

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Marius Nedelcu *Respondent*

and

**Attorney General of Quebec, Advocates’
Society and Criminal Lawyers’ Association
(Ontario)** *Interveners*

INDEXED AS: R. v. NEDELCU

2012 SCC 59

File No.: 34228.

2012: March 16; 2012: November 7.

Present: McLachlin C.J. and LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver and Karakatsanis JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO

Constitutional law — Charter of Rights — Self-incrimination — Accused involved in motor vehicle accident where victim sustained serious injuries — Accused charged with Criminal Code offences — Accused testifying in criminal action — Testimony inconsistent with discovery testimony in prior related civil action — Whether Crown at criminal trial may cross-examine accused on prior inconsistent statements without infringing right against self-incrimination — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 13.

After work one evening, N took the victim for a ride on his motorcycle on their employer’s property. The motorcycle crashed into a curb, causing the victim permanent brain damage. N sustained minor injuries and was hospitalized overnight. N was charged with dangerous driving causing bodily harm and impaired driving causing bodily harm. He was also sued in a civil action by the victim and his family. During his examination for discovery in the civil matter, N testified that he had no memory of the events from the day of the accident until he woke up in the hospital the following day. At his criminal trial, however, N gave a detailed account of the events leading up to and during the accident. Having

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Marius Nedelcu *Intimé*

et

**Procureur général du Québec, Advocates’
Society et Criminal Lawyers’ Association
(Ontario)** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : R. c. NEDELCU

2012 CSC 59

Nº du greffe : 34228.

2012 : 16 mars; 2012 : 7 novembre.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver et Karakatsanis.

EN APPEL DE LA COUR D’APPEL DE L’ONTARIO

Droit constitutionnel — Charte des droits — Auto-incrimination — Accusé impliqué dans un accident de véhicule à moteur dans lequel une victime a été grièvement blessée — Accusé inculpé d’infractions au Code criminel — Accusé ayant témoigné à son procès criminel — Témoignage de l’accusé incompatible avec son témoignage antérieur à l’interrogatoire préalable dans une action civile connexe — Le ministère public peut-il contre-interroger l’accusé à son procès criminel sur ses déclarations contradictoires antérieures sans porter atteinte à son droit de ne pas s’incriminer? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 13.

Un soir, après le travail, N a fait monter la victime sur sa motocyclette pour lui faire faire un tour sur la propriété de leur employeur. La motocyclette a percuté la bordure de trottoir, et la victime a subi des lésions cérébrales permanentes. N a été hospitalisé jusqu’au lendemain pour des blessures mineures. N a été accusé de conduite dangereuse ayant causé des lésions corporelles et de conduite avec facultés affaiblies ayant causé des lésions corporelles. Il a également été poursuivi au civil par la victime et sa famille. À l’interrogatoire préalable dans le cadre de cette instance civile, N a affirmé ne pas se souvenir de ce qui était survenu entre le jour de l’accident et son réveil à l’hôpital le lendemain. À

been granted leave to cross-examine N on his discovery evidence, the Crown asked N about his memory of the events. N stated, “I have a recollection about 90, 95 percent”. N’s trial testimony was found to be unreliable and he was found guilty of dangerous driving causing bodily harm. The Court of Appeal allowed N’s appeal. The trial judge’s ruling was overturned, the conviction was set aside and a new trial was ordered.

Held (LeBel, Fish and Cromwell JJ. dissenting): The appeal should be allowed, the order for a new trial set aside, and the guilty verdict on the charge of dangerous driving causing bodily harm restored.

Per McLachlin C.J. and Deschamps, Abella, Rothstein, Moldaver and Karakatsanis JJ.: Although N was statutorily compellable and therefore compelled for the purpose of s. 13 of the *Charter* to testify at his examination for discovery in the civil action, the use of his non-incriminating discovery evidence for impeachment purposes could not and did not trigger the application of s. 13. Section 13 is not directed to “any evidence” the witness may have been compelled to give at the prior proceeding, but to incriminating evidence. Incriminating evidence is evidence given by the witness at the prior proceeding that the Crown could use at the subsequent proceeding, if it were permitted to do so, to prove guilt, i.e., to prove or assist in proving one or more of the essential elements of the offence for which the witness is being tried. Where the evidence given by the witness at the prior proceeding could not be used by the Crown at the subsequent proceeding to prove the witness’s guilt on the charge for which he or she is being tried, the prior evidence is not “incriminating evidence”.

The mere possibility that evidence, which is otherwise “non-incriminating”, can be converted into “incriminating” evidence if the Crown were to take the added steps needed to make it so, is not enough to trigger the application of s. 13. The use of N’s discovery evidence to test his credibility, and nothing else, could not convert his discovery evidence into incriminating evidence. The discovery evidence would retain its original characteristics and it would not become evidence from which the triers of fact could infer guilt.

son procès criminel, N a toutefois donné un compte rendu détaillé de l’accident et des faits qui l’avaient précédé. Ayant été autorisé à contre-interroger N sur son témoignage à l’interrogatoire préalable, le ministère public lui a posé des questions sur son souvenir des événements. N a affirmé : « Je me souviens d’environ 90 à 95 pour 100 de ce qui s’est passé ». Le témoignage de N à son procès n’a pas été jugé digne de foi et N a été déclaré coupable de conduite dangereuse ayant causé des lésions corporelles. La Cour d’appel a accueilli l’appel de N. Elle a infirmé la décision du juge du procès, annulé la déclaration de culpabilité et ordonné la tenue d’un nouveau procès.

Arrêt (les juges LeBel, Fish et Cromwell sont dissidents) : Le pourvoi est accueilli, l’ordonnance prescrivant la tenue d’un nouveau procès est annulée et la déclaration de culpabilité de conduite dangereuse ayant causé des lésions corporelles est rétablie.

La juge en chef McLachlin et les juges Deschamps, Abella, Rothstein, Moldaver et Karakatsanis : Même si, pour l’application de l’art. 13 de la *Charte*, N était un témoin contraignable en vertu de la loi et, par conséquent, un témoin forcé à l’interrogatoire préalable dans le cadre de l’action civile, l’utilisation de son témoignage non incriminant pour attaquer sa crédibilité à son procès ne pouvait pas emporter et n’a pas emporté l’application de l’art. 13. L’article 13 s’applique à un témoignage incriminant, et non pas à « tout témoignage » que le témoin pourrait avoir été contraint de fournir initialement. Un témoignage incriminant est un témoignage que le témoin a fourni lors d’une procédure initiale et que le ministère public pourrait utiliser, à supposer qu’il soit autorisé à l’utiliser, pour démontrer la culpabilité du témoin, c’est-à-dire pour prouver ou pour l’aider à prouver l’un ou plusieurs des éléments constitutifs de l’infraction reprochée au témoin lors de son procès ultérieur. Le témoignage antérieur que le ministère public ne pourrait pas utiliser dans un procès ultérieur pour démontrer que le témoin est coupable de l’infraction qui lui est reprochée ne constitue pas un « témoignage incriminant ».

La simple possibilité qu’un témoignage par ailleurs « non incriminant » devienne un témoignage « incriminant » si le ministère public prenait les mesures supplémentaires nécessaires pour qu’il le devienne ne suffit pas pour que l’art. 13 s’applique. L’utilisation du témoignage donné par N à l’interrogatoire préalable pour attaquer sa crédibilité, sans plus, ne suffirait pas à le rendre incriminant. Ce témoignage conserverait ses caractéristiques initiales et ne deviendrait pas un témoignage à partir duquel les juges des faits pourraient inférer la culpabilité.

While it is true that N's inconsistent discovery evidence might lead the triers of fact to reject his trial testimony, rejection of an accused's testimony does not create evidence for the Crown — any more than the rejection of an accused's alibi evidence does, absent a finding on independent evidence, that the alibi has been concocted.

On this construction of s. 13, neither the truthful witness nor the perjurer need be concerned that any incriminating evidence given by them at a prior proceeding will be used against them, for any purpose, at a subsequent proceeding for anything other than perjury.

While this approach might impinge ever so slightly on clarity and predictability, clarity and predictability should not be pursued at the expense of rewriting s. 13 to remove critical words that alter the meaning of the section and impermissibly extend its protection beyond its intended purpose. Trial judges will have little difficulty deciding whether evidence put forward by the Crown meets the test for “incriminating” evidence as defined. It would of course be incumbent on trial judges to provide juries with clear instructions as to the use they could make of the evidence given at the prior proceeding.

On its own, N's discovery testimony could not have been used by the Crown to prove or assist in proving one or more of the essential elements of the criminal charges he was facing. While his inconsistent discovery evidence might lead the triers of fact to reject his trial testimony, rejection of an accused's testimony does not create evidence for the Crown.

Per LeBel, Fish and Cromwell JJ. (dissenting): The right against self-incrimination lies at the heart of our justice system and is enshrined in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. It is intimately linked to the right to stand silent in the face of one's accuser, to the presumption of innocence and to the notion that the Crown must prove its case beyond a reasonable doubt without any assistance from the accused.

Section 13 only applies when the *quid pro quo* is engaged: a witness's evidence is compelled in exchange for a guarantee that the Crown will not use that evidence against that person if another proceeding is engaged. The focus of the s. 13 analysis should be on compulsion. Evidence should be treated as compelled where there is a statutory route by which the witness could be compelled to give evidence. Whether or not

Certes, il se pourrait que le témoignage initial incompatible de N amène les juges des faits à rejeter son témoignage à son procès, mais le rejet du témoignage de l'accusé ne constitue pas pour autant un élément de preuve à charge — pas plus que le rejet de l'alibi d'un accusé n'en constitue un, à moins qu'une preuve indépendante ne mène à la conclusion que l'alibi a été fabriqué.

Selon cette interprétation de l'art. 13, ni le témoin sincère ni le parjure n'ont à s'inquiéter de la possibilité que leur témoignage incriminant donné dans une procédure antérieure soit utilisé contre eux, à quelque fin que ce soit, dans une procédure ultérieure autrement que relativement à une accusation de parjure.

Bien que cette interprétation puisse porter atteinte à la clarté et à la prévisibilité, ne serait-ce que légèrement, la recherche de la clarté et de la prévisibilité ne saurait justifier que l'on récrive l'art. 13 pour en retrancher des mots déterminants dont la suppression modifierait le sens de cette disposition et étendrait indûment la portée de la protection qu'elle offre au-delà des fins qu'elle est censée servir. Les juges n'auront guère de difficulté lors du procès à déterminer si un témoignage que le ministère public entend utiliser est « incriminant » selon la définition qui en a été donnée. Le juge du procès devrait bien entendu donner au jury des directives claires sur l'utilisation qu'il pourrait faire du témoignage initial.

En soi, le témoignage fourni à l'interrogatoire préalable par N n'aurait pas pu être utilisé par le ministère public pour prouver ou pour l'aider à prouver l'un ou plusieurs des éléments essentiels des infractions dont il était inculpé. Il se pourrait que le témoignage initial contradictoire de N amène les juges des faits à rejeter son témoignage à son procès, mais le rejet du témoignage d'un accusé ne constitue pas un élément de preuve à charge.

Les juges LeBel, Fish et Cromwell (dissidents) : Le droit de ne pas s'incriminer constitue un principe fondamental de notre système de justice et il est consacré dans la *Charte canadienne des droits et libertés*. Il est étroitement lié au droit de garder le silence face à son accusateur, à la présomption d'innocence et à la notion que le ministère public doit prouver la culpabilité hors de tout doute raisonnable sans l'aide de l'accusé.

L'article 13 ne s'applique que lorsqu'il y a *quid pro quo* : un témoin est contraint de témoigner en échange de la garantie que le ministère public n'utilisera pas ce témoignage contre lui dans une autre instance. L'analyse requise par l'art. 13 doit porter principalement sur la contrainte. Un témoignage est forcé lorsque la loi offre un moyen de contraindre le témoin à témoigner. Que ce moyen ait été utilisé ou non ne change pas le fait qu'il

that route is actually taken does not change the fact that it was available and could have been taken. It would be unprincipled to give a lesser degree of *Charter* protection to a witness who testifies willingly than to a witness who must be subpoenaed or otherwise forced to give evidence, if both could have been statutorily compelled to testify in any event.

Similarly, the focus should not be on the nature of the statements. While s. 13 refers to using “incriminating statements” to “incriminate”, parsing an accused person’s testimony to distinguish what is “incriminating” from what is “innocuous” in order to determine on what parts of his or her testimony the accused may be cross-examined might result in a protracted and unpredictable classification exercise. That distinction is just as unworkable as the previously abolished distinction between using prior compelled testimony to impeach credibility and using it to incriminate the accused. It is especially difficult to draw that distinction because the focus of the right against self-incrimination is on the second proceedings, the time at which the previous testimony is sought to be used, rather than the time at which it is given. Any evidence that may assist the Crown in proving its case will have an incriminating effect and must therefore be subject to s. 13 protection.

The protection afforded by s. 13 is not lost when a witness gives what is perceived to be dishonest testimony. Although the *quid pro quo* is meant to encourage full and frank evidence, s. 13, in the context of the greater balancing of interests embodied in the *Charter*, dictates that the truth-seeking function of the trial give way to the right of the accused against self-incrimination. The *quid pro quo* is not a “contract” with a witness that can be nullified if the witness lies under oath. Prior compelled evidence can be used in a prosecution for perjury or for the giving of contradictory evidence. Laying criminal charges for perjury is the appropriate way to deal with witnesses who tailor their evidence to suit their needs in each particular proceeding without diluting the *Charter* rights of the accused. This approach maintains respect for the administration of justice while fully preserving the s. 13 right of the accused. It also avoids the need to conduct a *voir dire*, which would encumber the trial process, render the scope of s. 13 dubious in theory and uncertain in practice, discourage full and frank testimony, and reduce the scope of the s. 13 protection that previously compelled witnesses have had since *R. v. Henry*, 2005 SCC 76, [2005] 3 S.C.R. 609.

existe et qu’il aurait pu être utilisé. Il serait contraire aux principes établis d’accorder au témoin qui offre de témoigner de son plein gré un degré de protection moindre en vertu de la *Charte* qu’au témoin qui est assigné ou autrement forcé de témoigner, dans le cas où ils auraient tous les deux pu être de toute façon forcés de témoigner en application de la loi.

De même, l’analyse ne doit pas porter sur la nature des déclarations. Bien que l’art. 13 vise l’utilisation des « déclarations incriminantes » d’une personne pour « l’incriminer », scruter le témoignage d’un accusé pour différencier ses déclarations « incriminantes » de ses déclarations « inoffensives », de façon à déterminer les questions sur lesquelles pourrait porter son contre-interrogatoire, mènerait à un exercice de classification qui peut durer longtemps et donner un résultat imprévisible. Cette distinction mène tout autant à des impasses fonctionnelles que celle qui a déjà été abolie, entre l’utilisation d’un témoignage antérieur forcé pour attaquer la crédibilité de l’accusé et son utilisation pour l’incriminer. Il est particulièrement difficile de faire cette distinction parce que le droit de ne pas s’incriminer vise principalement les secondes procédures, la date où l’on cherche à utiliser le témoignage antérieur, plutôt que celle où il a été donné. Tout témoignage susceptible de concourir à prouver les allégations du ministère public aura un effet incriminant et doit donc être protégé par l’art. 13.

Le témoin qui ne semble pas faire une déposition honnête n’est pas privé de la protection offerte par l’art. 13. Bien que le *quid pro quo* vise à favoriser un témoignage complet et sincère, l’art. 13 commande, dans le contexte de la pondération générale des intérêts consacrés dans la *Charte*, que la fonction de recherche de la vérité du procès cède le pas au droit de l’accusé de ne pas s’incriminer. Le *quid pro quo* n’est pas un « contrat » conclu avec le témoin, qui peut être annulé si le témoin ment sous serment. Les témoignages antérieurs forcés peuvent être utilisés dans des poursuites pour parjure ou pour témoignages contradictoires. Le dépôt d’une accusation criminelle de parjure est la mesure à prendre à l’égard de témoins qui façonnent leur preuve de manière à répondre à leurs besoins dans chaque instance, sans qu’il soit porté atteinte aux droits que la *Charte* garantit à l’accusé. Cette façon de faire maintient le respect envers l’administration de la justice, tout en préservant le droit que l’art. 13 confère à l’accusé. Elle élimine aussi la nécessité de tenir un *voir-dire* qui alourdirait le processus judiciaire et rendrait la portée de l’art. 13 douteuse en théorie et incertaine en pratique, découragerait un témoignage complet et sincère et réduirait la portée de la protection dont les personnes qui ont été contraintes à témoigner bénéficiaient en vertu de l’art. 13 depuis l’arrêt *R. c. Henry*, 2005 CSC 76, [2005] 3 R.C.S. 609.

In this case, N was statutorily compellable to be examined for discovery, and therefore “compelled” within the meaning of *Henry* and for the purposes of s. 13. Whether he freely decided to attend the discovery proceeding is irrelevant because rule 31.04(2) of the *Ontario Rules of Civil Procedure* compels a defendant in a civil action to be examined for discovery. Failing to file a statement of defence would not have allowed N to avoid coming within the grasp of the procedural rules that would compel his evidence, so whether he was actually noted in default is irrelevant. Despite the rather blatant inconsistencies in his testimony, s. 13 dictates that the truth-seeking function of the trial give way to the right of the accused against self-incrimination.

Cases Cited

By Moldaver J.

Referred to: *R. v. Henry*, 2005 SCC 76, [2005] 3 S.C.R. 609; *R. v. Kuldip*, [1990] 3 S.C.R. 618; *R. v. Noël*, 2002 SCC 67, [2002] 3 S.C.R. 433; *Dubois v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 350; *R. v. Hibbert*, 2002 SCC 39, [2002] 2 S.C.R. 445.

By LeBel J. (dissenting)

R. v. Henry, 2005 SCC 76, [2005] 3 S.C.R. 609; *British Columbia Securities Commission v. Branch*, [1995] 2 S.C.R. 3; *Dubois v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 350; *R. v. Noël*, 2002 SCC 67, [2002] 3 S.C.R. 433; *Juman v. Doucette*, 2008 SCC 8, [2008] 1 S.C.R. 157; *Attorney General for Quebec v. Begin*, [1955] S.C.R. 593; *Curr v. The Queen*, [1972] S.C.R. 889; *R. v. Kuldip*, [1990] 3 S.C.R. 618; *R. v. Mannion*, [1986] 2 S.C.R. 272; *R. v. Allen*, 2003 SCC 18, [2003] 1 S.C.R. 223; *Ontario (Attorney General) v. Fraser*, 2011 SCC 20, [2011] 2 S.C.R. 3; *Copthorne Holdings Ltd. v. Canada*, 2011 SCC 63, [2011] 3 S.C.R. 721.

Statutes and Regulations Cited

Canada Evidence Act, R.S.C. 1985, c. C-5, s. 5.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 11(c), 13.
Rules of Civil Procedure, R.R.O. 1990, Reg. 194, r. 31.04(2).

Authors Cited

Paciocco, David M., and Lee Stuesser. *The Law of Evidence*, 6th ed. Toronto: Irwin Law, 2011.
 Sankoff, Peter. “*R. v. Nedelcu*: The Role of Compulsion in Excluding Incriminating Prior Testimony under Section 13 of the *Charter*” (2011), 83 C.R. (6th) 55.

En l’espèce, N était un témoin contraignable en vertu de la loi lors de l’interrogatoire préalable et, par conséquent, un témoin « forcé » au sens de l’arrêt *Henry* et pour l’application de l’art. 13. Le fait qu’il a librement décidé de se soumettre à l’interrogatoire préalable n’est pas pertinent, parce que la règle 31.04(2) des *Règles de procédure civile* de l’Ontario contraint le défendeur dans une affaire civile à subir un interrogatoire préalable. Le défaut de déposer une défense n’aurait pas permis à N d’éviter de s’assujettir aux règles procédurales au terme desquelles il serait contraint de témoigner, de sorte qu’il n’est pas pertinent de savoir s’il a effectivement été constaté en défaut. Malgré les incompatibilités plutôt flagrantes dans le témoignage de N, l’art. 13 veut que la fonction de recherche de la vérité du procès criminel cède le pas à son droit de ne pas s’incriminer.

Jurisprudence

Citée par le juge Moldaver

Arrêts mentionnés : *R. c. Henry*, 2005 CSC 76, [2005] 3 R.C.S. 609; *R. c. Kuldip*, [1990] 3 R.C.S. 618; *R. c. Noël*, 2002 CSC 67, [2002] 3 R.C.S. 433; *Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350; *R. c. Hibbert*, 2002 CSC 39, [2002] 2 R.C.S. 445.

Citée par le juge LeBel (dissident)

R. c. Henry, 2005 CSC 76, [2005] 3 R.C.S. 609; *British Columbia Securities Commission c. Branch*, [1995] 2 R.C.S. 3; *Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350; *R. c. Noël*, 2002 CSC 67, [2002] 3 R.C.S. 433; *Juman c. Doucette*, 2008 CSC 8, [2008] 1 R.C.S. 157; *Attorney General for Quebec c. Begin*, [1955] R.C.S. 593; *Curr c. La Reine*, [1972] R.C.S. 889; *R. c. Kuldip*, [1990] 3 R.C.S. 618; *R. c. Mannion*, [1986] 2 R.C.S. 272; *R. c. Allen*, 2003 CSC 18, [2003] 1 R.C.S. 223; *Ontario (Procureur général) c. Fraser*, 2011 CSC 20, [2011] 2 R.C.S. 3; *Copthorne Holdings Ltd. c. Canada*, 2011 CSC 63, [2011] 3 R.C.S. 721.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 11c), 13.
Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. 1985, ch. C-5, art. 5.
Règles de procédure civile, R.R.O. 1990, Règl. 194, règle 31.04(2).

Doctrine et autres documents cités

Paciocco, David M., and Lee Stuesser. *The Law of Evidence*, 6th ed. Toronto : Irwin Law, 2011.
 Sankoff, Peter. « *R. v. Nedelcu* : The Role of Compulsion in Excluding Incriminating Prior Testimony under Section 13 of the *Charter* » (2011), 83 C.R. (6th) 55.

Stewart, Hamish. “*Henry* in the Supreme Court of Canada: Reorienting the s. 13 Right against Self-incrimination” (2006), 34 C.R. (6th) 112.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Weiler, MacPherson and Armstrong JJ.A.), 2011 ONCA 143, 276 O.A.C. 106, 269 C.C.C. (3d) 1, 83 C.R. (6th) 41, 227 C.R.R. (2d) 364, 7 M.V.R. (6th) 10, 5 C.P.C. (7th) 16, [2011] O.J. No. 795 (QL), 2011 CarswellOnt 1090, setting aside the conviction for dangerous driving causing bodily harm entered by O’Connor J. (2007), 60 M.V.R. (5th) 186, 2007 CanLII 54970, [2007] O.J. No. 4906 (QL), 2007 CarswellOnt 8205, and ordering a new trial. Appeal allowed, LeBel, Fish and Cromwell JJ. dissenting.

Michal Fairburn and Randy Schwartz, for the appellant.

P. Andras Schreck and Candice Suter, for the respondent.

Sylvain Leboeuf and Gilles Laporte, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Barbara A. McIsaac, Q.C., Jacquie El-Chammas and Frank Addario, for the interveners the Advocates’ Society.

