

MÉMOIRE DU DIRECTEUR DES POURSUITES CRIMINELLES ET PÉNALES À LA COMMISSION D'ENQUÊTE SUR LA PROTECTION DE LA CONFIDENTIALITÉ DES SOURCES JOURNALISTIQUES

Août 2017

**Compétence
Respect
Intégrité**

M^e Catherine Dumais
Procureure aux poursuites criminelles et pénales
Directeur des poursuites criminelles et pénales
Bureau du service juridique
Complexe Jules-Dallaire
2828, boulevard Laurier, tour 1, bureau 500
Québec (Québec) G1V 0B9

**MÉMOIRE DU DPCP À LA COMMISSION D'ENQUÊTE SUR LA PROTECTION DE
LA CONFIDENTIALITÉ DES SOURCES JOURNALISTIQUES**

	Page
INTRODUCTION	1
PARTIE 1 – L'INDÉPENDANCE DU POURSUIVANT PUBLIC	2
PARTIE 2 – LES FONCTIONS DES PROCUREURS EN LIEN AVEC DES ENQUÊTES CRIMINELLES	6
L'indépendance de la police	10
Les articles 286 et 288 de la <i>Loi sur la police</i>	13
Le mandataire d'écoute électronique	15
PARTIE 3 – LES INFRACTIONS LES PLUS SUSCEPTIBLES DE DONNER LIEU À DES DEMANDES D'AUTORISATIONS JUDICIAIRES VISANT DES JOURNALISTES	17
La divulgation de renseignements (communications privées) - 193 C.cr.	17
L'abus de confiance par un fonctionnaire public (art. 122 C.cr.)	19
L'entrave à la justice (art. 139 C.cr.)	23
PARTIE 4 – LES AUTORISATIONS JUDICIAIRES	25
Le respect des privilèges lors d'une demande d'autorisation judiciaire	28
L'autorisation d'intercepter des communications privées – quelques précisions	31
L'autorisation d'intercepter des communications privées dans le dossier <i>Escouade/Espion</i> – quelques précisions	34
Journalistes visés par des demandes d'autorisations judiciaires – quelques observations	36
CONCLUSION	38
LA JURISPRUDENCE	41
ANNEXE 1 – AUT-1 Directive du directeur des poursuites criminelles et pénales	

INTRODUCTION

1. Au cours de ses travaux, la *Commission d'enquête sur la protection de la confidentialité des sources journalistiques*¹ a fait entendre de nombreux témoins apportant une preuve factuelle ou d'expert sur les questions relevant de son mandat. Les parties ont eu l'occasion d'interroger ces témoins afin de préciser les témoignages rendus lors des interrogatoires par les procureurs de la Commission. Les faits pertinents ont donc été largement couverts lors des audiences publiques.
2. Le Directeur des poursuites criminelles et pénales² a été parti aux travaux de la Commission³. À l'invitation de cette dernière, il a également fait une présentation de la structure organisationnelle de l'institution, de son fonctionnement, des responsabilités qui lui sont dévolues par la loi, du rôle du poursuivant public ainsi que de certains principes de droit criminel, notamment en ce qui a trait aux autorisations judiciaires susceptibles de soulever la question de la protection de la confidentialité des sources journalistiques⁴.
3. La Commission aura sans doute remarqué que le DPCP s'est abstenu de prendre parti quant aux faits mis en preuve lors des témoignages.
4. Nous entendons faire preuve de la même réserve dans ce mémoire en raison du rôle particulier dévolu au DPCP en tant que poursuivant public, sujet sur lequel nous reviendrons dès la fin de cette introduction. Bien qu'il puisse occasionnellement être question de certains faits mis en preuve, nos représentations porteront essentiellement sur des considérations juridiques qui pourraient être utiles aux délibérations de la Commission.
5. Concrètement, la première partie du mémoire sera consacrée au principe de l'indépendance du poursuivant public tandis que la seconde fera état des fonctions

¹ Ci-après « Commission ».

² Ci-après « DPCP ».

³ Décision du 27 février 2017 accueillant la demande de statut de participant du DPCP.

⁴ Audition du 13 avril 2017, n.s. vol. 10.

des procureurs en lien avec les enquêtes policières. La troisième partie fera la revue des trois infractions criminelles les plus susceptibles de donner lieu à des demandes d'autorisations judiciaires visant des journalistes, soit la divulgation de renseignements obtenus par suite de l'interception d'une communication privée (art. 193 du *Code criminel*⁵), l'abus de confiance par un fonctionnaire public (art. 122 C.cr.) et l'entrave à la justice (art. 139 C.cr.). La quatrième partie sera l'occasion d'apporter quelques précisions sur certaines autorisations judiciaires et leur obtention.

PARTIE 1 – L'INDÉPENDANCE DU POURSUIVANT PUBLIC

6. La Cour suprême, dans l'arrêt *Cawthorne*⁶, a confirmé sa jurisprudence antérieure au sujet de l'indépendance de la poursuite établissant « qu'en droit constitutionnel, les considérations partisans ou autres considérations illégitimes ne doivent pas influencer les décisions d'un procureur du ministère public »⁷. Bien que le caractère constitutionnel de ce principe avait été auparavant reconnu⁸, la Cour conclut dans cet arrêt qu'il satisfait aux critères de reconnaissance d'un principe de justice fondamentale au sens de l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*⁹.
7. Précepte fondamental de notre système juridique, le principe voulant que les poursuivants n'agissent pas à des fins illégitimes (par exemple pour des motifs purement partisans) contribue à sauvegarder les droits de la personne et l'intégrité du système de justice¹⁰.
8. Toujours dans l'arrêt *Cawthorne*, la Cour souligne la portée restreinte du mot « partisan » qui n'est pas synonyme dans ce contexte de « politique ». Ainsi, des motifs sont purement partisans lorsqu'ils détournent le poursuivant de son rôle de

⁵ Ci-après « C.cr. ».

⁶ *R. c. Cawthorne*, [2016 CSC 32](#).

⁷ *Id.*, paragr. 22.

⁸ *Krieger c. Law Society of Alberta*, [2002 CSC 65](#), *Miazga c. Kvello (Succession)*, [2009 CSC 51](#) et *R. c. Regan*, [2002 CSC 12](#).

⁹ Ci-après « Charte ». *R. c. Cawthorne*, précité, note 6, paragr. 26.

¹⁰ *Id.*, paragr. 26.

« défenseur de l'intérêt public »¹¹. Concrètement, un procureur doit agir avec objectivité et impartialité, sans se laisser influencer par des considérations purement personnelles ou étrangères au processus de recherche de la vérité. Tel que le veut l'adage bien connu, un poursuivant public n'a pas de cause à gagner.

9. On comprendra aisément que ce principe vise à empêcher que les pouvoirs dévolus au poursuivant soient utilisés « pour le bien du gouvernement au pouvoir » et non à empêcher celui-ci de développer des politiques générales en matière de poursuite. Agissant dans l'intérêt public, un ministre de la Justice peut donc tout à fait légitimement établir des politiques générales en matière de poursuite, par exemple, pour tenter de réprimer le fléau social qu'est la violence conjugale¹².
10. Comme le prévoit sa loi constitutive, le DPCP dirige pour l'État, sous l'autorité générale du ministre de la Justice et procureur général, les poursuites criminelles et pénales au Québec¹³. Ainsi, tant l'institution que les procureurs aux poursuites criminelles et pénales¹⁴ agissant au nom du directeur¹⁵ sont soumis à l'obligation d'agir en toute indépendance.
11. La LDPCP intègre ce principe et offre des garanties concrètes d'indépendance et d'*apparence* d'indépendance.
12. Ainsi, le directeur est nommé, à titre inamovible pour un mandat de sept (7) ans non renouvelable¹⁶, par le gouvernement, sur recommandation du ministre de la Justice, à la suite d'un appel public de candidatures, parmi les avocats ayant exercé leur profession pendant au moins dix (10) ans et qui sont déclarés aptes à exercer la charge par un comité composé de cinq (5) membres¹⁷.

¹¹ *Id.*, paragr. 27.

¹² *R. c. Cawthorne*, précité, note 6, paragr. 27-28.

¹³ *Loi sur le directeur des poursuites criminelles et pénales*, (ci-après « LDPCP »), [RLRQ c D-9.1.1, art. 1](#).

¹⁴ Ci-après « PPCP ».

¹⁵ LDPCP, [art. 25](#).

¹⁶ LDPCP, [art. 4](#) et [6](#).

¹⁷ LDPCP, [art. 2](#) et [3](#) : « Le ministre forme également le comité de sélection. Celui-ci est composé du sous-ministre de la justice et de quatre autres membres dont un avocat recommandé par le Bâtonnier du Québec, un professeur de droit recommandé par les doyens des facultés de droit du Québec, une personne recommandée par des organismes représentant le milieu municipal et une autre personne

13. Le directeur prête serment de remplir sa charge « avec honnêteté, objectivité, impartialité et justice » devant le juge en chef de la Cour du Québec¹⁸. Il doit exercer ses fonctions à temps plein et ne peut se livrer à aucune activité politique partisane¹⁹.
14. Les procureurs, personnellement nommés par le directeur, prêtent aussi le serment d'exercer leurs fonctions de poursuivant avec « honnêteté, objectivité, impartialité et justice ». Ils ne sont pas considérés comme des membres de la fonction publique. Ils doivent en principe s'occuper exclusivement des devoirs de leurs fonctions et ne peuvent se livrer à aucune activité politique partisane, ni même être membres d'un parti politique ou y faire une contribution²⁰. L'ensemble des procureurs, procureurs en chef et procureurs en chef adjoints totalise environ six cent cinquante (650) procureurs agissant sous l'autorité du DPCP, répartis dans les trente-six (36) districts judiciaires du Québec.
15. La LDPCP définit également les rapports entre le ministre de la Justice et le DPCP en ce qui a trait aux politiques publiques d'application générale en matière de poursuite et encadre les pouvoirs d'intervention du procureur général du Québec²¹ dans l'exercice des pouvoirs discrétionnaires dévolus au DPCP et à ses procureurs.
16. La LDPCP distingue en effet l'élaboration des orientations générales de politiques publiques des décisions quotidiennes qui sont prises en matière de poursuite par les procureurs agissant sous l'autorité du DPCP. L'article 22 de la LDPCP attribue au ministre de la Justice le pouvoir d'élaborer des orientations et des mesures concernant « la conduite générale des affaires en matière criminelle et pénale ». Ces orientations et mesures doivent être publiées à la Gazette officielle du Québec et intégrées dans les directives du DPCP. Depuis l'entrée en vigueur de la LDPCP, vingt-et-une (21) orientations ont été ainsi adoptées et sont accessibles au

choisie par le ministre parmi les personnes oeuvrant dans un organisme qui a pour objet d'aider les victimes d'actes criminels. ».

¹⁸ LDPCP, [art. 8](#).

¹⁹ LDPCP, [art. 10](#).

²⁰ LDPCP, [art. 27](#).

²¹ Ci-après « PGQ ».

public²². Certaines traitent des obligations des procureurs envers les accusés non représentés, les victimes et les témoins. Quelques-unes encadrent l'exercice des pouvoirs discrétionnaires en énonçant des principes ou facteurs généraux que les procureurs doivent considérer.

17. Pour sa part, le DPCP adopte des directives également accessibles au public à l'intention des procureurs qui agissent sous son autorité²³. Certaines directives encadrent l'exercice des pouvoirs discrétionnaires en matière de poursuite. Elles encadrent également les fonctions de conseil en enquêtes des procureurs dont il sera spécifiquement question dans la deuxième partie de ce mémoire. De plus, elles intègrent les orientations et mesures du ministre de Justice. Ces directives favorisent la cohérence des décisions dans un souci d'assurer un traitement équitable aux contrevenants. Elles contribuent aussi à l'imputabilité du DPCP et des procureurs à l'égard de la population.
18. Enfin, en ce qui a trait à l'intervention du procureur général²⁴ dans une poursuite, l'article 23 prévoit que lorsqu'une affaire relève de la responsabilité du directeur, le PG ne peut la prendre en charge ou donner des instructions sur sa conduite que s'il a, au préalable, consulté le directeur à ce sujet. Le cas échéant, le PG est tenu de donner l'avis de prise en charge ou ses instructions par écrit au DPCP puisque la loi lui impose aussi de publier cet avis ou ses instructions à la Gazette officielle du Québec. Le DPCP est alors tenu de remettre le dossier au PG ou de donner suite à ses instructions et de lui fournir tout renseignement qu'il exige. Cette obligation de transparence assure l'imputabilité du PG à l'égard de ses interventions dans la conduite des poursuites, ce qui contribue à protéger le processus décisionnel discrétionnaire de l'influence de considérations politiques inappropriées dont le PG aurait alors à répondre publiquement et, ce faisant, à accroître la confiance du public dans le système de justice criminelle et pénale.

