

**COUR SUPRÊME DU CANADA**

|  |  |
| --- | --- |
| **Référence :** R. *c.* Durham Regional Crime Stoppers Inc., 2017 CSC 45, [2017] 2 R.C.S. 157 | **Appel entendu :** 20 janvier 2017  **Jugement rendu :** 22 septembre 2017  **Dossier :** 37052 |

Entre :

Durham Regional Crime Stoppers Inc. et X.Y.

Appelants

et

Sa Majesté la Reine

Intimée

- et -

Directeur des poursuites pénales

Intervenant

**Traduction française officielle**

**Coram :** La juge en chef McLachlin et les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté, Brown et Rowe

|  |  |
| --- | --- |
| **Motifs de jugement :**  (par. 1 à 50) | Le juge Moldaver (avec l’accord de la juge en chef McLachlin et des juges Abella, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté, Brown et Rowe) |

R. *c.* Durham Regional Crime Stoppers Inc., 2017 CSC 45, [2017] 2 R.C.S. 157

Durham Regional Crime Stoppers Inc. et

X.Y. Appelants

c.

Sa Majesté la Reine Intimée

et

Directeur des poursuites pénales Intervenant

**Répertorié : R. *c.*** Durham Regional Crime Stoppers Inc.

2017 CSC 45

No du greffe : 37052.

2017 : 20 janvier; 2017 : 22 septembre.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté, Brown et Rowe.

en appel de la cour supérieure de justice de l’ontario

*Droit criminel — Preuve — Privilège de l’indicateur de police — Dénonciateur anonyme — Le privilège de l’indicateur de police s’applique‑t‑il à une dénonciation anonyme faite à Échec au crime par une personne qui téléphone avec l’intention d’entraver l’administration de la justice? — Quelle procédure les tribunaux doivent‑ils adopter lorsque le ministère public conteste la revendication du privilège de l’indicateur de police relativement à une dénonciation anonyme faite auprès d’Échec au crime?*

À la suite d’une fusillade mortelle, Échec au crime a reçu par téléphone une dénonciation anonyme. L’individu qui a fait l’appel a rapporté que, le jour de la fusillade, il a observé quatre hommes dans la cour arrière d’une maison qui se trouvait à proximité de la scène du crime et qu’il les a ensuite vus se rendre en voiture jusqu’à un lac où ils ont jeté des objets dans l’eau. Peu après l’appel, X.Y. a été accusé de meurtre au second degré relativement à la fusillade. Le ministère public a présenté une requête préalable au procès en vue de déposer en preuve la dénonciation anonyme. Le ministère public maintenait que l’appel téléphonique avait été fait par X.Y. pour détourner l’attention de sa personne durant l’enquête de la police. X.Y. a nié être l’auteur de cet appel. Par ailleurs, lui et Échec au crime ont affirmé que l’appel téléphonique était protégé par le privilège relatif aux indicateurs de police. Lors d’une audience tenue à huis clos, le juge de première instance a conclu que le privilège relatif aux indicateurs de police ne s’appliquait pas. Sa décision a été portée en appel devant la Cour en vertu du par. 40(1) de la *Loi sur la Cour suprême*.

*Arrêt*: L’appel est rejeté.

Le privilège relatif aux indicateurs de police est un principe de common law qui existe depuis longtemps et qui revêt une importance particulière dans le cas des indicateurs anonymes. Il s’applique de façon absolue, sous réserve uniquement de l’exception concernant la démonstration de l’innocence de l’accusé. Il crée donc une interdiction absolue de révéler l’identité de l’indicateur, et tant la police que le ministère public et les tribunaux sont tenus de le respecter. Toutefois, le privilège relatif aux indicateurs de police ne peut être interprété de manière à ce qu’il s’applique lorsqu’il irait à l’encontre des objectifs mêmes qui en justifient l’existence, soit promouvoir l’intérêt de la justice et favoriser le maintien de l’ordre public. Le privilège de l’indicateur n’existe pas lorsqu’une personne téléphone à Échec au crime avec l’intention de faciliter une activité criminelle ou d’entraver l’administration de la justice. Dans de telles circonstances, mettre l’identité de la personne en question à l’abri grâce à la protection quasi absolue que confère le privilège relatif aux indicateurs de police compromettrait, voire annihilerait, sa raison d’être.

Dans les cas où le ministère public soutient que le privilège ne s’applique pas à une dénonciation faite auprès d’Échec au crime parce que l’individu qui a téléphoné a agi avec l’intention de faciliter une activité criminelle ou d’entraver l’administration de la justice, il incombe au ministère public de démontrer, selon la prépondérance des probabilités, que celui qui a téléphoné avait l’intention requise lorsqu’il a fait sa dénonciation, de sorte qu’il ne peut bénéficier du privilège. Cette intention requiert un élément moral exigeant et se caractérise par une grande culpabilité morale. Il est difficile d’établir cette intention et dans la très grande majorité des cas, le privilège relatif aux indicateurs s’applique à la dénonciation faite auprès d’Échec au crime.