Scott C. Hutchison and Edward Marrocco, for the interveners the Criminal Lawyers’ Association (Ontario).

The judgment of McLachlin C.J. and Deschamps, Abella, Rothstein, Moldaver and Karakatsanis JJ. was delivered by

[1] MOLDAVER J. — I have had the privilege of reading Justice LeBel’s reasons for judgment and I agree with him on the issue of compulsion. In particular, I accept his conclusion, at para. 109, that Mr. Nedelcu “was statutorily compellable, and therefore ‘compelled’ . . . for the purposes of s. 13 [of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*]” to testify at his examination for discovery in the civil action.

Stewart, Hamish. « *Henry* in the Supreme Court of Canada : Reorienting the s. 13 Right against Self-incrimination » (2006), 34 C.R. (6th) 112.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Ontario (les juges Weiler, MacPherson et Armstrong), 2011 ONCA 143, 276 O.A.C. 106, 269 C.C.C. (3d) 1, 83 C.R. (6th) 41, 227 C.R.R. (2d) 364, 7 M.V.R. (6th) 10, 5 C.P.C. (7th) 16, [2011] O.J. No. 795 (QL), 2011 CarswellOnt 1090, qui a annulé la déclaration de culpabilité de conduite dangereuse causant des lésions corporelles inscrite par le juge O’Connor (2007), 60 M.V.R. (5th) 186, 2007 CanLII 54970, [2007] O.J. No. 4906 (QL), 2007 CarswellOnt 8205, et ordonné la tenue d’un nouveau procès. Pourvoi accueilli, les juges LeBel, Fish et Cromwell sont dissidents.

Michal Fairburn et Randy Schwartz, pour l’appelante.

P. Andras Schreck et Candice Suter, pour l’intimé.

Sylvain Leboeuf et Gilles Laporte, pour l’intervenant le procureur général du Québec.

Barbara A. McIsaac, c.r., Jacquie El-Chammas et Frank Addario, pour l’intervenante Advocates’ Society.

Scott C. Hutchison et Edward Marrocco, pour l’intervenante Criminal Lawyers’ Association (Ontario).

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Deschamps, Abella, Rothstein, Moldaver et Karakatsanis rendu par

[1] LE JUGE MOLDAVER — J’ai eu le privilège de lire les motifs du juge LeBel et je suis d’accord avec lui sur la question de la contrainte. Tout particulièrement, je souscris à sa conclusion, au par. 109, selon laquelle M. Nedelcu « était un témoin contraignable en vertu de la loi et, par conséquent, un témoin “forcé” [. . .] pour l’application de l’art. 13 [de la *Charte canadienne des droits et libertés*] » en ce qui a trait à sa déposition à l’interrogatoire préalable dans le cadre de l’action civile.

[2] Where I part company with my colleague is on the interpretation of s. 13 and in particular, its application to the facts of this case. In my respectful view, s. 13 was never meant to apply to a case such as this — and I am convinced it does not. This Court's decision in *R. v. Henry*, 2005 SCC 76, [2005] 3 S.C.R. 609, does not provide otherwise.

[3] My colleague has canvassed *Henry* in detail and I see no need to retrace his steps. Fundamentally, as he observes at para. 81 of his reasons, the Court in *Henry* outlined “a unified approach to s. 13, one based on the historical rationale underlying s. 13 — the *quid pro quo*”. I take no issue with that observation.

[4] The difficulty I have with the present case is that there was no “*quid*” for there to be a “*quo*” — and hence, in my view, s. 13 was never engaged. I would accordingly allow the appeal.

[5] Section 13 of the *Charter* reads as follows:

13. A witness who testifies in any proceedings has the right not to have any incriminating evidence so given used to incriminate that witness in any other proceedings, except in a prosecution for perjury or for the giving of contradictory evidence.

[6] As I read the section, the “*quid*” that forms the critical first branch of the historical rationale, refers to “incriminating evidence” the witness has given at a prior proceeding in which the witness could not refuse to answer. The section does not refer to all manner of evidence the witness has given at the prior proceeding. It refers to “incriminating evidence” the witness has given under compulsion.

[7] The “*quo*” refers to the state's side of the bargain. In return for having compelled the witness to testify, to the extent the witness has provided “incriminating evidence”, the state undertakes that it will not use *that* evidence to incriminate the witness in any other proceeding, except in a prosecution for perjury or for the giving of contradictory evidence.

[2] Toutefois, je diverge d'opinion avec mon collègue sur l'interprétation de l'art. 13 et, tout particulièrement, sur son application aux faits de l'espèce. J'estime, en toute déférence, que l'art. 13 n'a jamais été censé s'appliquer dans un tel cas — et je suis convaincu qu'il ne s'applique pas. La Cour ne statue pas autrement dans l'arrêt *R. c. Henry*, 2005 CSC 76, [2005] 3 R.C.S. 609.

[3] Mon collègue a examiné l'arrêt *Henry* en détail. Je ne vois pas l'utilité de reprendre son analyse. Essentiellement, comme il le fait remarquer au par. 81 de ses motifs, la Cour établit, dans *Henry*, « une approche unifiée à l'égard de l'art. 13, fondée sur la justification historique qui le sous-tend, soit le *quid pro quo* ». Je ne suis pas en désaccord avec cette constatation.

[4] Selon moi, le problème en l'espèce tient à ce qu'il n'y a pas eu de « *quid* » en échange duquel il pourrait y avoir un « *quo* » — de sorte que, selon moi, l'art. 13 n'est jamais entré en jeu. Je suis donc d'avis d'accueillir l'appel.

[5] L'article 13 de la *Charte* est ainsi rédigé :

13. Chacun a droit à ce qu'aucun témoignage incriminant qu'il donne ne soit utilisé pour l'incriminer dans d'autres procédures, sauf lors de poursuites pour parjure ou pour témoignages contradictoires.

[6] Selon mon interprétation de cette disposition, le « *quid* » — le premier volet, capital, de sa justification historique — correspond au « témoignage incriminant » donné lors d'une procédure initiale lors de laquelle le témoin n'avait pas le droit de refuser de répondre. Cette disposition ne vise pas toutes les sortes de témoignages antérieurs. Elle vise seulement le « témoignage incriminant » que le témoin a été contraint de donner.

[7] Le « *quo* » correspond à la part du marché fournie par le ministère public. Après avoir contraint une personne à témoigner, l'État s'engage en retour — dans la mesure où cette personne a donné un « témoignage incriminant » — à ne pas utiliser *ce* témoignage pour l'incriminer dans d'autres procédures, sauf lors de poursuites pour parjure ou témoignages contradictoires.

[8] Thus, a party seeking to invoke s. 13 must first establish that he or she gave “incriminating evidence” under compulsion at the prior proceeding. If the party fails to meet these twin requirements, s. 13 is not engaged and that ends the matter.

[9] What then is “incriminating evidence”? The answer, I believe, should be straightforward. In my view, it can only mean evidence given by the witness at the prior proceeding that the Crown could use at the subsequent proceeding, if it were permitted to do so, to prove guilt, i.e., to prove or assist in proving one or more of the essential elements of the offence for which the witness is being tried.

[10] In *Henry*, at para. 25, Justice Binnie adopted the following definition of “incriminating evidence” from this Court’s earlier decision in *R. v. Kuldip*, [1990] 3 S.C.R. 618, at p. 633: “Incriminating evidence means ‘something “from which a trier of fact may infer that an accused is guilty of the crime charged”’”.

[11] While that definition of “incriminating evidence” is framed somewhat differently than the definition I am proposing, one thing is clear — the *Kuldip* definition did not include evidence from the prior proceeding that the Crown wished to use for the sole purpose of impeaching the witness’s testimony at the subsequent proceeding. Indeed, *Kuldip* affirmed, without qualification, that the witness’s evidence from the prior proceeding could be used for that purpose. And that is how things stood for 12 years, until 2002, when this Court in *R. v. Noël*, 2002 SCC 67, [2002] 3 S.C.R. 433, qualified the rule — correctly in my view — in a way that does not read the words “incriminating evidence” out of s. 13. At para. 47 of *Noël*, Arbour J. stated, for the majority:

If the original evidence was not incriminating, the *quid pro quo* was never engaged, and the witness cannot ask of the state that he be prevented from being cross-examined as to his credibility should he assert matters differently in a subsequent proceeding, even if the

[8] Par conséquent, la partie qui invoque l’art. 13 doit d’abord démontrer qu’elle a été contrainte de donner un « témoignage incriminant » dans la procédure initiale. Si elle ne satisfait pas à cette double exigence, l’art. 13 ne s’applique pas et le débat est clos.

[9] En quoi consiste donc un « témoignage incriminant »? À mon avis, la réponse devrait être simple. Cette expression ne peut s’entendre que du témoignage que le témoin a fourni lors d’une procédure initiale et que le ministère public pourrait utiliser, à supposer qu’il soit autorisé à l’utiliser, pour démontrer la culpabilité du témoin, c’est-à-dire pour prouver ou pour l’aider à prouver l’un ou plusieurs des éléments constitutifs de l’infraction reprochée au témoin lors de son procès ultérieur.

[10] Dans l’arrêt *Henry*, par. 25, le juge Binnie reprend la définition d’un « témoignage incriminant » énoncée par la Cour dans *R. c. Kuldip*, [1990] 3 R.C.S. 618, p. 633 : « On qualifie d’incriminant un élément qui “pourrait faire conclure au juge des faits que l’accusé est coupable du crime allégué” ».

[11] Bien que cette définition d’un « témoignage incriminant » soit formulée en des termes quelque peu différents de ceux que je propose, une chose est claire : la définition donnée dans *Kuldip* n’englobe pas le témoignage initial que le ministère public désire utiliser dans une procédure ultérieure dans le seul but d’attaquer la crédibilité du témoin. En effet, dans *Kuldip*, la Cour a affirmé, sans réserve, que le témoignage donné antérieurement pouvait être utilisé à cette fin. Et les choses en sont restées là pendant douze ans, soit jusqu’à l’arrêt *R. c. Noël*, 2002 CSC 67, [2002] 3 R.C.S. 433, qui est venu préciser la règle, à bon droit selon moi, de façon que l’on n’interprète pas l’art. 13 en faisant abstraction des mots « témoignage incriminant ». Pour reprendre les propos de la juge Arbour, au par. 47, dans l’opinion majoritaire :

Si le témoignage initial n’était pas incriminant, il n’y a jamais eu attribution d’une contrepartie et le témoin ne peut demander à l’État d’être soustrait à un contre-interrogatoire quant à sa crédibilité s’il donne une version différente des faits dans une procédure subséquente,

ultimate effect of that subsequent cross-examination may be adverse to his interest. This is consistent with the language of s. 13 which grants to every witness the right not to have any “incriminating evidence so given used to incriminate that witness in any other proceedings”. [Emphasis in original.]

[12] The pertinent facts in *Noël* are straightforward. Noël was called as a Crown witness at his brother’s trial for murder. In his testimony at that trial, he admitted to being his brother’s accomplice in the murder of a little boy. Noël was later charged with the same murder. At his trial, he took the stand and denied any participation in the murder. The Crown was then permitted to cross-examine him at length on the incriminating statements he had made during his brother’s trial.

[13] Arbour J., writing for the majority, ruled that the cross-examination was improper and in violation of Noël’s rights under s. 13 of the *Charter* because “the risk of misuse of the incriminating evidence given by [Noël] at his brother’s trial, [though] introduced . . . purportedly to challenge his credibility, was overwhelming and could not have been alleviated by any instructions” (para. 20).

[14] The evidence given by Noël at his brother’s trial fits squarely within the meaning of “incriminating evidence” as I have defined it. His admission that he participated with his brother in the murder of a young boy was clearly evidence that the Crown could have led at Noël’s trial, if permitted to do so, to prove his guilt on the charge of murder for which he was now being tried. And it is because the evidence was “incriminating” that it passed the first step (the “*quid*”) required to trigger the application of s. 13.

[15] There are two schools of thought as to whether the use of Noël’s testimony from his brother’s trial to impeach his testimony at his own trial can be distinguished from its use to incriminate him. That is a debate upon which reasonable people can and do disagree. I need not engage in it here. For present purposes, suffice it to say that

même si l’effet ultime de ce contre-interrogatoire peut être préjudiciable à ses intérêts. Cette règle est compatible avec le libellé de l’art. 13 qui confère à tout témoin le droit à ce qu’aucun « témoignage incriminant qu’il donne ne soit utilisé pour l’incriminer dans d’autres procédures ». [Souligné dans l’original.]

[12] Les faits pertinents à l’origine de l’affaire *Noël* ne sont pas compliqués. Contraint de témoigner au procès de son frère accusé du meurtre d’un jeune garçon, M. Noël a admis sa complicité dans le crime. Il a par la suite été accusé du même meurtre. À son procès, il a témoigné et il a nié toute participation au crime. Le ministère public a alors été autorisé à le contre-interroger en détail sur le témoignage incriminant qu’il avait fourni au cours du procès de son frère.

[13] Au nom des juges majoritaires, la juge Arbour a conclu que le contre-interrogatoire contrevenait aux droits garantis à M. Noël par l’art. 13 de la *Charte*, car « il exist[ait] un immense risque d’utilisation abusive du témoignage incriminant rendu par [M. Noël] au procès de son frère, [même s’il a été] déposé [. . .] censément pour attaquer sa crédibilité, et [. . .] ce risque ne pouvait être atténué par quelque directive que ce soit » (par. 20).

[14] Le témoignage fourni par M. Noël au procès de son frère répond parfaitement à la définition d’un « témoignage incriminant » que j’ai énoncée plus tôt. L’aveu fait par M. Noël de sa participation au meurtre du jeune garçon commis par son frère constitue de toute évidence le genre de preuve que le ministère public aurait pu présenter au procès de M. Noël, à supposer qu’il soit autorisé à l’utiliser, pour démontrer sa culpabilité à l’infraction de meurtre dont il était inculpé. C’est parce que son témoignage était « incriminant » que le premier volet (le « *quid* ») du critère d’application de l’art. 13 était rempli.

[15] Il existe deux écoles de pensée pour ce qui est de la possibilité de distinguer l’utilisation du témoignage donné par M. Noël au procès de son frère selon qu’elle vise à attaquer sa crédibilité à son propre procès ou à l’incriminer. Des personnes raisonnables peuvent diverger et divergent effectivement d’opinion sur la question. Point n’est

if the evidence used to impeach meets the test for “incriminating evidence” as I have defined it, then I am prepared to accept, *per Henry*, at para. 50, that in practice it may be difficult for triers of fact to work with that distinction. Hence, the Crown should not be able to use it for any purpose at the witness’s subsequent trial. That in my view is the “*quo*” that forms the second half of s. 13. Apart from using it in a prosecution for perjury or for giving contradictory evidence, it will be off limits to the Crown.

[16] The law is clear and I accept it to be so, that the time for determining whether the evidence given at the prior proceeding may properly be characterized as “incriminating evidence” is the time when the Crown seeks to use it at the subsequent hearing. (See *Dubois v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 350, at pp. 363-64.) That, however, does not detract from my contention that the evidence to which s. 13 is directed is not “any evidence” the witness may have been compelled to give at the prior proceeding, but evidence that the Crown could use at the subsequent proceeding, if permitted to do so, to prove the witness’s guilt on the charge for which he or she is being tried.

[17] In so concluding, I recognize that there will be instances where evidence given at the prior proceeding, though seemingly innocuous or exculpatory at the time, may become “incriminating evidence” at the subsequent proceeding, thereby triggering the application of s. 13.

[18] Take for example, the witness who, at the trial of a third party for robbery, admits to having been present at the scene of the crime but denies any involvement in it. If the witness is subsequently charged with the same robbery and testifies that he was not present when the robbery occurred, his evidence from the prior proceeding, though innocuous at the time, will have taken on new meaning. For purposes of s. 13, it would now be treated as

besoin en l’espèce de s’y attarder. Pour trancher le pourvoi, il suffit de dire que, si le témoignage utilisé pour attaquer la crédibilité du témoin est un « témoignage incriminant » selon la définition que j’ai énoncée, je suis disposé à accepter la constatation faite dans *Henry*, par. 50, selon laquelle les juges des faits peuvent avoir de la difficulté à appliquer cette distinction en pratique. Par conséquent, le ministère public ne devrait pas être autorisé à présenter ce témoignage à quelque fin que ce soit au procès ultérieur du témoin. À mon avis, voilà en quoi consiste le « *quo* » qui forme le second volet de l’art. 13. Le ministère public ne peut pas se servir de ce témoignage, sauf dans une poursuite pour parjure ou pour témoignages contradictoires.

[16] Il est clairement établi en droit et je reconnais que, pour déterminer si le témoignage donné dans la procédure initiale peut à juste titre être qualifié de « témoignage incriminant », il faut se situer au moment où le ministère public tente de l’utiliser dans une poursuite ultérieure. (Voir *Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350, p. 363-364.) Cette constatation n’enlève cependant rien à mon opinion que l’art. 13 vise, non pas « tout témoignage » que le témoin pourrait avoir été contraint de fournir initialement, mais un témoignage que le ministère public pourrait utiliser au procès ultérieur du témoin, à supposer qu’il soit autorisé à l’utiliser, pour démontrer que le témoin est coupable de l’infraction qui lui est reprochée à son procès.

[17] Je reconnais ainsi la possibilité qu’un témoignage antérieur qui pouvait sembler inoffensif, voire disculpatoire à l’époque, devienne un « témoignage incriminant » dans le cadre d’une poursuite ultérieure et emporte l’application de l’art. 13.

[18] Prenons par exemple le témoin qui admet, au procès d’un tiers pour vol qualifié, s’être trouvé sur les lieux du crime, mais nie y avoir participé. Si ce témoin est plus tard accusé du même vol, et s’il affirme alors ne pas avoir été présent au moment de la perpétration du vol, son témoignage initial, même s’il semblait inoffensif à l’époque, aura pris une tout autre signification. Il s’agirait alors d’un « témoignage incriminant » au sens où il faut

“incriminating evidence” because it is evidence that the Crown could use at the witness’s robbery trial, if permitted to do so, to prove the essential element of identity. And that is where s. 13 comes in. It precludes the Crown from introducing it for any purpose, whether as part of its case to prove identity or as a means of impeaching the witness’s testimony.

[19] Manifestly, I take a different view where the evidence given by the witness at the prior proceeding could not be used by the Crown at the subsequent proceeding to prove the witness’s guilt on the charge for which he or she is being tried. In such circumstances, because the prior evidence is not “incriminating evidence”, there can be no “*quid*” for purposes of s. 13 — and because there is no “*quid*”, no “*quo*” is owed in return. The case at hand provides a classic example of this.

[20] On its own, Mr. Nedelcu’s “I . . . remember nothing” testimony from his discovery could not have been used by the Crown to prove or assist in proving one or more of the essential elements of the criminal charges he was facing — dangerous driving causing bodily harm and impaired driving causing bodily harm. I say “on its own” because in theory, if the Crown were able to prove that Mr. Nedelcu had concocted his discovery evidence with a view to deliberately misleading the court and obstructing the course of justice, that finding would constitute evidence of consciousness of guilt from which the trier of fact could, if it chose to, infer guilt.

[21] But realistically, that scenario is one with which we need not be concerned. Any attempt on the Crown’s part to convert Mr. Nedelcu’s “non-incriminating” evidence from the discovery into potentially “incriminating evidence” at his criminal trial would trigger the application of s. 13 and the protection afforded by it. And that would be self-defeating. It would disentitle the Crown from being able to use Mr. Nedelcu’s “non-incriminating”

l’entendre pour l’application de l’art. 13, car il s’agit d’un témoignage que le ministère public pourrait utiliser au procès du témoin pour vol qualifié, à supposer qu’il soit autorisé à l’utiliser, pour établir un élément essentiel, soit l’identité. Et c’est à cette étape qu’intervient l’art. 13 : il empêche le ministère public de présenter ce témoignage à quelque fin que ce soit, peu importe qu’il veuille ainsi établir l’identité ou attaquer la crédibilité de l’accusé.

[19] De toute évidence, je ne vois pas du même œil le témoignage qui a été fourni dans la procédure initiale et que le ministère public ne pourrait pas utiliser dans un procès ultérieur pour démontrer que le témoin est coupable de l’infraction qui lui est reprochée. Dans ce cas, le témoignage initial n’étant pas un « témoignage incriminant », il n’y a aucun « *quid* » pour l’application de l’art. 13 — et sans « *quid* », aucun « *quo* » n’est exigible en échange. La présente espèce en constitue un exemple classique.

[20] En soi, le témoignage fourni à l’interrogatoire préalable par M. Nedelcu — « Je ne me souviens de rien » — n’aurait pas pu être utilisé par le ministère public pour prouver ou pour l’aider à prouver l’un ou plusieurs des éléments essentiels des infractions dont il était inculpé, soit conduite dangereuse causant des lésions corporelles et conduite avec facultés affaiblies causant des lésions corporelles. Je précise « en soi », car en théorie, si le ministère public était en mesure de prouver que M. Nedelcu avait fabriqué son témoignage initial dans l’intention délibérée de tromper le tribunal et d’entraver le cours de la justice, cette conclusion démontrerait la conscience de culpabilité, à partir de laquelle le juge des faits pourrait, s’il en décidait ainsi, inférer la culpabilité de M. Nedelcu.

[21] En réalité, il n’est toutefois pas nécessaire de se préoccuper d’un tel scénario. En effet, toute tentative par le ministère public de transformer le témoignage « non incriminant » fourni par M. Nedelcu lors de l’interrogatoire préalable, pour en faire éventuellement un « témoignage incriminant » à son procès criminel, entraînerait l’application de l’art. 13 et de la protection qu’il confère. Ce serait une stratégie contre-productive, car le

discovery evidence for impeachment purposes — the sole purpose of the exercise. In short, the Crown would know that it could not suggest in cross-examination that the prior evidence had been concocted, nor could it lead any evidence to that effect.

[22] The mere possibility that evidence, which is otherwise “non-incriminating”, can be converted into “incriminating” evidence if the Crown were to take the added steps needed to make it so, is not enough to trigger the application of s. 13. The use of Mr. Nedelcu’s discovery evidence to test his credibility, and nothing else, could not convert his discovery evidence into incriminating evidence. The discovery evidence would retain its original characteristics and it would not become evidence from which the triers of fact could infer guilt.

[23] While it is true that Mr. Nedelcu’s inconsistent discovery evidence might lead the triers of fact to reject his trial testimony, rejection of an accused’s testimony does not create evidence for the Crown — any more than the rejection of an accused’s alibi evidence does, absent a finding on independent evidence, that the alibi has been concocted. (See *R. v. Hibbert*, 2002 SCC 39, [2002] 2 S.C.R. 445, at paras. 61-67.) As Arbour J. observed at para. 67 of *Hibbert*:

A disbelieved alibi is insufficient to support an inference of concoction or deliberate fabrication. There must be other evidence from which a reasonable jury could conclude that the alibi was deliberately fabricated and that the accused was involved in that attempt to mislead the jury.