²² Les *Orientations et mesures* du ministre de la Justice sont disponibles sur le site Internet du DPCP : www.dpcp.gouv.qc.ca sous la rubrique « Documentation ».

²³ LDPCP, [art. 18](#). Les directives du DPCP sont également disponibles sur son site Internet sous la rubrique « Documentation ».

²⁴ Ci-après « PG ».

19. L'indépendance du poursuivant public implique également que les procureurs n'ont pas de client dont ils doivent suivre les instructions. Ils ne représentent ni les victimes²⁵, ni les policiers. Les procureurs peuvent présenter vigoureusement et avec conviction leurs arguments²⁶, mais ils ne peuvent épouser leur cause au point de perdre leur objectivité.

PARTIE 2 – LES FONCTIONS DES PROCUREURS EN LIEN AVEC DES ENQUÊTES CRIMINELLES

20. Ces principes en tête, les procureurs peuvent conseiller les policiers à toute étape de leur enquête²⁷. Ces consultations peuvent être faites de jour dans les différents points de service ainsi qu'auprès des procureurs du Bureau de service-conseil les soirs, les fins de semaine et les jours fériés. Ainsi, l'ensemble des policiers, où qu'ils se trouvent au Québec, peuvent, s'ils le désirent, solliciter les conseils juridiques d'un procureur.
21. Par ailleurs, il n'est pas rare, dans les dossiers d'enquête de longue haleine ou soulevant des questionnements juridiques particuliers, que des procureurs soient spécifiquement désignés pour répondre aux besoins des policiers. Leur désignation en début d'enquête permet de conseiller les enquêteurs tout au long de celle-ci, favorisant ainsi la cohérence et une saine gestion des ressources de part et d'autre. L'état du droit étant en constante évolution, des policiers peuvent bien involontairement contrevenir à un droit protégé par la Charte en raison d'une méconnaissance de la jurisprudence sur un point donné. L'évaluation de la légalité des démarches d'enquête qu'ils veulent mettre de l'avant, alors que celle-ci est en cours, peut permettre d'éviter que les éléments de preuve soient exclus voire d'éviter de compromettre les procédures judiciaires à l'issue de longues et coûteuses enquêtes.
22. Comme on peut le constater à la lecture du paragraphe précédent, le rôle du procureur consiste à donner un avis légal aux policiers, lequel est couvert par le

²⁵ *R.L. c. La Reine*, [2014 QCCA 1743](#).

²⁶ *R. c. Cook*, [\[1997\] 1 R.C.S. 1113](#).

²⁷ LDPCP, [art. 20](#).

secret professionnel de l'avocat²⁸. Il peut porter, par exemple, sur les critères donnant ouverture à une autorisation judiciaire et sur la suffisance des motifs au soutien de la demande d'émission de celle-ci.

23. La directive du ministère de la Sécurité publique²⁹ du 8 novembre 2017, portant sur la consultation obligatoire d'un procureur avant la présentation d'une demande d'autorisation judiciaire visant des personnes occupant certaines fonctions, dont un journaliste, va dans ce sens³⁰.
24. Lorsque le *Code criminel* prévoit qu'il revient à l'agent de la paix de demander une autorisation judiciaire et que ce dernier consulte un procureur, il est important de préciser qu'il n'appartient pas au procureur consulté de se prononcer sur l'opportunité de recourir à une certaine technique d'enquête ainsi que sur l'ampleur des moyens d'enquête à déployer. En ce sens, il ne lui revient pas d'autoriser ou non un policier à présenter une demande d'autorisation judiciaire. Si les prérequis légaux sont rencontrés, le procureur ne peut s'y opposer. Il en va de l'indépendance des procureurs et des policiers dans leurs attributions respectives.
25. Ces principes sont incorporés aux directives du DPCP. Tel que mentionné par M^e Patrick Michel lors de sa présentation, deux sont pertinentes aux travaux de la Commission, soit MAN-2 et MED-1, lesquelles sont actuellement revues dans le cadre d'une révision générale de l'ensemble des directives annoncée publiquement par la directrice dans le cadre des travaux de la Table justice-Québec.

²⁸ *R. c. Shirose; R. c. Campbell*, [\[1999\] 1 R.C.S. 565](#). Bien que le contenu de l'avis juridique donné aux policiers est couvert par le secret avocat-client, il ne s'agit pas d'une relation avocat-client au sens classique du terme. En effet, tous les attributs de la relation entre un avocat et son client ne sont pas présents dans ce contexte. À titre d'exemple, un policier ne peut pas donner le mandat à un procureur de plaider un certain argument ou de présenter une preuve plutôt qu'une autre. Il ne peut évidemment pas lui retirer son mandat et le congédier.

²⁹ Ci-après « MSP ».

³⁰ Directive concernant les demandes d'autorisations judiciaires, pièce 28-P, ministère de la Sécurité publique, p.1 *in fine* : « Cette obligation de consulter un procureur du DPCP vise à obtenir un avis légal sur la suffisance des motifs invoqués ».

26. Avant de faire une courte mise à jour de l'état d'avancement de cette révision, permettons-nous deux précisions quant à la portée des directives du DPCP. Premièrement, bien que cela puisse sembler couler de source, elles ne s'imposent qu'aux procureurs et non aux policiers. Deuxièmement, les directives n'ont pas force de loi et ne peuvent être interprétées comme un prérequis légal à l'émission d'une autorisation judiciaire, ce qui est du domaine exclusif du législateur³¹.
27. La directive MAN-2 deviendra AUT-1 indiquant qu'elle vise toutes les autorisations judiciaires et non seulement les mandats de perquisition, évitant ainsi la confusion qui pouvait subsister sur sa portée. AUT-1 se veut une refonte de la directive MAN-2 incorporant au surplus les obligations des mandataires d'écoute électronique conformément à la directive de la procureure générale à leur égard ainsi que les obligations des procureurs découlant de l'adoption de la directive du MSP du 8 novembre 2017. Vous trouverez en annexe le projet de directive, qui est toujours en processus d'approbation.
28. La directive MED-1 sera, quant à elle, révisée au cours des prochains mois afin de tenir compte des faits mis en lumière par les travaux de la Commission et, évidemment, des conclusions de son rapport.
29. Soulignons que dans l'intervalle, une formation a été donnée à des procureurs qui seront désignés pour répondre aux consultations des policiers conformément à la directive du MSP du 8 novembre 2017³². Cette formation d'une journée et demie a été dispensée les 5 et 6 juillet dernier à une vingtaine de procureurs d'expérience, dont des mandataires d'écoute électronique et des procureurs de différentes régions. Les sujets suivants y ont été abordés :
 1. L'interaction entre le principe de la publicité des débats, les droits garantis à l'article 2b) de la Charte et le droit criminel : revue de la jurisprudence;
 2. L'application de ces principes dans le contexte où la protection de la confidentialité des sources journalistiques n'est pas compromise :

³¹ *R. c. Beaudry*, [2007 CSC 5](#), paragr. 45 et *R. c. Anderson*, [2014 CSC 41](#) paragr. 56.

³² Audition du 13 avril 2017, vol. 10, p. 212.

-
- 2.1 L'accès aux pièces et leur diffusion;
 - 2.2 Les ordonnances restreignant la publication et la contestation de celles-ci;
 - 2.3 La saisie de matériel journalistique qui n'est pas susceptible de révéler des sources confidentielles;
 - 2.4 L'apposition de scellés sur les motifs au soutien d'une demande d'autorisation judiciaire;
 - 2.5 La contestation des autorisations judiciaires par des représentants des médias;
3. Panel : La protection de la confidentialité des sources journalistiques :
 - 3.1 Les ordonnances judiciaires susceptibles de révéler l'identité d'une source journalistique confidentielle;
 - 3.2 Les techniques d'enquête dans le même contexte;
 - 3.3 L'assignation d'un journaliste;
 4. Le point de vue des médias : Présentation par un avocat représentant des médias – M^e Mark Bantey.
30. On constate rapidement à la lecture des sujets abordés que cette formation ne s'est pas limitée à la question de la protection des sources journalistiques. Afin de bien cerner les enjeux soulevés par cette question, nous estimions préférable de traiter de façon beaucoup plus large de l'interaction entre le droit criminel et le droit des médias. Cette formation sera donnée de nouveau l'an prochain et sera actualisée à la lumière du rapport de la Commission ainsi que de l'évolution de la législation fédérale favorisant la protection des sources journalistiques.
31. Cet aparté fait, revenons aux limites qui s'imposent aux procureurs dans le conseil lors d'une enquête policière en raison du respect dévolu au principe de l'indépendance de la police.

L'indépendance de la police

32. Toute décision relative aux stratégies d'enquête revient aux policiers, lesquels sont également indépendants³³. Suivant la jurisprudence, ils exercent en effet eux aussi un pouvoir discrétionnaire dans l'application de la loi, lequel est un élément essentiel de la fonction d'agent de police et du système de justice pénale³⁴.
33. Il incombe notamment au policier d'appliquer la loi, d'enquêter sur des infractions et de réprimer le crime³⁵. La Cour suprême précisait, dans l'arrêt *Beaudry*, que le policier doit faire preuve de jugement au moment d'appliquer la loi. Bien que la citation suivante provient d'une analyse de l'infraction d'entrave à la justice par un policier, elle est, à notre humble avis, pertinente en l'espèce :

« 37. Néanmoins, il ne faut pas conclure mécaniquement ou sans discernement à l'existence de ce devoir. Le passage de la lettre de la loi aux situations pratiques et concrètes auxquelles sont confrontés les policiers dans l'exercice journalier de leurs fonctions nécessite certains ajustements. Même s'ils paraissent parfois déroger à la lettre de la loi, ces ajustements sont cruciaux et participent de l'essence même d'une saine administration de la justice criminelle ou, pour reprendre le libellé du par. 139(2), s'inscrivent parfaitement dans le « cours de la justice ». C'est précisément la capacité — voire l'obligation — d'exercer son jugement pour ajuster l'application de la loi aux circonstances ponctuelles et aux impératifs concrets de la justice qui sert de fondement au pouvoir discrétionnaire du policier [...] » [Nous soulignons.]

34. Cette nécessaire adaptation est également requise dans la stratégie d'enquête mise de l'avant afin de réprimer le crime. Il va sans dire que la recherche de l'auteur d'une infraction criminelle ne passe pas par une recette établie qui, appliquée mécaniquement, donne toujours un résultat probant. Il revient donc au policier de déterminer les moyens d'enquête à déployer et l'ampleur des ressources à y être consacrées.

³³ Nous ne nous attarderons pas sur l'indépendance de la police vis-à-vis le pouvoir politique, mais plutôt sur l'application de ce principe dans l'exercice des attributions respectives des policiers et des procureurs.

³⁴ *R. c. Beaudry*, précité, note 31, paragr. 3

³⁵ *Loi sur la police*, [RLRQ c P-13.1](#), [art. 48](#), *R. c. Beaudry*, précité, note 31, paragr. 35.

