles* (l'intention malveillante ou le but illégitime) il faudrait d'abord exiger que le demandeur indique le but illégitime allégué chez le procureur, et ensuite qu'il indique la preuve précise – autre que l'absence de motifs raisonnables et probables – qui permet de tirer une conclusion d'intention malveillante.

[90] Il faut comprendre le but illégitime au sens du quatrième facteur comme étant personnel au procureur accusé de poursuite abusive. Par exemple, un procureur peut avoir été

CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

motivé à poursuivre pour des raisons non appropriées comme la vengeance ou le désir d'avancement professionnel. Si un tel objectif motive réellement un procureur, alors le délit de poursuite abusive est approprié, en plus de rétablir la confiance du public dans l'administration de la justice. En même temps, étant donné que de telles instances seraient plutôt rares, l'obstacle à une action en justice demeurerait élevé conformément au motif d'ordre public énoncé dans *Nelles*.

[91] En ce qui concerne le troisième facteur du « motif raisonnable et probable » de poursuite énoncé dans l'arrêt *Nelles*, il faudrait réfléchir à l'élimination de la lacune qui existe actuellement entre la norme qu'un tribunal utilise pour réviser l'existence ou non de motifs de poursuite et la norme qu'un procureur utilise au départ pour décider de poursuivre. Les tribunaux révisent actuellement la décision de poursuivre à partir d'une norme mixte subjective et objective, tandis que les procureurs reçoivent instruction d'appliquer des normes strictement objectives à leur décision de poursuivre (généralement la question de savoir s'il y a ou non une perspective raisonnable de condamnation, ou en des termes similaires). Des éclaircissements à la loi prendraient probablement la forme d'une norme objective utilisée pour réviser les décisions de poursuivre, étant donné que le fait d'exiger des procureurs une croyance subjective en la culpabilité de l'accusé avant de décider de poursuivre entrerait en conflit avec leur rôle quasi judiciaire de « ministres de justice » impartiaux.

[92] L'option législative constituerait une réponse directe à la fusion des troisième et quatrième critères de l'arrêt *Nelles*. Une fois adoptée la loi qui consacrerait *Nelles* avec des directives claires sur la question d'intention malveillante (soit d'exiger une preuve précise de l'intention), toutes les requêtes en radiation pour absence de motifs ou pour jugements sommaires seraient traitées dans ce contexte.

[93] Il faudrait également envisager la modification des critères de *Nelles* à la lumière de la jurisprudence récente, dont *Folland*, et de l'analyse présentée au présent document. Plus particulièrement, il pourrait être sage de préciser exactement quels délits sont disponibles contre les procureurs (ou à quiconque une responsabilité est rattachée) pour des actes exécutés dans le cadre de leurs devoirs professionnels (et les limites précises à ce cadre). Naturellement, le groupe

CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

de travail est en faveur de limiter les délits contre les procureurs à la seule poursuite abusive, considérant que celle-ci couvre également l'exercice illégitime de leurs pouvoirs.

iii. L'Option « mort subite »

[94] Selon le paragraphe R.244.1(1) des *Règles de procédure* de l'Alberta, A.Reg. 390/68, dans les cas où au moins cinq années⁷¹ se sont écoulées dans une action depuis le dernier acte posé qui a véritablement fait avancer cette action, à la demande d'une des parties au litige, le tribunal rejettera la partie de l'action qui concerne cette dernière. Cette règle empêche les causes présumées abandonnées par le demandeur d'engorger le système judiciaire.

[95] Dans le contexte d'une action pour poursuite abusive, les avantages d'une telle règle comportent deux volets. Premièrement, elle constituerait un puissant outil pour faciliter les tentatives d'éliminer l'arriéré d'actions frivoles pour poursuites abusives qui ne vont nulle part. La mise en place d'une telle règle en Ontario et dans d'autres provinces n'aurait aucun effet préjudiciable sur les actions légitimes en poursuite abusive, sauf celui d'encourager les demandeurs à prouver le bien-fondé de leurs affirmations. Seules les actions frivoles que les demandeurs ont préféré ne pas poursuivre seraient éliminées. Étant donné que la grande majorité des actions en poursuite abusive en Ontario ne se rendent jamais à procès, il est probable qu'un grand nombre des causes anciennes pourrait être rapidement et efficacement éliminées par ce moyen.

[96] Deuxièmement, le règlement rapide des réclamations de longue date enlèverait le fardeau que les procureurs ressentent actuellement lorsqu'une action pour poursuite abusive est « suspendue au-dessus de leur tête ». Même si l'action est généralement considérée comme frivole, le simple fait d'être mentionné dans l'action peut causer un stress personnel et professionnel, un stress qui s'aggrave tant que l'action n'est pas résolue. Ce stress ne se limite pas au seul procureur impliqué, mais il peut avoir un effet démoralisant plus étendu sur les procureurs en général, qui sont tous conscients qu'eux aussi peuvent assumer le fardeau d'une action frivole avec peu d'espoir d'un règlement immédiat.

CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

[97] Il existe dans certaines régions de l'Ontario une disposition permettant de donner un avis d'état de cause, en vertu de laquelle le tribunal envoie au demandeur un avis lorsqu'une action n'a pas été fixée pour procès dans un délai de deux ans. Si le demandeur omet d'inscrire l'action pour audition ou de demander une audience sur l'état de l'instance dans un délai de 60 jours après l'avis, le greffier peut rejeter l'action. À notre avis, il s'agit d'une meilleure solution parce qu'elle ne charge pas le procureur du fardeau de présenter une requête et de comparaître au tribunal pour faire rejeter l'action. Un bon nombre d'actions étaient auparavant rejetées au moyen de cette procédure qui semble être tombée hors d'usage.

[98] Une autre possibilité consisterait à exiger la permission du tribunal avant de pouvoir présenter une action contre un procureur ou contre le procureur général, tout comme la procédure de l'art. 40 de la *Loi sur les tribunaux judiciaires* pour ce qui concerne les poursuites vexatoires. Cette approche placerait le fardeau sur le demandeur qui devrait convaincre le tribunal que l'action proposée ne constitue pas un abus de procédure et qu'il existe des motifs raisonnables de poursuite du fait que le demandeur est en mesure de satisfaire les exigences de l'arrêt *Nelles*. Une telle disposition serait très utile pour éliminer les actions frivoles, surtout celles présentées par des demandeurs non représentés, et économiserait des ressources qui seraient autrement consacrées à la préparation et à l'audition de requêtes en radiation et de défenses contre des actions frivoles.

[99] Cependant, les modifications à la règle ne réduiraient pas à elles seules les risques engendrés par la jurisprudence décrite. Elles doivent être envisagées comme des options dont il faut se servir et elles doivent être combinées à la consécration de *Nelles* proposée précédemment.

Résumé

[100] Malgré la raison de principe énoncée dans *Nelles* au sujet de l'équilibre entre le fait d'empêcher l'immunité absolue pour les procureurs contre les actions en poursuite abusive, tout en assurant un respect adéquat de leur pouvoir discrétionnaire quant aux décisions de poursuivre ou non, la jurisprudence ultérieure a rongé les mesures de protection créées par la Cour suprême du Canada. Bien que la priorité du présent document ait été l'interprétation récente du critère énoncé dans l'arrêt *Nelles*, le groupe de travail a discerné d'autres questions qui justifient un

CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

examen plus approfondi. Par exemple, des considérations de politique officielle appuient-elles les suggestions de la jurisprudence voulant que la responsabilité puisse ou doive être fondée sur des délits autres que la poursuite abusive? Est-il nécessaire d'avoir des règles de procédure uniformes qui éliminent efficacement et équitablement les actions frivoles contre les poursuivants? Est-il nécessaire de créer des lois uniformes qui restreignent la capacité des demandeurs d'engager une action contre les poursuivants personnellement, pour des décisions professionnelles qu'ils ont prises à titre de représentants du procureur général?

[101] Par conséquent, le groupe de travail recommande que la Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada reçoive le présent document et qu'elle envisage :

- la rédaction d'une loi uniforme consacrant le critère *Nelles* comme l'unique motif pour lequel une action peut être engagée contre des procureurs de la Couronne pour des actes malveillants posés dans le cadre d'une poursuite;
- la rédaction d'une loi uniforme qui impute aux procureurs généraux l'entière responsabilité des délits commis par les procureurs à titre de représentants du procureur général, et les rende seule partie désignée dans les actions pour poursuite abusive et les réclamations connexes;
- la rédaction d'autres dispositions juridictionnelles qui limiteraient équitablement et efficacement le préjudice causé par les actions frivoles pour poursuite abusive.

¹ [1989], 2 R.C.S. 170, par. 52.

² [2007] S.J. N° 247 (C.A.). Le délai pour présenter une requête en appel à la Cour suprême du Canada n'est pas encore échu.

³ L.R.O. 1990, c. P-27.

⁴ Le juge Lamer J. dans *Nelles*.

⁵ Par exemple, l'Ontario compte 88 politiques distinctes pour guider les procureurs de la Couronne dans ce domaine.