[24] In the present context, it would of course be incumbent on trial judges to provide juries with clear instructions as to the use they could make of the evidence given at the prior proceeding, similar to the instructions that trial judges have been providing in cases where an accused has given alibi evidence. Thus, in Mr. Nedelcu’s case, unless

ministère public perdrait alors le droit d’utiliser le témoignage « non incriminant » de M. Nedelcu pour attaquer sa crédibilité — le seul but de l’exercice. Bref, le ministère public saurait qu’il ne pourrait pas insinuer en contre-interrogatoire que le témoignage initial a été fabriqué, ni présenter d’éléments de preuve à cet effet.

[22] La simple possibilité qu’un témoignage par ailleurs « non incriminant » devienne un témoignage « incriminant » si le ministère public prenait les mesures supplémentaires nécessaires pour qu’il le devienne ne suffit pas pour que l’art. 13 s’applique. Utiliser le témoignage fourni par M. Nedelcu lors de l’interrogatoire préalable pour attaquer sa crédibilité, sans plus, ne suffirait pas à rendre ce témoignage incriminant. Le témoignage issu de l’interrogatoire préalable conserverait ses caractéristiques initiales et ne deviendrait pas un témoignage à partir duquel les juges des faits pourraient inférer la culpabilité.

[23] Certes, il se pourrait que le témoignage initial incompatible de M. Nedelcu amène les juges des faits à rejeter son témoignage à son procès, mais le rejet du témoignage de l’accusé ne constitue pas pour autant un élément de preuve à charge — pas plus que le rejet de l’alibi d’un accusé n’en constitue un, à moins qu’une preuve indépendante ne mène à la conclusion que l’alibi a été fabriqué. (Voir *R. c. Hibbert*, 2002 CSC 39, [2002] 2 R.C.S. 445, par. 61-67.) Comme le fait remarquer la juge Arbour dans *Hibbert* :

Un alibi auquel on n’ajoute pas foi n’est pas suffisant pour étayer une conclusion d’invention ou de fabrication délibérée. Il doit y avoir d’autres éléments de preuve qui permettraient à un jury raisonnable de conclure que l’alibi a été fabriqué délibérément et que l’accusé a participé à cette tentative d’induire le jury en erreur. [par. 67]

[24] Dans un cas comme celui-ci, le juge du procès devrait bien entendu donner au jury des directives claires sur l’utilisation qu’il pourrait faire du témoignage initial, semblables aux directives que reçoit le jury lorsqu’un accusé a fourni un alibi. Par conséquent, en l’espèce, le jury serait informé qu’il peut utiliser le témoignage donné à

he were to adopt his discovery evidence, the jury would be told that they could not use his discovery evidence for its truth, but only to test his credibility and for no other purpose. The jury would also be told that if they were to reject Mr. Nedelcu's trial evidence, they could not use that rejection to bolster the Crown's case. They would simply remove Mr. Nedelcu's evidence from their consideration. To convict, the jury would have to be satisfied, on the basis of the remaining evidence, that the Crown had proved its case beyond a reasonable doubt.

[25] In sum, I am satisfied that the use of Mr. Nedelcu's non-incriminating discovery evidence for impeachment purposes, and nothing else, could not and did not trigger the application of s. 13.

[26] In my respectful view, *Henry* could not have meant something different. In concluding that a witness's testimony from a prior proceeding could not be used to impeach that witness in a subsequent proceeding, the Court must have been referring to "incriminating evidence" being used for that purpose; it could not have been referring to "non-incriminating" evidence since s. 13 does not concern itself with that type of evidence.

[27] To take an obvious example, assume that at a prior proceeding, a witness has testified, as part of the narrative, that she got up at 10:00 a.m., had breakfast, went to the corner store for a paper and then returned home. Assume further that none of that information has any bearing on the crime of robbery she is alleged to have committed at 5:00 p.m. later that day. At her subsequent robbery trial, some three years later, she states in chief that she awoke at noon, had nothing to eat and stayed home until 3:00 p.m. As for the robbery itself, she admits to having been at the robbery scene but claims that she could not have been the robber because she was wearing a pink coat that day and all of the witnesses have described the robber as wearing a black coat.

[28] On that example, surely the Crown would not be precluded, on the basis of *Henry*, from

l'interrogatoire préalable par M. Nedelcu, non pas pour en établir la véracité — à moins que l'intimé ne l'ait réitéré —, mais exclusivement pour évaluer sa crédibilité. Il serait également avisé que s'il décidait de ne pas ajouter foi au témoignage fourni par M. Nedelcu à son procès, il ne pourrait pas utiliser ce rejet pour renforcer la thèse du ministère public. Le jury devrait alors simplement ne pas tenir compte du témoignage de M. Nedelcu. Pour rendre un verdict de culpabilité, il devrait être convaincu, à la lumière des autres éléments de preuve, que le ministère public a démontré sa thèse hors de tout doute raisonnable.

[25] En somme, je suis persuadé que l'utilisation du témoignage non incriminant fourni par M. Nedelcu lors de l'interrogatoire préalable pour attaquer sa crédibilité, sans plus, n'emporte pas l'application de l'art. 13.

[26] À mon humble avis, on ne peut interpréter autrement l'arrêt *Henry*. En concluant que le témoignage fourni lors d'une procédure initiale ne peut servir à attaquer la crédibilité de son auteur dans une procédure ultérieure, la Cour faisait nécessairement référence au « témoignage incriminant », par opposition à celui qui n'est pas incriminant, car l'art. 13 ne vise que le premier.

[27] Prenons l'exemple patent de la personne qui, dans son récit des faits lors d'une procédure initiale, aurait témoigné s'être levée à 10 h, avoir déjeuné, être allée acheter un journal au dépanneur, puis être rentrée, et supposons que ces renseignements n'ont aucune incidence sur le vol qualifié qu'on lui reprochera d'avoir perpétré à 17 h le même jour. Trois ans plus tard, à l'interrogatoire principal dans le cadre de son procès pour vol qualifié, elle affirme s'être levée à midi, n'avoir rien avalé et être restée chez elle jusqu'à 15 h. En ce qui concerne le vol qualifié, elle admet s'être trouvée sur les lieux du crime, mais affirme qu'elle ne pouvait pas être l'auteur du vol, car les témoins ont tous affirmé que le voleur était vêtu de noir, alors qu'elle portait ce jour-là un manteau rose.

[28] Dans cet exemple, l'arrêt *Henry* n'empêcherait certainement pas le ministère public de

cross-examining on the apparent inconsistencies relating to her morning activities, with a view to testing the witness's powers of recollection and hence, the overall credibility and reliability of her testimony — particularly as to her ability to remember what she was wearing at the time of the robbery. Using non-incriminating evidence for impeachment purposes does not engage s. 13. And I do not read *Henry* as holding otherwise, even though some of the language used could leave that impression. At para. 50, Binnie J. states: “. . . the prior *compelled* evidence [of the witness] should, under s. 13 . . . , be treated as inadmissible in evidence against the accused, even for the ostensible purpose of challenging his or her credibility, and be restricted (in the words of s. 13 itself) to ‘a prosecution for perjury or for the giving of contradictory evidence’” (italics in original).

[29] While Justice Binnie speaks only of “prior compelled evidence”, s. 13 is concerned with prior “incriminating evidence” that has been compelled. It should not be interpreted as referring to “compelled” evidence of *any* kind — and certainly not compelled evidence that was neither incriminating at the time it was given nor incriminating at the witness's subsequent trial. Using Justice Binnie's definition of “incriminating evidence” as “something ‘from which a trier of fact may infer that an accused is guilty of the crime charged’” (*Henry*, para. 25), Mr. Nedelcu's discovery evidence fails to meet that test.

[30] In this case, the Crown sought to use Mr. Nedelcu's “non-incriminating” prior discovery evidence to impeach him. The use of his non-incriminating discovery evidence for that purpose did not convert it into incriminating evidence, i.e., evidence that the Crown could use, if permitted to do so, to prove or assist in proving one or more of the essential elements of the offences upon which Mr. Nedelcu was being tried. As such, s. 13 was not

contre-interroger le témoin sur les contradictions apparentes dans le compte rendu de ses activités matinales pour évaluer sa mémoire et, partant, sa crédibilité générale et la fiabilité de son témoignage, tout particulièrement quant à sa faculté de se rappeler quels vêtements elle portait au moment du vol qualifié. L'utilisation d'un témoignage non incriminant pour attaquer la crédibilité d'un témoin ne donne pas lieu à l'application de l'art. 13. Et j'estime que l'arrêt *Henry* ne prête pas à une autre interprétation, en dépit de l'impression contraire qui pourrait se dégager de certains passages. Ainsi, le juge Binnie affirme, au par. 50, « je conclus donc que le témoignage antérieur *forcé* [du témoin] doit être considéré, [. . .] sous le régime de l'art. 13 [. . .], comme inadmissible en preuve contre l'accusé, même dans le but manifeste d'attaquer sa crédibilité, et que son utilisation doit se limiter, selon les termes mêmes de l'art. 13, aux “poursuites pour parjure ou pour témoignages contradictoires” » (en italique dans l'original).

[29] Bien que le juge Binnie emploie l'expression « témoignage antérieur *forcé* », l'art. 13 concerne le témoignage *forcé* « incriminant » obtenu antérieurement. Il ne doit pas être interprété comme visant tout témoignage *forcé*, de *quelque* nature qu'il soit, — et certainement pas du témoignage *forcé* qui n'était incriminant ni au moment où il a été donné initialement, ni au procès ultérieur du témoin. Or, la déposition de M. Nedelcu à l'interrogatoire préalable ne constitue pas un « témoignage incriminant » selon la définition qu'en donne le juge Binnie, soit « un élément qui “pourrait faire conclure au juge des faits que l'accusé est coupable du crime allégué” » (*Henry*, par. 25).

[30] En l'espèce, le ministère public voulait utiliser le témoignage initial non incriminant de M. Nedelcu pour attaquer sa crédibilité. L'utilisation de ce témoignage non incriminant à cette fin n'en fait pas un témoignage incriminant, c'est-à-dire un témoignage que le ministère public pourrait utiliser, à supposer qu'il soit autorisé à l'utiliser, pour prouver ou l'aider à prouver l'un ou plusieurs des éléments constitutifs des infractions reprochées à

engaged. There was no “*quid*” and, therefore, no “*quo*” for the state to honour.

[31] My colleague, Justice LeBel, takes issue with my conclusion that s. 13 is not engaged here. He maintains that I have misconstrued *Henry* and misinterpreted s. 13. He predicts that the interpretation of s. 13 to which I ascribe will lead to confusion and unpredictability. Courts will be inundated with time-consuming *voir dire*s; the scope of s. 13 will be rendered dubious in theory and uncertain in practice; and the objective of the *quid pro quo*, which is to encourage full and frank testimony, will be undermined.

[32] I propose to address each of these concerns in brief compass.

[33] But first, let me deal with the suggestion that the way in which I interpret s. 13 was not raised by any of the parties or interveners and that it is “entirely contrary to Crown counsel’s submissions before this Court” (para. 127).

[34] At para. 56 of their factum, Ms. Fairburn and Mr. Schwartz, on behalf of the Crown, wrote:

Mr. Nedelcu’s discovery evidence would not even have the potential to incriminate. Properly conceptualized, his discovery evidence was non-evidence: *I remember nothing*. Query whether at common law he could have asserted his silence in relation to this non-evidence. What is incriminating about remembering nothing? Nothing. If the *Henry* interpretation of s. 13 extends even to non-evidence, through the conduit of compulsion, with great respect, this signals a need for change. [Italics in original; underlining added; footnote omitted.]

[35] My reasons address this very issue. They make clear that *Henry* did not extend the protection of s. 13 to non-incriminating evidence — and that those who believed it had were mistaken. While some might like to read the words “incriminating

M. Nedelcu à son procès. Pour cette raison, l’art. 13 ne s’applique pas. En l’absence de « *quid* », l’État n’était pas tenu de fournir un « *quo* ».

[31] Mon collègue, le juge LeBel, conteste ma conclusion que l’art. 13 ne trouve pas application en l’espèce. Selon lui, j’ai mal interprété l’arrêt *Henry* et mon interprétation de l’art. 13 est erronée. Il prédit que l’interprétation que j’attribue à l’art. 13 mènera à la confusion et à l’imprévisibilité. Les tribunaux seront submergés par des voir-dire accaparants; la portée de l’art. 13 sera douteuse en théorie et incertaine en pratique; l’objectif du *quid pro quo* qui consiste à favoriser un témoignage complet et sincère sera compromis.

[32] Je traiterai brièvement de chacune de ces craintes.

[33] Toutefois, je voudrais d’abord répondre à la remarque selon laquelle mon interprétation de l’art. 13 n’a été soulevée par aucune partie ni aucun intervenant et « va directement à l’encontre des observations présentées par le procureur du ministère public devant la Cour » (par. 127).

[34] Au paragraphe 56 de leur mémoire, M^{es} Fairburn et Schwartz, représentant le ministère public, ont écrit ce qui suit :

[TRADUCTION] Il n’existe pas la moindre possibilité que le témoignage donné par M. Nedelcu à l’enquête préalable l’incrimine. Perçu comme il se doit, son témoignage à l’enquête préalable ne constitue pas une preuve : *Je ne me souviens de rien*. On peut se demander si la common law lui aurait permis d’invoquer son droit au silence relativement à ce témoignage qui ne constitue pas une preuve. Qu’y a-t-il d’incriminant dans le fait de ne se souvenir de rien? Absolument rien. Si l’interprétation de l’art. 13 découlant de l’arrêt *Henry* s’étend même à un témoignage qui ne constitue pas une preuve, par l’intermédiaire de la contrainte, nous soutenons respectueusement qu’il faut y voir un signe qu’un changement s’impose. [En italique dans l’original; je souligne; note de bas de page omise.]

[35] Mes motifs traitent précisément de cette question. Ils disent clairement que l’arrêt *Henry* n’a pas étendu la portée de la protection offerte par l’art. 13 pour qu’elle s’applique à un témoignage non incriminant — et ceux qui le penseraient font

evidence” out of s. 13, the Court in *Henry* did no such thing.

[36] Turning to my colleague’s prediction that the construction I place on s. 13 will lead to uncertainty and time-consuming *voir dire*s, unlike my colleague, I expect that trial judges will have little trouble discerning whether evidence given by the accused as a witness in a prior proceeding is “incriminating” evidence — that is, evidence that the Crown could use, if permitted to do so, to prove guilt.

[37] Under the test I have proposed, trial judges are not given a discretion. The only added burden on the court will be to qualify the evidence as incriminating or not — hardly a difficult or time-consuming task. Where the evidence the Crown seeks to introduce could be used by the Crown, if it were permitted to do so, to prove guilt — i.e., to prove or assist in proving one or more of the essential elements of the offence for which the witness is being tried — it is not admissible under s. 13 for *any purpose* (other than a prosecution for perjury or giving contradictory evidence).

[38] In sum, far from opening the *voir dire* floodgates, I am confident that trial judges will have little difficulty deciding whether evidence put forward by the Crown meets the test for “incriminating” evidence as I have defined it.

[39] That brings me to the last of my colleague’s concerns — that in construing s. 13 as I have, the objective of the *quid pro quo*, which is to encourage full and frank testimony, will be undermined.

[40] With respect, I do not agree. Full and frank testimony presupposes a witness who wants to tell

erreur. Si certains aimeraient faire abstraction des mots « témoignage incriminant » en interprétant l’art. 13, la Cour n’a rien fait de semblable dans *Henry*.

[36] Examinons maintenant la prédiction de mon collègue selon laquelle mon interprétation de l’art. 13 créera de l’incertitude et générera des voir-dire accaparants. Contrairement à mon collègue, je m’attends à ce que les juges présidant un procès n’aient pas vraiment de difficulté à déterminer si le témoignage donné par l’accusé à titre de témoin dans une instance antérieure est un témoignage « incriminant » — c’est-à-dire un témoignage que le ministère public pourrait utiliser, à supposer qu’il soit autorisé à l’utiliser, pour démontrer la culpabilité du témoin.

[37] Le critère que je propose ne confère aucun pouvoir discrétionnaire au juge du procès. La seule tâche additionnelle dont le tribunal devra s’acquitter consistera à déterminer si le témoignage est incriminant ou non — ce qui ne devrait pas vraiment être ardu ni accaparant. Dans les cas où le ministère public désire produire un témoignage qu’il pourrait utiliser, à supposer qu’il soit autorisé à l’utiliser, pour démontrer la culpabilité du témoin — c’est-à-dire, pour prouver ou pour l’aider à prouver l’un ou plusieurs des éléments constitutifs de l’infraction reprochée au témoin à son procès —, ce témoignage ne sera pas admissible à *quelque fin que ce soit*, par application de l’art. 13 (sauf lors de poursuites pour parjure ou pour témoignages contradictoires).

[38] En somme, je suis persuadé que les juges seront loin d’avoir à tenir une avalanche de voir-dire lors du procès et qu’ils n’auront guère de difficulté à déterminer si un témoignage que le ministère public entend utiliser est « incriminant » en appliquant le critère que j’ai décrit.

[39] J’arrive maintenant à la dernière crainte exprimée par mon collègue — la crainte que l’objectif du *quid pro quo*, qui consiste à favoriser un témoignage complet et sincère, soit compromis si l’art. 13 reçoit l’interprétation que je propose.

[40] Soit dit en toute déférence, je ne partage pas cette crainte. Un témoignage complet et sincère

the truth but is afraid to do so lest the evidence be used to incriminate him at a subsequent proceeding. It does not presuppose a witness who is bent on giving false testimony.

[41] Be that as it may, on my construction of s. 13, neither the truthful witness nor the perjurer need be concerned that any incriminating evidence given by them at a prior proceeding will be used against them, for any purpose, at a subsequent proceeding (the perjurer need only fear a prosecution for perjury or for giving contradictory evidence). Thus, the witness who sincerely wants to tell the truth — that is, make full and frank disclosure — need not fear any repercussions. He or she will gain the full protection of s. 13, and the bargain contemplated by s. 13 will have been fulfilled.

[42] I do not gainsay the possibility that construing s. 13 as I have may impinge ever so slightly on the clarity and predictability that my colleague considers all-important. Clarity and predictability are laudable goals, to be sure — but they should not be pursued at the expense of rewriting s. 13 to remove critical words that alter the meaning of the section and impermissibly extend its protection beyond its intended purpose.

[43] I would accordingly allow the appeal, set aside the order for a new trial and restore the guilty verdict on the charge of dangerous driving causing bodily harm.

The reasons of LeBel, Fish and Cromwell JJ. were delivered by

[44] LEBEL J. (dissenting) — The right against self-incrimination is a principle that lies at the heart of our justice system and is enshrined in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. A specific form of protection against self-incrimination

présuppose que le témoin veut dire la vérité, mais qu'il a peur de la révéler de crainte que son témoignage soit utilisé pour l'incriminer dans une procédure ultérieure. Il ne présuppose pas que le témoin a la ferme intention de faire un faux témoignage.

[41] Quoi qu'il en soit, selon mon interprétation de l'art. 13, ni le témoin sincère ni le parjure n'ont à s'inquiéter de la possibilité que leur témoignage incriminant donné dans une procédure antérieure soit utilisé contre eux, à quelque fin que ce soit, dans une procédure ultérieure (le parjure ne devrait s'inquiéter que d'une éventuelle poursuite pour parjure ou pour témoignages contradictoires). Par conséquent, le témoin qui veut sincèrement dire la vérité — c'est-à-dire donner un témoignage complet et sincère — n'a pas à s'inquiéter des répercussions de son témoignage, quelles qu'elles soient. Il bénéficiera de la pleine protection offerte par l'art. 13 et le marché visé par cette disposition sera respecté.

[42] Je ne nie pas la possibilité que mon interprétation de l'art. 13 puisse, ne serait-ce que légèrement, porter atteinte à la clarté et à la prévisibilité auxquelles mon collègue attache la plus haute importance. Certes, la clarté et la prévisibilité sont des objectifs louables, mais leur poursuite ne saurait justifier que l'on récrive l'art. 13 pour en retrancher des mots déterminants dont la suppression modifierait le sens de cette disposition et étendrait indûment la portée de la protection qu'elle offre au-delà des fins qu'elle est censée servir.

[43] Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir l'appel, d'annuler l'ordonnance prescrivant la tenue d'un nouveau procès et de rétablir la déclaration de culpabilité quant au chef de conduite dangereuse causant des lésions corporelles.

Version française des motifs des juges LeBel, Fish et Cromwell rendus par

[44] LE JUGE LEBEL (dissident) — Le droit de ne pas s'incriminer constitue un principe fondamental de notre système de justice et il est consacré dans la *Charte canadienne des droits et libertés*, dont l'art. 13 garantit plus particulièrement le droit de ne

is the right against testimonial self-incrimination provided for in s. 13 of the *Charter*. Section 13 protects a witness who gives evidence in any proceeding from having that evidence used against him or her in a subsequent proceeding. This *Charter* guarantee has engendered many decisions of this Court, the latest significant pronouncement being *R. v. Henry*, 2005 SCC 76, [2005] 3 S.C.R. 609.

[45] The Crown asks this Court to reconsider the s. 13 principles it unanimously espoused in *Henry*. For the reasons that follow, I would decline to do so. I would therefore dismiss the appeal.

I. Introduction

[46] This appeal arises out of a guilty verdict for dangerous driving causing bodily harm ((2007), 60 M.V.R. (5th) 186). The Ontario Court of Appeal set aside the respondent's guilty verdict and ordered a new trial on the basis of this Court's decision in *Henry* (2011 ONCA 143, 276 O.A.C. 106).

[47] At his criminal trial, the respondent was cross-examined on inconsistent statements he had previously made during discovery in a tort action brought against him in relation to the same incident. After his cross-examination, it became clear to all the parties, including the respondent's own counsel and the trial judge, that the respondent's entire testimony was unreliable and had to be disregarded. He was found guilty on one count of dangerous driving.

[48] The issue is whether, at his criminal trial, the Crown could cross-examine the respondent on statements he had made during discovery in a civil action without infringing his right against self-incrimination. In my view, the Court of Appeal correctly applied *Henry* in holding that the respondent could not be cross-examined on these statements. Therefore, the appeal must be dismissed.

II. Facts

[49] The respondent and the victim worked together. After work one evening, at around 6:30

pas être contraint de témoigner contre soi-même. Cette disposition interdit que le témoignage donné par une personne dans une instance quelconque soit utilisé contre elle dans une procédure ultérieure. Ce droit protégé par la *Charte* a donné lieu à une abondante jurisprudence de notre Cour, dont le dernier arrêt majeur à ce sujet est *R. c. Henry*, 2005 CSC 76, [2005] 3 R.C.S. 609.

[45] Le ministère public demande à notre Cour de reconsidérer les principes relatifs à l'art. 13 qu'elle a adoptés à l'unanimité dans *Henry*. Pour les motifs qui suivent, je m'abstiendrai de le faire. Je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi.

I. Introduction

[46] Le pourvoi découle d'un verdict de culpabilité prononcé contre l'intimé pour conduite dangereuse ayant causé des lésions corporelles ((2007), 60 M.V.R. (5th) 186). La Cour d'appel de l'Ontario a infirmé ce verdict et ordonné la tenue d'un nouveau procès sur le fondement de l'arrêt *Henry* de notre Cour (2011 ONCA 143, 276 O.A.C. 106).