35. Bien que le procureur puisse conseiller le policier sur les avantages et inconvénients d'un moyen d'enquête ou d'un autre dans l'optique du futur procès, il ne peut s'immiscer dans la discrétion des policiers de choisir la technique d'enquête qu'ils estiment appropriée. Agir autrement contreviendrait à l'indépendance de la police en plus de risquer de soulever des doutes sur l'objectivité du poursuivant.
36. Bien que les policiers ne sont généralement pas tenus par la loi de consulter un procureur et de suivre son conseil, ce dernier, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire d'autoriser ou non le dépôt d'une accusation criminelle, doit considérer la légalité de l'obtention d'un élément de preuve *a fortiori* lorsqu'une démarche d'enquête a été déconseillée, mais exécutée ou lorsqu'il n'y a pas eu de consultation avant celle-ci alors que des règles administratives le prescrivaient.
37. La Cour suprême abordait la nécessaire séparation des fonctions des policiers et des poursuivants en ces termes dans l'arrêt *Regan*³⁶ :

« 66 La nécessité d'une séparation entre les fonctions de la police et celles du ministère public a été réaffirmée à nombre d'occasions dans des rapports d'enquêtes sur des erreurs judiciaires qui ont entraîné l'emprisonnement d'innocents au Canada. Le rapport de la Royal Commission on the Donald Marshall, Jr., Prosecution, vol. 1, Findings and Recommendations (1989) (le "Rapport Marshall") décrit les responsabilités du ministère public dans les termes suivants : [TRADUCTION] "En plus de devoir répondre de l'accomplissement de leurs devoirs devant le procureur général, les procureurs de la Couronne doivent répondre de leurs actes devant les tribunaux et le public. En ce sens, le procureur de la Couronne occupe une fonction qui a été quelquefois qualifiée de quasi judiciaire, une position unique au sein de notre tradition anglo-canadienne" (p. 227-228). Le Rapport Marshall souligne le fait que ce rôle doit demeurer distinct (bien que marqué par un esprit de collaboration) de celui de la police (à la p. 232) :

[TRADUCTION] Nous reconnaissons qu'une consultation marquée par la coopération et l'efficacité entre la police et le ministère public est aussi essentielle à la bonne administration de la justice. Toutefois, dans notre système, la fonction policière -- la fonction d'enquête et d'application de la loi -- est distincte de la fonction de poursuivant. Nous croyons que le maintien d'une ligne de démarcation nette entre

³⁶ *R. c. Regan*, précité, note 8, paragr. 66.

ces deux fonctions est essentiel à la bonne administration de la justice. »

38. Le passage précédent permet également de constater que le procureur n'a pas de pouvoir de surveillance sur le travail des policiers. En effet, il n'existe pas de hiérarchisation entre les procureurs et les policiers, tel que le mentionnait la Cour suprême dans l'arrêt *Beaudry* :

« [...] Le bon fonctionnement du système de justice pénale nécessite selon moi que tous les intervenants puissent exercer leur jugement dans l'accomplissement de leurs fonctions respectives, même s'il peut y avoir chevauchement de leurs pouvoirs discrétionnaires respectifs. Le policier joue un rôle qui lui est propre dans le système de justice pénale, un rôle qui lui a été conféré initialement par la common law, et il importe qu'il demeure indépendant du pouvoir exécutif : R. c. Campbell, 1999 CanLII 676 (CSC), [1999] 1 R.C.S. 565, par. 27-36, et R. c. Regan, [2002] 1 R.C.S. 297, 2002 CSC 12 (CanLII). Ainsi, il y a lieu de rejeter la conception hiérarchique du juge Doyon selon laquelle le pouvoir discrétionnaire du policier est limité par celui du substitut du procureur général. Dans l'accomplissement de leurs fonctions respectives, le policier et le substitut du procureur général jouissent d'un pouvoir discrétionnaire qu'ils doivent exercer indépendamment de toute influence externe : Krieger c. Law Society of Alberta, [2002] 3 R.C.S. 372, 2002 CSC 65 (CanLII). Les limites de ce pouvoir sont inhérentes aux fonctions et aux devoirs du titulaire. Toutefois, le respect de la compétence des substituts du procureur général ne joue pas dans la délimitation du pouvoir des policiers³⁷. »

39. En ce qui concerne une infraction présumément commise par un citoyen, le pouvoir discrétionnaire du policier inclut la faculté de décider si une enquête criminelle doit être tenue ou non. Cette discrétion permet d'éviter de faire enquête lorsque les allégations sont frivoles ou manifestement mal fondées. Même dans les cas où « l'agent de police [...] a des motifs raisonnables de croire qu'une infraction a été commise ou qu'une enquête plus approfondie permettrait d'obtenir des éléments de preuve susceptibles de mener au dépôt d'accusations pénales, [il] peut exercer son pouvoir discrétionnaire et décider de ne pas emprunter la voie

³⁷ R. c. *Beaudry*, précité, note 31, paragr. 48.

judiciaire³⁸ ». Toute dénonciation concernant un citoyen ne mène donc pas à une enquête.

40. Le législateur a toutefois choisi de limiter ce pouvoir discrétionnaire lorsqu'il est allégué qu'un policier a commis l'infraction dénoncée ou constatée.

Les articles 286 et 288 de la *Loi sur la police*

41. Il a été largement question, lors des audiences de la Commission, de l'article 286 de la *Loi sur la police* qui oblige le corps de police à informer le ministre de la Sécurité publique de toute allégation d'infraction criminelle visant un policier et de faire enquête sur celle-ci. Il peut cependant s'abstenir de le faire s'il considère que cette allégation est frivole ou sans fondement après consultation du DPCP.
42. Le résultat de la consultation du DPCP a cependant été interprété par certains témoins comme étant un ordre de faire enquête ou non.
43. Nous sommes d'avis que cette interprétation prête au DPCP un pouvoir qu'il n'a pas. Selon notre compréhension de la loi, le principe est celui de l'enquête automatique sur toute allégation de nature criminelle. C'est dans le cas où le directeur du corps de police veut se prévaloir de l'exception de ne pas faire enquête, qu'il doit consulter le DPCP afin d'obtenir son opinion sur le caractère frivole ou mal fondé de l'allégation. Le directeur décide ensuite s'il estime que ce critère est rempli et, dans l'affirmative, peut prendre la décision de ne pas faire enquête.
44. Certains constats découlent de cette interprétation :
 1. Le directeur du corps de police doit informer le ministre de la Sécurité publique et non le DPCP de toute allégation d'infraction criminelle visant un policier;
 2. Le directeur du corps de police n'a pas besoin de l'autorisation du DPCP pour faire enquête sur une allégation d'infraction criminelle;

³⁸ *Id.*, paragr. 37.

3. La consultation du DPCP n'est pas requise s'il est de l'intention du directeur du corps de police de faire enquête. Elle n'est nécessaire que s'il veut se prévaloir de l'exception de ne pas le faire;
 4. Cette consultation se limite à donner une opinion sur le fondement de l'allégation et il revient ensuite au directeur du corps de police de décider s'il y a lieu ou non d'informer le ministre de l'allégation;
 5. La conclusion du directeur du corps de police qu'une allégation n'est pas frivole ou mal fondée entraîne l'obligation de faire enquête par l'effet de la loi. Le DPCP n'a aucun pouvoir de lui ordonner de ne pas faire enquête ou, au contraire, de faire enquête relativement à une allégation criminelle.
45. Sur ce dernier point, il ne faut pas confondre la consultation faite en vertu de la *Loi sur la police* et le pouvoir prévu à l'article 20 de la LDPCP de signaler au sous-ministre de la Sécurité publique que, de l'avis du DPCP, une situation nécessite l'institution d'une enquête. Dans le cas d'allégations d'infractions criminelles visant des policiers, le législateur a déjà statué sur la nécessité de faire enquête.
46. Nous convenons cependant, que dans les deux cas, le conseil ou la demande du DPCP a un poids certain dans la prise de décision. En effet, le corps de police pourra certainement être questionné sur les raisons pour lesquelles il n'a pas suivi l'avis du DPCP.
47. Quant à l'article 288 de la *Loi sur la police*, il prévoit que le rapport d'enquête doit être transmis au DPCP pour décision, et ce, sans égard à l'opinion du directeur ou des enquêteurs sur la preuve de la commission d'une infraction par la personne visée par l'allégation.
48. Il s'agit, ici aussi, de l'expression du choix du législateur de limiter la discrétion des policiers. En effet, pour toute autre enquête³⁹, le policier a la discrétion de soumettre ou non une demande d'intenter des procédures au DPCP relativement à son enquête. Conséquemment, vu l'absence de filtrage au niveau policier, il va

³⁹ À l'exception des enquêtes indépendantes qui doivent obligatoirement être enquêtées, et ce, par le Bureau des enquêtes indépendantes.

de soit qu'un ratio plus grand de dossiers d'enquête pour lesquels la preuve est peu concluante est soumis au DPCP. Dans ces circonstances, il n'est guère surprenant que plusieurs de ces enquêtes n'entraînent pas de poursuite.

49. Rappelons par ailleurs qu'on ne peut faire d'équation entre la décision prise par le procureur de ne pas porter d'accusation à la fin de l'enquête et le bien-fondé de celle-ci. Avant d'autoriser le dépôt d'une dénonciation, le procureur doit être subjectivement et raisonnablement convaincu d'être en mesure de faire la preuve qu'une infraction criminelle a été commise par le suspect⁴⁰. Ce critère est nettement plus élevé que celui prévu à la *Loi sur la police* pour instituer une enquête et même ceux prévus au *Code criminel* pour procéder à l'arrestation d'un individu.
50. Ainsi, une enquête peut avoir été faite dans les règles de l'art, des autorisations judiciaires ont pu être à bon droit demandées et émises, des témoins ont pu être rencontrés et un suspect arrêté à juste titre sans que des accusations criminelles ne soient portées. Évidemment, le refus d'autoriser une poursuite ne signifie pas qu'il n'y a pas eu de manquement déontologique ou disciplinaire, de faute civile, etc. Ces conclusions sont bien au-delà du mandat du DPCP.

Le mandataire d'écoute électronique

51. Le procureur général désigne, aux fins de l'application des articles 184.2, 185 et 487.01(4) C.cr., des mandataires habilités à déposer les demandes d'autorisations judiciaires en son nom.
52. Le procureur général a émis une directive à l'intention de ses mandataires d'écoute électronique pour une première fois en 1974, laquelle exigeait son autorisation personnelle dans les cas où la demande d'autorisation d'intercepter des communications privées viserait des personnes occupant certaines fonctions. Cette directive a été modifiée à plusieurs reprises. Il a été question, lors des auditions, de la dernière modification datant du 8 novembre 2017 et ajoutant la fonction de journaliste. Dans ce cas, l'autorisation personnelle du directeur des

⁴⁰ Audition du 13 avril 2017, vol. 10, p. 411, témoignage de M^e Patrick Michel.

poursuites criminelles et pénales ou de son adjoint ou du sous-procureur général est requise. Nous reviendrons sur les défis posés par la définition de « journaliste ».

53. Le rôle rempli par le mandataire d'écoute électronique est singulier. En effet, il présente lui-même la demande d'interception non consensuelle des communications privées (art. 185 C.cr.) ou de surveillance vidéo (art. 487.01(4) C.cr.). Or, pour presque toutes les autres demandes d'autorisations judiciaires prévues au *Code criminel*, il revient à l'agent de la paix de les présenter. Tel qu'exposé précédemment, aucune préautorisation d'un procureur n'est alors requise par le *Code criminel*.
54. L'étendue du rôle du mandataire d'écoute électronique a été discutée dans l'arrêt *Ebanks*⁴¹ de la Cour d'appel de l'Ontario :

« [48] In the context of wiretap applications, Parliament added a Crown agent to undertake certain responsibilities, such as ensuring that the application makes out the reasonable grounds and investigative necessity requirements, ensuring that the application otherwise follows the limitations set out in s. 186 of the Code, and attending chambers to answer questions that the application judge may have. However, none of these responsibilities indicates that Parliament requires an independent investigation of the investigative file or meticulous oversight to ensure that no material facts are omitted. They indicate, instead, a gate-keeping function to ensure the procedural and legal compliance of the affidavit.

[49] While the Crown agent should help the affiant present the evidence in a clear and concise manner and point out any flaws, inconsistencies or ambiguities in the affidavit, he or she should not become an investigator and engage in a wholesale review of the file. This would blur the line between the mutually independent functions of the police and the Crown, each of whom properly maintains a distinct role in the criminal justice system.

[50] Finally, the evidence that there were five days during which the Crown agent had the affidavit before discussing the application with the affiant is insufficient for the trial judge to have found that the Crown agent failed to fulfill his duties. This is particularly true given the actual

⁴¹ *R. v. Ebanks*, [2009 ONCA 851](#), demande d'autorisation d'appel rejetée par la Cour suprême le 24 juin 2010 : *Nicholas Ebanks c. La Reine*, [2010 CanLII 34797](#).

responsibilities of the Crown agent, which do not involve a thorough review of the investigative file as the trial judge suggested. »

55. Ainsi, le mandataire d'écoute électronique n'a pas pour fonction de vérifier ou superviser l'enquête faite par les policiers même s'il lui revient de présenter la demande. Dans ce contexte, la communication au mandataire de tous les faits pertinents à la demande d'autorisation judiciaire, de façon franche et sincère, est donc essentielle afin qu'il puisse remplir son rôle.
56. Nous reviendrons dans la quatrième partie de ce mémoire sur les obligations de l'affiant vis-à-vis le juge autorisateur. Un parallèle peut cependant déjà être fait entre la situation dans laquelle se trouve le mandataire et le juge autorisateur. Dans les deux cas, leur connaissance des faits au soutien de la demande d'autorisation judiciaire repose essentiellement sur les affirmations de l'affiant. Évidemment, le mandataire peut poser des questions à l'affiant afin d'obtenir certaines précisions, comme le juge autorisateur peut le faire. Tout comme ce dernier, il doit pouvoir se fier sur les faits tels que relatés sous serment par l'affiant.