Lorsque le juge détermine si le privilège relatif aux indicateurs s’applique à une dénonciation anonyme faite auprès d’Échec au crime, il doit présumer que le privilège existe. En conséquence, lorsque le ministère public conteste la validité d’une revendication de privilège portant sur une dénonciation anonyme, il incombe au tribunal de déterminer, dans le cadre d’une audience à huis clos, si le privilège existe effectivement. La présomption de l’existence d’un privilège signifie également que cette audience à huis clos pourrait probablement devoir se dérouler *ex parte*, soit en l’absence de l’accusé et de son avocat. Afin de protéger les intérêts de l’accusé, le juge devrait adopter toutes les mesures raisonnables pour permettre aux avocats de la défense de présenter des observations utiles en ce qui concerne ce qui se passe en leur absence. En outre, le juge pourrait consulter le dossier de la dénonciation pour déterminer si le privilège existe. L’existence du privilège dépend dans bien des cas des propos que la personne a tenus lors de son appel téléphonique et de la mesure dans laquelle ces propos indiquaient une intention de faciliter une activité criminelle ou d’entraver l’administration de la justice.

La présentation d’une requête par le ministère public en vue d’être autorisé à présenter des éléments de preuve relativement à une dénonciation anonyme faisant l’objet d’une revendication de privilège est susceptible de comporter des désavantages importants pour l’instruction du procès et la valeur probante des éléments de preuve en cause peut s’avérer négligeable. En conséquence, avant qu’il ne se prononce sur l’existence du privilège relatif aux indicateurs, le juge de première instance peut logiquement exiger du ministère public qu’il présente, au cours d’une audience à huis clos, des observations et des éléments de preuve préliminaires au sujet de l’admissibilité de la preuve. Le ministère public pourrait alors avoir à donner un aperçu des motifs pour lesquels il affirme que le privilège relatif aux indicateurs ne s’applique pas; il pourrait avoir à démontrer l’existence d’une possibilité réaliste que la valeur probante des éléments de preuve l’emporte sur leur effet préjudiciable; ou il pourrait avoir à faire les deux. L’exposé et la démonstration faits à huis clos devront vraisemblablement avoir lieu dans le cadre d’une audience *ex parte*. Le juge de première instance conserve toutefois un large pouvoir discrétionnaire en ce qui concerne le déroulement de l’instance et l’on doit faire preuve d’une grande retenue à l’égard de toute décision raisonnable qu’il rend à ce sujet.

En l’espèce, il était raisonnable que le juge de première instance conclue, selon la prépondérance des probabilités, que X.Y. était l’auteur de l’appel téléphonique et qu’il avait fait cet appel dans le but de détourner l’attention de sa personne durant l’enquête de la police. Cette conclusion était bien étayée par la preuve. Le juge de première instance n’a donc pas commis d’erreur en concluant que la dénonciation était exclue du champ d’application du privilège relatif aux indicateurs de police. Qui plus est, la procédure suivie par le juge de première instance était raisonnable. Il a tenu une audience à huis clos pour déterminer si le privilège relatif aux indicateurs s’appliquait. Aucune audience *ex parte* n’étaitnécessaire, parce que le ministère public avait déjà communiqué la fiche de dénonciation à la défense. Toutefois, le ministère public n’aurait pas dû communiquer cette information parce que l’application du privilège relatif aux indicateurs ne relève pas du pouvoir discrétionnaire de la police, du ministère public ou encore des tribunaux. En outre, le juge de première instance a raisonnablement conclu qu’il pouvait examiner le dossier de dénonciation pour juger de l’existence du privilège relatif aux indicateurs.

**Jurisprudence**

**Arrêts mentionnés :** *R. c. Hiscock*, [1992] R.J.Q. 895, autorisation de pourvoi refusée, [1993] 1 R.C.S. vi; *R. c. Basi*, 2009 CSC 52, [2009] 3 R.C.S. 389; *Bisaillon c. Keable*, [1983] 2 R.C.S. 60; *Personne désignée c. Vancouver Sun*, 2007 CSC 43, [2007] 3 R.C.S. 253; *R. c. Leipert*, [1997] 1 R.C.S. 281; *R. c. Barros*, 2011 CSC 51, [2011] 3 R.C.S. 368; *People c. Callen*, 194 Cal.App.3d 558 (1987); *R. c. Scott*, [1990] 3 R.C.S. 979; *Solliciteur général du Canada c. Commission royale d’enquête (Dossiers de santé en Ontario)*, [1981] 2 R.C.S. 494; *R. c. McClure*, 2001 CSC 14, [2001] 1 R.C.S. 445; *R. c. Campbell*, [1999] 1 R.C.S. 565; *Descôteaux c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860; *R. c. Cox and Railton* (1884), 14 Q.B.D. 153; *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821; *R. c. Handy*, 2002 CSC 56, [2002] 2 R.C.S. 908; *R. c. White*, [1998] 2 R.C.S. 72; *R. c. Cody*, 2017 CSC 31, [2017] 1 R.C.S. 659; *R. c. Kutynec* (1991), 7 O.R. (3d) 277; *R. c. Vukelich* (1996), 108 C.C.C. (3d) 193.

**Lois et règlements cités**

*Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C‑46, art. 139.

*Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, c. S‑26, art. 40(1).

**Doctrine et autres documents cités**

Paciocco, David M. « Simply Complex : Applying the Law of “Post‑Offence Conduct” Evidence » (2016), 63 *Crim. L.Q.* 275.