[47] À son procès criminel, l'intimé a été contre-interrogé sur des déclarations antérieures incompatibles qu'il avait faites à l'interrogatoire préalable dans une action en responsabilité délictuelle intentée contre lui relativement au même incident. À l'issue du contre-interrogatoire, il est apparu clairement à toutes les parties (y compris à son propre avocat) et au juge du procès que l'ensemble de son témoignage n'était pas fiable et devait être écarté. Il a été déclaré coupable de conduite dangereuse.

[48] Il s'agit de savoir si, au procès criminel, le ministère public pouvait contre-interroger l'intimé relativement à ses déclarations faites à l'interrogatoire préalable dans une action civile, sans porter atteinte à son droit de ne pas s'incriminer. À mon avis, la Cour d'appel a correctement appliqué l'arrêt *Henry* en statuant qu'il ne pouvait pas être contre-interrogé sur ces déclarations. Par conséquent, le pourvoi doit être rejeté.

II. Les faits

[49] L'intimé et la victime travaillaient ensemble. Après le travail, un soir vers 18 h 30, l'intimé a fait

p.m., the respondent took the victim for a ride on his motorcycle on their employer's property. The motorcycle crashed into a curb, and both the victim and the respondent were thrown from it. The victim was not wearing a helmet, and the accident caused him permanent brain damage. The respondent sustained minor injuries and was hospitalized overnight.

[50] The respondent was charged with dangerous driving causing bodily harm and impaired driving causing bodily harm. The respondent was also sued in a civil action by the victim and his family. He was examined for discovery as part of the civil proceedings. During his examination for discovery, he testified that he had no memory of the events from 5:00 p.m. on the day of the accident to the following day at 11:00 a.m., when he woke up in the hospital. Fourteen months later, at his criminal trial, however, he gave a detailed account of the accident and the events leading up to it.

[51] The Crown sought leave to cross-examine the respondent on his discovery evidence. After a *voir dire*, the trial judge ruled that the discovery evidence could be put to the respondent in cross-examination for the purpose of impeaching his credibility. The respondent was ultimately found guilty of dangerous driving causing bodily harm. On the basis of *Henry*, the Ontario Court of Appeal overturned the trial judge's ruling, set aside the respondent's conviction and ordered a new trial.

III. Judicial History

A. *Superior Court of Justice*

(1) The Charge

[52] The respondent testified in his own defence. In his testimony, he gave a detailed account of the events of that day leading up to and during the accident. In cross-examination, on being asked about his memory of the events, he stated, "I have a recollection about 90, 95 percent" (A.R., vol. II, at p. 215).

monter la victime sur sa motocyclette pour lui faire faire un tour sur la propriété de leur employeur. La motocyclette a percuté la bordure de trottoir, et ils ont tous deux été projetés sur le sol. La victime ne portait pas de casque et a subi des lésions cérébrales permanentes. L'intimé a été hospitalisé jusqu'au lendemain pour des blessures mineures.

[50] L'intimé a été accusé de conduite dangereuse ayant causé des lésions corporelles et de conduite avec facultés affaiblies ayant causé des lésions corporelles. Il a également été poursuivi au civil par la victime et sa famille. À l'interrogatoire préalable dans le cadre de cette instance civile, il a affirmé ne pas se souvenir de ce qui était survenu entre 17 h le jour de l'accident et son réveil à l'hôpital le lendemain à 11 h. Toutefois, quatorze mois plus tard, à son procès criminel, il a donné un compte rendu détaillé de l'accident et des faits qui l'avaient précédé.

[51] Le ministère public a demandé l'autorisation de contre-interroger l'intimé sur ses dépositions recueillies à l'interrogatoire préalable. Après avoir tenu un *voir-dire*, le juge du procès a décidé que la poursuite pouvait confronter l'intimé à ses déclarations antérieures dans le but d'attaquer sa crédibilité. À l'issue du procès, l'intimé a été déclaré coupable de conduite dangereuse ayant causé des lésions corporelles. Se fondant sur l'arrêt *Henry*, la Cour d'appel de l'Ontario a infirmé la décision du juge du procès, annulé la déclaration de culpabilité de l'intimé et ordonné la tenue d'un nouveau procès.

III. L'historique judiciaire

A. *Cour supérieure de justice*

(1) L'accusation

[52] L'intimé a témoigné pour sa propre défense. Il a alors donné un compte rendu détaillé des faits survenus ce jour-là, avant et pendant l'accident. Contre-interrogé sur son souvenir des événements, il a affirmé : [TRADUCTION] « Je me souviens d'environ 90 à 95 pour 100 de ce qui s'est passé » (d.a., vol. II, p. 215).

[53] Before Crown counsel began her cross-examination, a police officer handed her a transcript of the respondent's examination for discovery from the civil proceeding, apparently provided by the victim's counsel. The transcript indicated that the respondent had denied remembering anything about the accident in his discovery evidence:

Q. And when did you first see Victor on July 30th, 2004?

A. When I see him?

Q. The first time.

A. I don't see him in that night. He come around 5 o'clock, but I don't remember nothing from before that, so I--last things I remember was 5 o'clock when I finish one job on the line. I don't remember when I was going to the shop. I don't--don't remember when I was putting my tools away. I don't remember when we're drinking after.

Q. Do you have any memory after 5--or, sorry. What is your first memory after 5 o'clock p.m. on July 30th?

A. Eleven o'clock next day when I was in the hospital.

Q. So, July 31st?

A. Exact.

Q. Eleven o'clock in the morning or the evening?

A. In the morning when I get out from the ER. Shortly after that, they take me out of--from the--10:30, 11. I'm not sure. [A.R., vol. I, at p. 99]

[54] At the conclusion of her cross-examination, and based on the inconsistent evidence regarding the respondent's memory of the events, Crown counsel sought leave to cross-examine the respondent on his discovery evidence.

(2) Ruling on the *Voir Dire* (Ontario Superior Court of Justice (2007), 41 C.P.C. (6th) 357)

[55] After reviewing this Court's decision in *Henry*, the trial judge found that s. 13 protection

[53] Avant le contre-interrogatoire, un agent de police a remis à l'avocate du ministère public une transcription — qu'il avait apparemment obtenue de l'avocat de la victime — de l'interrogatoire préalable de l'intimé tenu dans le cadre de l'action civile. Selon la transcription, l'intimé avait affirmé lors de l'interrogatoire préalable n'avoir gardé aucun souvenir de l'accident :

[TRADUCTION]

Q. Et quand avez-vous vu Victor pour la première fois le 30 juillet 2004?

R. Quand je l'ai vu?

Q. Pour la première fois.

R. Je ne l'ai pas vu ce soir-là. Il est venu vers 17 h, mais je ne me souviens de rien même avant qu'il arrive, alors . . . les dernières choses dont je me souviens c'est qu'il était 17 h quand j'ai fini un travail sur la chaîne. Je ne me rappelle pas être allé à l'atelier. Je ne me rappelle . . . ne me rappelle pas avoir rangé mes outils. Je ne me rappelle pas quand nous avons bu ensemble après.

Q. Avez-vous un souvenir de ce qui s'est passé après 17 h . . . ou, désolé. Quel est votre premier souvenir après 17 h le 30 juillet?

R. Onze heures le lendemain quand j'étais à l'hôpital.

Q. Alors, le 31 juillet?

R. Exact.

Q. Onze heures du matin ou du soir?

R. Le matin quand je suis sorti de la salle d'urgence. Peu après, ils m'ont sorti de là. . . 10 h 30, 11 h. Je ne suis pas certain. [d.a., vol. I, p. 99]

[54] À la fin du contre-interrogatoire, compte tenu du témoignage contradictoire de l'intimé sur son souvenir des événements, l'avocate du ministère public a demandé l'autorisation de contre-interroger l'intimé sur sa déposition recueillie à l'interrogatoire préalable.

(2) La décision rendue lors du voir-dire (Cour supérieure de justice de l'Ontario (2007), 41 C.P.C. (6th) 357)

[55] Après avoir examiné l'arrêt *Henry*, le juge du procès a conclu que la protection offerte par l'art.

applies only in relation to prior compelled testimony and cannot be invoked if the prior testimony was given voluntarily.

[56] In determining whether the respondent's discovery evidence was compelled, he noted that parties to a civil action in Ontario are obligated to attend examinations for discovery and provide answers under oath, and that discovery evidence is therefore statutorily compelled evidence under the *Rules of Civil Procedure*, R.R.O. 1990, Reg. 194. However, in his view there was a difference between evidence given in a civil proceeding and in a criminal proceeding.

[57] According to the trial judge, the differences in character, purpose and philosophy between civil and criminal proceedings must be taken into account when applying the *Charter* to exclude evidence obtained in a civil action. While civil discovery is meant to eliminate issues not seriously contested, to ensure that all relevant evidence is disclosed and to expose groundless claims, criminal investigations have "a public, justice-oriented purpose" (para. 24).

[58] The trial judge quoted with approval a passage from *British Columbia Securities Commission v. Branch*, [1995] 2 S.C.R. 3, in which this Court had stated that, to qualify as having a "valid public purpose", compelled testimony in a criminal context must be aimed at obtaining evidence in furtherance of the prosecution (para. 24). Referring to this Court's decision in *Henry*, he stated that s. 13 must be analyzed purposefully, within the context of the "bargain" at its heart, known as the "*quid pro quo*", which protects a witness who is compelled to testify. He explained the *quid pro quo* as follows: "... when a person is compelled to testify in a court proceeding and exposes himself to the risk of self-incrimination, the section provides protection against the subsequent use of his evidence against him" (para. 13). In his view, however, "[t]he fact-gathering discovery exercise, although statutorily compelled, lacks the State-compelled incriminatory features discussed in [*Henry*]" (para. 26). He

13 ne s'applique que si le témoignage antérieur a été forcé et qu'elle ne peut pas être invoquée s'il a été donné volontairement.

[56] En déterminant si le témoignage antérieur avait été forcé en l'espèce, le juge a signalé que les parties à une action civile en Ontario sont tenues de se soumettre à un interrogatoire préalable et de répondre sous serment, et que l'interrogatoire préalable constitue donc un témoignage forcé suivant les *Règles de procédure civile*, R.R.O. 1990, Règl. 194. Toutefois, à son avis, le témoignage donné dans une instance civile se distingue de celui donné dans une instance criminelle.

[57] Selon le juge du procès, il faut tenir compte des différences dans la nature, l'objet et la philosophie d'une procédure civile et ceux d'une procédure criminelle lorsqu'il s'agit d'appliquer la *Charte* pour écarter des éléments de preuve obtenus dans une action civile. Alors que l'interrogatoire préalable en matière civile vise à éliminer les questions qui ne sont pas réellement litigieuses, à garantir la communication de tous les éléments de preuve pertinents et à mettre au jour les demandes dénuées de fondement, l'enquête criminelle a [TRADUCTION] « une fin publique, axée sur la justice » (par. 24).

[58] Le juge du procès a cité et approuvé un passage de l'arrêt *British Columbia Securities Commission c. Branch*, [1995] 2 R.C.S. 3, dans lequel notre Cour a déclaré que, pour être reconnu comme ayant une « fin publique valide », le témoignage forcé au cours de poursuites criminelles doit viser à obtenir une preuve utile à ces poursuites (par. 24). Renvoyant à l'arrêt *Henry* de notre Cour, il a affirmé que l'art. 13 devait être analysé en fonction de son objet, à la lumière du « marché », aussi appelé « *quid pro quo* », qui est au cœur de l'art. 13 et qui protège le témoin forcé de témoigner. Le juge a expliqué ainsi ce marché : [TRADUCTION] « ... lorsqu'une personne est forcée de témoigner dans une procédure judiciaire et risque de s'incriminer, cette disposition la protège contre l'utilisation subséquente de ce témoignage contre elle » (par. 13). Cependant, à son avis, « l'exercice de l'interrogatoire préalable axé sur la découverte des faits — même s'il est exigé par la loi — ne comporte pas les caractéristiques

therefore concluded that s. 13 of the *Charter* did not protect the accused from the use of discovery testimony to impeach his credibility, as there was no *quid pro quo* with the state:

Mr. Nedelcu's prior discovery testimony is potentially relevant to the issue of his credibility as it seems to contradict his testimony at trial. It is deemed to be a verbatim account of what he said at his examination for discovery, in that it is certified by a qualified court reporter to be an accurate transcription of his words. He has not taken the position that transcription of his testimony on discovery is inaccurate. The use the Crown seeks to make of the evidence is the permitted one of assessing credibility only and not the prohibited purpose of incrimination. Accordingly, I have found its use is not prohibited by s. 13 of the *Charter*. [para. 49]

In the trial judge's view, therefore, the use of the respondent's prior evidence to assess credibility was permissible under s. 13. I note that the Crown concedes that the trial judge erred in his approach to s. 13. The parties agree that s. 13 is engaged when evidence is compelled in *any* proceeding, regardless of whether the evidence elicited in the first proceeding assists the Crown: see A.F., at paras. 44-47, and R.F., at para. 30.

[59] Finally, the trial judge noted that excluding the evidence of a prior inconsistent statement in this case could lead to "significant mischief" (para. 50). It would allow the accused to tender different evidence in his civil and criminal trials: "With impunity, he could tailor his evidence to suit his needs in each particular proceeding" (para. 50).

[60] Accordingly, the trial judge granted the Crown's application to cross-examine the respondent on his civil discovery evidence.

(3) Verdict ((2007), 60 M.V.R. (5th) 186)

[61] The trial judge acquitted the respondent on the impaired driving charge but found him

de l'incrimination forcée imposée par l'État dont il était question dans [Henry] » (par. 26). Le juge estimait donc que, vu l'absence de marché avec l'État, l'art. 13 de la *Charte* n'empêchait pas l'utilisation de la déposition de l'accusé à l'interrogatoire préalable dans le but d'attaquer sa crédibilité :

[TRADUCTION] La déposition antérieure faite par M. Nedelcu à l'interrogatoire préalable peut être pertinente pour l'appréciation de sa crédibilité, puisqu'elle semble contredire son témoignage au procès. Elle est réputée constituer un compte rendu fidèle de l'interrogatoire préalable, car un sténographe judiciaire qualifié a attesté qu'il s'agit de la transcription exacte de ce qu'a dit M. Nedelcu. Celui-ci n'a pas contesté l'exactitude de la transcription. Le ministère public veut l'utiliser dans le but permis d'évaluer la crédibilité de M. Nedelcu et non dans le but proscrit de l'incriminer. Je suis donc d'avis que l'art. 13 de la *Charte* n'interdit pas l'utilisation de ce témoignage. [par. 49]

De l'avis du juge du procès, l'art. 13 n'interdisait pas l'utilisation du témoignage antérieur de l'intimé pour évaluer sa crédibilité. Je signale que le ministère public reconnaît que le juge du procès a commis une erreur dans son application de l'art. 13. Les deux parties conviennent que l'art. 13 s'applique au témoignage forcé donné dans *toute* instance, que la déposition faite dans la procédure initiale ait été utile ou non au ministère public : voir m.a., par. 44-47, et m.i., par. 30.

[59] Enfin, selon le juge du procès, écarter la déclaration antérieure incompatible en l'espèce pourrait entraîner des conséquences [TRADUCTION] « très néfastes » (par. 50), car l'accusé pourrait donner un témoignage différent dans l'instance civile et dans l'instance pénale intentées contre lui. Il pourrait, « en toute impunité, façonner sa preuve de manière à répondre à ses besoins dans chaque instance » (par. 50).

[60] Le juge du procès a donc accueilli la demande du ministère public de contre-interroger l'intimé sur son témoignage antérieur donné à l'enquête préalable dans l'action civile.

(3) Le verdict ((2007), 60 M.V.R. (5th) 186)

[61] Le juge du procès a acquitté l'intimé sur le chef de conduite avec facultés affaiblies, mais l'a

guilty of dangerous driving causing bodily harm. With respect to the effect of the Crown's cross-examination on the respondent's credibility, the trial judge said,

Counsel for Mr. Nedelcu concedes the obvious about his client's credibility. At trial, Mr. Nedelcu recited a second by second account of the motorcycle ride, the route they took, their speeds at several locations, when and where he changed gears, when he applied the brakes and the manoeuvres he undertook when he felt the bike going down. He attributed the cause of the accident to Mr. Perdon, whom he said grabbed his shoulder, and leaned in the wrong direction. However, upon his examination for discovery in the related civil action brought by Mr. Perdon, Mr. Nedelcu testified he had no recollection of anything whatsoever about the ride between when they got on the bike and his waking up the next morning in the hospital.

. . .

Thus, I have no difficulty acceding to his counsel's position that Mr. Nedelcu's entire testimony should be considered unreliable. I disbelieve his evidence of the events before and during the motorcycle ride and his evidence does not leave me with a reasonable doubt about his guilt on either charge . . . [paras. 13 and 15]

B. *Ontario Court of Appeal (2011 ONCA 143, 276 O.A.C. 106)*

[62] The Court of Appeal began its analysis by noting that the latest guidance on s. 13 from this Court was in *Henry*, in which the Court had reviewed its s. 13 jurisprudence. It noted that, in *Henry*, the Court had quoted a passage from *Dubois v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 350, at p. 358, to the effect that the purpose of s. 13 is to protect individuals from being indirectly compelled to incriminate themselves, therefore ensuring that the Crown will not be able to do indirectly what s. 11(c) of the *Charter* prohibits.

[63] Armstrong J.A., writing for the Court of Appeal, noted that, in *Henry*, this Court had abandoned the distinction made in the earlier cases

déclaré coupable de conduite dangereuse ayant causé des lésions corporelles. Le juge a expliqué en ces termes l'incidence du contre-interrogatoire du ministère public sur la crédibilité de l'intimé :

[TRADUCTION] L'avocat de M. Nedelcu admet l'évidence quant à la crédibilité de son client. Au procès, M. Nedelcu a relaté, seconde par seconde, la balade en motocyclette, le trajet emprunté, la vitesse de la motocyclette à plusieurs endroits, quand et où il avait changé de vitesse, quand il avait appliqué les freins et les manoeuvres qu'il avait exécutées lorsqu'il avait senti la motocyclette sur le point de tomber. Il a attribué la cause de l'accident à M. Perdon, qui, selon lui, l'avait saisi à l'épaule, et s'était penché dans la mauvaise direction. Or, lors de l'interrogatoire préalable dans le cadre de l'action civile connexe instituée par M. Perdon, M. Nedelcu a affirmé n'avoir absolument aucun souvenir de cette balade à partir du moment où ils sont montés sur la motocyclette jusqu'au moment où il s'est réveillé à l'hôpital le lendemain.

. . .

Par conséquent, je n'ai aucune difficulté à accepter la position de son avocat, portant que l'ensemble du témoignage de M. Nedelcu n'est pas fiable. Je n'ajoute pas foi à son compte rendu des faits survenus avant et pendant le tour de motocyclette et son témoignage ne laisse dans mon esprit aucun doute raisonnable sur sa culpabilité à l'égard de l'une ou l'autre des accusations . . . [par. 13 et 15]

B. *Cour d'appel de l'Ontario (2011 ONCA 143, 276 O.A.C. 106)*

[62] La Cour d'appel commence par faire remarquer que notre Cour s'est prononcée la dernière fois sur l'art. 13 dans l'arrêt *Henry*, où elle a réexaminé sa jurisprudence à ce sujet. Elle souligne que la Cour y a cité un passage de l'arrêt *Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350, p. 358, indiquant que l'objet de l'art. 13 est de protéger les individus contre l'obligation indirecte de s'incriminer, pour veiller à ce que la poursuite ne soit pas en mesure de faire indirectement ce que l'al. 11(c) de la *Charte* interdit.

[63] S'exprimant au nom de la Cour d'appel, le juge Armstrong rappelle que notre Cour a abandonné, dans *Henry*, la distinction établie dans des

between prior testimony used to incriminate an accused and prior testimony used to impeach the credibility of an accused because that distinction was unrealistic. Further, according to *Henry*, only compelled evidence is protected by s. 13.

[64] As to whether the respondent had been “compelled” to testify on his examination for discovery, Armstrong J.A. concluded that he had been. Although the respondent could have taken steps to avoid testifying by seeking a stay of the civil action or an adjournment of the examination for discovery until the conclusion of the criminal prosecution, the Court of Appeal noted that such requests are granted only in exceptional circumstances, none of which existed in the present case.

[65] In the Court of Appeal’s view, the trial judge had erred in his analysis of the *quid pro quo*. Armstrong J.A. stated that there is nothing in the jurisprudence to suggest that s. 13 protection is only engaged when a witness’s prior testimony “assisted the Crown” (para. 31). If that were the case, the section would apply only to proceedings in which the Crown was a party. However, s. 13 specifically states that protection is afforded to “[a] witness who testifies in any proceedings”.

[66] The Court of Appeal also found that the respondent had not given his discovery evidence “to further his own private interest in a civil action against him”, as the trial judge had characterized it. The respondent was a defendant in a civil suit against him and, as such, he “was compelled to testify on the examination for discovery solely for the benefit of the plaintiffs” (para. 32).

[67] Relying on statements made by the majority in *R. v. Noël*, 2002 SCC 67, [2002] 3 S.C.R. 433, and by the dissent in *Dubois*, the Court of Appeal held that the distinction between criminal and non-criminal interrogatories was not relevant to the appeal and that it was unnecessary to consider

arrêts antérieurs entre l’utilisation d’un témoignage antérieur pour incriminer l’accusé et l’utilisation d’un témoignage antérieur pour attaquer sa crédibilité, parce que cette distinction était irréaliste. De plus, suivant *Henry*, la protection conférée par l’art. 13 ne s’applique qu’au témoignage forcé.

[64] Le juge Armstrong conclut que l’intimé a été « forcé » de témoigner à l’interrogatoire préalable. Certes, l’intimé aurait pu prendre des mesures pour éviter de témoigner, notamment en demandant le sursis de l’action civile ou l’ajournement de l’interrogatoire préalable jusqu’à l’issue de l’instance criminelle, mais la Cour d’appel souligne que de telles demandes ne sont accueillies que dans des circonstances exceptionnelles, qui n’existaient pas en l’espèce.

[65] Selon la Cour d’appel, le juge du procès a commis une erreur dans son analyse du marché. De l’avis du juge Armstrong, rien dans la jurisprudence ne permet de conclure que la protection prévue à l’art. 13 n’est applicable que lorsqu’un témoignage antérieur a été [TRADUCTION] « utile au ministère public » (par. 31). Si c’était le cas, cette disposition ne s’appliquerait qu’aux instances auxquelles le ministère public était une partie. Or, l’art. 13 ne précise pas que son application se limite à un type d’instance : « [c]hacun a droit à ce qu’aucun témoignage [. . .] qu’il donne ne soit utilisé pour l’incriminer dans d’autres procédures ».

[66] La Cour d’appel conclut en outre que la déposition fournie par l’intimé à l’interrogatoire préalable ne visait pas à [TRADUCTION] « favoriser son propre intérêt personnel dans l’action civile intentée contre lui », comme l’estimait le juge du procès. L’intimé, en sa qualité de défendeur dans l’action civile, « a été contraint de témoigner à l’interrogatoire préalable uniquement à l’avantage des demandeurs » (par. 32).