PARTIE 3 – LES INFRACTIONS LES PLUS SUSCEPTIBLES DE DONNER LIEU À DES DEMANDES D'AUTORISATIONS JUDICIAIRES VISANT DES JOURNALISTES

57. Les enquêtes policières ayant fait l'objet d'une preuve lors des audiences de la Commission portaient principalement sur trois infractions criminelles. Des témoins policiers ont exposé leur compréhension de la nature de ces infractions et de leurs éléments essentiels. Une brève revue de la jurisprudence en la matière pourrait s'avérer utile.
58. Nous nous devons cependant de préciser d'emblée que nous ne pouvons nous prononcer dans l'abstrait sur des situations hypothétiques puisque chaque cas est un cas d'espèce.

La divulgation de renseignements (communications privées) - 193 C.cr.

59. La divulgation à un tiers de la preuve obtenue grâce à une autorisation judiciaire d'intercepter des communications privées soulève des enjeux particuliers. En raison de sa nature même, l'interception de communications privées implique une

intrusion importante de la part de l'État dans la vie privée des citoyens à tel point qu'elle constitue, en l'absence d'une autorisation judiciaire, une infraction criminelle (184 C.cr.).

60. C'est notamment pourquoi l'article 193 C.cr. érige en infraction l'utilisation ou la divulgation volontaire d'une communication privée non participative (c'est-à-dire à laquelle aucun des deux participants à la conversation n'a consenti) même légalement obtenue ainsi que la divulgation de l'existence de cette communication sans le consentement des participants à la conversation.
61. Soulignons le caractère *volontaire* de la divulgation qui implique la connaissance de la provenance de l'information qu'il divulgue. Ainsi, si l'auteur de la divulgation ignorait que l'information divulguée avait été obtenue à la suite d'une interception d'une communication privée, sa responsabilité criminelle n'est pas engagée. La connaissance ou l'ignorance de ce fait pourra être faite par une preuve directe ou circonstancielle.
62. Cette disposition intègre des exceptions qui en autorisent la divulgation et l'utilisation pour des fins liées à l'administration de la justice, à la recherche de la vérité, à la dénonciation et la poursuite des infractions ou au maintien de la sécurité nationale.
63. L'une des exceptions figure au troisième alinéa. Celui-ci prévoit que l'interdiction ne s'applique pas à la personne qui rapporte des communications privées ou leur existence, ou en divulgue la substance, le sens ou l'objet lorsque ce qu'elles révèlent avait déjà été légalement divulgué auparavant au cours d'un témoignage ou dans le but de témoigner dans des procédures où le témoin peut être requis de déposer sous serment. À titre d'exemple, un journaliste, qui rapporterait des conversations privées mises en preuve lors d'un procès criminel, ne commettrait évidemment aucune infraction.
64. On ne peut passer sous silence l'impact, pour un citoyen, que peut avoir la divulgation de renseignements obtenus à la suite d'une interception de ses communications privées. M. Michel Arsenault a d'ailleurs témoigné en ce sens. À

notre avis, il existe une nuance importante entre la divulgation dans le contexte restreint des exceptions prévues à l'article 193 C.cr. et celle faite par quiconque. En effet, le droit à la vie privée doit généralement céder le pas au droit à la communication de la preuve en matière criminelle ou à la recherche de la vérité dans un procès. Cependant, la mise en balance des intérêts en cause peut être faite par un juge et des ordonnances peuvent être émises pour limiter la diffusion de l'information afin de minimiser l'impact sur la vie privée. Or, aucune garantie de ce genre n'existe lorsqu'une personne divulgue illégalement des conversations privées interceptées.

65. *A fortiori*, comme nous le verrons un peu plus loin, une personne n'a pas à être suspectée d'un crime pour que ses conversations puissent être interceptées. De nombreux tiers innocents voient nécessairement certaines de leurs conversations interceptées, par exemple, lorsqu'ils parlent à une personne qui est sous écoute.
66. Il est donc primordial que les informations recueillies demeurent confidentielles, sauf dans le cas des exceptions prévues par le *Code criminel*. Même dans ces cas, des précautions pourront être prises pour limiter l'atteinte au droit à la vie privée des tiers innocents⁴².
67. En somme, bien que la gravité objective de l'infraction (acte criminel punissable d'un maximum de deux ans d'emprisonnement) ne soit pas parmi les plus importantes, nous estimons que les intérêts protégés par cette disposition, tant en ce qui concerne la confiance du public envers l'administration de la justice que l'impact sur la vie privée des citoyens, en font une infraction qui ne peut être banalisée.

L'abus de confiance par un fonctionnaire public (art. 122 C.cr.)

68. Aux fins de l'application de cet article, la notion de fonctionnaire public, tel que défini par l'article 118 C.cr., inclus un policier⁴³.

⁴² *Pétrolière Impériale c. Jacques*, [2014 CSC 66](#), paragr. 75-79 et 82-88.

⁴³ *R. c. Boulanger*, [2006 CSC 32](#).

69. Les éléments essentiels de cette infraction ont été établis dans l'arrêt *Boulanger*.

La juge en chef McLachlin les résume comme suit au nom de la Cour unanime :

« [I]l y aura preuve d'abus de confiance par un fonctionnaire lorsque le ministère public aura prouvé hors de tout doute raisonnable les éléments suivants :

1. l'accusé est un fonctionnaire;
2. l'accusé agissait dans l'exercice de ses fonctions;
3. l'accusé a manqué aux normes de responsabilité et de conduite que lui impose la nature de sa charge ou de son emploi;
4. la conduite de l'accusé représente un écart grave et marqué par rapport aux normes que serait censé observer quiconque occuperait le poste de confiance de l'accusé;
5. l'accusé a agi dans l'intention d'user de sa charge ou de son emploi publics à des fins autres que l'intérêt public, par exemple dans un objectif de malhonnêteté, de partialité, de corruption ou d'abus. »

70. Cette décision écarte l'ancien critère établi par le juge Beaudoin de la Cour d'appel du Québec dans l'arrêt *Perreault*⁴⁴. Plus particulièrement en ce qui nous intéresse, l'arrêt *Boulanger* modifie l'interprétation de la définition donnée au concept d'abus de confiance. En effet, suivant l'arrêt *Perreault*, la poursuite devait prouver que ce geste ou cette omission avait été posé de façon à obtenir un bénéfice personnel ou dérivé, direct ou indirect. L'arrêt *Boulanger* modifie ce critère de l'abus de confiance par les points 3 à 5 ci-dessus.

71. Ainsi, bien que l'obtention ou la recherche d'un bénéfice personnel ou dérivé permet de conclure à la commission de l'infraction d'abus de confiance prévue à l'article 122 du *Code criminel*, l'obtention ou la recherche d'un bénéfice personnel ou dérivé n'est cependant plus nécessaire pour que l'infraction soit consommée :

« Comme pour toute infraction, la *mens rea* s'infère des circonstances. La tentative de l'accusé de camoufler ses actions peut souvent indiquer une intention illicite (*Arnoldi*) et l'obtention d'un avantage personnel substantiel, que l'accusé a agi dans son propre

⁴⁴ R. c. *Perreault*, [1992] RJQ 1829.

intérêt plutôt que dans celui du public. Cependant, un avantage obtenu par un fonctionnaire ne permet pas nécessairement de conclure à l'existence d'une intention coupable. L'exercice légitime d'un pouvoir public par un fonctionnaire confère souvent des avantages indirects. [...] Par contre, l'infraction peut être établie lorsqu'il n'est pas question d'avantage personnel⁴⁵. » [Nous soulignons.]

72. Récemment, notre Cour d'appel, dans l'arrêt *Boudreault*, rappelle sans ambiguïté que le bénéfice ne constitue plus un élément essentiel de l'infraction prévue à l'article 122 C.cr. bien que l'absence de bénéfice participe au contexte dont peut tenir compte le juge saisi de la question :

« Comme mentionné, la juge consacre une grande partie de son analyse au comportement de Tremblay en regard des éléments constitutifs de l'infraction. Elle cite abondamment l'arrêt *Perreault c. La Reine*, [1992] R.J.Q. 1829 et elle se questionne sur la preuve d'un bénéfice direct ou indirect de quelque nature de la part de Tremblay. Le ministère public plaide, à bon droit, que suivant l'arrêt R. c. Boulanger, 2006 CSC 32, l'infraction d'abus de confiance par un fonctionnaire n'exige pas la preuve d'un tel bénéfice. Toutefois, la juge ne se limite pas à ce seul élément et suit plutôt avec précision les enseignements de ce dernier arrêt. Elle n'exige pas la démonstration d'un bénéfice, mais en constate l'absence, ce qui participe au contexte⁴⁶. » [Nous soulignons.]

73. Ainsi, il n'est plus nécessaire de faire la preuve hors de tout doute raisonnable de la recherche d'un bénéfice personnel par le fonctionnaire public. Cependant, si l'enquête policière permet de démontrer que ce fut le cas, la preuve du ministère public en sera certainement facilitée.
74. En effet, le quatrième critère de l'arrêt *Boulanger* est bien souvent le plus déterminant et le moins évident. La question des *fins autres que l'intérêt public* devra être évaluée au cas par cas.

⁴⁵ R. c. *Boulanger*, précité, 43, paragr. 57 *in fine*.

⁴⁶ R. c. *Boudreault*, [2017 QCCA 581](#), paragr. 15. La décision date du 31 mars 2017.

75. Nous avons cependant certaines réserves quant à l'approche voulant que toute communication d'information confidentielle par un fonctionnaire public à l'intention d'un journaliste soit *nécessairement* faite dans l'intérêt public.
76. Certes, il existe des cas où un sonneur d'alarme peut vouloir alerter l'opinion publique relativement à une situation qu'il désire dénoncer. Le cas du scandale des commandites est bien connu, mais n'est malheureusement pas le seul cas de figure.
77. Les motifs pour lesquels l'information serait donnée à un journaliste peuvent à notre avis être déterminants. Bien que le ministère public n'a pas à faire la preuve du mobile, mais bien de l'élément mental de l'infraction, celui-ci, s'il est connu, peut permettre de déterminer la *mens rea*.
78. À titre d'exemple, est-ce que l'information est donnée dans le but de nuire à une autre personne avec laquelle le dénonciateur a un conflit personnel? A-t-elle pour but de favoriser l'avancement professionnel d'une personne au détriment d'une autre? Vise-t-elle à tenter de mettre de la pression sur une personne qui a un pouvoir discrétionnaire dans le but qu'elle l'exerce dans un sens donné? Risque-t-elle de mettre en danger des personnes?
79. Cette liste n'est certainement pas exhaustive, mais elle peut permettre d'évaluer les véritables intentions de la personne donnant de l'information en contravention d'une obligation de confidentialité et de déterminer si les fins autres que l'intérêt public étaient poursuivies, cette preuve étant le plus souvent circonstancielle⁴⁷.
80. Par ailleurs, même si la communication d'une information confidentielle à un journaliste dans un cas donné pourrait ne pas constituer un abus de confiance par un fonctionnaire public, il n'est pas exclu que le moyen utilisé pour accéder à cette information puisse constituer une infraction criminelle.

⁴⁷ Brière c. La Reine, [2017 QCCA 1106](#), paragr. 22.

L'entrave à la justice (art. 139 C.cr.)