Paciocco, David M., and Lee Stuesser. *The Law of Evidence*, 7th ed., Toronto, Irwin Law, 2015.

POURVOI contre une décision de la Cour supérieure de justice de l’Ontario (le juge McKelvey), no 15/13823, 14 avril 2016, portant que le privilège de l’indicateur de police ne s’appliquait pas à la dénonciation anonyme faite auprès d’Échec au crime dans le présent cas. Pourvoi rejeté.

Robert S. Gill et Michelle E. Booth, pour l’appelante Durham Regional Crime Stoppers Inc.

Jennifer Penman et Karen Heath, pour l’appelant X.Y.

Susan Magotiaux et Mabel Lai, pour l’intimée.

Bradley Reitz et *François Lacasse*, pour l’intervenant.

Version française du jugement de la Cour rendu par

Le juge Moldaver —

1. Aperçu
2. Le privilège relatif aux indicateurs de police est un principe de common law qui existe depuis longtemps et qui revêt une importance capitale dans notre système de justice pénale. Les indicateurs de police jouent un rôle essentiel en matière de lutte contre les infractions, parce qu’ils fournissent à la police des informations qu’il serait autrement pour elle difficile, voire impossible, à obtenir. En protégeant l’identité des personnes qui communiquent des informations à la police — et en encourageant d’autres à en faire autant —, le privilège relatif aux indicateurs de police s’avère d’une grande utilité pour les policiers dans le cadre de leurs enquêtes criminelles et de leur mission de protection du public. Sous réserve de l’exception relative à la démonstration de l’innocence de l’accusé, le privilège crée une interdiction absolue de révéler l’identité de l’indicateur, et tant la police que le ministère public et les tribunaux sont tenus de le respecter.
3. La principale question que soulève le présent pourvoi est celle de savoir si le privilège relatif aux indicateurs de police existe lorsqu’une personne téléphone à Échec au crime pour faire une dénonciation anonyme avec l’intention d’entraver l’administration de la justice. La Cour est également appelée à se pencher sur une question secondaire, celle de la procédure à suivre lorsque le ministère public conteste une revendication du privilège relatif aux indicateurs de police qui porte sur une dénonciation anonyme reçue par Échec au crime.
4. Contexte factuel et procédural
5. En l’espèce, la dénonciation anonyme concernait la fusillade qui avait coûté la vie à Shabir Niazi le 19 février 2014. Le même jour, X.Y., un des appelants, a fait une déclaration à la police dans laquelle il indiquait que trois hommes étaient responsables du meurtre de M. Niazi. Par la suite, il a fait une seconde déclaration similaire aux policiers. X.Y. est devenu un des suspects du meurtre et a été mis sous surveillance policière.
6. Environ une semaine après la fusillade, l’agente Edwards — coordinatrice de Crime Stoppers pour les services policiers régionaux de Durham (« Échec au crime ») — a reçu une dénonciation anonyme. L’individu qui lui a parlé au téléphone a raconté que, le jour de la fusillade, il se trouvait sur le perron arrière d’une maison, d’où il pouvait voir la cour d’une autre maison qui se trouvait à proximité de la scène du crime. Ce dénonciateur a observé quatre hommes, dont il a ensuite donné la description. Il a expliqué que les quatre hommes avaient attendu entre cinq et dix minutes près des lieux du crime avant de monter à bord d’une voiture et de se diriger vers un lac. Une fois arrivés au lac, les hommes sont sortis de la voiture et ont commencé à jeter des objets dans l’eau. Conformément à la pratique courante d’Échec au crime, l’appel n’a pas été enregistré et aucune démarche n’a été entreprise pour en retracer la source. L’agente Edwards a inscrit les informations qu’elle avait reçues de l’indicateur sur une fiche de dénonciation, qu’elle a ensuite remise aux enquêteurs de l’unité des crimes majeurs de la police régionale de Durham.
7. Quelques jours après qu’Échec au crime eut reçu la dénonciation anonyme, X.Y. a été accusé du meurtre au second degré de M. Niazi. Lors des procédures préalables au procès, X.Y. a reconnu avoir abattu M. Niazi et avoir agi seul. Il a également annoncé qu’il invoquerait la légitime défense au procès.
8. Le ministère public a présenté une requête préalable au procès en vue de déposer en preuve la dénonciation anonyme faite auprès d’Échec au crime. Avant que le juge de première instance ne rende quelque décision que ce soit, le ministère public a divulgué à la défense la dénonciation anonyme ainsi que tous les renseignements pertinents qu’il avait en sa possession à ce sujet. Le ministère public maintenait que l’appel téléphonique avait été fait par X.Y. pour détourner l’attention de l’enquête de la police de sa personne. Le ministère public a tenté de se servir de l’appel téléphonique comme élément de preuve lors du procès pour attaquer de façon générale la crédibilité de X.Y. : voir les motifs du juge de première instance, d.a. (Échec au crime), vol. I, p. 3. X.Y. a nié être l’auteur de cet appel. Par ailleurs, lui et Échec au crime ont affirmé que l’appel téléphonique était protégé par le privilège relatif aux indicateurs de police. En réponse, le ministère public a fait valoir que ce privilège ne s’appliquait pas à la dénonciation.
9. Selon le juge de première instance, le juge McKelvey de la Cour supérieure de justice de l’Ontario, la question de savoir si le privilège relatif aux indicateurs de police s’appliquait ou non à la dénonciation devait être tranchée dans le cadre d’une audience à huis clos : décision no 15/13823, 14 avril 2016. Puisque le ministère public avait déjà divulgué la dénonciation à la défense, le juge McKelvey a précisé que X.Y. et son avocat pouvaient être présents à l’audience. Toutefois, comme X.Y. niait avoir fait l’appel téléphonique à Échec au crime, il ne lui revenait pas de revendiquer le privilège sur la dénonciation. Le juge a donc autorisé l’avocat d’Échec au crime à s’en charger et à présenter des observations à l’audience dans un rôle s’apparentant à celui d’un *amicus curiae.* En définitive, le juge de première instance a conclu que X.Y. était l’auteur de l’appel téléphonique et qu’il avait fait cet appel pour détourner l’attention de l’enquête de la police de sa personne. Il s’ensuivait, selon le juge de première instance, que le privilège relatif aux indicateurs de police ne s’appliquait pas à la dénonciation parce que, dans les circonstances, l’appliquer minerait les objectifs sur lesquels il repose.
10. Échec au crime a interjeté appel devant la Cour de la décision du juge de première instance en vertu du par. 40(1) de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, c. S‑26. Le ministère public ne conteste pas la qualité d’Échec au crime pour interjeter appel en l’espèce.
11. Pour les motifs qui suivent, je suis d’avis de rejeter le pourvoi. En ce qui concerne la question principale, le juge de première instance a exclu la dénonciation du champ d’application du privilège relatif aux indicateurs de police en se fondant sur le fait que X.Y. a téléphoné à Échec au crime pour détourner l’attention de sa personne dans le contexte d’une enquête policière. À mon avis, ce faisant il n’a pas commis d’erreur. Le privilège de l’indicateur n’existe pas lorsqu’une personne téléphone à Échec au crime avec l’intention de faciliter une activité criminelle ou d’entraver l’administration de la justice[[1]](#footnote-1). Dans de telles circonstances, mettre l’identité de la personne en question à l’abri grâce à la protection quasi absolue que confère le privilège relatif aux indicateurs de police compromettrait, voire annihilerait, sa raison d’être. En conséquence, je suis d’avis d’annuler les portions suivantes du jugement sur la demande d’autorisation d’appel rendu par la Cour le 20 octobre 2016 : (1) l’ordonnance de non-publication du nom de X.Y. et de toute information qui permettrait d’identifier la source de la dénonciation anonyme et (2) l’ordonnance de mise sous scellés visant la documentation déposée par les parties.
12. En ce qui concerne la question secondaire, je suis d’avis que la procédure suivie par le juge de première instance était raisonnable. Cela étant, la présente affaire offre à la Cour l’occasion de clarifier la procédure qui devrait être suivie, ainsi que les garanties qui peuvent être mises en place lorsque le ministère public conteste l’applicabilité du privilège relatif aux indicateurs de police dans le cas d’une dénonciation anonyme faite auprès d’Échec au crime.
13. Questions en litige