[67] Se fondant sur des observations des juges majoritaires dans *R. c. Noël*, 2002 CSC 67, [2002] 3 R.C.S. 433, et sur les motifs dissidents dans *Dubois*, la Cour d’appel conclut que la distinction entre un interrogatoire en matière criminelle et un interrogatoire en matière civile n’est pas pertinente

whether such a distinction was supported by the cases referred to by the trial judge.

[68] Finally, the Court of Appeal rejected the Crown's argument that the observations made by Binnie J. in *Juman v. Doucette*, 2008 SCC 8, [2008] 1 S.C.R. 157, at para. 41, were determinative of the appeal. Although, in *Juman*, this Court had quoted the *voir dire* reasons of the trial judge in the case at bar, Armstrong J.A. noted that *Juman* was decided in the context of determining the scope of the implied undertaking rule in British Columbia. Armstrong J.A. pointed out that this Court was discussing general categories of exceptions to the implied undertaking rule. The fourth category, under which this trial decision was quoted, was entitled "Impeaching Inconsistent Testimony". There was no reference to the *Charter* at this point in the judgment, and in fact, he noted, there was no *Charter* issue before this Court in *Juman* at all. The Court of Appeal concluded that, since this Court did not address s. 13 in *Juman*, "[t]here is nothing in *Juman* which alters the ratio in *Henry* and therefore there is nothing that alters its application to this case" (para. 45).

[69] The Court of Appeal allowed the appeal, set aside the respondent's conviction and ordered a new trial.

IV. Analysis

A. *Issues and Positions of the Parties*

[70] The Crown makes two main submissions. First, the Crown contends that *Henry* should not apply to this case, because the respondent's civil discovery evidence was not "compelled" within the meaning of *Henry*. In the alternative, it submits that *Henry* should be overturned and that this Court should restore the distinction between using prior testimony to impeach credibility and using it to incriminate.

en l'espèce et que point n'est besoin de décider si la jurisprudence mentionnée par le juge du procès appuie cette distinction.

[68] Enfin, la Cour d'appel rejette l'argument du ministère public portant que les observations du juge Binnie, au par. 41 de l'arrêt *Juman c. Doucette*, 2008 CSC 8, [2008] 1 R.C.S. 157, permettent de régler le sort de l'appel. Quoique, dans *Juman*, notre Cour y ait cité les motifs du juge du procès sur le voir-dire en l'espèce, le juge Armstrong précise que l'arrêt *Juman* concernait la portée de la règle de l'engagement implicite en Colombie-Britannique. Le juge Armstrong ajoute que notre Cour y a examiné les catégories générales d'exceptions à la règle de l'engagement implicite. La quatrième catégorie, dans laquelle la décision de première instance en l'espèce a été classée, s'intitule « Mise en cause de la crédibilité d'un témoignage contradictoire ». Il n'était pas question de la *Charte* dans cette partie de l'arrêt, et le juge Armstrong souligne que la Cour n'était saisie en fait d'aucune question relative à la *Charte* dans *Juman*. Puisque l'arrêt *Juman* ne portait pas sur l'art. 13, la Cour d'appel conclut ainsi : [TRADUCTION] « L'arrêt *Juman* ne modifie en rien la *ratio decidendi* dans *Henry* et il n'y a donc rien qui en empêche l'application en l'espèce » (par. 45).

[69] La Cour d'appel a accueilli l'appel, annulé la déclaration de culpabilité prononcée contre l'intimé et ordonné la tenue d'un nouveau procès.

IV. Analyse

A. *Les questions en litige et les positions des parties*

[70] Le ministère public présente deux moyens principaux. Premièrement, le ministère public soutient que l'arrêt *Henry* ne devrait pas s'appliquer en l'espèce, parce que le témoignage donné par l'intimé à l'interrogatoire préalable dans l'instance civile n'est pas un témoignage « forcé » au sens de l'arrêt *Henry*. Subsidiairement, elle fait valoir que l'arrêt *Henry* devrait être écarté et que notre Cour devrait rétablir la distinction entre l'utilisation d'un témoignage antérieur pour attaquer la crédibilité de l'accusé et son utilisation pour l'incriminer.

[71] The respondent, not surprisingly, maintains that the approach in *Henry* applies to this case, because he was compelled to give evidence on discovery. He also submits that *Henry* should not be revisited.

[72] Therefore the two issues for this Court to decide are whether the respondent was “compelled” within the meaning of *Henry* to give discovery evidence in relation to his civil case, and whether this Court should overturn *Henry* or somehow revisit the principles laid out in that case.

[73] For the reasons that follow, I conclude that the respondent was compelled to give evidence at his civil discovery within the meaning of *Henry* and that *Henry* ought not to be altered or overturned. I would therefore dismiss the appeal.

B. *Constitutional Guarantee Against Self-Incrimination*

[74] The guarantee against self-incrimination is one of the fundamental principles of our criminal justice system. As Binnie J. noted in *Henry*, at para. 2, it has its historical roots in “the revulsion that was felt over the ancient courts of Star Chamber, which would detain suspected enemies of the state on mere suspicion, compel them to swear an oath, and then require them on pain of punishment to answer questions”: see D. M. Paciocco and L. Stuesser, *The Law of Evidence* (6th ed. 2011), at p. 283. Today, the right against self-incrimination is intimately linked to the right to stand silent in the face of one’s accuser, to the presumption of innocence and to the notion that the Crown must prove its case beyond a reasonable doubt without any assistance from the accused.

[75] Self-incrimination can be of two types: testimonial and non-testimonial. Testimonial self-incrimination refers to using oral evidence of the accused against the accused, either by forcing the accused to testify at his or her own trial (covered by s. 11(c) of the *Charter*), or by using prior testimony of the accused in another proceeding (embodied in s. 13 of the *Charter*). Non-testimonial self-incrimination refers to the proffering of other types

[71] L’intimé affirme, comme on pouvait s’y attendre, que l’approche établie dans *Henry* s’applique en l’espèce, puisqu’il a été forcé de témoigner lors de l’interrogatoire préalable. Il soutient aussi que l’arrêt *Henry* ne devrait pas être reconsidéré.

[72] Par conséquent, notre Cour doit déterminer si l’intimé a été « forcé » de témoigner au sens de l’arrêt *Henry* lors de l’interrogatoire préalable dans son procès civil et si notre Cour devrait écarter les principes établis dans *Henry* ou les reconsidérer d’une quelconque façon.

[73] Pour les motifs exposés ci-après, je conclus que l’intimé était forcé de témoigner lors de l’interrogatoire préalable au civil, au sens de l’arrêt *Henry*, et que cet arrêt ne devrait être ni modifié ni écarté. Je suis donc d’avis de rejeter le pourvoi.

B. *La garantie constitutionnelle contre l’auto-incrimination*

[74] La garantie contre l’auto-incrimination est l’un des principes fondamentaux de notre système de justice pénale. Comme l’a fait remarquer le juge Binnie dans *Henry*, par. 2, elle tire ses origines historiques de [TRADUCTION] « la répugnance suscitée par les anciennes cours de la Chambre étoilée, qui détenaient des personnes suspectées d’être des ennemis de l’État simplement sur la base de soupçons, les forçaient à prêter serment et exigeaient qu’elles répondent à des questions sous peine de sanction » : voir D. M. Paciocco et L. Stuesser, *The Law of Evidence* (6^e éd. 2011), p. 283. De nos jours, le droit de ne pas s’incriminer est étroitement lié au droit de garder le silence face à son accusateur, à la présomption d’innocence et à la notion que le ministère public doit prouver la culpabilité hors de tout doute raisonnable sans l’aide de l’accusé.

[75] Il existe deux sortes d’auto-incrimination : l’auto-incrimination testimoniale et l’auto-incrimination non testimoniale. L’auto-incrimination testimoniale s’entend du fait d’utiliser le témoignage oral de l’accusé contre lui, soit en le forçant à témoigner dans son propre procès (ce qui est interdit par l’al. 11c) de la *Charte*), soit en utilisant le témoignage antérieur de l’accusé dans une autre instance (ce qui est interdit par l’art. 13 de la *Charte*).

of incriminating evidence by the accused, such as blood or breathalyzer samples: see, e.g., *Attorney General for Quebec v. Begin*, [1955] S.C.R. 593; *Curr v. The Queen*, [1972] S.C.R. 889. In the instant case, we are concerned with testimonial self-incrimination, specifically the right enshrined in s. 13.

[76] Before the *Charter* came into force, the protection against testimonial self-incrimination was provided for in s. 5 of the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1985, c. C-5. Section 5 currently states:

5. (1) No witness shall be excused from answering any question on the ground that the answer to the question may tend to criminate him, or may tend to establish his liability to a civil proceeding at the instance of the Crown or of any person.

(2) Where with respect to any question a witness objects to answer on the ground that his answer may tend to criminate him, or may tend to establish his liability to a civil proceeding at the instance of the Crown or of any person, and if but for this Act, or the Act of any provincial legislature, the witness would therefore have been excused from answering the question, then although the witness is by reason of this Act or the provincial Act compelled to answer, the answer so given shall not be used or admissible in evidence against him in any criminal trial or other criminal proceeding against him thereafter taking place, other than a prosecution for perjury in the giving of that evidence or for the giving of contradictory evidence.

[77] Therefore, s. 5(1) obliges a witness to answer any question put to him or her, regardless of whether the answer will be incriminating or give rise to civil liability. In exchange, however, s. 5(2) offers protection against the subsequent use of that evidence to incriminate the witness. This “bargain” is what has become known as the *quid pro quo*.

[78] It is clear that the drafters of the *Charter* considered s. 5 of the *Canada Evidence Act* when crafting s. 13. As Binnie J. noted in *Henry*, there is “a consensus that s. 13 was intended to extend s. 5 of the *Canada Evidence Act*” (para. 23). Binnie J., relying on statements in *Dubois* and *Noël*, also confirmed that s. 13 is not limited to questions

L’auto-incrimination non testimoniale s’entend de la production d’autres types d’éléments de preuve incriminants par l’accusé, comme des échantillons de sang et des lectures d’alcooltest : voir, p. ex., *Attorney General for Quebec c. Begin*, [1955] R.C.S. 593; *Curr c. La Reine*, [1972] R.C.S. 889. En l’espèce, il s’agit d’auto-incrimination testimoniale, plus précisément du droit consacré à l’art. 13.

[76] Avant l’entrée en vigueur de la *Charte*, la protection contre l’auto-incrimination testimoniale était prévue à l’art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-5. En voici le libellé actuel :

5. (1) Nul témoin n’est exempté de répondre à une question pour le motif que la réponse à cette question pourrait tendre à l’incriminer, ou pourrait tendre à établir sa responsabilité dans une procédure civile à l’instance de la Couronne ou de qui que ce soit.

(2) Lorsque, relativement à une question, un témoin s’oppose à répondre pour le motif que sa réponse pourrait tendre à l’incriminer ou tendre à établir sa responsabilité dans une procédure civile à l’instance de la Couronne ou de qui que ce soit, et si, sans la présente loi ou toute loi provinciale, ce témoin eût été dispensé de répondre à cette question, alors, bien que ce témoin soit en vertu de la présente loi ou d’une loi provinciale forcé de répondre, sa réponse ne peut être invoquée et n’est pas admissible en preuve contre lui dans une instruction ou procédure pénale exercée contre lui par la suite, sauf dans le cas de poursuite pour parjure en rendant ce témoignage ou pour témoignage contradictoire.

[77] Par conséquent, le par. 5(1) oblige un témoin à répondre à toute question qui lui est posée, peu importe que la réponse soit incriminante ou établisse sa responsabilité civile. En contrepartie, le par. 5(2) offre une protection contre l’utilisation subséquente de cette preuve en vue d’incriminer le témoin. Ce « marché » est ce qu’il est maintenant convenu d’appeler un *quid pro quo*.

[78] Il est évident que les rédacteurs de la *Charte* ont examiné l’art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada* lors de la formulation de l’art. 13. Comme le juge Binnie l’a affirmé dans *Henry*, il y a un « consensus sur le fait que l’art. 13 vise à élargir la protection prévue à l’art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada* » (par. 23). Se fondant sur des énoncés

a witness might have been entitled to refuse to answer at common law and that s. 13 is intimately linked, although not necessarily limited to, the traditional role and function of s. 5 of the *Canada Evidence Act*. Although s. 5(2) requires the witness to specifically invoke its protection, s. 13 contains no such requirement. Therefore, s. 13 of the *Charter* is broader in application than s. 5 of the *Canada Evidence Act*, as Arbour J. noted in *Noël*, at para. 53:

[*R. v. Mannion*, [1986] 2 S.C.R. 272,] is a case where it is unlikely that the accused would have sought the protection of the *Canada Evidence Act* when he gave his original evidence since that evidence did not “tend to criminate” him when it was given. In that sense s. 13 is an expansion of the statutory protection, and one fully in line with the broad constitutional protection against compulsory self-incrimination. [Emphasis added.]

[79] Section 13 of the *Charter* states:

13. A witness who testifies in any proceedings has the right not to have any incriminating evidence so given used to incriminate that witness in any other proceedings, except in a prosecution for perjury or for the giving of contradictory evidence.

[80] *Henry* is this Court’s most recent significant pronouncement on s. 13. To determine whether we should revisit its approach requires a closer look at what the Court actually decided in that case.

C. *Henry*

[81] As I stated at the outset, s. 13 of the *Charter* has proven difficult for courts to apply, and even this Court has struggled to define its contours consistently. In the face of inconsistent jurisprudence, this Court decided *Henry* in 2005. It was a unanimous decision and was intended to outline a unified approach to s. 13, one based on the historical rationale underlying s. 13 — the *quid pro quo*.

formulés dans les arrêts *Dubois* et *Noël*, le juge Binnie a également confirmé que l’application de l’art. 13 ne se limite pas aux questions auxquelles un témoin aurait peut-être pu refuser de répondre selon la common law et que cette disposition est étroitement liée (sans toutefois se limiter nécessairement) au rôle et à la fonction traditionnels de l’art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*. Même si le par. 5(2) exige que le témoin invoque expressément la protection qu’il confère, l’art. 13 ne pose pas cette exigence. L’article 13 de la *Charte* a donc une application plus large que l’art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*, comme l’a souligné le juge Arbour dans *Noël*, par. 53, commentant l’arrêt *R. c. Mannion*, [1986] 2 R.C.S. 272 :

Il s’agissait d’une affaire où il est peu probable que l’accusé aurait sollicité la protection de la *Loi sur la preuve au Canada* lorsqu’il a témoigné la première fois puisque son témoignage ne « tend[ait] [pas] à l’incriminer » lorsqu’il l’a offert. En ce sens, l’art. 13 étend la protection légale, en parfaite harmonie avec la vaste protection constitutionnelle contre l’auto-incrimination forcée. [Je souligne.]

[79] L’article 13 de la *Charte* se lit comme suit :

13. Chacun a droit à ce qu’aucun témoignage incriminant qu’il donne ne soit utilisé pour l’incriminer dans d’autres procédures, sauf lors de poursuites pour parjure ou pour témoignages contradictoires.

[80] La dernière décision majeure que notre Cour a rendue sur l’application de l’art. 13 est l’arrêt *Henry*. Afin d’établir si nous devrions reconsidérer l’approche alors adoptée, il nous faut examiner de plus près ce qui a été réellement décidé dans *Henry*.

C. *L’arrêt Henry*

[81] Comme je l’ai affirmé au début, l’art. 13 de la *Charte* s’est révélé difficile à appliquer pour les tribunaux, et même notre Cour a essayé de trouver tant bien que mal des façons d’en définir les limites de façon uniforme. Les discordances dans la jurisprudence ont amené notre Cour à prononcer l’arrêt *Henry* en 2005. Cet arrêt unanime visait à présenter une approche unifiée à l’égard de l’art. 13, fondée sur la justification historique qui le sous-tend, soit le *quid pro quo*.

[82] In *Henry*, the appellants had told a different story under oath in their retrial on a charge of first degree murder than at their first trial five years earlier. They were cross-examined on these prior inconsistent statements at the retrial and were again convicted of first degree murder. They appealed, claiming that this use of prior statements violated their s. 13 rights.

[83] Binnie J., writing for the Court, began his analysis by noting that “[t]he consistent theme in the s. 13 jurisprudence is that ‘the purpose of s. 13 . . . is to protect individuals from being indirectly compelled to incriminate themselves’” (para. 22, citing *Dubois*, at p. 358). In setting the tone for the analysis that followed, he quoted Arbour J. in *Noël*:

Section 13 reflects a long-standing form of statutory protection against compulsory self-incrimination in Canadian law, and is best understood by reference to s. 5 of the *Canada Evidence Act*. Like the statutory protection, the constitutional one represents what Fish J.A. called a *quid pro quo*: when a witness who is compelled to give evidence in a court proceeding is exposed to the risk of self-incrimination, the state offers protection against the subsequent use of that evidence against the witness in exchange for his or her full and frank testimony. [Emphasis added by Binnie J.; para. 21.]

[84] With respect to its scope, Binnie J. noted that s. 13 precludes the use of “incriminating evidence” given in one proceeding to “incriminate that witness” in a subsequent proceeding. He explained the meaning of “incriminating evidence” by quoting from *R. v. Kuldip*, [1990] 3 S.C.R. 618, at p. 633, in which the Court had described it as “something ‘from which a trier of fact may infer that an accused is guilty of the crime charged’” (para. 25).

[85] Given the lack of clarity in the s. 13 cases at the time, Binnie J. carefully reviewed this Court’s s. 13 jurisprudence. He discussed each case’s *ratio* and considered whether it was in line with the

[82] Dans l’affaire *Henry*, la version des faits donnée sous serment par les appelants à leur nouveau procès pour meurtre au premier degré différerait de celle qu’ils avaient présentée cinq ans plus tôt lors de leur premier procès. Lors du deuxième procès, ils ont été contre-interrogés sur leurs déclarations antérieures incompatibles et ils ont à nouveau été déclarés coupables de meurtre au premier degré. Ils ont interjeté appel, soutenant que cette utilisation de leurs déclarations antérieures portait atteinte aux droits que leur garantissait l’art. 13.

[83] Le juge Binnie, s’exprimant au nom de notre Cour, a commencé son analyse en précisant que « [l]e thème constant de la jurisprudence relative à l’art. 13 est que “l’objet de l’art. 13 [. . .] est de protéger les individus contre l’obligation indirecte de s’incriminer” » (par. 22, citant *Dubois*, p. 358). Pour donner le ton à l’analyse qui allait suivre, il a cité la juge Arbour dans *Noël* :

L’article 13 incorpore une protection légale contre l’auto-incrimination forcée établie de longue date en droit canadien, et la meilleure façon de l’interpréter est de l’examiner en regard de l’art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*. À l’instar de la protection légale, la protection constitutionnelle représente ce que le juge Fish a qualifié de *quid pro quo*, ou contrepartie : lorsqu’un témoin contraint de déposer au cours d’une procédure judiciaire risque de s’auto-incriminer, l’État lui offre une protection contre l’utilisation subséquente de cette preuve contre lui en échange de son témoignage complet et sincère. [Les soulignements sont du juge Binnie; par. 21.]

[84] En ce qui concerne la portée de l’art. 13, le juge Binnie a rappelé que chacun a droit à ce qu’aucun « témoignage incriminant » ne soit utilisé « pour l’incriminer » dans d’autres procédures. Pour expliquer le sens de l’expression « témoignage incriminant », il a cité l’arrêt *R. c. Kuldip*, [1990] 3 R.C.S. 618, dans lequel notre Cour l’a décrit, à la p. 633, comme un élément « qui “pourrait faire conclure au juge des faits que l’accusé est coupable du crime allégué” » (par. 25).

[85] En raison du manque de clarté de la jurisprudence sur l’art. 13 à l’époque, le juge Binnie a passé minutieusement en revue les arrêts de notre Cour portant sur l’art. 13. Il a examiné la *ratio decidendi*

fundamental *quid pro quo* principle underlying s. 13.

[86] He first considered *Dubois*. In that case, the accused had testified at his first trial and made certain admissions. On a retrial for the same offence, he chose not to testify or to call any evidence. The Crown sought to enter the testimony of the accused from his first trial as evidence in the retrial. This Court concluded that to use the prior testimony of the accused as evidence against him in his retrial would be a violation of his s. 13 right.

[87] Two main holdings came out of *Dubois*. The first is that a retrial of the same offence is considered “other proceedings” within the meaning of s. 13. The second — and the one most relevant to this appeal — is that “[t]he focus of the right is on the second proceedings, the time at which the previous testimony is sought to be used, rather than the time at which it is given” (p. 361). Therefore, the Court noted, although s. 13 refers to the notion of incrimination, the evidence in issue need not be incriminating at the time it is given. In light of the purpose of the section, the incriminating nature of the evidence must be evaluated only in the context of the second proceeding. For the purposes of s. 13, incriminating evidence is any evidence the Crown tenders as part of its case against the accused.

[88] Binnie J. noted that the outcome in *Dubois* was correct, and declined to revisit it.

[89] Binnie J. then considered *R. v. Mannion*, [1986] 2 S.C.R. 272, in which the Crown had attempted to use the accused’s prior inconsistent testimony from the first trial in the cross-examination of an accused at a retrial. The accused had chosen to testify twice and had changed his evidence from the first trial to the second. In *Mannion*, the Court had held that the cross-examination on his prior evidence was improper.

de chaque arrêt et s’est demandé si celle-ci était conforme au principe fondamental du *quid pro quo* qui sous-tend l’art. 13.

[86] Il s’est tout d’abord penché sur l’arrêt *Dubois*. Dans cette affaire, l’accusé avait témoigné lors de son premier procès et avait admis certains faits. Lors d’un nouveau procès pour la même infraction, il avait décidé de ne pas témoigner et de ne présenter aucune preuve. Lors du nouveau procès, le ministère public a tenté de déposer en preuve le témoignage donné par l’accusé lors du premier procès. Notre Cour a conclu que l’utilisation contre l’accusé de son témoignage antérieur constituerait une atteinte au droit que lui garantissait l’art. 13.

[87] L’arrêt *Dubois* permet de tirer deux conclusions principales. La première veut qu’un nouveau procès pour la même infraction soit considéré comme une « autre procédure » au sens de l’art. 13. La deuxième — et la plus pertinente en l’espèce — est que « [l]e droit vise principalement les secondes procédures, la date où l’on cherche à utiliser le témoignage antérieur, plutôt que celle où il a été donné » (p. 361). Par conséquent, notre Cour a confirmé que, bien que l’art. 13 mentionne la notion d’incrimination, il n’est pas nécessaire que le témoignage soit incriminant au moment où il est donné. Eu égard à l’objet de cette disposition, la nature incriminante du témoignage doit s’évaluer seulement dans le contexte de la seconde procédure. Ainsi, pour l’application de l’art. 13, tout témoignage que la poursuite présente dans le cadre de sa preuve à charge est un témoignage incriminant.

[88] Selon le juge Binnie, le résultat de l’arrêt *Dubois* était correct et il a refusé de le reconsidérer.