81. L'article 139 C.cr. crée pour ainsi dire deux infractions. La première est celle très précise, prévue au premier paragraphe, qui interdit d'entraver, de détourner ou de contrecarrer le cours de la justice dans une procédure judiciaire en indemnisant ou en convenant d'indemniser une caution ou, étant caution, en acceptant ou convenant d'accepter des honoraires ou toute forme d'indemnité.
82. Le deuxième paragraphe crée l'infraction plus générale d'entrave à la justice. Le troisième paragraphe énonce des exemples de l'application du deuxième paragraphe. Cette liste n'est pas exhaustive. Suivant la preuve qui a été faite lors des audiences, l'infraction créée par ce deuxième paragraphe est celle à laquelle réfèrent les témoins.
83. Le paragraphe 139(2) se lit :
- « Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de dix ans quiconque volontairement tente de quelque manière, autre qu'une manière visée au paragraphe (1), d'entraver, de détourner ou de contrecarrer le cours de la justice. »
84. Pour qu'un accusé soit reconnu coupable en vertu du paragraphe 139(2), la poursuite doit prouver qu'il a posé un geste qui tend à entraver, détourner ou contrecarrer le cours de la justice (*actus reus*) avec l'intention spécifique de le faire (*mens rea*)⁴⁸.
85. L'acte matériel de l'infraction consiste à poser quelque geste (action positive) ou à omettre quelque obligation légale (omission alors qu'on a l'obligation d'agir) qui entrave, détourne ou contrecarre le cours de la justice. L'*actus reus* est précisé dans l'arrêt *Beaudry*⁴⁹, où le juge Charron écrit pour la majorité que l'acte doit « tend[re] à contrecarrer ou à entraver le cours de la justice ».

⁴⁸ R. c. *Graham* (1985), 20 CCC (3d) 257 (C.A. Ont.), conf. par [\[1988\] 1 R.C.S. 214](#), R. c. *Charbonneau*, [1992 CanLII 2979 \(QC CA\)](#), p.13-14 et *Moreau c. La Reine*, [2000 CanLII 29884 \(QCCA\)](#), paragr. 1.

⁴⁹ R. c. *Beaudry*, [2007 CSC 5](#), paragr. 52.

86. Bien que le libellé de l'infraction parle de « tenter », le texte de l'art. 139 C.cr. crée une infraction substantive⁵⁰. Il s'agit d'une infraction inchoative et la réussite n'est pas un élément essentiel de l'infraction⁵¹.
87. Il n'est pas pertinent que la tentative d'entrave ait été impossible à réaliser dans les faits⁵². La notion d'entrave n'équivaut pas non plus à celle d'empêchement complet. À titre d'exemple, à l'article 129 C.cr. qui prévoit l'entrave à un agent de la paix, il n'est pas nécessaire pour entraver l'agent de la paix de prouver que celui-ci a été empêché d'exécuter ses fonctions – le seul fait de gêner l'accomplissement, d'imposer des obstacles pour frustrer ou empêcher un acte ou un service suffit⁵³. Il n'est pas non plus nécessaire d'utiliser une menace ou quelque violence, ni encore de laisser miroiter une contrepartie au témoin, juré, juge, poursuivant, agent de la paix, etc.⁵⁴.
88. Quant à l'élément mental de l'infraction, le poursuivant doit prouver, hors de tout doute raisonnable, l'intention spécifique de l'accusé d'entraver, de détourner ou de contrecarrer le cours de la justice. Ce fardeau est habituellement rencontré en inférant l'intention à partir des gestes de l'accusé. Cette inférence de fait passe normalement par la maxime selon laquelle une personne désire les conséquences naturelles de ses actes.
89. Cette infraction peut être commise au stade de l'enquête pouvant donner lieu à une poursuite judiciaire ou quasi judiciaire. L'enquête peut s'entendre ici d'une enquête policière ou de celle de toute autre force investigatrice chargée par la loi d'enquêter sur les faits avant qu'une dénonciation ne soit déposée ou une autre procédure judiciaire entamée (par exemple : le syndic du Barreau) :

« Les procédures d'une cour, ou celles de la plupart des tribunaux administratifs, commencent presque invariablement par une enquête. L'enquête sert à déterminer s'il y a eu perpétration d'un crime

⁵⁰ *R. c. Graham*, précité, note 48.

⁵¹ *R. c. Deragon*, [2003 CanLII 41273 \(QC CA\)](#).

⁵² *R. c. Hearn*, [1989 CanLII 3938 \(NL C.A.\)](#), conf. par [\[1989\] 2 R.C.S. 1180](#); voir aussi *R. c. Dufresne*, [2017 QCCQ 4688](#) où un accusé offre de l'argent à une personne pour qu'elle ne porte pas plainte, pensant qu'elle était une de ses victimes, mais alors qu'elle n'était pas reliée aux événements.

⁵³ *R. c. Quinones*, [2012 BCCA 94](#), dans le cadre de l'article 129 C.cr.

⁵⁴ *R. c. S.B.*, [2013 QCCQ 3525](#), paragr. 60 et 75.

ou d'une injustice. C'est la première étape essentielle de toute procédure judiciaire ou quasi judiciaire qui peut donner lieu à une poursuite. Dans le cours normal des choses, celui qui détourne le cours d'une enquête se trouve aussi à détourner le cours de la justice. Il ne fait aucun doute, par exemple, que la personne qui ment à la police chargée d'enquêter sur un accident d'automobile quant à l'identité du conducteur, se trouve, par ce mensonge, à détourner le cours de la justice. De même, il ne fait aucun doute que la personne qui ment à un inspecteur de la sécurité au sujet de l'état d'un chantier, et qui lui en cache ainsi les dangers, se trouve, par ce mensonge, à détourner le cours de la justice. Il s'ensuit que le fait de tromper intentionnellement au cours de cette première étape de l'enquête a autant l'effet de détourner le cours de la justice que verser un pot-de-vin à un témoin pour l'inciter à modifier sa déposition au procès. La seule différence tient au fait que, dans le premier exemple, le crime est perpétré dès le début des procédures alors que, dans le deuxième exemple, il est perpétré vers la fin⁵⁵. »

90. En somme, l'infraction d'entrave à la justice englobe les gestes volontairement posés qui peuvent tendre à entraver le cours de la justice. Bien que cette infraction soit souvent commise par des manœuvres pour éviter qu'une personne témoigne, il ne s'agit pas de l'unique cas de figure. Chaque situation devra être évaluée selon les faits particuliers de l'affaire, dont l'impact possible des gestes posés sur une enquête criminelle ou une procédure judiciaire ainsi que l'intention de leur auteur.

PARTIE 4 – LES AUTORISATIONS JUDICIAIRES

91. Tel que nous l'avons vu précédemment, une allégation d'infraction criminelle visant un agent de la paix découlant d'une dénonciation par un tiers ou de la découverte par les policiers eux-mêmes d'éléments permettant de soutenir une telle allégation entraîne une obligation de faire enquête. Pour ce faire, de nombreuses techniques d'enquête peuvent être déployées, de la banale rencontre de témoins jusqu'à l'interception de communications privées.
92. Les audiences de la Commission ont permis de faire le tour de celles qui ont été employées dans des dossiers spécifiques. Encore une fois, nous estimons qu'il

⁵⁵ *R. c. Wijesinha*, [1995] 3 R.C.S. 422, paragr. 27 et 34, réitéré dans *Couture c. La Reine*, 2012 QCCA 243.

n'est pas de notre ressort de nous prononcer sur leur légalité ou sur l'opportunité d'y recourir dans ces cas précis.

93. Lors de la présentation du DPCP, nous avons longuement traité des différentes autorisations judiciaires et de leurs prérequis. Nous ne referons évidemment pas cet exercice. Nous désirons cependant revenir brièvement sur les obligations de l'affiant lors de la présentation d'une demande d'autorisation judiciaire présentée *ex parte*.
94. De par leur nature, les demandes d'autorisations judiciaires permettant de recueillir des éléments de preuve dans le cadre d'une enquête sur des infractions criminelles doivent se dérouler *ex parte*. Il va sans dire que les moyens d'enquête qui en découleront perdraient de leur efficacité s'ils étaient connus des personnes faisant l'objet d'une enquête.
95. Le passage suivant de l'arrêt *Araujo* est largement cité quant aux obligations de l'affiant lorsqu'il présente une demande *ex parte* :

« D'un point de vue pratique et afin de tirer des enseignements pour l'avenir, il faut se demander quel genre d'affidavit la police devrait présenter à l'appui d'une demande d'autorisation d'écoute électronique. Quiconque demande une autorisation *ex parte* a l'obligation juridique d'exposer de manière complète et sincère les faits considérés:[...]. Tant que l'affidavit satisfait à la norme juridique applicable, il n'est pas nécessaire qu'il soit aussi long qu'À la recherche du temps perdu, aussi sémillant que le Kama Sutra ni aussi détaillé qu'un guide de réparation d'automobiles. Il doit simplement énoncer les faits de manière complète et sincère pour que le juge saisi de la demande d'autorisation puisse déterminer s'ils remplissent le critère juridique applicable et justifient l'autorisation. Idéalement, il devrait non seulement être complet et sincère, mais aussi clair et concis. Nul besoin de faire état par le menu de l'enquête policière menée jusqu'alors, depuis des mois ou même des années⁵⁶. [références omises] »

96. Bien que cette décision ait été rendue en matière d'écoute électronique, les obligations de l'affiant ne sont pas moindres pour les autres types d'autorisations

⁵⁶ R. c. *Araujo*, [2000 CSC 65](#), paragr. 46. Voir également R. v. *Ebanks*, précité, note 41.

judiciaires prévues au *Code criminel*, par exemple, lors d'une demande de mandat de perquisition :

« [...] Lorsqu'il demande une autorisation ex parte, comme dans le cas d'un mandat de perquisition, un policier — en fait, tout dénonciateur — doit faire particulièrement attention de ne pas faire un tri des faits pertinents dans le but d'obtenir le résultat souhaité. Le dénonciateur est tenu de présenter tous les faits pertinents, favorables ou non. Il peut omettre des détails non pertinents ou sans importance au nom de l'objectif louable de la concision, mais il ne peut pas taire des faits essentiels. Le policier dénonciateur doit donc éviter de présenter un exposé incomplet des faits connus et veiller à ne pas orienter le juge vers une inférence ou une conclusion à laquelle ce dernier ne serait pas parvenu si les faits omis lui avaient été divulgués⁵⁷. »

97. L'affiant doit donc faire état des éléments appuyant sa thèse et de ceux qui, au contraire, la remettent en question. Il s'agirait donc d'une erreur importante, à notre avis, que de reprocher à un affiant d'avoir mentionné des faits qui ne prouvent pas la commission de l'infraction faisant l'objet de l'enquête.
98. Par ailleurs, les motifs soutenant la demande d'autorisation judiciaire doivent être évalués dans leur ensemble. Chaque allégué, pris isolément, n'est pas tenu de démontrer des motifs raisonnables et probables. C'est la somme de ces motifs qui doit être de nature à convaincre le juge autorisateur. Autrement dit, reprendre chacun des allégués d'un affidavit, pour ensuite demander à l'affiant en quoi cet allégué précis démontre la commission d'une infraction ne saurait être concluant.
99. Rappelons qu'une autorisation judiciaire est un moyen d'enquête. L'enquête permet de faire la lumière sur une situation donnée et peut permettre d'arriver à la conclusion qu'aucune infraction criminelle n'a été commise.
100. Ce faisant, on ne saurait reprocher au policier d'avoir investigué des faits disculpatoires. Le faire reviendrait à dire qu'un policier doit orienter son enquête, trouver une infraction où il n'y en a pas et pire, trouver un coupable à tout prix.

⁵⁷ R. c. *Morelli*, [2010 CSC 8](#), paragr. 58.

101. La véritable question en est une en droit : est-ce que l'autorisation judiciaire a été valablement émise, sur la base d'une preuve suffisante selon les critères propres à cette autorisation, alors que le juge autorisateur avait devant lui les faits pertinents?
102. Le résultat probant ou non de l'exécution de l'autorisation n'est également pas pertinent à cette évaluation. Le fait, par exemple, que des stupéfiants sont trouvés en grande quantité dans une maison d'habitation ne pourrait pallier à une demande n'établissant pas des motifs raisonnables et probables de croire qu'une infraction a été commise et qu'une preuve pertinente à cette infraction se trouve en ce lieu⁵⁸. À l'inverse, si la perquisition ne donne les résultats espérés et qu'aucune preuve n'est trouvée, on ne peut en inférer que les motifs étaient insuffisants.