[10a] 1. Le privilège relatif aux indicateurs de police s’applique‑t‑il à la dénonciation anonyme faite en l’espèce auprès d’Échec au crime?

2. Quelle procédure le tribunal doit‑il suivre lorsque le ministère public conteste une revendication du privilège relatif aux indicateurs de police portant sur une dénonciation anonyme faite auprès d’Échec au crime?

1. Analyse
   1. Le privilège relatif aux indicateurs de police s’applique‑t‑il à la dénonciation anonyme faite en l’espèce auprès d’Échec au crime?
      1. La raison d’être du principe du privilège relatif aux indicateurs de police
2. Le privilège relatif aux indicateurs de police est un principe de common law qui interdit de divulguer l’identité de l’indicateur tant au public qu’au tribunal. À titre de privilège générique, celui relatif aux indicateurs de police n’est pas jugé au cas par cas. Il existe lorsque, dans le cadre de son enquête, un policier garantit à un éventuel indicateur la confidentialité en échange de renseignements : *R. c. Basi*, 2009 CSC 52, [2009] 3 R.C.S. 389, par. 36; *Bisaillon c. Keable*, [1983] 2 R.C.S. 60, p. 105. Le privilège a pour effet d’interdire de façon absolue toute divulgation de l’identité de l’indicateur, sous réserve uniquement de l’exception relative à la démonstration de l’innocence de l’accusé : *Personne désignée c. Vancouver Sun*, 2007 CSC 43, [2007] 3 R.C.S. 253, par. 30. Ce privilège assure la protection de tout renseignement susceptible de permettre l’identification de l’indicateur : *ibid.* Le privilège appartient à la fois au ministère public et à l’indicateur et ni l’un ni l’autre ne peut y renoncer sans le consentement de l’autre : *ibid.*, par. 25.
3. Comme pour tout autre privilège, celui relatif aux indicateurs de police est accordé dans l’intérêt public. Les indicateurs transmettent à la police des informations utiles qu’il serait autrement difficile, voire impossible, d’obtenir. Ils jouent donc un rôle crucial dans les enquêtes sur le crime et l’appréhension des criminels. La police et le système de justice pénale comptent sur les indicateurs, et la société dans son ensemble bénéficie de leur assistance : voir *R. c. Leipert*, [1997] 1 R.C.S. 281, par. 9; *R. c. Barros*, 2011 CSC 51, [2011] 3 R.C.S. 368, par. 30. Lorsqu’ils exercent ce rôle important, les indicateurs courent souvent le risque de subir des représailles de la part des individus impliqués dans des activités criminelles : *Leipert*, par. 9. Le privilège relatif aux indicateurs de police a donc été conçu pour protéger l’identité des citoyens qui fournissent des informations aux forces de l’ordre : *ibid*. En protégeant ceux qui aident ainsi la police — et en encourageant d’autres à le faire —, ce privilège sert l’intérêt de la justice et le maintien de l’ordre public : voir *R. c. Hiscock*, [1992] R.J.Q. 895 (C.A. Qc), p. 910-911, autorisation de pourvoi refusée, [1993] 1 R.C.S. vi. Comme la Cour l’a fait observer dans l’arrêt *Bisaillon*:

L’intérêt public qui impose le secret relatif à l’identité de l’indicateur de police est le maintien d’un service de police efficace et l’application effective des lois criminelles. [p. 97]

Dans le même ordre d’idées, dans l’arrêt *Personne désignée*, le juge LeBel, qui était dissident, mais non sur ce point, a déclaré que

la justification sociale de ce privilège se trouvait dans la nécessité d’assurer l’exécution de la fonction policière et le maintien de l’ordre public. [Référence omise; par. 111.]

1. Le privilège relatif aux indicateurs de police revêt une importance particulière dans le cas des indicateurs anonymes. Dans l’arrêt *Leipert*, la Cour a fait observer qu’il était essentiel de protéger l’anonymat de quiconque communique par téléphone avec Échec au crime ou d’autres organismes publics voués à la lutte contre le crime pour garantir l’efficacité du travail des forces de l’ordre :

C’est la promesse d’anonymat qui dissipe la crainte de représailles criminelles qui, autrement, dissuaderait les citoyens de signaler des crimes. Par contre, en garantissant l’anonymat, Échec au crime fournit aux autorités chargées d’appliquer la loi des renseignements qu’elles ne pourraient peut-être jamais obtenir autrement.

(Par. 11, citant l’arrêt *People c. Callen*, 194 Cal.App.3d 558 (1987), p. 563.)

Dans l’arrêt *Leipert*, la Cour a reconnu que le privilège relatif aux indicateurs de police pouvait s’appliquer lorsqu’une dénonciation anonyme était faite auprès d’Échec au crime.