⁶ Voir par exemple, *Paquette c. Desrochers*, [2000] O.J. No. 5061 (S.C.J.); conf. par [2001] O.J. No. 4560 (C.A.); [2002] S.C.C.A. No. 81 (autorisation de pourvoi refusée): Dans l'instance principale, quatre demandeurs ont poursuivi le père Desrochers et la Corporation épiscopale catholique romaine du diocèse de Timmins (le « diocèse

catholique »), alléguant que, durant leur enfance, ils avaient été victimes d'agressions sexuelles aux mains du père Desrochers. L'action intentée contre le diocèse catholique accusait celui-ci de négligence et d'avoir manqué à ses obligations fiduciaires pour ne pas avoir su prévenir les crimes du père Desrochers; le diocèse était aussi tenu responsable des actes du père Desrochers, puisque celui-ci était l'un de leurs ministres. Chaque défendeur a engagé une procédure de mise en cause distincte contre le procureur général et les parents des demandeurs pour réclamer une contribution et une indemnité pour tout montant qu'ils pouvaient être condamnés à verser aux demandeurs. La procédure de mise en cause de Desrochers alléguait un défaut malveillant de le poursuivre, une violation des droits des demandeurs protégés par la Charte, une violation de devoir fiduciaire envers les demandeurs et l'exercice frauduleux de ses obligations. La procédure de mise en cause du diocèse catholique était pratiquement identique à celle du père Desrochers. Les deux parties mises en cause ont aussi allégué que le défaut de poursuivre avait causé aux demandeurs des dommages plus importants que ceux qu'ils auraient autrement subis.

⁷ La règle 21.01(1)(b) permet au tribunal, sur requête, de radier un acte de procédure au motif qu'il ne comporte aucune cause d'action raisonnable. Cependant, aucune preuve n'est admissible à l'appui d'une telle requête bien que le tribunal ait le droit d'examiner des documents auxquels l'acte de procédure fait référence et sur lesquels il s'appuie.

⁸ La règle 20 autorise le tribunal à accorder un jugement sommaire rejetant l'action s'il est convaincu qu'il n'y a pas de véritable question litigieuse. On se fie sur les affidavits ainsi que sur les contre-interrogatoires et autres éléments.

⁹ *Nelles*, aux par. 52-53.

¹⁰ *Nelles*, au par. 50.

¹¹ *Proulx c. Québec (Procureur général)*, [2001] 3 R.C.S. 9 au par. 45 (citant *Nelles*).

¹² *Nelles*, au par. 43.

¹³ John G. Fleming, *The Law of Torts*, 7th ed. (Law Book Co., Sydney: 1987) à la p. 582.

¹⁴ [2005] O.J. No. 136 (S.C.J.).

¹⁵ [1997] O.J. No. 3343 (S.C.J.).

¹⁶ John G. Fleming, *The Law of Torts*, 9th ed. (LBC Information Services, Sydney: 1998) à la p. 677.

¹⁷ [2002] O.J. No. 2765 (S.C.J.).

¹⁸ [2001] O.J. No. 1850 (S.C.J.).

¹⁹ (1989), 77 Sask. R. 161.

²⁰ *Ibid.*

²¹ [2001] O.J. No. 2434 (S.C.J.), conf. par [2002] O.J. No. 383 (C.A.).

²² *Wilson*, au par. 27.

²³ *Romegialli c. Marceau*, [1964] 1 O.R. 407 (C.A.).

²⁴ *Baxter c. Gordon Ironsides & Fares Co.* (1907), 13 O.L.R. 598 (Div. Ct.).

²⁵ [2004] O.J. No. 5284 (S.C.J.).

²⁶ [2003] S.J. No. 317 (S.C.Q.B.).

²⁷ [2002] O.J. No. 1390 (S.C.J.).

²⁸ [2007] O.J. No. 397 (C.A.) L'autorisation d'interjeter appel à la Cour suprême du Canada est en instance.

²⁹ Voir par exemple *Bond c. Ontario*, [2002] O.J. No. 3499 au par. 26 (S.C.J.).

³⁰ *Ferri*, au par. 53.

³¹ *Ferri*, au par. 54.

³² *Ferri*, au par. 55.

³³ *The Attorney General's Advisory Committee on Charge Screening, Disclosure, and Resolution*, (Ministère du Procureur général de l'Ontario, Toronto : 1993) (« Le Rapport Martin »), aux p. 31-33.

³⁴ Le Rapport Martin, à la p. 77.

³⁵ (1878), 8 Q.B.D. 167, à la p. 171, le juge Hawkins

³⁶ John Sopinka, « Malicious Prosecution: Invasion of Charter Interests », 74 Can. Bar. Rev. 366 à 367.

³⁷ Le Rapport Martin, à la p. 74.

³⁸ *Ferri*, au par. 74.

³⁹ *Ferri*, au par. 151.

⁴⁰ *Ferri*, aux par. 113-118.