Le respect des privilèges lors d'une demande d'autorisation judiciaire

103. Intrinsèquement et par la force des choses, les autorisations judiciaires sont intrusives. Nul ne peut le nier. Cependant, la portée de cette intrusion sera très variable suivant, notamment, la nature des éléments de preuve recherchés ou le lieu où ils le sont.
104. Par exemple, l'expectative de vie privée à l'égard d'un dossier médical est indéniable. Or, cette atteinte raisonnablement très forte n'implique pas qu'il soit à l'abri de toute saisie. Selon les circonstances, une ordonnance de communication pourra être valablement émise, et ce, sans que la personne concernée par le dossier ne reçoive d'avis préalable même si le secret professionnel est à son bénéfice. Les professionnels ayant participé à la confection du rapport ne seront pas non plus avisés.
105. Évidemment, l'ordonnance prononcée devrait être raisonnablement limitée. À titre d'illustration, dans le cas d'une enquête sur une collision automobile mortelle, l'ordonnance recherchant l'obtention des dossiers médicaux du suspect et de la victime sera limitée à ce qui concerne les interventions médicales entourant cet

⁵⁸ *R. c. Garofoli*, [1990] 2 R.C.S. 1421, p. 1457.

événement, sous réserve de motifs supplémentaires. Pour ce faire, le juge autorisateur peut inclure des clauses de minimisation⁵⁹.

106. Ces clauses de minimisation sont variées et s'adaptent aux intérêts que l'on veut protéger. Il peut s'agir de limiter la période visée par une ordonnance de communication, de prévoir un protocole de fouille d'un ordinateur⁶⁰ ou de prévoir l'écoute en direct des communications interceptées afin de cesser l'enregistrement dans certaines circonstances.

107. Cependant, même le secret professionnel avocat-client, qui est pourtant un privilège générique contrairement au privilège qui peut s'appliquer au cas par cas aux sources journalistiques, n'empêche pas l'écoute en différé des conversations lorsque l'avocat ne se trouve pas dans un lieu où le secret est raisonnablement susceptible d'être soulevé, soit son bureau et son domicile :

« Il va de soi, comme l'écrit la juge Huddart, que l'écoute en direct serait nécessaire dans l'hypothèse où toute conversation d'un avocat, même inconnu, serait couverte par le paragraphe 186 (2) C.cr. En effet, l'équipement qui enregistre les conversations d'une cible selon les lieux et les numéros de téléphone indiqués dans l'autorisation ne peut identifier tous les appareils téléphoniques qu'un avocat est susceptible d'utiliser pour communiquer avec une cible. Or, ce n'est pas ce que la loi exige, d'autant que toute conversation d'un avocat inconnu, quel qu'en soit le lieu, serait protégée, ce qui lui conférerait un droit que n'a aucun autre citoyen. Ce ne sont pas les droits de l'avocat qui sont protégés, mais bien ceux du client, qui jouit de la protection du secret professionnel. Enfin, cette pratique serait incompatible avec un minimum d'efficacité et d'utilisation rationnelle des ressources⁶¹. »

⁵⁹ *R. c. Thompson*, [\[1990\] 2 R.C.S. 1111](#).

⁶⁰ La Cour suprême dans l'arrêt *R. c. Vu*, [2013 CSC 60](#) au paragraphe 25, dans le contexte de la fouille d'un ordinateur pour lequel une personne jouit d'expectative importante en matière de vie privée indiquait ce qui suit : « Bien que je conclue que les policiers devaient obtenir une autorisation expresse préalable avant de pouvoir fouiller les appareils trouvés dans la résidence de l'appelant, je ne puis accepter les observations de l'un des intervenants selon lesquelles le juge de paix saisi de la demande d'autorisation était tenu, dans le présent cas, d'imposer à l'avance un protocole de perquisition assorti de conditions limitant la façon de procéder à la fouille. Quoique de telles conditions puissent convenir dans certains cas, elles ne sont pas, en règle générale, requises par la Constitution et, à mon sens, elles n'étaient pas nécessaires en l'espèce. » [Nous soulignons.]

⁶¹ *Pasquin c. La Reine*, [2014 QCCA 786](#), paragr. 50.

108. L'ampleur du risque que l'autorisation judiciaire recherchée permette la prise de connaissance de renseignements privilégiés doit donc aussi être considérée.

109. La Cour suprême rappelait en 2016 dans l'arrêt *Lizotte c. Aviva, Compagnie d'assurance du Canada*, la différence entre un privilège générique et un privilège circonstancié ou au cas par cas :

« Notre droit reconnaît deux types de privilèges : les privilèges génériques et les privilèges reconnus au cas par cas. Un privilège générique comporte une présomption de non-divulgateur une fois que ses conditions d'application sont établies. Il se veut « plus rigide qu'un privilège reconnu au cas par cas », de sorte qu'il « n'est pas possible de le redéfinir aussi librement pour l'adapter aux circonstances » : R. c. *National Post*, 2010 CSC 16 (CanLII), [2010] 1 R.C.S. 477, par. 46. À l'opposé, un « privilège reconnu au cas par cas », comme son nom l'indique, « peut être absolu ou partiel et sa portée dépend, comme son existence même, d'une analyse effectuée au cas par cas » (*National Post*, par. 52). On y applique le « test de Wigmore », composé de quatre volets, dont le dernier est un test de mise en balance des intérêts en cause[...] »⁶²

110. Finalement, quant à la question du respect des privilèges lors d'une demande d'autorisation *ex parte* demeure celle de l'avis à la personne intéressée. Dans certains cas, l'avis peut représenter une clause de minimisation appropriée. Nous ne pouvons cependant convenir qu'un avis préalable à l'exécution de l'autorisation doit toujours être imposé.

111. En effet, l'avis au journaliste ne pose pas de problème s'il peut être donné sans nuire à l'enquête qui est en cours. Par contre, lorsqu'une autorisation judiciaire doit être exécutée de façon secrète pour être efficace, l'envoi d'un avis pourrait compromettre l'enquête. Dans ce cas, un avis postérieur à l'exécution de l'autorisation judiciaire, dans un délai que le juge estime indiqué dans les circonstances, serait préférable.

112. Par exemple, un tel avis est prévu à l'article 487.01(5.1) C.cr. s'appliquant lorsqu'un juge autorise l'exécution secrète d'une perquisition. Ce délai peut être prolongé si le juge est convaincu, par l'affidavit appuyant la demande de

⁶² *Lizotte c. Aviva, Compagnie d'assurance du Canada*, [2016 CSC 52](#), paragr. 32.

prolongation, que les intérêts de la justice justifient la prolongation conformément à l'article 487.01(5.2) C.cr.

L'autorisation d'intercepter des communications privées – quelques précisions

113. Une communication est privée si elle est faite « dans des circonstances telles que son auteur peut raisonnablement s'attendre à ce qu'elle ne soit pas interceptée par un tiers »⁶³.
114. L'attente raisonnable en matière de vie privée liée à ces conversations étant nécessairement importante, une grande protection leur est accordée. Ce n'est donc que dans le respect de critères stricts que l'État pourra intercepter des communications privées. La partie XI du *Code criminel* et la jurisprudence forment un corpus complexe de règles dont certaines ont été invoquées lors des audiences de la Commission.
115. Dans la présente partie, nous ne pourrons évidemment faire état de toutes les particularités des demandes d'autorisations d'intercepter des communications privées. Certaines précisions pourraient cependant s'avérer utiles.
116. Une demande d'autorisation d'intercepter des communications privées ne peut être faite que pour les infractions prévues à l'article 183 C.cr. Les communications interceptées légalement pourront cependant être admises en preuve pour démontrer la commission d'autres infractions qui n'étaient pas spécifiées à l'autorisation, mais qui ont été révélées par son exécution⁶⁴.
117. La demande doit être accompagnée d'un affidavit d'un agent de la paix pouvant être fait sur la foi de renseignements tenus pour véridiques et indiquant les informations prévues à l'article 185(1) C.cr., aux paragraphes c) à h). Soulignons particulièrement le paragraphe e) :

« e) les noms, adresses et professions, s'ils sont connus, de toutes les personnes dont les communications privées devraient être interceptées du fait qu'on a des motifs raisonnables de croire que

⁶³ R. c. *Robillard*, [2000 CanLII 6756](#) (QC C.A.), paragr. 42.

⁶⁴ R. c. *Commisso*, [\[1983\] 2 R.C.S. 121](#).

cette interception pourra être utile à l'enquête relative à l'infraction et une description générale de la nature et de la situation du lieu, s'il est connu, où l'on propose d'intercepter des communications privées et une description générale de la façon dont on se propose de procéder à cette interception; » [Nous soulignons.]

118. De ce passage découle une notion ayant été abordée lors des audiences de la Commission soit celle de la *personne connue*. La Cour suprême précisait le critère applicable dans l'arrêt *Chesson*⁶⁵ et maintes fois repris depuis.

119. Une personne, dont l'identité est connue de l'affiant au moment de la demande d'intercepter des communications privées, doit y être nommée lorsque les conversations de celle-ci pourraient être utiles à l'enquête⁶⁶. Le seuil d'application de ce critère n'est pas élevé :

« [...] The treshold for naming a party as known party is a low one. The police need not have reasonable and probable grounds to believe that the party is involved in the commission of an offence. Rather, it is sufficient if police know the identity of the party and have reasonable and probable grounds to believe that interception of that party's communication may assist in the investigation of an offence⁶⁷ (référence omise) ».

120. Il n'est pas nécessaire que les policiers aient l'intention de mettre la ligne téléphonique de la personne connue, qui pourrait être utile à l'enquête directement, sous écoute. Si elle est connue au sens de *Chesson* et qu'elle risque donc de voir ses conversations interceptées alors qu'elle parle à une cible dont la ligne est sous écoute, elle doit être mentionnée à l'autorisation.

121. La Cour d'appel de l'Ontario, dans l'arrêt *Mahal*, s'exprimait ainsi relativement au niveau de précision requis de l'affiant quant au critère de l'utilité pour l'enquête :

« The investigative assistance component in s. 185(1)(e) does not require that investigators determine (in advance) precisely how the "known" persons' communications may assist in the investigation. Investigative omniscience or clairvoyance is unnecessary. It is

⁶⁵ *R. c. Chesson*, [1988] 2 R.C.S. 148.

⁶⁶ *Id.*, paragr. 9 et 22.

⁶⁷ *R. v. Schreinert*, 2002 CanLII 44932 (ON C.A.), paragr. 43. Voir, au même effet, *R. v. Nugent*, 2005 CanLII 790 (ON C.A.), *Drouin c. La Reine*, 2015 QCCS 1284, *R. c. Pépin*, 2007 QCCQ 6030 et *Vinet c. La Reine*, 2012 QCCQ 3714.

enough that investigators have identified the person, and from the available evidence, have reasonable and probable grounds to believe that interception of his or her private communications may assist in their investigation: Schreinert, at para. 45.⁶⁸ »

122. Il n'est pas nécessaire que la personne connue soit suspectée de participer aux infractions enquêtées si, par ailleurs, ses conversations pourraient être utiles à l'enquête :

« 84 There is, however, one aspect of Part IV.1 which has given me some concern. It seems clear that, unlike Title III, the private communications of a known person may be the subject of an authorization even though that person is not believed to be involved in the commission of the offence, provided that there are reasonable grounds to believe that the interception of the private communications of that person will assist in the investigation of an offence, e.g., a car rental agency from whom a suspect rents cars to transport drugs. The target of the interception might be entirely innocent but it will assist the police to know when a suspect is renting a car, and he may not use his own telephone to make the necessary arrangements. However, a conventional search warrant may be granted under s. 443 of the Code to search the premises of an innocent third person if the requirements for the granting of the warrant are satisfied. Despite the intrusiveness of the interception of private conversations, I am unable to say that this particular feature of Part IV.1 renders it unconstitutional. The conditions imposed by s. 178.13 must, of course, be satisfied before such an authorization is granted and the judge before whom the application is made would be warranted in requiring the prosecution to make out a strong case for the granting of an authorization to intercept the private communications of a person who is not suspected of being involved in the offence. The authorizing judge might under s. 178.13(2)(d) also impose a condition that in those circumstances the recording device be live-monitored to prevent the recording of irrelevant conversations⁶⁹. »

123. En résumé, ce n'est pas parce qu'une personne est nommée comme une personne connue dans une autorisation d'écoute électronique qu'elle est visée par l'enquête et encore moins qu'elle est suspectée d'avoir commis une infraction

⁶⁸ *R. v. Mahal*, [2012 ONCA 673](#), paragr. 72, cité dans *R. c. Mirarchi*, [2016 QCCS 2530](#).

⁶⁹ *R. v. Finlay and Grellette*, [1985 CanLII 117 \(ON C.A.\)](#), permission d'en appeler refusée, [1986] 1 R.C.S. ix, paragr. 84, cité dans *R. c. Mirarchi*, précité, note 68, où le juge Stober, j.c.s., en vient à la même conclusion.

criminelle. C'est l'utilité que pourraient avoir ses communications dans l'enquête qui est déterminante.