[89] Le juge Binnie a ensuite examiné l’affaire *R. c. Mannion*, [1986] 2 R.C.S. 272, dans laquelle le ministère public avait voulu utiliser le témoignage incompatible donné par l’accusé à son premier procès en le contre-interrogeant dans le cadre de son nouveau procès. L’accusé avait choisi de témoigner à ses deux procès et avait modifié sa version des faits entre le premier et le deuxième procès. Dans l’arrêt *Mannion*, notre Cour a conclu que l’accusé ne pouvait pas être contre-interrogé sur son témoignage antérieur.

[90] Binnie J. noted that, in *Mannion*, the Court had focused on the purpose of the cross-examination (incrimination) rather than on the purpose of s. 13 (protection against *compelled* self-incrimination). He stated that, although the Court had concluded that *Dubois* dictated the outcome in *Mannion*, the Court had not commented on a key distinction: *Dubois* was a compelled witness at the second trial (since he had chosen not to testify), while *Mannion* had testified voluntarily at both trials.

[91] This distinction was key to understanding the *quid pro quo* principle underlying s. 13, and therefore to understanding s. 13's proper application. Binnie J. explained it in this way, at para. 42:

In *Dubois*, the prosecution sought to pre-empt the right of the accused not to testify. The filing of the earlier testimony was compelled self-incrimination. In *Mannion*, there was no such compulsion. The accused freely testified at his first trial and freely testified at his second trial. The compulsion, which lies at the root of the *quid pro quo* which in turn lies at the root of s. 13, was missing. Experience in the 20 years since *Dubois* and *Mannion* were decided shows that taking our eye off the underlying purpose of s. 13 has given rise to a number of distinctions and sub-distinctions that in the end have proven unworkable.

One such unworkable distinction was the one “between use of prior statements for the impeachment of credibility and use of prior statements for the purpose of incrimination” (para. 42).

[92] In *Henry*, the Court overruled *Mannion* for three main reasons. First, it had not been guided by the *quid pro quo* principle underlying s. 13. Second, failing to adhere to s. 13's purpose had created distinctions between impeachment of credibility and incrimination that were unworkable in practice. In *Henry*, the Court did away with those distinctions and properly returned the focus to the *quid pro quo*: compelled testimony in exchange for s. 13 protection against subsequent use of that testimony against the accused. Third, *Mannion* had led to an unprincipled distinction between an accused

[90] Le juge Binnie a noté que, dans *Mannion*, la Cour avait mis l'accent sur l'objet du contre-interrogatoire (l'incrimination), plutôt que sur l'objet de l'art. 13 (la protection contre l'auto-incrimination *forcée*). Il a affirmé que, même si notre Cour avait conclu que la décision rendue dans *Dubois* dictait l'issue dans *Mannion*, elle n'avait pas fait de commentaire sur une distinction essentielle : le témoignage de M. Dubois à son deuxième procès était un témoignage forcé (puisqu'il avait choisi de ne pas témoigner), tandis que M. Mannion avait témoigné volontairement à ses deux procès.

[91] Cette distinction était essentielle à la compréhension du principe du *quid pro quo*, qui sous-tend l'art. 13, et donc à celle de l'application correcte de l'art. 13, comme le juge Binnie l'a expliqué, au par. 42 :

Dans *Dubois*, le ministère public voulait agir d'une façon qui aurait empiété sur le droit de l'accusé de ne pas témoigner. Le dépôt du témoignage antérieur équivalait à une auto-incrimination forcée. Cette contrainte était absente dans l'affaire *Mannion*, où l'accusé avait choisi librement de témoigner à ses deux procès. La contrainte à l'origine de la contrepartie, qui constitue un élément essentiel de l'art. 13, n'existait pas. Ce qui s'est produit au cours des 20 années écoulées depuis les arrêts *Dubois* et *Mannion* démontre qu'en s'éloignant de l'objet fondamental de l'art. 13, on tend à établir des distinctions et sous-distinctions qui mènent à des impasses fonctionnelles.

L'une des distinctions menant à une telle impasse fonctionnelle était celle « entre attaquer la crédibilité de l'accusé et l'incriminer » (par. 42).

[92] Dans *Henry*, notre Cour a écarté *Mannion* pour trois motifs principaux. Premièrement, cet arrêt n'était pas fondé sur le principe du *quid pro quo* sous-jacent à l'objet de l'art. 13. Deuxièmement, le défaut d'interpréter l'art. 13 en fonction de son objet avait créé des distinctions entre attaquer la crédibilité et incriminer l'accusé qui menaient en pratique à des impasses fonctionnelles. Dans *Henry*, notre Cour a supprimé ces distinctions et a correctement remis l'accent sur le *quid pro quo* : un témoignage forcé en échange de la protection de l'art. 13 contre l'utilisation subséquente de ce

who voluntarily testified at his or her trial and retrial and an accused who was not an accused but a compellable witness in the first proceeding. By returning to the *quid pro quo* in *Henry*, the Court restored the balance: it strengthened a *compellable* witness's s. 13 protection while taking s. 13 protection away from an accused who has volunteered evidence in his or her own defence (para. 60). This was justified because, as Binnie J. noted,

[a]ccused persons who testify at their first trial and then volunteer inconsistent testimony at the retrial on the same charge are in no need of protection “from being indirectly compelled to incriminate themselves” in any relevant sense of the word, and s. 13 protection should not be available to them. [Emphasis deleted; para. 47.]

[93] Next, Binnie J. considered *Kuldip*, in which the accused, as in *Mannion*, had volunteered inconsistent testimony at his trial and at his retrial. In *Kuldip*, however, the Court had distinguished *Mannion* on the basis that the Crown was seeking to cross-examine the accused on his prior evidence for the purpose of impeachment and not for the purpose of incrimination. On the basis of this distinction, the Court held in *Kuldip* that the cross-examination was proper.

[94] Binnie J. noted that the result in *Kuldip* was correct, although not for the reasons stated by the Court. It was correct, rather, because the *quid pro quo* was not engaged. He reiterated that the distinction between using prior evidence to impeach credibility and using it to incriminate posed problems in practice. In making the point, he quoted Martin J.A. from the Court of Appeal's decision in *R. v. Kuldip* (1988), 40 C.C.C. (3d) 11, at para. 35:

Furthermore, in my view, where the prior evidence is used ostensibly to impeach the accused's credibility

témoignage contre l'accusé. Troisièmement, l'arrêt *Mannion* avait établi une distinction injustifiée entre un accusé qui témoigne volontairement à son premier et à son deuxième procès et un accusé qui n'était pas un accusé, mais un témoin contraignable dans l'instance antérieure. En revenant au *quid pro quo*, dans *Henry*, notre Cour a adopté une solution bien équilibrée : elle a renforcé la protection qu'offre l'art. 13 au témoin *contraignable*, tout en refusant la protection de l'art. 13 à un accusé qui a témoigné de manière volontaire pour sa propre défense (par. 60). Le juge Binnie a justifié cette approche en ces termes :

Les accusés qui, sans y être contraints, décident de témoigner à leur nouveau procès pour y faire des déclarations incompatibles avec celles qu'ils ont faites volontairement à leur premier procès relativement à la même accusation n'ont pas besoin d'être protégés « contre l'obligation indirecte de s'incriminer », quel que soit le sens attribué à ce mot, et ils ne devraient pas bénéficier de la protection de l'art. 13. [Soulignement omis; par. 47.]

[93] Le juge Binnie a ensuite examiné l'affaire *Kuldip*, dans laquelle l'accusé, comme dans *Mannion*, avait fait volontairement des déclarations incompatibles lors de son premier et de son deuxième procès. Cependant, dans *Kuldip*, notre Cour avait fait une distinction entre ce jugement et l'arrêt *Mannion* pour le motif que le ministère public cherchait à contre-interroger l'accusé sur son témoignage antérieur en vue d'attaquer sa crédibilité et non pour l'incriminer. Sur le fondement de cette distinction, notre Cour a conclu, dans *Kuldip*, que le contre-interrogatoire était autorisé.

[94] Le juge Binnie a précisé que le résultat dans *Kuldip* était correct, mais pas pour les motifs que notre Cour avait énoncés. Il était correct, car il n'y avait pas *quid pro quo*. Il a réitéré que la distinction entre l'utilisation d'un témoignage antérieur en vue d'attaquer la crédibilité de l'accusé et son utilisation en vue de l'incriminer pose des problèmes en pratique. Pour illustrer ce point de vue, il a cité l'opinion du juge Martin de la Cour d'appel de l'Ontario dans *R. c. Kuldip* (1988), 40 C.C.C. (3d) 11, par. 35 :

[TRADUCTION] J'estime en outre que même si le témoignage antérieur est visiblement utilisé dans le seul

only, it nevertheless does assist the Crown in its case and, in a broad sense, may help to prove guilt. It is often difficult to draw a clear line between cross-examination on the accused's prior testimony for the purpose of incriminating him and such cross-examination for the purpose of impeaching his credibility. If the court concludes on the basis of the accused's contradictory statements that he deliberately lied on a material matter, that lie could give rise to an inference of guilt. [Quoting the Court of Appeal decision, at p. 23.]

[95] Indeed, in the instant case, the Crown submits that a prosecution for perjury or the giving of contradictory evidence would be “an inadequate remedy for an acquittal” (A.F., at para. 75 (emphasis added)). In other words, if a trier of fact were deprived of hearing prior inconsistent evidence given by an accused, an acquittal could result. The Crown therefore acknowledges that even evidence used solely for impeachment purposes can make the difference between a conviction and an acquittal. How, then, can one say that such evidence is not “incriminating” within the meaning of s. 13?

[96] Binnie J. then considered *Noël*. In that case, the accused had been a compellable witness at his brother's murder trial and had given evidence that implicated himself in the offence. When he was subsequently charged, he testified in his own defence and denied any involvement in the murder.

[97] Arbour J., writing for the majority in *Noël*, held that the cross-examination on the earlier evidence of the accused was impermissible. In doing so, she put the emphasis of the analysis back on the *quid pro quo*:

... when a witness who is compelled to give evidence in a court proceeding is exposed to the risk of self-incrimination, the state offers protection against the subsequent use of that evidence against the witness in exchange for his or her full and frank testimony. If the evidence proffered is less than full and frank, the witness is subject to prosecution for perjury or for the related offence of giving contradictory testimony. [Emphasis added; para. 21.]

but d'attaquer la crédibilité de l'accusé, il n'en concourt pas moins à prouver les allégations du ministère public et, dans un sens large, il peut contribuer à établir la culpabilité. Il est souvent difficile de faire la distinction entre un contre-interrogatoire portant sur le témoignage antérieur de l'accusé en vue de l'incriminer et le même genre de contre-interrogatoire en vue d'attaquer sa crédibilité. Le tribunal qui, à partir des déclarations contradictoires d'un accusé, conclut que ce dernier a menti sciemment sur un point important, pourrait en inférer qu'il est coupable. [Citant les motifs de la Cour d'appel, p. 23.]

[95] En fait, en l'espèce, le ministère public soutient qu'une poursuite pour parjure ou pour témoignages contradictoires [TRADUCTION] « ne constituerait pas une réparation adéquate pour un acquittement » (m.a., par. 75 (je souligne)). En d'autres termes, le fait d'empêcher le juge des faits d'entendre le témoignage antérieur incompatible d'un accusé pourrait provoquer un acquittement. Le ministère public reconnaît en conséquence que le témoignage utilisé à seule fin de miner la crédibilité peut faire la différence entre une déclaration de culpabilité et un acquittement. Comment peut-on alors affirmer que ce témoignage n'est pas « incriminant » au sens de l'art. 13?

[96] Le juge Binnie s'est aussi penché sur l'arrêt *Noël*. Dans cette affaire, l'accusé avait été un témoin contraignable au procès de son frère pour meurtre et avait offert un témoignage qui l'impliquait dans l'infraction. Lorsqu'il a été accusé par la suite, il a témoigné pour sa propre défense et a nié toute participation au meurtre.

[97] La juge Arbour, s'exprimant au nom des juges majoritaires dans *Noël*, a conclu que le contre-interrogatoire sur le témoignage antérieur de l'accusé était inacceptable. Ce faisant, elle a remis l'accent de l'analyse sur le *quid pro quo* :

... lorsqu'un témoin contraint de déposer au cours d'une procédure judiciaire risque de s'auto-incriminer, l'État lui offre une protection contre l'utilisation subséquente de cette preuve contre lui en échange de son témoignage complet et sincère. Si son témoignage n'est pas vraiment complet et sincère, le témoin peut être poursuivi pour parjure ou pour l'infraction connexe de témoignages contradictoires. [Je souligne; par. 21.]

[98] Binnie J. affirmed *Noël*. However, he distanced himself from Arbour J.'s comment that the Crown could be permitted to cross-examine an accused on prior testimony only "when there is no possibility that the jury could use the content of the prior testimony to draw an inference of guilt, except to the limited extent that a finding that the accused has been untruthful under oath could be damaging to his defence" (*Noël*, at para. 54). Instead, Binnie J. concluded that, for the purposes of s. 13, prior compelled testimony should "be treated as inadmissible in evidence against the accused, even for the ostensible purpose of challenging his or her credibility, and be restricted (in the words of s. 13 itself) to 'a prosecution for perjury or for the giving of contradictory evidence'" (para. 50).

[99] Finally, Binnie J. considered *R. v. Allen*, 2003 SCC 18, [2003] 1 S.C.R. 223, a case with facts similar to those of *Noël*. The Court had applied *Noël* in an oral decision without much discussion. Like *Noël*, the decision was based on the *quid pro quo* and was affirmed in *Henry*.

[100] As can be seen, two major themes that are directly relevant to this appeal emerge from *Henry*. The first is that s. 13 only applies in situations in which the *quid pro quo* is engaged. Under s. 13, the *quid pro quo* refers to a witness's *compelled* evidence in exchange for a guarantee that the Crown will not use that evidence against that person in another proceeding. The second theme is that the distinction between using prior testimony to impeach credibility and using it to incriminate the accused should be abolished. I will comment briefly on these two points and how they apply to the case before the Court.

D. *Compelled Testimony*

[101] One of the Crown's main submissions is that the respondent was not "compelled" to testify at his examination for discovery in the civil action

[98] Le juge Binnie a confirmé le bien-fondé de la décision *Noël*. Cependant, il s'est distancié des commentaires de la juge Arbour selon lesquels le ministère public devrait être autorisé à contre-interroger un accusé sur un témoignage antérieur seulement « lorsqu'il est impossible que le jury puisse utiliser le contenu du témoignage antérieur pour inférer la culpabilité de l'accusé, sauf dans la mesure où la constatation que l'accusé a menti sous serment pourrait nuire à sa défense » (*Noël*, par. 54). Le juge Binnie a plutôt conclu que, pour l'application de l'art. 13, le témoignage antérieur forcé doit être considéré « comme inadmissible en preuve contre l'accusé, même dans le but manifeste d'attaquer sa crédibilité, et que son utilisation doit se limiter, selon les termes mêmes de l'art. 13, aux "poursuites pour parjure ou pour témoignages contradictoires" » (par. 50).

[99] Enfin, le juge Binnie a examiné l'affaire *R. c. Allen*, 2003 CSC 18, [2003] 1 R.C.S. 223, dont les faits étaient semblables à ceux en cause dans *Noël*. Dans un jugement rendu oralement, notre Cour avait appliqué l'arrêt *Noël*, sans procéder à une longue analyse. Comme dans l'affaire *Noël*, la décision était fondée sur le *quid pro quo* et a été confirmée dans *Henry*.

[100] Comme nous pouvons le constater, deux thèmes importants directement pertinents en l'espèce se dégagent de l'arrêt *Henry*. Le premier est que l'art. 13 ne s'applique que dans les cas où il y a *quid pro quo*. Pour l'application de l'art. 13, il y a *quid pro quo* lorsqu'un témoin est *contraint* de témoigner en échange de la garantie que le ministère public n'utilisera pas ce témoignage contre lui dans une autre instance. Le deuxième est que la distinction entre l'utilisation d'un témoignage antérieur pour attaquer la crédibilité de l'accusé et son utilisation pour l'incriminer devrait être abolie. Je ferai de brefs commentaires sur ces deux points et sur la façon dont ils s'appliquent en l'espèce.

D. *Le témoignage forcé*

[101] Parmi les principaux moyens qu'il invoque, le ministère public prétend que, lors de l'interrogatoire préalable dans le cadre de l'action civile

against him in the sense described in *Henry*. The Crown argues that the respondent was not subjectively compelled, because he freely decided to attend the discovery proceeding [A.F., at para. 36], and that he was not objectively compelled, because he chose to file a statement of defence and to therefore put himself “within the grasp of the procedural rules . . . that would, only then, compel his evidence” (A.F., at para. 37).

[102] Although Binnie J. did not fully canvass what constitutes “compelled” evidence in the *Henry* sense, he did note that an accused who chooses to testify freely at his or her first trial and then at a retrial is not “compelled” and so does not qualify for s. 13 protection (para. 43). He also stated parenthetically that “[f]or present purposes, evidence of compellable witnesses should be treated as compelled even if their attendance was not enforced by a subpoena” (para. 34 (emphasis added)).

[103] Binnie J.’s observation that evidence from an accused who decides to testify is “voluntary” simply means that, because accused persons have a right not to be called to testify in their own defence under s. 11(c) of the *Charter*, any accused who chooses to testify waives his or her right not to be compellable. In contrast, a witness who voluntarily gives evidence at someone else’s trial is not giving evidence “voluntarily” within the meaning of *Henry* even if the witness decides to testify on his or her own volition, for example, to assist the accused. The difference is this: An accused who testifies voluntarily is waiving a constitutional right by choosing to testify. Any other witness can otherwise be compelled, meaning the witness is statutorily compellable regardless of whether he or she “volunteers” to take the stand. This view is confirmed by Binnie J.’s observation that “evidence of compellable witnesses should be treated as compelled even if their attendance was not enforced by a subpoena.”

[104] Therefore, whether the respondent freely decided to attend the discovery proceeding is

contre l’intimé, celui-ci n’était pas « forcé » de témoigner au sens de l’arrêt *Henry*. Le ministère public affirme que l’intimé n’était forcé de témoigner ni subjectivement, parce qu’il avait librement décidé de se soumettre à l’interrogatoire préalable [m.a., par. 36], ni objectivement, parce qu’il avait choisi de déposer une défense et donc de [TRADUCTION] « s’assujettir aux règles procédurales [. . .] aux termes desquelles il serait, seulement alors, contraint de témoigner » (m.a., par. 37).

[102] Bien que le juge Binnie n’ait pas examiné en détail ce qui constitue un témoignage « forcé » au sens de l’arrêt *Henry*, il a indiqué qu’un accusé qui choisit librement de témoigner à ses deux procès n’est pas un témoin « forcé » et ne bénéficie pas de la protection de l’art. 13 (par. 43). Il a aussi ouvert une parenthèse pour préciser : « En l’espèce, il y a lieu de considérer la déposition d’un témoin contraignable comme un témoignage forcé même si le témoin n’a pas été assigné formellement » (par. 34 (je souligne)).

[103] L’observation du juge Binnie selon laquelle un accusé qui décide de témoigner est un témoin « volontaire » signifie simplement que, du fait qu’un accusé possède le droit de ne pas être contraint de témoigner contre lui-même en vertu de l’al. 11c) de la *Charte*, celui qui choisit de témoigner renonce à son droit de ne pas être contraignable. Par contre, un témoin qui dépose volontairement au procès de quelqu’un d’autre ne témoigne pas « volontairement » au sens de l’arrêt *Henry*, même s’il le fait de son plein gré, par exemple, pour aider l’accusé. La différence est celle-ci : un accusé qui témoigne volontairement renonce à un droit constitutionnel en choisissant de témoigner. Tout autre témoin peut par ailleurs être forcé, ce qui signifie que le témoin est contraignable en vertu de la loi, qu’il témoigne « volontairement » ou non. Ce point de vue est également confirmé par l’observation ci-après du juge Binnie : « . . . il y a lieu de considérer la déposition d’un témoin contraignable comme un témoignage forcé même si le témoin n’a pas été assigné formellement. »

[104] Par conséquent, le fait que l’intimé a librement décidé de se soumettre à l’interrogatoire

irrelevant. Whether a witness was compelled should not be determined on a subjective standard. It would be unprincipled to give a lesser degree of *Charter* protection to a witness who testifies willingly than to a witness who must be subpoenaed or otherwise forced to give evidence, if both could have been statutorily compelled to testify in any event. Therefore, to determine whether the *quid pro quo* is engaged in a particular case, the court should consider whether the witness was statutorily compellable and not whether the witness felt subjectively compelled to testify. The relevant question is this: Was the respondent statutorily compelled to give evidence in the proceeding?

[105] The Crown's second argument on compulsion is that the respondent was not objectively compelled because he chose to file a statement of defence, and therefore that he voluntarily put himself within the grasp of the powers of civil discovery.

[106] This argument must also fail. First, as noted by the intervenor Advocates' Society, the integrity of the civil discovery process could be undermined if courts considered that those who defend civil actions are not "compelled" for the purposes of s. 13. Parties facing criminal proceedings might then find it advantageous not to co-operate in any civil action, thereby forcing the other party to obtain a court order compelling their testimony on discovery.

[107] More importantly, however, there is a principled reason why a defendant who gives evidence in a civil discovery proceeding is "compelled" for the purpose of s. 13. Again, the relevant question to ask is: Was the respondent *statutorily compelled* to give evidence in the proceeding? In this case, rule 31.04(2) of the *Rules of Civil Procedure* is the statutory authority that compels a defendant in a civil action to be examined for discovery *whether or not the defendant files a statement of defence*:

préalable n'est pas pertinent. Le caractère forcé d'un témoignage ne devrait pas être évalué suivant une norme subjective. Il serait contraire aux principes établis d'accorder au témoin qui offre de témoigner de son plein gré un degré de protection moindre en vertu de la *Charte* qu'au témoin qui est assigné ou autrement forcé de témoigner, dans le cas où ils auraient tous les deux pu être de toute façon forcés de témoigner en application de la loi. Par conséquent, afin d'établir s'il y a *quid pro quo* dans un cas donné, le tribunal devrait vérifier si le témoin était contraignable en vertu de la loi, et non s'il se sentait subjectivement forcé de témoigner. En l'espèce, la question pertinente est la suivante : l'intimé était-il forcé, en vertu de la loi, de témoigner dans l'instance?

[105] Selon le deuxième moyen soulevé par le ministère public relativement à la contrainte, l'intimé n'a pas été objectivement forcé de témoigner parce qu'il avait choisi de déposer une défense et s'était donc assujéti de son plein gré aux exigences de l'interrogatoire préalable en matière civile.

[106] Ce moyen doit également être rejeté. Premièrement, comme l'a fait remarquer l'intervenante l'Advocates' Society, l'intégrité de la procédure civile de communication préalable pourrait être compromise si les tribunaux considéraient que les défendeurs dans une action civile ne sont pas des témoins « forcés » pour l'application de l'art. 13. Les parties dans une instance criminelle pourraient alors trouver avantageux de ne pas coopérer dans une action civile, ce qui forcerait l'autre partie à obtenir une ordonnance pour les contraindre à témoigner lors de l'interrogatoire préalable.