1. Le privilège relatif aux indicateurs de police est à ce point important pour le système de justice pénale et pour la société en général qu’il est « quasi absolu » et ne souffre qu’une seule exception, celle concernant la démonstration de l’innocence de l’accusé : *Basi*, par. 37; *Barros*, par. 1. Cette exception prévoit que, lorsqu’il est nécessaire de divulguer l’identité de l’indicateur pour démontrer l’innocence de l’accusé, elle peut être révélée à cette seule fin limitée : *Leipert*, par. 20. Notre aversion à condamner un innocent n’en exige pas moins. Ainsi, le droit de l’accusé de démontrer son innocence en faisant naître un doute raisonnable l’emporte sur la protection de l’identité de l’indicateur : *R. c. Scott*, [1990] 3 R.C.S. 979, p. 995-996.
2. Le privilège relatif aux indicateurs de police s’applique de façon absolue, sous réserve uniquement de l’exception concernant la démonstration de l’innocence de l’accusé. Les tribunaux doivent l’appliquer et ils ne peuvent soupeser l’avantage qui en découle en tenant compte de facteurs compensatoires : *Leipert*, par. 12-13. Au moyen du privilège relatif aux indicateurs de police, le droit reconnaît que l’intérêt qu’a le public à protéger l’identité des indicateurs l’emporte sur toute autre considération de principe : voir D. M. Paciocco et L. Stuesser, *The Law of Evidence* (7e éd. 2015), p. 302. La police, le ministère public et les tribunaux sont liés par ce privilège et ils sont tenus de protéger l’identité des indicateurs : *Barros*, par. 37.
   * 1. La portée du privilège relatif aux indicateurs de police
        1. La raison d’être du privilège relatif aux indicateurs de police en limite la portée
3. X.Y. et Échec au crime affirment que tous ceux qui téléphonent à Échec au crime sont des indicateurs confidentiels et ont droit au privilège relatif aux indicateurs de police. Ils affirment que [traduction] « le privilège s’applique automatiquement, littéralement, dès que le téléphone sonne » : m.a. (Échec au crime), par. 54. Je ne retiens pas cet argument. Comme je vais l’expliquer, le privilège relatif aux indicateurs de police ne s’applique pas lorsqu’une personne communique avec Échec au crime avec l’intention de faciliter une activité criminelle ou d’entraver l’administration de la justice. En pareil cas, à la différence de la revendication de privilège fondée sur la démonstration de l’innocence de l’accusé — laquelle est considérée comme une *exception* qui s’applique à une communication visée par ailleurs par le champ d’application du privilège relatif aux indicateurs de police —, la communication qui vise à faciliter une activité criminelle est exclue de la portée du privilège relatif aux indicateurs de police.
4. La raison d’être du privilège relatif aux indicateurs de police en limite la portée. Ainsi que le juge Binnie l’a souligné dans l’arrêt *Barros*, « il est important de ne pas étendre [la] portée [du privilège] au-delà de ce qui est nécessaire pour qu’il atteigne son objectif de protéger les indicateurs et [d’]inciter les personnes au courant d’activités criminelles [à] en parler aux autorités » : par. 28. En d’autres termes, le privilège relatif aux indicateurs de police ne peut être interprété de manière à ce qu’il s’applique lorsqu’il irait à l’encontre des objectifs mêmes qui en justifient l’existence. Comme je l’ai déjà expliqué, ce privilège est octroyé dans l’intérêt du public, pour aider la police dans les enquêtes qu’elle mène au sujet de crimes et dans l’appréhension des criminels — il sert donc l’intérêt de la justice et favorise le maintien de l’ordre public. Lorsque quelqu’un agit avec l’intention de faciliter une activité criminelle ou d’entraver l’administration de la justice — par exemple, en téléphonant à Échec au crime avec l’intention de lancer la police qui est en train de mener une enquête criminelle sur une fausse piste —, mettre son identité à l’abri grâce à la protection quasi absolue que confère le privilège relatif aux indicateurs de police compromettrait, voire annihilerait, la raison d’être de ce dernier. Le privilège relatif aux indicateurs de police ne s’applique donc pas en pareil cas, même si les forces de l’ordre ont pu promettre la confidentialité à la personne en cause en échange des renseignements communiqués.
5. C’est ce que la Cour d’appel du Québec a expliqué de manière convaincante dans l’arrêt *Hiscock*. Dans cette affaire, le juge LeBel (plus tard juge de notre Cour) s’est penché sur la question de savoir si le privilège relatif aux indicateurs de police s’appliquait aux éléments de preuve qui avaient été recueillis par suite d’une mise sur écoute électronique et qui consistaient en des enregistrements de conversations au cours desquelles l’accusé, un indicateur de police, discutait de son commerce de stupéfiants. Les éléments de preuve recueillis grâce à l’écoute électronique avaient été utilisés au procès afin de condamner l’indicateur pour trafic et possession de stupéfiants. En appel, l’indicateur a fait valoir que les éléments de preuve recueillis grâce à l’écoute électronique n’étaient pas admissibles en preuve parce qu’ils étaient protégés par le privilège relatif aux indicateurs de police.
6. Le juge LeBel a noté que l’action de l’indicateur se situe souvent dans des marges grises sur le plan moral et que des individus qui commettent des actes répréhensibles pour fournir des informations à la police peuvent malgré tout avoir droit au privilège relatif aux indicateurs de police. À cet égard, il a cité l’arrêt *Solliciteur général du Canada c. Commission royale d’enquête (Dossiers de santé en Ontario)*, [1981] 2 R.C.S. 494, dans lequel les juges majoritaires de la Cour avaient conclu que le privilège relatif aux indicateurs de police s’appliquait à des médecins et à des employés d’hôpitaux qui avaient obtenu de façon illégitime des renseignements médicaux privés, puisque ces personnes avaient transmis ces renseignements à la police pour faciliter son enquête. Même si les médecins et les employés d’hôpitaux s’étaient mal conduits, la protection de leur identité ne compromettait pas les objectifs qui sous-tendent le privilège relatif aux indicateurs de police. Les actes qui leur étaient reprochés avaient en réalité facilité le travail d’enquête des policiers et avaient incité d’autres personnes se trouvant dans une situation semblable à agir eux aussi comme indicateurs.
7. En revanche, dans l’affaire *Hiscock*, l’indicateur de police avait agi avec l’intention de faciliter sa propre activité criminelle. Dans ces conditions, le juge LeBel a souligné que si on interprétait le privilège de l’indicateur de telle sorte que les éléments de preuve recueillis grâce à l’écoute électronique soient exclus, cela reviendrait à

accorder [à l’accusé] une licence de commettre des actes criminels dans le seul intérêt du prévenu. [. . .] Si l’on acceptait l’argument [de l’accusé], le privilège que l’on invoque se trouverait complètement détourné de sa finalité, puisque utilisé pour une fin et des intérêts contraires à ceux qui le justifient dans le droit public canadien. [p. 912]

1. De même, dans l’arrêt *Personne désignée*, le juge LeBel — qui était dissident, mais non sur ce point — a déclaré ce qui suit :

J’ai conclu [dans l’arrêt *Hiscock*] que le privilège ne devait pas être interprété et appliqué de manière à autoriser la commission d’actes criminels dans le seul intérêt du prévenu et qu’il ne pouvait donc pas être utilisé par les accusés tel qu’ils proposaient de le faire [. . .] L’interprétation contraire aurait cautionné une utilisation abusive du privilège, eu égard à son objectif. [par. 111]