124. L'interception de communications de personnes inconnues à l'enquête devra également être prévue à l'autorisation dans ce qui est communément appelé des clauses omnibus (*basket*).
125. Les lieux connus, où les communications privées pourront être interceptées, doivent également être énumérés et peuvent être complétés par des clauses omnibus pour les lieux inconnus au moment de la demande d'autorisation. Pour ces fins, un téléphone est assimilé à un lieu.
126. Les moyens d'intercepter des communications privées sont également énoncés à l'autorisation. L'écoute d'une ligne téléphonique est le premier moyen qui vient à l'esprit, mais l'utilisation de dispositifs électromagnétiques, acoustiques, mécaniques ou autres est généralement autorisée. Sans dévoiler de grands secrets, l'on peut par exemple penser à l'utilisation d'un mouchard (*bug*) pour capter une conversation tenue dans un lieu entre deux personnes.

L'autorisation d'intercepter des communications privées dans le dossier *Escouade/Espion* – quelques précisions

127. Le sergent-détective Normand Borduas a témoigné de sa compréhension de ce que permettait l'autorisation d'intercepter des communications privées dans le dossier *Escouade/Espion*. Au fil des contre-interrogatoires, il ne nous apparaît pas exclu qu'une certaine confusion ait pu subsister.
128. Nous désirons donc porter à l'attention des commissaires notre interprétation de cette autorisation. Nous sommes évidemment conscients qu'il n'est pas du mandat de la Commission de se prononcer sur la légalité de l'autorisation. Nous avons également à l'esprit qu'une grande partie des faits portés à la connaissance du juge autorisateur n'a pas été mise en preuve lors des auditions en raison des enjeux soulevés par la judiciarisation du volet *Escouade*. Nous espérons cependant que les quelques observations suivantes pourront être pertinentes à la réalisation du mandat de la Commission.

129. Les personnes connues au sens de l'arrêt *Chesson* sont énumérées au paragraphe 3a) de l'autorisation.
130. Les clauses omnibus, concernant les personnes inconnues au moment de l'autorisation, se retrouvent aux paragraphes 3b) à e). L'on constate que ces personnes inconnues doivent avoir un lien direct avec Fayçal Djelidi ou le policier nommé au paragraphe 3a)ii) dont l'identité n'est pas ici pertinente.
131. Les lieux connus où l'interception de communications privées pourra être faite se retrouvent au paragraphe 4a) tandis que les lieux inconnus sont énumérés aux paragraphes 4b) à h). Encore une fois, l'on constate que ces personnes inconnues doivent avoir un lien direct avec Fayçal Djelidi ou le policier nommé au paragraphe 3a)ii)⁷⁰.
132. Les personnes visées par l'autorisation judiciaire sont donc Fayçal Djelidi et l'autre policier.
133. Patrick Lagacé et Vincent Larouche étaient ainsi des *personnes connues* dont les noms devaient apparaître à l'autorisation, mais ils n'étaient pas des personnes visées ou des cibles. Ils ne sont suspectés de la commission d'aucune infraction criminelle. Cependant puisque leurs conversations avec les policiers, faisant l'objet de l'enquête, pouvaient être *utiles à celle-ci*, les deux journalistes devaient être nommés à la demande.
134. Différentes clauses de minimisation sont prévues au paragraphe 6 de l'autorisation. Celle qui nous intéresse est celle prévue à l'article 6a). Elle est, de fait, composée en deux parties :

⁷⁰ Nous n'insistons pas sur l'interception des communications de personnes inconnues avec les trois agents d'infiltration qui ont évidemment consenti.

1. Les communications privées de Patrick Lagacé ou de Vincent Larouche ne pourront être interceptées que si elles ont lieu avec une des personnes mentionnées au paragraphe 3a)i et ii) lorsque ces dernières utiliseront les lignes téléphoniques des lieux ou radiotéléphones auxquels elles sont liées;

OU

2. Alors que Patrick Lacagé ou Vincent Larouche se trouvera en présence d'une des personnes mentionnées au paragraphe 3a)i) et ii).

135. La première partie prévoit l'interception de conversations téléphoniques tandis que la deuxième partie prévoit l'interception de communications privées en personne, qui pourraient être écoutées à l'aide d'un dispositif prévu au paragraphe 5, par exemple un mouchard.

136. La clause 6a) exclut donc l'interception de communications privées de Patrick Lagacé ou Vincent Larouche entre eux ou avec d'autres personnes. Ce n'est que dans l'éventualité où il y aurait eu des conversations avec l'un ou l'autre des deux policiers ciblés, alors que les policiers utilisent les lignes décrites, que les conversations auraient pu être écoutées.

137. Nous savons maintenant qu'aucune communication privée de Patrick Lagacé ou Vincent Larouche n'a été interceptée.

Journalistes visés par des demandes d'autorisations judiciaires – quelques observations

138. Tel que le mentionnait la Cour suprême dans l'arrêt *National Post* :

« [40] La reconnaissance d'une telle immunité « constitutionnelle » suscite des objections convaincantes. Comme l'a récemment souligné la Cour dans *Grant c. Torstar Corp.*, 2009 CSC 61 (CanLII), [2009] 3 R.C.S. 640, la protection accordée à la liberté d'expression ne se limite pas aux « médias traditionnels », mais elle est accordée à « chacun » (aux termes de l'al. 2b) de la Charte), soit à quiconque décide d'exercer sa liberté d'expression sur des questions d'intérêt public, que ce soit en bloguant ou en microbloguant, en criant les « nouvelles » aux passants ou en publiant un article dans un journal national. Conférer une immunité constitutionnelle aux interactions entre un groupe de rédacteurs et d'orateurs aussi hétérogène et mal défini et toute « source » que ces derniers estiment digne d'une promesse de confidentialité, assortie des conditions qu'ils

déterminent (ou, comme en l'espèce, modifient rétrospectivement), aurait pour effet de miner considérablement l'application de la loi et d'autres valeurs constitutionnelles, comme le respect de la vie privée."

[41] Le droit doit offrir une solide protection contre la divulgation forcée de l'identité des sources secrètes dans les situations qui le requièrent, mais l'histoire du journalisme au pays démontre que l'objectif de l'al. 2b) peut être atteint sans qu'il soit nécessaire de reconnaître implicitement une immunité constitutionnelle. Ainsi, une ordonnance judiciaire visant à forcer la divulgation d'une source secrète ne va généralement pas à l'encontre de l'al. 2b). Par conséquent, point n'est besoin, pour trancher cet aspect du pourvoi, d'examiner la question de la justification au sens de l'article premier.⁷¹ » [Nous soulignons.]

139. Ainsi, la définition du terme « journaliste » n'est pas sans défis. En l'absence d'une définition claire, l'exercice d'application de toute règle de droit comporte nécessairement une certaine part d'évaluation subjective. Certains cas seront plus clairs (par exemple, le journaliste faisant des enquêtes dans l'un des grands médias généralement reconnus) d'autres beaucoup moins (par exemple, le blogueur qui peut être professionnel ou non, faire enquête à l'aide de sources confidentielles ou faire de la pure chronique d'opinion, etc.).

140. L'absence d'un ordre professionnel encadrant la pratique journalistique et identifiant clairement ses membres pose également des difficultés pratiques. À titre d'illustration, il est facile pour un policier de savoir si une personne est un avocat et quelle est sa place d'affaires aux fins de l'application de la procédure prévue pour l'autorisation d'intercepter des communications susceptibles d'être couvertes par le secret avocat-client (art. 186(2) et (3) C.cr.). Il lui suffit d'aller sur le site Internet du Barreau du Québec. Or, aucun registre équivalent n'existe pour les journalistes.

141. Soulignons également le passage suivant de l'arrêt *Vice* de la Cour d'appel de l'Ontario :

« [22] None of these arguments is persuasive. While no doubt additional considerations come into play with a media target, I do not

⁷¹ R. c. *National Post*, [2010 CSC 16](#), paragr. 40-41.

see how they make a reasonableness assessment more difficult, or less appropriate. I agree, if the media is the subject of an order, important constitutional rights are at stake and negative effects may flow from improvidently granting the order. The rights at stake when the warrant targets the media cannot, however, be characterized as more worthy of judicial protection than the s. 8 rights routinely engaged on motions to quash search warrants executed at homes and other locations where privacy interests are extremely high.

[23] Finally, the ex parte nature of the initial proceeding is common to all applications for warrants and production orders. The negative impact of the ex parte proceeding is countered by the media's right to move to revoke the warrant or production order before they turn the material over to the police: s. 487.0193(1). The media is entitled to place additional material before the reviewing judge to be considered in determining whether the warrant or production order should have issued. Practically speaking, the more significant the material placed before the reviewing judge, the more the review will take on the appearance of a de novo assessment of the merits. Under the established procedures, the media has a full opportunity to put forward its case against the production order before the police access the material.⁷² »

142. Il est important de souligner que la Cour d'appel de l'Ontario était saisie d'une contestation par Vice Media d'une ordonnance de communication visant du matériel créé ou utilisé par un journaliste pour découvrir et rapporter la nouvelle. Cette ordonnance de communication n'était pas exécutée de façon secrète.

CONCLUSION

143. Il a été question lors des travaux de la Commission de l'impact possible sur le déroulement d'enquêtes criminelles de la fuite d'informations confidentielles à des journalistes. Les représentants des corps policiers reviendront sûrement sur cette question.

144. Nous vous soumettons respectueusement que la divulgation d'informations confidentielles à des journalistes et leur publication comportent également un risque d'impacts négatifs sur le déroulement des procédures judiciaires. Il en va

⁷² *R. v. Vice Media Canada Inc.*, [2017 ONCA 231](#), paragr. 22 et 23, demande d'autorisation d'appel déposée à la Cour suprême le 19 mai 2017.

de même de la confiance du public envers l'administration de la justice et envers l'institution du DPCP, confiance qu'il est tout autant d'intérêt public de protéger.

145. On ne peut, dans l'abstrait, statuer que ces risques se présenteront ou se concrétiseront dans tous les cas. La nature de l'information divulguée ainsi que le moment de la publication sont autant de facteurs qui seront à considérer, au cas par cas. Nous désirons cependant faire état de ces risques que nous estimons pertinents aux délibérations des commissaires.
146. Dans un premier temps, quant au déroulement des procédures judiciaires, il n'est pas impossible, selon la nature des informations divulguées et publiées, que la constitution d'un jury impartial soit plus complexe ou qu'un changement de venue, avec les délais et les coûts qui y sont associés, soit rendu nécessaire afin de garantir le droit de l'accusé à un procès devant un jury impartial. Ces informations pourraient également être utilisées pour tenter de mettre en doute la crédibilité des témoins en alléguant que leur version a pu être influencée par les informations rendues publiques.
147. Dans un second temps, la confiance des témoins envers la poursuite peut être affectée lorsque leur version des faits, qu'ils acceptent de donner pour qu'elle soit utilisée dans le cadre du processus judiciaire, se retrouve exposée, interprétée et jugée sur la place publique avant même qu'ils aient pu en témoigner.
148. Cette situation risque également de miner définitivement la confiance du public envers les corps de police, le DPCP et les tribunaux. En effet, si les publications ne reprennent pas l'ensemble de la preuve découlant de l'enquête policière, tant inculpatoire que disculpatoire, l'opinion publique risque de se cristalliser erronément quant à la culpabilité ou l'innocence d'une personne ainsi que sur la crédibilité d'un plaignant ou d'un témoin. On peut d'ailleurs penser qu'une personne qui dénonce une situation présente les faits et les inférences qu'elle en tire de la façon qui accrédite le plus son point de vue.