[107] Qui plus est, cependant, il existe une raison de principe pour laquelle un défendeur qui témoigne dans le cadre d'une procédure civile de communication préalable constitue un témoin « forcé » pour l'application de l'art. 13. Encore une fois, la question pertinente est la suivante : L'intimé était-il *forcé, en vertu de la loi*, de témoigner dans l'instance? En l'espèce, la disposition législative aux termes de laquelle le défendeur est contraint de se soumettre à un interrogatoire préalable, *qu'il dépose ou non une défense*, est la règle 31.04(2) des *Règles de procédure civile* :

31.04 . . .

(2) A party who seeks to examine a defendant for discovery may serve a notice of examination under rule 34.04 or written questions under rule 35.01 only after,

(a) the defendant has delivered a statement of defence and, unless the parties agree otherwise, the examining party has served an affidavit of documents; or

(b) the defendant has been noted in default.

[108] Therefore, failing to file a statement of defence does not allow the respondent to “avoid coming within the grasp of the procedural rules . . . that would, only then, compel his evidence”, as the Crown asserts (A.F., at para. 37). Had the respondent failed to file a statement of defence, the plaintiff could have noted him in default and then, under rule 31.04(2)(b), obliged him to be examined for discovery. I note that whether the plaintiff actually took the step of noting the respondent in default is irrelevant. Just as it does not matter for the purposes of s. 13 that a witness who can be statutorily compelled to testify chooses to testify uncoerced, it does not matter that a plaintiff does not resort to the available statutory powers to compel a defendant to be examined for discovery. In either case, there is a statutory route by which to compel the witness to give evidence. This is what makes a witness compellable. Whether or not that route is actually taken does not change the fact that it was available and *could have been taken*.

[109] I conclude, therefore, that the respondent was statutorily compellable, and therefore “compelled” within the meaning of *Henry* and for the purposes of s. 13.

E. *Should the Court Revisit Henry?*

[110] *Henry* makes it quite clear that the distinction between using prior compelled testimony to impeach credibility and using it to incriminate the accused is unworkable. Even using so-called “innocent statements” to expose inconsistencies in the testimony of an accused will, as Martin J.A.

31.04 . . .

(2) La partie qui désire interroger au préalable un défendeur peut lui signifier un avis d’interrogatoire, conformément à la règle 34.04, ou un questionnaire, conformément à la règle 35.01, uniquement après :

a) soit la remise de la défense par le défendeur et, à moins que les parties ne conviennent autrement, la signification d’un affidavit de documents par la partie interrogatrice;

b) soit la constatation en défaut du défendeur.

[108] Par conséquent, le défaut de déposer une défense ne permet pas à l’intimé [TRADUCTION] « d’éviter de s’assujettir aux règles procédurales [. . .] aux termes desquelles il serait, seulement alors, contraint de témoigner », comme le fait valoir le ministère public (m.a., par. 37). Si le défendeur avait omis de déposer une défense, le demandeur aurait pu le faire constater en défaut et l’obliger ensuite, en vertu de la règle 31.04(2)b), à être interrogé au préalable. Je note que le fait que le demandeur ait ou non effectivement fait constater l’intimé en défaut n’est pas pertinent. S’il importe peu pour l’application de l’art. 13 qu’un témoin, susceptible d’être forcé de témoigner en vertu de la loi, choisisse de le faire de son plein gré, il n’importe pas davantage qu’un demandeur n’utilise pas le pouvoir que lui confère la loi de contraindre un défendeur à se soumettre à un interrogatoire préalable. Dans les deux cas, la loi offre un moyen de contraindre le témoin. C’est ce qui rend un témoin contraignable. Que ce moyen ait été utilisé ou non ne change pas le fait qu’il existe et qu’il *aurait pu être utilisé*.

[109] Je conclus donc que l’intimé était un témoin contraignable en vertu de la loi et, par conséquent, un témoin « forcé » au sens de l’arrêt *Henry* et pour l’application de l’art. 13.

E. *La Cour devrait-elle reconsidérer l’arrêt Henry?*

[110] L’arrêt *Henry* établit clairement que la distinction entre l’utilisation d’un témoignage antérieur forcé pour attaquer la crédibilité de l’accusé et son utilisation pour l’incriminer mène à des impasses fonctionnelles. Pour reprendre les propos du juge Martin dans *Kuldip*, même l’utilisation de

said in *Kuldip*, “assist the Crown in its case and, in a broad sense, may help to prove guilt” (p. 23). Counsel for the respondent summarized this concern in oral argument before this Court: “. . . the distinction doesn’t really exist between incriminating and impeaching. If you are impeaching, you are advancing the Crown’s case. There may be an inference of consciousness of guilt” (transcript, at p. 52).

[111] I agree that, in the context of s. 13, there can be no such distinction in practice. Any evidence that may assist the Crown in proving its case, including evidence impeaching the credibility of the accused, will have an incriminating effect and must therefore be subject to s. 13 protection.

[112] It seems evident, therefore, that this distinction is not compatible with the underlying purpose of s. 13. One need only go back to the cases in which the distinction was maintained to see just how inconsistently — and at times arbitrarily — it was applied in practice. There were undoubtedly accused persons whose s. 13 *Charter* rights were unduly diminished under this approach. It is for this reason that the Court abolished this problematic distinction in *Henry*.

[113] The concerns expressed in *Henry* with respect to the difference between using prior compelled testimony to impeach credibility and using it to incriminate still exist. Should this Court nevertheless revisit *Henry* on this point?

[114] In *Ontario (Attorney General) v. Fraser*, 2011 SCC 20, [2011] 2 S.C.R. 3, at para. 58, a majority of this Court endorsed Binnie J.’s observation in *Henry*, at para. 44, that “[t]he Court should be particularly careful before reversing a precedent where the effect is to diminish *Charter* protection.” Further, the majority in *Fraser* noted that

supposées « déclarations innocentes » pour exposer des incompatibilités dans le témoignage d’un accusé [TRADUCTION] « n’en concourt pas moins à prouver les allégations du ministère public et, dans un sens large, [elle] peut contribuer à établir la culpabilité » (p. 23). L’avocat de l’intimé a résumé cette préoccupation dans sa plaidoirie orale devant la Cour : [TRADUCTION] « . . . il n’existe pas réellement de distinction entre attaquer la crédibilité et incriminer l’accusé. Si vous attaquez la crédibilité, vous servez la cause du ministère public. Il peut être conclu à l’existence d’un sentiment de culpabilité » (transcription, p. 52).

[111] Dans le contexte de l’art. 13, je conviens qu’on ne peut faire une pareille distinction en pratique. Tout témoignage susceptible de concourir à prouver les allégations du ministère public, y compris celui qui est utilisé pour attaquer la crédibilité de l’accusé, aura un effet incriminant et doit donc être protégé par l’art. 13.

[112] Il semble donc évident qu’une telle distinction n’est pas compatible avec l’objectif sous-jacent de l’art. 13. Il suffit de revenir aux décisions dans lesquelles cette distinction a été maintenue pour constater jusqu’à quel point elle a été appliquée en pratique de manière incohérente, voire parfois arbitraire. Il y a incontestablement des accusés dont les droits garantis par l’art. 13 ont été indûment réduits par l’application de cette approche. C’est pour cette raison que notre Cour a aboli cette distinction problématique dans l’arrêt *Henry*.

[113] Les préoccupations exprimées dans *Henry* relativement à la différence entre l’utilisation d’un témoignage antérieur pour attaquer la crédibilité de l’accusé et son utilisation pour l’incriminer valent toujours. Notre Cour devrait-elle néanmoins reconsidérer l’arrêt *Henry* sur ce point?

[114] Dans *Ontario (Procureur général) c. Fraser*, 2011 CSC 20, [2011] 2 R.C.S. 3, par. 58, notre Cour a réitéré à la majorité l’observation suivante faite par le juge Binnie dans *Henry*, par. 44, « [l]a Cour doit se montrer particulièrement prudente avant d’écarter un précédent lorsque ce revirement a pour effet d’affaiblir une protection offerte par la

this Court should not overturn one of its own decisions lightly, especially if the decision represents the considered views of a firm majority and is of “recent vintage” (para. 57). In *Copthorne Holdings Ltd. v. Canada*, 2011 SCC 63, [2011] 3 S.C.R. 721, Rothstein J., writing for the Court, cited *Fraser* with approval and stated that “[b]efore a court will entertain reversing a recently decided decision, there must be substantial reasons to believe the precedent was wrongly decided” (para. 57).

[115] In my view, there are no substantial reasons to believe *Henry* was wrongly decided. Nor are there any compelling or principled reasons to reintroduce the distinction between impeachment and incrimination, thereby reducing the scope of s. 13 of the *Charter*. *Henry* is a fairly recent, unanimous decision of this Court, which has largely been welcomed by the profession for providing predictability and simplifying the law in this area: see, e.g., H. Stewart, “*Henry* in the Supreme Court of Canada: Reorienting the s. 13 Right against Self-incrimination” (2006), 34 C.R. (6th) 112; P. Sankoff, “*R. v. Nedelcu*: The Role of Compulsion in Excluding Incriminating Prior Testimony under Section 13 of the *Charter*” (2011), 83 C.R. (6th) 55.

[116] Nothing has changed since *Henry*, and it should not be revisited.

F. *Problem of Conflicting Testimony: Does Henry Apply?*

[117] The soundness of the *Henry* decision has now been reaffirmed. There seems to be an argument, however, that the case at bar is an unforeseen consequence of *Henry* and that *Henry* cannot possibly apply given the rather blatant inconsistencies in the respondent’s testimony.

[118] The Crown submits that providing s. 13 protection for compelled testimony for all purposes

Charte. » Par ailleurs, les juges majoritaires dans l’arrêt *Fraser* ont fait remarquer que notre Cour ne devrait pas écarter à la légère l’un de ses propres arrêts, tout particulièrement si cet arrêt exprime l’avis réfléchi d’une majorité claire et, d’autant plus, s’il a un « caractère récent » (par. 57). Dans l’arrêt *Copthorne Holdings Ltd. c. Canada*, 2011 CSC 63, [2011] 3 R.C.S. 721, le juge Rothstein, s’exprimant au nom de la Cour, a cité en l’approuvant l’arrêt *Fraser* et a affirmé que, « [p]our que la cour envisage d’écarter un arrêt récent, elle doit avoir des motifs sérieux de croire que la décision est erronée » (par. 57).

[115] À mon avis, il n’existe pas de motifs sérieux de croire que l’arrêt *Henry* est mal fondé. Il n’existe pas non plus de motifs impérieux ni de raisons de principe justifiant que l’on réintroduise la distinction entre attaquer la crédibilité de l’accusé et l’incriminer, et que l’on réduise ainsi la portée de l’art. 13 de la *Charte*. L’arrêt *Henry* est une décision assez récente et unanime de notre Cour, que les membres de la profession ont en grande partie accueillie favorablement parce qu’il permet un résultat prévisible et simplifie le droit dans ce domaine : voir, p. ex., H. Stewart, « *Henry* in the Supreme Court of Canada : Reorienting the s. 13 Right against Self-incrimination » (2006), 34 C.R. (6th) 112; P. Sankoff, « *R. v. Nedelcu* : The Role of Compulsion in Excluding Incriminating Prior Testimony under Section 13 of the *Charter* » (2011), 83 C.R. (6th) 55.

[116] Rien n’a changé depuis l’arrêt *Henry* et il ne devrait pas être reconsidéré.

F. *Le problème des témoignages contradictoires : L’arrêt Henry s’applique-t-il?*

[117] La justesse de l’arrêt *Henry* a maintenant été confirmée de nouveau. Toutefois, il semble exister un argument voulant que la présente affaire soit une conséquence imprévue de l’arrêt *Henry* et que ce dernier ne puisse s’appliquer compte tenu des incompatibilités plutôt flagrantes dans le témoignage de l’intimé.

[118] Par exemple, le ministère public soutient que la protection de l’art. 13 contre l’utilisation d’un

allows accused persons to tailor their evidence as they see fit and therefore impedes the truth-seeking function of a criminal trial.

[119] The response to this argument is that, in adopting the *Charter*, we chose as a society to balance the truth-seeking function of a criminal trial against the rights of the accused. Every day, this function is balanced against other important objectives, such as preserving the repute of the administration of justice by excluding unconstitutionally obtained evidence.

[120] The point here is that s. 13 is but one example of how the truth-seeking function of a criminal trial is not pursued at all costs. In this case, s. 13 dictates that the truth-seeking function of the trial give way to the right of the accused against self-incrimination. This limitation must be considered in light of the greater balancing of interests embodied in the *Charter*.

[121] The intervener Attorney General of Quebec also expresses concerns about the truth-seeking function of a trial and puts forward an alternative approach for determining whether an accused can be cross-examined on prior evidence. In the intervener's view, a *voir dire* should be conducted in every case to determine whether the probative value of the prior evidence outweighs its prejudicial effects.

[122] This approach raises at least three problems. First, it adds a layer of complexity to an already complicated trial process. Second, such an approach is not required by the *Charter*. Third, and most importantly, the weighing proposed by the intervener would have the effect of compromising the s. 13 rights of the accused in some cases. The approach proposed by the Attorney General of Quebec is therefore incompatible with *Henry*.

[123] A further point is what I would describe as the trial judge's desire to avoid an unpalatable

témoignage forcé à quelque fin que ce soit permet pratiquement à un accusé de façonner sa preuve comme il l'entend et de nuire ainsi à la fonction de recherche de la vérité d'un procès criminel.

[119] À cet argument, je réponds qu'en adoptant la *Charte* nous avons choisi, en tant que société, d'établir un équilibre entre la fonction de recherche de la vérité et les droits de l'accusé. Chaque jour, cette fonction doit être mise en équilibre avec d'autres objectifs importants, comme celui de préserver la réputation de l'administration de la justice par l'exclusion d'éléments de preuve obtenus de façon inconstitutionnelle.

[120] Or, l'art. 13 ne constitue qu'un exemple des cas où la fonction de recherche de la vérité d'un procès criminel ne saurait être préservée à tout prix. En l'espèce, l'art. 13 veut que la fonction de recherche de la vérité du procès criminel cède le pas au droit de l'accusé de ne pas s'incriminer. Cette limite doit être examinée au regard de la pondération générale des intérêts consacrés dans la *Charte*.

[121] L'intervenant, le procureur général du Québec, a lui aussi exprimé des préoccupations quant à la fonction de recherche de la vérité d'un procès et a proposé une autre approche pour déterminer si un accusé peut être contre-interrogé sur un témoignage antérieur. De l'avis de cet intervenant, un voir-dire devrait être tenu dans tous les cas pour établir si la valeur probante du témoignage antérieur l'emporte sur ses effets préjudiciables.

[122] Cette approche soulève au moins trois problèmes. Premièrement, elle ajoute un niveau de complexité à un processus judiciaire déjà compliqué. Deuxièmement, la *Charte* n'impose pas le recours à une telle approche. Troisièmement, et ce qui est le plus important, la pondération proposée par l'intervenant aurait pour effet, dans certains cas, de compromettre les droits que l'art. 13 garantit à l'accusé. L'approche proposée par le procureur général du Québec est donc incompatible avec l'arrêt *Henry*.

[123] Un élément connexe est ce que je décrirais comme le désir du juge du procès d'éviter d'arriver

result. At para. 18 of his *voir dire* reasons, he acknowledged that the respondent's evidence seemed to meet the *Henry* requirement of compellability; however, in his view, to apply *Henry* without considering the context "could easily give rise to a form of philosophical and practical dissonance that seems rather awkward, and perhaps even perverse, in the result". And he made the following observation at para. 50: "... if the introduction of the evidence is denied, a significant mischief could ensue. ... With impunity, [the accused] could tailor his evidence to suit his needs in each particular proceeding." Similarly, the Crown asks in its factum, "Why would s. 13 of the *Charter* ... protect [the respondent] from impeachment in circumstances where there is clear evidence that he has lied under oath?" (para. 48).

[124] This Court was fully alive to this issue in *Henry*. By eliminating the distinction between impeachment and incrimination, the Court explicitly opened the door to this kind of result:

... prior *compelled* evidence should, under s. 13 ... , be treated as inadmissible in evidence against the accused, even for the ostensible purpose of challenging his or her credibility, and be restricted (in the words of s. 13 itself) to "a prosecution for perjury or for the giving of contradictory evidence". [Italics in original; underlining added; para. 50.]

Therefore, this case falls squarely within the expected outcomes of *Henry*.

[125] As Binnie J. noted in *Henry*, prior compelled evidence can be used in "a prosecution for perjury or for the giving of contradictory evidence". Laying criminal charges for perjury is the appropriate way to deal with witnesses who "tailor [their] evidence to suit [their] needs in each particular proceeding" without diluting the *Charter* rights of the accused. This approach maintains respect for the administration of justice while fully preserving the s. 13 right of the accused. The protection afforded

à un résultat inacceptable. Au paragraphe 18 de ses motifs sur le voir-dire, il reconnaît que le témoignage de l'intimé semble satisfaire à l'exigence de contraignabilité établie dans *Henry*; cependant, à son avis, appliquer cet arrêt sans tenir compte du contexte [TRADUCTION] « risquerait facilement de donner lieu à une forme de dissonance pratique et philosophique qui semble plutôt inusitée, voire même illogique, quant au résultat ». Et au par. 50, il a souligné que, « si la présentation de la déposition est refusée, il pourrait s'ensuivre des conséquences très néfastes. [. . .] [L'accusé] pourrait, en toute impunité, façonner sa preuve de manière à répondre à ses besoins dans chaque instance. » Dans le même ordre d'idées, le ministère public soulève la question suivante dans son mémoire : [TRADUCTION] « Pourquoi l'art. 13 de la *Charte* [. . .] protégerait-il [l'intimé] contre une attaque à sa crédibilité dans des circonstances où il existe une preuve claire qu'il a menti sous serment? » (par. 48).

[124] Dans *Henry*, notre Cour était pleinement consciente de cette question. En éliminant la distinction entre attaquer la crédibilité de l'accusé et l'incriminer, notre Cour a explicitement ouvert la voie à ce type de résultat :

... je conclus donc que le témoignage antérieur *forcé* doit être considéré, [. . .] sous le régime de l'art. 13 [. . .] comme inadmissible en preuve contre l'accusé, même dans le but manifeste d'attaquer sa crédibilité, et que son utilisation doit se limiter, selon les termes mêmes de l'art. 13, aux « poursuites pour parjure ou pour témoignages contradictoires ». [En italique dans l'original; je souligne; par. 50.]

Par conséquent, la présente affaire se situe clairement parmi les résultats qu'on attendait de l'arrêt *Henry*.

[125] Comme le juge Binnie l'a indiqué dans *Henry*, les témoignages antérieurs forcés peuvent être utilisés dans des « poursuites pour parjure ou pour témoignages contradictoires ». Le dépôt d'une accusation criminelle de parjure est la mesure à prendre à l'égard de témoins qui [TRADUCTION] « façonne[nt] [leur] preuve de manière à répondre à [leurs] besoins dans chaque instance », sans qu'il soit porté atteinte aux droits que la *Charte* garantit à l'accusé. Cette façon de faire maintient le respect

by s. 13 is not lost when a witness gives what is perceived to be dishonest testimony. Although the *quid pro quo* is meant to encourage full and frank evidence, it is not a “contract” with a witness that can be nullified if the witness lies under oath: see *Noël*, at para. 24.

G. Reinterpretation and Reversal of *Henry*

[126] I have had the benefit of reading Moldaver J.’s reasons, and with respect, I cannot agree with his interpretation of *Henry*.

[127] First, this proposed reading of *Henry* is unsupported by the Court’s reasons in that case. Second, his interpretation was not raised by any of the parties or interveners. Indeed, it is entirely contrary to Crown counsel’s submissions before this Court. The Crown acknowledged that it could not succeed without departing from its own understanding of *Henry*, with which I agree. In counsel’s own words:

And Ontario is here today appreciating and letting me say right now that *Henry* creates a formidable hurdle on this appeal. I am not oblivious to that fact. [Emphasis added; transcript, at p. 2.]

[128] Third, my colleague’s approach dilutes *Henry*. As I stated earlier in these reasons, *Henry* has been lauded as a decision that brought predictability and clarity to a previously murky area of law. This interpretation of *Henry* will again send the application of s. 13 into a state of confusion. It will cause uncertainty regarding the s. 13 rights of an accused.

[129] I am not aware of any decision since *Henry* in which a court has inquired into whether the statements of an accused were “innocent” or

envers l’administration de la justice, tout en préservant le droit que l’art. 13 confère à l’accusé. Le témoin qui ne semble pas faire une déposition honnête n’est pas privé de la protection offerte par l’art. 13. Bien que le *quid pro quo* vise à favoriser un témoignage complet et sincère, il ne s’agit pas d’un « contrat » conclu avec le témoin, qui peut être annulé si le témoin ment sous serment : voir *Noël*, par. 24.

G. Nouvelle interprétation et rejet de l’arrêt *Henry*

[126] J’ai pris connaissance des motifs du juge Moldaver, mais, en toute déférence, je ne puis souscrire à l’interprétation qu’il donne de l’arrêt *Henry*.

[127] Premièrement, les motifs de la Cour dans l’arrêt *Henry* n’étaient pas l’interprétation de cet arrêt proposée par le juge Moldaver. Deuxièmement, aucune partie ni aucun intervenant n’a soulevé cette interprétation. En fait, celle-ci va directement à l’encontre des observations présentées par le procureur du ministère public devant la Cour. Le ministère public a reconnu qu’il ne pouvait pas obtenir gain de cause sans s’écarter de sa propre interprétation de l’arrêt *Henry*, à laquelle je souscris. Comme l’a fait remarquer le procureur :

[TRADUCTION] L’Ontario est ici aujourd’hui, à comprendre et à me laisser dire maintenant que l’arrêt *Henry* constitue un obstacle énorme dans le cadre du présent pourvoi. J’en suis conscient. [Je souligne; transcription, p. 2.]

[128] Troisièmement, l’approche adoptée par mon collègue atténue l’effet de l’arrêt *Henry*. Comme je l’ai déjà mentionné dans mes motifs, l’arrêt *Henry* a été accueilli favorablement en raison de la prévisibilité et de la clarté qu’il a apportées dans un domaine du droit auparavant nébuleux. Cette interprétation de l’arrêt *Henry* sèmera à nouveau la confusion autour de l’application de l’art. 13. Elle créera de l’incertitude relativement aux droits que l’art. 13 garantit à l’accusé.

[129] À ma connaissance, depuis que notre Cour a prononcé l’arrêt *Henry*, aucun tribunal n’a tenté de déterminer si les déclarations d’un accusé étaient

“incriminating” in order to determine whether s. 13 applied. Courts will now have to conduct *voir dire*s to make this determination, which will both encumber the trial process and render the scope of s. 13 dubious in theory and uncertain in practice. Such uncertainty undermines the objective of the *quid pro quo*, which is to encourage full and frank testimony. Without knowing in advance how their evidence might be used in future proceedings, witnesses will undoubtedly be less likely to display candour, a consequence that is completely at odds with what this Court sought to accomplish in *Henry*. This will also undoubtedly reduce the scope of the s. 13 protection that previously compelled witnesses have had since *Henry*.