1. Je souscris aux observations formulées par le juge LeBel dans les arrêts *Hiscock* et *Personne désignée*.En somme, le privilège relatif aux indicateurs de police ne s’applique pas lorsque l’intéressé se livre à des actes avec l’intention de faciliter une activité criminelle ou d’entraver l’administration de la justice, et ce, même s’il a reçu des policiers la promesse que la confidentialité lui serait assurée en échange des renseignements communiqués. Ainsi, dans le contexte d’une dénonciation anonyme faite à Échec au crime, le privilège ne s’applique pas lorsque le dénonciateur qui téléphone est motivé par l’intention d’induire les policiers en erreur — entravant donc en fait la justice —, ni lorsque l’individu se livre à des activités criminelles uniquement dans son intérêt personnel, comme c’était le cas dans l’affaire *Hiscock*.
2. Si l’on accordait en pareilles circonstances le privilège relatif aux indicateurs de police à des individus qui cherchent à contourner la loi, on leur permettrait de protéger leur identité en la faisant bénéficier d’une protection légale presque absolue. Ces individus ne sont pas des indicateurs confidentiels et ils ne devraient pas pouvoir bénéficier du privilège. Ils sont exclus de son champ d’application. Qui plus est, si l’on concluait à l’existence du privilège en pareilles circonstances, on pourrait inciter d’autres personnes à agir de la même façon en sachant qu’elles peuvent aussi se retrancher derrière le privilège. Cela constituerait un abus d’un privilège qui est censé aider les policiers dans leur travail d’enquête et de répression du crime. Bref, on le dénaturerait complètement.
   * + 1. La portée du privilège du secret professionnel de l’avocat est également limitée par sa raison d’être
3. Exclure les personnes qui agissent avec l’intention de faciliter une activité criminelle ou d’entraver l’administration de la justice de la portée du privilège relatif aux indicateurs de police est conforme à l’approche applicable à un autre privilège générique, celui du secret professionnel de l’avocat. Pour qu’une communication soit privilégiée, il doit s’agir d’une « communication entre un avocat et son client au cours de laquelle ce dernier sollicite des conseils juridiques licites » : *R. c. McClure*, 2001 CSC 14, [2001] 1 R.C.S. 445, par. 36. Le secret professionnel de l’avocat vise à faciliter l’administration de la justice en incitant les clients à parler librement à leur avocat, de manière à ce que celui-ci puisse les conseiller le mieux possible : *McClure*, par. 33.
4. Or, les communications entre un avocat et son client ne sont pas toutes privilégiées : voir *McClure*, par. 36. En effet, seules les communications faites « dans le but légitime d’obtenir une aide ou des conseils professionnels licites » le sont : *ibid.*, par. 37. Ainsi, le privilège n’existe pas lorsque les communications entre l’avocat et son client « sont de nature criminelle ou qu’elles visent à obtenir un avis juridique pour faciliter la perpétration d’un crime » : *R. c. Campbell*,[1999] 1 R.C.S. 565, par. 55. Comme la Cour l’a signalé dans l’arrêt *Descôteaux c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860, p. 881, citant l’arrêt *R. c. Cox and Railton* (1884), 14 Q.B.D. 153, p. 167, le secret professionnel de l’avocat ne s’applique pas à ces communications, parce que « [leur] confidentialité [. . .] ne pourrait que nuire aux intérêts de la justice et de son administration ». Dans ces conditions, les communications ne relèvent plus « de la portée ordinaire des secrets professionnels » entre un avocat et son client : il s’agit plutôt de communications entre deux complices ou entre un individu en train de planifier un crime et « une dupe » : *Campbell*, par. 55, citant *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821, p. 835-836. L’application du privilège à ce type de communications protègerait l’identité des personnes qui sollicitent des conseils juridiques dans le but de faciliter la perpétration d’un crime ou de comploter pour commettre un crime. Si le privilège du secret professionnel de l’avocat existait pour protéger de telles communications, [traduction] « il s’ensuivrait que l’individu qui a l’intention de commettre une trahison ou un meurtre pourrait en toute sécurité consulter un avocat dans le but d’avoir le loisir de le faire en toute impunité » : *Cox and Railton*,p. 165-166.
5. La règle relative au secret professionnel de l’avocat reconnaît donc que, dans certaines circonstances exceptionnelles — lorsque les communications entre l’avocat et son client sont d’ordre criminel ou que les conseils juridiques sont sollicités dans le but de faciliter la perpétration d’un crime —, le privilège n’existe pas parce qu’il nuirait aux intérêts de la justice, ce qui contreviendrait à sa raison d’être même. De même, le privilège relatif aux indicateurs de police n’existe pas lorsque le fait de l’octroyer compromettrait les raisons qui justifient son existence.
   * + 1. Les considérations de principe au sujet des effets paralysants
6. Échec au crime et X.Y. soutiennent que, si le privilège ne s’applique pas automatiquement aux dénonciations anonymes faites auprès d’Échec au crime, il en résultera un effet paralysant pour les citoyens qui fournissent des renseignements à cet organisme : m.a. (Échec au crime), par. 78. Pour eux, le privilège doit s’appliquer « dès que le téléphone sonne » chez Échec au crime, faute de quoi ses interlocuteurs qui sont mal informés au sujet des détails relatifs aux suspects ou aux faits ou qui déforment ou omettent délibérément certains détails pour se protéger eux-mêmes risquent de faire l’objet d’enquêtes de la part de la police ou de se voir infliger des sanctions pénales : *ibid.*, par. 74 et 78. À leur avis, ces risques dissuaderaient les citoyens de fournir des renseignements à Échec au crime.