⁴¹ Le Rapport Martin (p. 51-52) décrit les divergences du critère préliminaire d'un bout à l'autre du Canada; ce critère n'est pas uniforme. En Ontario, le critère est « une perspective raisonnable de condamnation ». En Colombie-Britannique, il s'agit d'une « probabilité marquée d'obtenir une déclaration de culpabilité ». Au Québec, l'avocat doit être « raisonnablement convaincu » de pouvoir obtenir une condamnation. Au Nouveau-Brunswick, c'est « une perspective raisonnable de condamnation ». En Alberta, c'est « une probabilité raisonnable de condamnation ». En Nouvelle-Écosse, c'est « une possibilité raisonnable de condamnation ». À Terre-Neuve, c'est « une probabilité de

condamnation ». Tous ces critères, cependant, désignent une norme plutôt objective que subjective que le procureur de la Couronne doit suivre.

⁴² Le Rapport Martin, à la p. 72 – souligne également le commentaire de la *Royal Commission of Inquiry into the Response of the Newfoundland Criminal Justice System to Complaints (1992)*, qui traitait du danger inhérent à une évaluation de la preuve par les procureurs :

« L'image qui est évoquée – est celle d'attribuer injustement au procureur la fonction du tribunal, d'évaluer la preuve et la crédibilité des témoins, et particulièrement lors d'un procès devant jury, d'anticiper ce que des jurés ayant reçu des directives appropriées, tous profanes en droit, peuvent décider à titre de seuls juges des faits. »

⁴³ Le Rapport Martin, aux p. 70-71.

⁴⁴ Le Rapport Martin, à la p. 71.

⁴⁵ Le Rapport Martin, à la p. 68.

⁴⁶ *Huixia Chen et al c. Alberta (AG)*, [2007] A.J. No. 458

⁴⁷ [2002] 3 R.C.S. 372

⁴⁸ *Zhang c. Canada*, [2006] C.F. 361, au par. 13.

⁴⁹ [1994] 1 R.C.S. 601.

⁵⁰ *Power*, au par. 34.

⁵¹ *Power*, au par. 12.

⁵² *Nelles* au par. 45.

⁵³ *Proulx*, au par. 45.

⁵⁴ *Proulx*, au par. 35.

⁵⁵ [2001] O.J. No. 90 (C.A.).

⁵⁶ *Oniel*, aux par. 81-85.

⁵⁷ *Oniel*, aux par. 49-60.

⁵⁸ *Oniel*, au par. 78.

⁵⁹ Les différents rôles joués par la police et le procureur dans le système de justice sont mis en évidence par la décision de la cour d'appel de l'Ontario *Hill c. Hamilton-Wentworth Regional Police Services Board*. Dans *Hill*, la cour a considéré la raison de principe pour étendre le délit de négligence à la police, et a conclu que la police avait une obligation de diligence envers les suspects en vertu de leur devoir statutaire de mener des enquêtes criminelles convenables.

⁶⁰ [2002] A.J. No. 784 (AB Q.B.).

⁶¹ *Dix*, aux par. 526-528.

⁶² [2002] O.J. No. 2977.

⁶³ *Mazumder*, au par. 45.

⁶⁴ [2002] O.J. No. 4111 (S.C.J.), conf. par [2003] O.J. No. 4407 (C.A.).

⁶⁵ [2006] O.J. No. 2820 (S.C.J.); l'autorisation d'interjeter appel a été refusée [2006] O.J. No. 4349.

⁶⁶ Le Rapport Martin, à la p. 58.

⁶⁷ [2007] S.C.C.A. No. 175

⁶⁸ [2003] O.J. No. 1048 (C.A.); l'autorisation d'interjeter appel à la CSC refusée [2003] S.C.C.A. 249

⁶⁹ [2004] B.C.J. No. 1718.

⁷⁰ Il convient de souligner que les règles de procédure de l'Alberta sont actuellement en révision; on a proposé de réduire la période de cinq ans à deux ans, avec certaines exceptions.

⁷⁰ 2007 MBQB 142 (le 13 juin 2007).

CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

ANNEXE I

Province - Territoire	C.-B.	Alberta	Sask.	Manitoba	Ontario
Statistiques?	nd	Oui	Officieuses	nd	Oui
Période		1992-2006	Approx. 1986-2006		1990-2006
Nombre total de dossiers		32	Approx. 15-20		299
Affaires closes		17	nd		216
Instances ayant eu gain de cause		1	1		0
Dossiers en cours		15, dont 8 en dormance	nd		83, dont 11 en dormance

Province - Territoire	Québec	T.-N. et Lab.	N.-B.	N.-É.	Île-du-Prince-Édouard	Nt T.N.-O. Yn
Statistiques?		nd	nd	nd	Officieuses	Officieuses
Période	2002-2006 (officielles) 1995-2001 (officieuses)				Approx 1996-2006	Approx. 1996-2006.
Nombre total de dossiers	2002-2006 : 91 1995-2001 : Approx. 40					1 (T.N.-O.)
Affaires closes	59				3	0
Instances ayant eu gain de cause	nd				0	0
Dossiers en cours	43				3	1 (T.N.-O.)