[130] In *Henry*, Binnie J. recognized the importance of ensuring predictability in the application of s. 13. He concluded his reasons by stating that the approach he proposed would avert the “unpredictability inherent in sorting out attacks on credibility from attempts at incrimination” (para. 60). In my view, my colleague’s opinion reintroduces uncertainty by resurrecting the abandoned distinction, for s. 13 purposes, between “innocuous” and “incriminating” evidence. Witnesses will be less likely to testify truthfully if they do not know, when called to testify, whether and to what extent the evidence they give will be admissible against them in future proceedings.

[131] The focus of *Henry* is on compulsion, not on the nature of the statements. My colleague rightly points out that s. 13 refers to using “incriminating statements” to “incriminate”. However, this Court found in *Henry* that drawing a distinction between using prior compelled evidence to impeach and using it to incriminate was unrealistic. Likewise, Binnie J. implicitly found that the distinction between “incriminating statements” and “innocuous statements” was unrealistic, as he stated at para. 45:

« innocentes » ou « incriminantes » pour décider si l’art. 13 s’appliquait ou non. Les tribunaux devront maintenant tenir un voir-dire pour répondre à cette question, ce qui aura pour effet d’alourdir le processus judiciaire et de rendre la portée de l’art. 13 douteuse en théorie et incertaine en pratique. Une telle incertitude compromet l’objectif du *quid pro quo* qui consiste à favoriser le témoignage complet et sincère. Sans savoir à l’avance comment leur témoignage pourrait être utilisé dans une procédure ultérieure, les témoins seront sans doute moins enclins à la sincérité, une conséquence qui va complètement à l’encontre du résultat voulu par la Cour dans *Henry*. De plus, la portée de la protection dont les personnes qui ont été contraintes à témoigner bénéficiaient depuis l’arrêt *Henry* en vertu de l’art. 13 s’en trouvera assurément réduite.

[130] Dans *Henry*, le juge Binnie a reconnu l’importance de la prévisibilité à l’égard de l’application de l’art. 13. À la fin de ses motifs, il a déclaré que l’interprétation proposée permettrait d’éviter « l’imprévisibilité inhérente à la distinction entre attaquer la crédibilité de quelqu’un et tenter de l’incriminer » (par. 60). J’estime que l’interprétation proposée par mon collègue rétablit l’incertitude en redonnant effet à la distinction abandonnée entre le témoignage « inoffensif » et le témoignage « incriminant » pour l’application de l’art. 13. Les témoins seront moins disposés à rendre un témoignage sincère s’ils ignorent, au moment où ils sont appelés à témoigner, si leur témoignage sera admissible contre eux dans le cadre d’une procédure ultérieure, et dans quelle mesure il le sera.

[131] L’arrêt *Henry* porte principalement sur la contrainte et non sur la nature du témoignage. Mon collègue souligne à juste titre que l’art. 13 vise l’utilisation des « déclarations incriminantes » d’une personne pour « l’incriminer ». Toutefois, notre Cour a déjà décidé dans *Henry* que la distinction entre l’utilisation d’un témoignage antérieur forcé pour attaquer la crédibilité d’une personne et son utilisation pour l’incriminer était irréaliste. De même, le juge Binnie a conclu implicitement que la distinction entre les « déclarations incriminantes » et les « déclarations inoffensives » était également irréaliste, comme il l’explique, au par. 45 :

In *Noël*, it will be recalled, the Court identified permissible cross-examination by reference to testimony “innocuous” when made at the initial trial and “innocuous” when used at the retrial, opening up consideration of various combinations and permutations of statements innocuous/incriminating, incriminating/innocuous and incriminating/incriminating, an exercise in classification that when argued on a question by question basis can become both protracted and somewhat unpredictable, as an examination of the questions at issue in the present appeal illustrates. [Emphasis added.]

Therefore, parsing an accused person’s testimony to distinguish what is “incriminating” from what is “innocuous” in order to determine on what parts of his or her testimony the accused may be cross-examined might result in a “protracted” and “unpredictable” classification exercise. This is the approach the majority endorses, and in my view, it is directly at odds with *Henry*.

[132] My colleague appears willing to recognize and reaffirm a departure from the strict words of s. 13 in the case of prior compelled evidence on the basis of *Henry*: such evidence cannot be used *for any purpose*. However, he does not seem willing to acknowledge that a departure from the strict words of s. 13 is also warranted — and Binnie J. stated as much in *Henry* — with respect to the kind of evidence that will give rise to the *quid pro quo*. This departure is necessary because the same practical difficulties that arise when determining what constitutes “impeachment” and what constitutes “incrimination” also arise when determining what is “incriminating” evidence and what is “innocuous” evidence.

[133] In the case at bar, Crown counsel unintentionally, yet convincingly, demonstrated in her submissions at trial that the distinction proposed in my colleague’s reasons, though attractive in theory, is unworkable in practice:

MS. PRENGER: . . . And how at the end of the day, I think it’s in *Kuldip* where they essentially say, you know, if it goes so -- and I think this is perhaps your

On se rappellera que, dans *Noël*, la Cour a déterminé quels contre-interrogatoires étaient permis en faisant référence au témoignage qui est « inoffensif » au procès initial et demeure « inoffensif » au moment où il est utilisé lors du nouveau procès, ouvrant ainsi la porte à l’examen de diverses combinaisons et permutations de déclarations inoffensives/incriminantes, incriminantes/inoffensives et incriminantes/incriminantes, un exercice de classification qui, s’il est exécuté individuellement pour chaque question, peut durer longtemps et donner un résultat imprévisible, comme le révèle l’examen des questions en litige en l’espèce. [Je souligne.]

Par conséquent, scruter le témoignage d’un accusé pour différencier ses déclarations « incriminantes » de ses déclarations « inoffensives », de façon à déterminer les questions sur lesquelles pourrait porter le contre-interrogatoire, constituerait un exercice qui peut « durer longtemps » et « donner un résultat imprévisible ». C’est l’approche retenue par la majorité et, à mon avis, elle va directement à l’encontre de l’arrêt *Henry*.

[132] Mon collègue semble disposé à reconnaître et à réaffirmer, en s’appuyant sur *Henry*, une dérogation au libellé strict de l’art. 13 à l’égard d’un témoignage antérieur forcé : un tel témoignage ne peut être invoqué à *quelque fin que ce soit*. Il ne semble cependant pas prêt à reconnaître qu’il y a également lieu de déroger au libellé strict de l’art. 13 (et le juge Binnie l’a d’ailleurs dit dans l’arrêt *Henry*) selon la nature du témoignage qui donne naissance au *quid pro quo*. Cette dérogation est nécessaire parce qu’il est aussi difficile, en pratique, de différencier un témoignage incriminant d’un témoignage inoffensif que de faire la distinction entre « attaquer la crédibilité » et « incriminer l’accusé ».

[133] En l’espèce, la procureure du ministère public a de façon involontaire, mais convaincante, démontré dans ses observations que la distinction proposée dans les motifs de mon collègue, bien qu’intéressante en théorie, mène à une impasse fonctionnelle en pratique :

[TRADUCTION]

M^c PRENGER : . . . Et comment, en fin de compte, je pense que c’est dans *Kuldip* où on dit essentiellement, vous savez, si c’est ainsi — et je pense que c’est

point, Your Honour. When it goes so to the heart of credibility, it can't help the forward journey of incrimination because one links into the other.

THE COURT: Uh huh.

MS. PRENGER: And perhaps with Mr. Nedelcu's case, when there is such a huge, what I would respectfully suggest, is a huge contradiction, and even though it goes directly towards credibility, as per *Henry* now, it could still, to a degree, be given some weight towards incrimination.

THE COURT: There's an analogy in the case of alibi evidence. There's a case called *Pearce*

MS. PRENGER: M'hmm.

THE COURT: . . . that says if you simply don't believe the alibi, that goes to credibility but if you feel the accused concocted the alibi, then that goes to the question of guilt.

MS. PRENGER: Right.

THE COURT: So it can be used as positive evidence of guilt.

MS. PRENGER: Right.

THE COURT: And here you're saying if it's -- it's so big . . .

MS. PRENGER: So aggravating.

THE COURT: It's so big a difference it obviously goes to credibility but can also be used to imply guilt. Is that what you're saying?

MS. PRENGER: That would be my position and I think that's what *Henry* suggests, that there can be a root there. [Emphasis added; A.R., vol. III, at pp. 49-51.]

[134] If this Court is prepared to say that once s. 13 is engaged, no use of an accused person's prior testimony is permissible because of the unrealistic distinction between impeachment and incrimination, then, by logical extension, the same must be said about the distinction between innocuous and incriminating evidence. If "innocuous" statements can be used at a subsequent trial to "impeach" the accused, as the majority contends, then that "innocuous" statement could have the effect of incriminating, since it has already been determined in *Henry* that the distinction between impeachment

probablement ce que vous voulez dire, Votre Honneur. Si c'est une question qui touche au cœur de la crédibilité, il n'y a rien à faire pour éviter l'incrimination parce que ces facteurs sont reliés.

LA COUR : Hum-hum.

M^c PRENGER : Et peut-être, en ce qui concerne le cas de M. Nedelcu, lorsqu'il y a, à mon humble avis, une énorme contradiction, et même si la crédibilité est concernée directement, selon l'arrêt *Henry*, on pourra quand même lui accorder du poids, dans une certaine mesure, pour ce qui est de l'incrimination.

LA COUR : Il existe une analogie dans le cas d'une preuve d'alibi. Par exemple, l'affaire *Pearce*. . .

M^c PRENGER : Hum.

LA COUR : . . . selon laquelle, si l'on ne croit tout simplement pas l'alibi, il s'agit d'une question de crédibilité, mais si l'on estime que l'accusé a inventé l'alibi, il s'agit d'une question de culpabilité.

M^c PRENGER : Exact.

LA COUR : On peut donc l'utiliser comme preuve positive de la culpabilité.

M^c PRENGER : Exact.

LA COUR : Et vous dites que si elle est — elle est tellement grande. . .

M^c PRENGER : Tellement aggravante.

LA COUR : La différence est tellement grande qu'elle touche manifestement à la crédibilité, mais elle peut également être utilisée pour conclure à la culpabilité. Est-ce bien ce que vous voulez dire?

M^c PRENGER : Ce serait ma position et je crois que c'est ce que dit l'arrêt *Henry*, qu'il peut y avoir un élément à l'appui. [Je souligne; d.a., vol. III, p. 49-51.]

[134] Si la Cour est prête à affirmer que, lorsque l'art. 13 s'applique, toute utilisation du témoignage antérieur de l'accusé est interdite parce que la distinction entre attaquer la crédibilité et incriminer l'accusé est irréaliste, alors, logiquement, il faut en dire autant de la distinction entre le témoignage inoffensif et le témoignage incriminant. S'il est possible d'utiliser des déclarations « inoffensives » lors d'un procès subséquent pour « attaquer la crédibilité » de l'accusé, comme l'affirme la majorité, la déclaration « inoffensive » pourrait avoir pour effet d'incriminer l'accusé, puisqu'il a été établi,

and incrimination is unrealistic in the context of s. 13. It is incongruous to accept that one distinction is unrealistic for the purpose of determining whether s. 13 applies, but not the other.

[135] The examples given by my colleague in his reasons illustrate how difficult it is to distinguish “innocuous” evidence from “incriminating” evidence, especially given that “[t]he focus of the right is on the second proceedings, the time at which the previous testimony is sought to be used, rather than the time at which it is given” (*Dubois*, at p. 361). His explanation of those examples is reminiscent of the rationalization in pre-*Henry* cases with respect to whether the purpose of the cross-examination was impeachment or incrimination. This seems to take us back to where we were before *Henry*.

[136] Although my colleague is correct to say that rejecting an accused person’s testimony does not create evidence for the Crown, impeaching an accused lends support to the Crown’s position and may assist in proving guilt. That was the whole point of eliminating the distinction between impeachment and incrimination in *Henry*, and Binnie J. made this clear at para. 35 when he endorsed the view of Martin J.A. in *Kuldip*:

Kuldip can be seen as an attempt by the Court to put the brakes on *Mannion*, but in its unwillingness to reconsider its reasoning in *Mannion*, the Court was required to resort to reliance on the sometimes difficult distinction between the purposes of impeachment of credibility and incrimination. Although this distinction is well established in the law (see, e.g., *R. v. Calder*, [1996] 1 S.C.R. 660, at para. 25), its practicality in this particular context is frequently questioned. It is worth setting out in full what was said by Arthur Martin J.A., writing in *Kuldip*, when it was before the Ontario Court of Appeal:

Furthermore, in my view, where the prior evidence is used ostensibly to impeach the accused’s credibility only, it nevertheless does assist the

dans *Henry*, que la distinction entre « attaquer la crédibilité » et « incriminer l’accusé » est irréaliste dans le contexte de l’art. 13. Il me paraît illogique d’accepter que l’une des distinctions est irréaliste lorsqu’il s’agit de déterminer si l’art. 13 s’applique, mais que l’autre ne l’est pas.

[135] Les exemples donnés par mon collègue dans ses motifs indiquent à quel point il est difficile de différencier un témoignage « inoffensif » d’un témoignage « incriminant », surtout parce que « [l]e droit vise principalement les secondes procédures, la date où l’on cherche à utiliser le témoignage antérieur, plutôt que celle où il a été donné » (*Dubois*, p. 361). Son explication au sujet de ces exemples rappelle le raisonnement adopté dans les décisions antérieures à l’arrêt *Henry* quant à savoir si le contre-interrogatoire a pour objet d’attaquer la crédibilité de l’accusé ou de l’incriminer. Ce qui nous replace, il me semble, dans la même situation qu’avant l’arrêt *Henry*.

[136] Bien que mon collègue ait raison lorsqu’il affirme que le témoignage d’un accusé auquel on n’ajoute pas foi ne constitue pas pour autant un élément de preuve à charge, le coup porté à la crédibilité de l’accusé sert la thèse du ministère public et peut contribuer à établir la culpabilité. C’est précisément pour cette raison que la distinction entre attaquer la crédibilité et incriminer l’accusé a été éliminée dans *Henry*. Le juge Binnie l’a indiqué clairement au par. 35, lorsqu’il a souscrit à l’opinion du juge Martin dans l’arrêt *Kuldip* :

On peut voir dans *Kuldip* une tentative de la Cour de circonscrire la portée de l’arrêt *Mannion*, mais en voulant éviter de reconsidérer le raisonnement qu’elle avait suivi dans *Mannion*, la Cour a dû recourir à la distinction, parfois difficile à faire, entre l’objectif d’attaquer la crédibilité de l’accusé et l’objectif de l’incriminer. Bien que cette distinction soit bien établie en droit (p. ex. voir *R. c. Calder*, [1996] 1 R.C.S. 660, par. 25), son utilité pratique dans le contexte qui nous occupe est souvent remise en question. Ce qu’en a dit le juge Arthur Martin de la Cour d’appel de l’Ontario dans *Kuldip*, mérite d’être cité textuellement :

[TRADUCTION] J’estime en outre que même si le témoignage antérieur est visiblement utilisé dans le seul but d’attaquer la crédibilité, il n’en concourt pas

Crown in its case and, in a broad sense, may help to prove guilt. It is often difficult to draw a clear line between cross-examination on the accused's prior testimony for the purpose of incriminating him and such cross-examination for the purpose of impeaching his credibility. If the court concludes on the basis of the accused's contradictory statements that he deliberately lied on a material matter, that lie could give rise to an inference of guilt. [p. 23] [Emphasis added.]

[137] I acknowledge that the facts of this case are not favourable to the accused. However, the case must be decided by applying the principles laid out in *Henry*, not by attempting to carve out an exception that is manifestly incompatible with *Henry* in order to arrive at a desired result.

H. *This Court's Comment in Juman*

[138] Finally, I wish to briefly address the Crown's argument that this Court's comment in *Juman* provides the answer to the question before us.

[139] In *Juman*, the Court was considering the scope of the implied undertaking rule in British Columbia. The question for the Court was under what circumstances, if any, information in discovery transcripts could be used for a purpose other than that of the civil action in question.

[140] Binnie J., writing for the Court, noted that the implied undertaking rule is a "recognition of the examinee's privacy interest" but that this privacy interest is not absolute (para. 30). He then cited several exceptions of compelling public interests that could "trump" an examinee's privacy interest. At para. 41, he noted that one such exception is "where the deponent has given contradictory testimony about the same matters in successive or different proceedings". In making this point, Binnie J. quoted the trial reasons in the instant case: "Any other outcome would allow a person accused of an offence '[w]ith impunity [to] tailor his evidence to

moins à prouver les allégations du ministère public et, dans un sens large, il peut contribuer à établir la culpabilité. Il est souvent difficile de faire la distinction entre un contre-interrogatoire portant sur le témoignage antérieur de l'accusé en vue de l'incriminer et le même genre de contre-interrogatoire en vue d'attaquer sa crédibilité. Le tribunal qui, à partir des déclarations contradictoires d'un accusé, conclut que ce dernier a menti sciemment sur un point important, pourrait en inférer qu'il est coupable. [p. 23] [Je souligne.]

[137] Je reconnais que les faits de l'espèce ne sont pas favorables à l'accusé. Toutefois, il faut trancher l'affaire en appliquant les principes énoncés dans *Henry*, et non en essayant d'établir une exception manifestement incompatible avec cet arrêt afin d'arriver au résultat souhaité.

H. *Le commentaire de notre Cour dans l'arrêt Juman*

[138] Enfin, je tiens à aborder brièvement l'argument du ministère public selon lequel le commentaire de notre Cour dans l'arrêt *Juman* offre la réponse à la question dont nous sommes saisis.

[139] Dans l'arrêt *Juman*, notre Cour examinait la portée de la règle de l'engagement implicite en Colombie-Britannique. Nous avions à décider si des renseignements figurant dans la transcription d'un interrogatoire préalable pouvaient être utilisés à toute autre fin que l'action civile en question, et dans quelles circonstances ils pouvaient l'être.

[140] Le juge Binnie, s'exprimant au nom de la Cour, a indiqué que la règle de l'engagement implicite vise à « protéger le droit de la personne interrogée à sa vie privée », mais que ce droit n'est pas absolu (par. 30). Il a ensuite cité plusieurs exceptions possibles d'intérêts publics impérieux qui peuvent « primer » le droit de la personne interrogée à sa vie privée. Au paragraphe 41, il a fait remarquer que l'une de ces exceptions est « celle où le déposant a fourni un témoignage contradictoire sur les mêmes questions dans des instances successives ou différentes ». À l'appui de cette observation, le juge Binnie a cité un extrait des

suit his needs in each particular proceeding’ (*R. v. Nedelcu* (2007), 41 C.P.C. (6th) 357 (Ont. S.C.J.), at paras. 49-51).”

[141] The Court of Appeal in the instant case correctly noted that *Juman* was not a s. 13 case. Although s. 13 had been raised at other stages in the litigation, by the time it was heard in this Court, s. 13 was no longer at issue. Therefore, the fact that Binnie J. quoted the trial judge’s reasons cannot be taken as an endorsement of the trial judge’s approach to s. 13. The words in *Juman* illustrate a point related to the implied undertaking rule only. They do not suggest that s. 13 protection should be diminished in the case of an accused who makes inconsistent statements.

[142] In fact, Binnie J. specifically noted that there was no *Charter* issue before the Court and that any use of discovery transcripts in a criminal context would have to take into consideration the *Charter* rights of the accused:

If criminal charges are brought, the prosecution may also compel a witness to produce a copy of the documents or transcripts in question from his or her possession by a subpoena *duces tecum*. The trial judge would then determine what, if any, use could be made of the material, having regard to the appellant’s *Charter* rights and any other relevant considerations. None of these issues arise for decision on the present appeal. [Emphasis added; para. 57.]

[143] Although there may be exceptions to the implied undertaking rule that include the giving of contradictory testimony, this does not mean that those same exceptions will apply to the s. 13 rights of an accused. A civil procedure rule cannot be compared to a constitutional guarantee. They involve different interests and have different degrees of flexibility.

motifs du juge du procès en l’espèce : « Autrement, une personne accusée d’avoir commis une infraction pourrait [TRADUCTION] “[e]n toute impunité façonner sa preuve de manière à répondre à ses besoins dans chaque instance” (*R. c. Nedelcu* (2007), 41 C.P.C. (6th) 357 (C.S.J. Ont.), par. 49-51). »

[141] En l’espèce, la Cour d’appel a fait remarquer à juste titre que l’arrêt *Juman* ne portait pas sur l’art. 13. Même si l’art. 13 y avait été soulevé à d’autres étapes du litige, lorsque nous avons été saisis de cette affaire, l’application de l’art. 13 n’était plus en litige. Le fait que le juge Binnie ait cité les motifs du juge du procès dans le présent dossier ne peut donc vouloir dire qu’il souscrivait à l’approche du juge du procès concernant l’art. 13. Ses propos dans *Juman* illustrent un point de vue sur la règle de l’engagement implicite seulement. Ils ne laissent pas entendre que la protection de l’art. 13 devrait être réduite lorsqu’un accusé fait des déclarations incompatibles.

[142] En fait, le juge Binnie a expressément affirmé que la Cour n’était pas saisie d’une question relative à la *Charte* et que l’utilisation de la transcription de l’interrogatoire préalable dans un contexte criminel devrait tenir compte des droits que la *Charte* garantit à l’accusé :

Si des accusations criminelles sont portées, le ministère public peut aussi, par voie de subpoena *duces tecum*, obliger un témoin à produire une copie des documents ou des transcriptions qu’il a en sa possession. Le juge du procès déciderait ensuite quel usage, si usage il y a, en serait fait compte tenu des droits de l’appelante garantis par la *Charte* et de toute autre considération pertinente. Aucune de ces questions n’est soulevée en l’espèce. [Je souligne; par. 57.]

[143] Bien qu’il puisse exister des exceptions à la règle de l’engagement implicite, notamment dans le cas d’un témoignage contradictoire, cela ne signifie pas que les mêmes exceptions s’appliqueront aux droits que l’art. 13 garantit à un accusé. Une règle de procédure civile ne se compare pas à une garantie constitutionnelle. Elles mettent en jeu des intérêts différents et ne peuvent pas être appliquées avec le même degré de souplesse.

[144] As noted by the Court of Appeal below, there is nothing in *Juman* that alters the ratio of *Henry*. *Juman* is of no assistance in this case.

V. Conclusion

[145] I would dismiss the appeal.

Appeal allowed, LEBEL, FISH and CROMWELL JJ. dissenting.

Solicitor for the appellant: Attorney General of Ontario, Toronto.

Solicitors for the respondent: Schreck Presser, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: Attorney General of Quebec, Québec.

Solicitors for the intervener the Advocates' Society: Borden Ladner Gervais, Ottawa; Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario): Stockwoods, Toronto.

[144] Comme l'a fait remarquer la Cour d'appel en l'espèce, rien dans l'arrêt *Juman* ne modifie la *ratio decidendi* de l'arrêt *Henry*. L'arrêt *Juman* n'est pas utile en l'espèce.

V. Conclusion

[145] Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi accueilli, les juges LEBEL, FISH et CROMWELL sont dissidents.

Procureur de l'appelante : Procureur général de l'Ontario, Toronto.

Procureurs de l'intimé : Schreck Presser, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec : Procureur général du Québec, Québec.

Procureurs de l'intervenante Advocates' Society : Borden Ladner Gervais, Ottawa; Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario) : Stockwoods, Toronto.