149. Ces publications peuvent également cristalliser des perceptions erronées au sein de la population envers les institutions, perceptions qui sont fort difficiles à rectifier *a posteriori*, surtout dans le contexte où des règles de droit et de *common law* nous interdisent de rendre publics tous les faits pertinents à l'appréciation réelle de la situation.
150. La décision du DPCP de porter ou non des accusations peut aussi être perçue comme une réponse à une pression populaire engendrée par la publication de telles informations et non, comme il se doit, le fruit d'une analyse juridique objective sur la suffisance de la preuve. Dans le cas contraire où le DPCP en arrive plutôt à la conclusion que la preuve évaluée dans son ensemble ne permet pas d'avoir la conviction raisonnable de pouvoir établir la culpabilité du suspect, d'aucuns pourraient spéculer sur son objectivité puisqu'il ne pourra souvent pas exposer publiquement l'entièreté de son analyse du dossier. Dans les deux cas, la perception d'indépendance du DPCP risque de s'en trouver affectée.
151. On ne peut non plus exclure dans ces circonstances que la personne suspectée d'un crime, la victime de ce crime et le public en général voient leur confiance envers la police, le DPCP et la Justice affectée. Cela qui ne peut être banalisé.
152. En somme, la communication d'informations confidentielles à des journalistes peut opposer des analyses différentes de la notion d'intérêt public, analyses souvent en tributaires de quel bout de la lorgnette se trouvent les parties. Nous espérons bien humblement que le présent mémoire pourra être utile aux délibérations des commissaires.
153. Le tout respectueusement soumis.

À Québec, le 10 août 2017



M^e Catherine Dumais
Procureure aux poursuites criminelles et pénales
Directeur des poursuites criminelles et pénales

LA JURISPRUDENCE

Paragraphes

1. <i>R. c. Cawthorne</i> , 2016 CSC 32	6, 7, 8 et 9
2. <i>Krieger c. Law Society of Alberta</i> , 2002 CSC 65	6
3. <i>Miazga c. Kvello (Succession)</i> , 2009 CSC 51	6
4. <i>R. c. Regan</i> , 2002 CSC 12	6 et 37
5. <i>R.L. c. La Reine</i> , 2014 QCCA 1743	19
6. <i>R. c. Cook</i> , [1997] 1 R.C.S. 1113	19
7. <i>R. c. Shirose</i> ; <i>R. c. Campbell</i> , [1999] 1 R.C.S. 565	22
8. <i>R. c. Beaudry</i> , 2007 CSC 5	26, 32, 33, 38 et 85
9. <i>R. c. Anderson</i> , 2014 CSC 41	26
10. <i>R. v. Ebanks</i> , 2009 ONCA 851 , demande d'autorisation d'appel rejetée par la Cour suprême le 24 juin 2010 : <i>Nicholas Ebanks c. La Reine</i> , 2010 CanLII 34797	54 et 95
11. <i>Pétrolière Impériale c. Jacques</i> , 2014 CSC 66	66
12. <i>R. c. Boulanger</i> , 2006 CSC 32	68, 69, 70, 71 et 74
13. <i>R. c. Perreault</i> , [1992] RJQ 1829	70
14. <i>R. c. Boudreault</i> , 2017 QCCA 581	72
15. <i>Brière c. La Reine</i> , 2017 QCCA 1106	79
16. <i>R. c. Graham</i> (1985), 20 CCC (3d) 257 (C.A. Ont.), conf. par [1988] 1 R.C.S. 214	84 et 86
17. <i>R. c. Charbonneau</i> , 1992 CanLII 2979 (QC CA)	84
18. <i>Moreau c. La Reine</i> , 2000 CanLII 29884 (QCCA)	84
19. <i>R. c. Deragon</i> , 2003 CanLII 41273 (QC CA)	86
20. <i>R. c. Hearn</i> , 1989 CanLII 3938 (NL C.A.) , conf. par [1989] 2 R.C.S. 1180	87
21. <i>R. c. Dufresne</i> , 2017 QCCQ 4688	87
22. <i>R. c. Quinones</i> , 2012 BCCA 94	87
23. <i>R. c. S.B.</i> , 2013 QCCQ 3525	87
24. <i>R. c. Wijesinha</i> , [1995] 3 R.C.S. 422	89
25. <i>Couture c. La Reine</i> , 2012 QCCA 243	89

26. <i>R. c. Araujo</i> , 2000 CSC 65	95
27. <i>R. c. Morelli</i> , 2010 CSC 8	96
28. <i>R. c. Garofoli</i> , [1990] 2 R.C.S. 1421	102
29. <i>R. c. Thompson</i> , [1990] 2 R.C.S. 1111	105
30. <i>R. c. Vu</i> , 2013 CSC 60	106
31. <i>Pasquin c. La Reine</i> , 2014 QCCA 786	107
32. <i>Lizotte c. Aviva, Compagnie d'assurance du Canada</i> , 2016 CSC 52	109
33. <i>R. c. Robillard</i> , 2000 CanLII 6756 (QC C.A.)	113
34. <i>R. c. Comisso</i> , [1983] 2 R.C.S. 121	116
35. <i>R. c. Chesson</i> , [1988] 2 R.C.S. 148	118, 120 et 129
36. <i>R. v. Schreinert</i> , 2002 CanLII 44932 (ON C.A.)	119
37. <i>R. v. Nugent</i> , 2005 CanLII 790 (ON C.A.)	119
38. <i>Drouin c. La Reine</i> , 2015 QCCS 1284	119
39. <i>R. c. Pépin</i> , 2007 QCCQ 6030	119
40. <i>Vinet c. La Reine</i> , 2012 QCCQ 3714	119
41. <i>R. v. Mahal</i> , 2012 ONCA 673	121
42. <i>R. c. Mirarchi</i> , 2016 QCCS 2530	121 et 122
43. <i>R. v. Finlay and Grellette</i> , 1985 CanLII 117 (ON C.A.) , permission d'en appeler refusée, [1986] 1 R.C.S. ix	122
44. <i>R. c. National Post</i> , 2010 CSC 16	138
45. <i>R. v. Vice Media Canada Inc.</i> , 2017 ONCA 231	141 et 142

APPLICABLE AUX PROCUREURS AGISSANT DEVANT LES COURS MUNICIPALES

AUTORISATIONS JUDICIAIRES – CONSULTATIONS PRÉALABLES

En vigueur le :
1982-10-15

Révisée le :
1990-09-20 / 1991-10-09 /
2008-09-08 / 2009-08-21 /
2013-12-19

P.-V. No :
90-05 / 91-06 / 07-06
/ 08-01 / 08-04 / 09-02

Actualisée le :
2007-03-15

Référence : *Code criminel* (L.R.C. (1985), ch. C-46)
Articles 13 et 20 de la Loi sur le Directeur des poursuites criminelles et pénales (RLRQ, c. D-9.1.1)
Loi sur la fonction publique (RLRQ, c. F-3.1.1)

Renvoi : Directive MED-1

Note : Avant le [date], cette directive portait le nom de MAN-2

1. **[Objet]** - Le procureur peut être appelé à conseiller un agent de la paix relativement à plusieurs aspects d'une enquête, notamment quant à la nécessité d'obtenir une autorisation judiciaire préalablement à la réalisation d'une démarche d'enquête, au respect des exigences relatives à la demande (ex. : suffisance des motifs invoqués), aux modalités d'exécution de l'autorisation judiciaire ainsi qu'à la pertinence de requérir une ordonnance de mise sous scellés.

La présente directive précise le rôle et les responsabilités du procureur qui est consulté par un agent de la paix qui entend présenter une demande d'autorisation judiciaire.

2. **[Règle générale]** - L'agent de la paix qui envisage de requérir une autorisation judiciaire n'est généralement pas tenu de consulter un procureur

avant de présenter sa demande, bien qu'il ait toujours la faculté de le faire s'il souhaite être conseillé dans le cadre de sa démarche.

3. **[Intervention d'un procureur]** - Dans certaines circonstances, l'intervention d'un procureur est requise aux fins de la présentation d'une demande d'autorisation judiciaire :

a) Lorsqu'il s'agit d'une demande d'autorisation judiciaire qui doit être présentée par le procureur général ou par un mandataire spécialement désigné à cette fin, conformément aux prescriptions du *Code criminel*. Cette formalité s'applique notamment à l'égard des autorisations judiciaires suivantes :

- i) demande d'interception non consensuelle de communications privées (art. 185 C.cr.) et demande visant à obtenir le renouvellement d'une telle autorisation (art. 186 C.cr.);
- ii) demande d'émission d'un mandat spécial (art. 462.32 C.cr.), d'une ordonnance de blocage (art. 462.33 C.cr.) ou d'une ordonnance de communication de renseignements fiscaux (art. 462.48 C.cr.) en relation avec de présumés produits de la criminalité.

Si l'autorisation judiciaire envisagée est également visée par le paragraphe 3b), le procureur mandataire s'assure d'obtenir l'autorisation du directeur préalablement à la présentation de la demande.

b) Lorsqu'il s'agit d'une demande d'autorisation judiciaire dont la présentation doit préalablement être autorisée par le directeur, conformément à la directive émise par la Procureure générale du Québec à l'attention des mandataires désignés aux fins des articles 184.2, 185 et 487.01(4) du *Code criminel*.

APPLICABLE AUX PROCUREURS AGISSANT DEVANT LES COURS MUNICIPALES

Il en est ainsi à l'égard de toute demande d'autorisation judiciaire ayant pour objectif d'intercepter des communications privées ou de procéder à une surveillance vidéo (art. 184.2, 185 et 186 et par. 487.01(4) et 487.01(5) C.cr.), sur une base consensuelle ou non consensuelle, dans les cas où cette demande vise :

- i) un membre de l'Assemblée nationale, de la Chambre des communes ou du Sénat;
 - ii) un juge de la Cour suprême du Canada, de la Cour d'appel du Québec, de la Cour d'appel fédérale, de la Cour supérieure, de la Cour fédérale, de la Cour du Québec, d'une cour municipale ou un juge de paix magistrat;
 - iii) un membre du Barreau du Québec ou de la Chambre des notaires du Québec;
 - iv) un administrateur d'État au sens de la *Loi sur la fonction publique* (secrétaire général, secrétaire général associé ou secrétaire adjoint du Conseil exécutif; secrétaire, secrétaire associé ou adjoint du Conseil du trésor; sous-ministre ou sous-ministre associé ou adjoint);
 - v) un journaliste.
4. **[Obligation de consulter un procureur]** - La consultation d'un procureur est requise préalablement à la présentation d'une demande d'autorisation judiciaire par un policier lorsqu'une directive du ministère de la Sécurité publique du Québec à l'attention des directeurs des corps de police le prévoit.

Cette formalité s'applique en principe à l'égard de tout type d'autorisation judiciaire lorsque la personne visée par la demande occupe l'une des fonctions énumérées au paragraphe 3b).

5. **[Consultation relevant d'un procureur désigné]** - Lorsqu'il reçoit une demande de consultation d'un agent de la paix préalablement à la présentation d'une demande d'autorisation judiciaire, le procureur qui n'est pas un procureur spécifiquement désigné pour traiter certains types de demandes de consultation (ex. : mandataire d'écoute électronique) détermine, en premier lieu, si cette consultation aurait dû être adressée à un tel procureur, conformément aux règles applicables. Le cas échéant, il en informe l'agent de la paix concerné et lui fournit les renseignements qui pourraient s'avérer nécessaires à la continuation de ses démarches de consultation.

6. **[Rôle du procureur]** - Le procureur qui est consulté préalablement à la présentation d'une demande d'autorisation judiciaire peut conseiller l'agent de la paix sur la conformité de la dénonciation au regard du droit applicable, mais il n'a pas pour fonction d'autoriser le dépôt de cette dénonciation, sauf dans les circonstances mentionnées aux paragraphes 3a) et 3b). De plus, il n'a pas à se prononcer sur l'opportunité de présenter cette demande d'autorisation judiciaire, car il appartient à l'agent de la paix de déterminer les démarches d'enquête à privilégier dans un cas donné.

Le rôle du procureur se limite généralement à fournir un avis légal sur la suffisance des motifs invoqués au soutien de la demande et à suggérer les modalités d'exécution de l'autorisation judiciaire qu'il estime appropriées afin, notamment, d'assurer le respect des privilèges spécifiquement reconnus (ex. : la protection de la confidentialité des sources journalistiques ou le secret professionnel de l'avocat) ou des autres exigences de confidentialité qui peuvent être requises dans l'intérêt public.

APPLICABLE AUX PROCUREURS AGISSANT DEVANT LES COURS MUNICIPALES

Enfin, le procureur peut conseiller l'agent de la paix quant à la pertinence de demander une ordonnance interdisant l'accès à certains renseignements relatifs à l'autorisation judiciaire envisagée et la communication de ces renseignements (mise sous scellés - art. 487.3 C.cr.). Il peut également suggérer les modalités qui pourraient s'avérer appropriées dans les circonstances, notamment quant à la portée de l'interdiction, à la durée de l'ordonnance et aux conditions dont la survenance pourrait justifier la levée de l'ordonnance ou la modification de ses modalités.