7. En toute déférence, je ne partage pas leur appréhension. Dans le cas des dénonciations anonymes faites à Échec au crime, le privilège relatif aux indicateurs s’applique, sauf dans les cas où il est possible de démontrer que l’intéressé a téléphoné avec l’intention de faciliter une activité criminelle ou d’entraver l’administration de la justice. Il est difficile d’établir cette intention, qui requiert un élément moral exigeant et se caractérise par une grande culpabilité morale. Ceux qui téléphonent et qui sont des indicateurs de bonne foi n’ont aucune raison de craindre d’être exclus du champ d’application du privilège. D’ailleurs, dans la très grande majorité des cas, le privilège relatif aux indicateurs s’applique à la dénonciation faite auprès d’Échec au crime. Seules les personnes qui ont l’intention requise ont raison de craindre que le privilège ne s’applique pas à elles.
8. Qui plus est, le privilège relatif aux indicateurs ne s’applique pas de façon absolue. Comme je l’ai déjà expliqué, il souffre une exception, celle concernant la démonstration de l’innocence de l’accusé. Or, ceux qui téléphonent ne peuvent savoir si leur identité sera révélée par suite de l’application de cette exception, et il n’a pas été démontré que cela dissuade certaines personnes de fournir des renseignements à Échec au crime. En revanche, lorsqu’une personne téléphone avec l’intention de faciliter une activité criminelle ou d’entraver l’administration de la justice, le privilège relatif aux indicateurs ne s’applique pas, précisément pour cette raison — ce qui relève entièrement de la volonté de la personne concernée. Puisqu’il n’a pas été établi que l’exception relative à la démonstration de l’innocence de l’accusé dissuade ceux qui souhaitent fournir des renseignements à Échec au crime, je ne puis voir en quoi cette exclusion pourrait dissuader les indicateurs de bonne foi d’agir.
   * + 1. La question de savoir si le privilège relatif aux indicateurs s’applique est tranchée en fonction de la norme de la prépondérance des probabilités
9. Dans l’arrêt *Basi*, la Cour a affirmé que, « [l]orsqu’il se prononce sur l’existence du privilège, le juge doit être convaincu, selon la prépondérance des probabilités, que la personne en cause est effectivement un indicateur confidentiel » : par. 39. Dans des situations semblables à celle de la présente affaire, où le ministère public soutient que le privilège ne s’applique pas à une dénonciation faite auprès d’Échec au crime parce que l’individu qui a téléphoné a agi avec l’intention de faciliter une activité criminelle ou d’entraver l’administration de la justice, il incombe au ministère public de démontrer, selon la prépondérance des probabilités, que celui qui a téléphoné avait l’intention requise lorsqu’il a fait sa dénonciation, de sorte qu’il ne peut bénéficier du privilège.
10. En termes clairs, lorsque l’existence du privilège relatif aux indicateurs *est* établie et que la partie au litige cherche à invoquer l’exception relative à la démonstration de l’innocence de l’accusé, cette partie doit établir que la preuve est nécessaire pour démontrer l’innocence de l’accusé : *Leipert*, par. 21. Ce seuil exigeant est justifié parce que l’existence du privilège a été établie et que l’autre partie cherche à en restreindre l’application.
    * + 1. Application à la présente affaire
11. Le juge de première instance n’a pas commis d’erreur en concluant que le privilège ne s’appliquait pas à la dénonciation reçue par Échec au crime. Il a conclu à raison, selon la prépondérance des probabilités, que X.Y. avait fait la dénonciation, et ce, afin de détourner l’attention de l’enquête policière de sa personne. Cette conclusion était bien étayée par les éléments de preuve suivants, sur lesquels s’est fondé le juge de première instance :
12. La déclaration du dénonciateur selon laquelle les quatre hommes ont attendu près des lieux du crime pendant cinq à dix minutes après que M. Niazi eut été tué par balle n’était probablement pas vraie;
13. L’examen par la police des abords des lieux du crime était incompatible avec la déclaration du dénonciateur selon laquelle il avait vu quatre personnes de sexe masculin là-bas;
14. La police a vu X.Y. alors qu’il terminait un appel téléphonique fait depuis un téléphone public payant vers l’heure à laquelle l’appel à Échec au crime a pris fin;
15. Des similitudes importantes existaient entre les déclarations que X.Y. a faites à la police au sujet de la présence de trois personnes de sexe masculin sur les lieux du crime — déclarations dont il a plus tard admis qu’elles étaient fausses — et la description des quatre hommes donnée par le dénonciateur anonyme.
16. Eu égard à ces éléments de preuve, je ne vois aucune raison de modifier la conclusion du juge de première instance selon laquelle X.Y. était celui qui a téléphoné et qu’il l’a fait avec l’intention d’entraver l’administration de la justice. En conséquence, je confirmerais la décision du juge de première instance selon laquelle le privilège relatif aux indicateurs ne s’applique pas à la dénonciation.
    1. Quelle procédure le tribunal doit‑il suivre lorsque le ministère public conteste une revendication de privilège relatif aux indicateurs de police portant sur une dénonciation anonyme faite auprès d’Échec au crime?
17. La deuxième question à trancher concerne la procédure à suivre lorsque le ministère public conteste une revendication du privilège relatif aux indicateurs portant sur une dénonciation anonyme reçue par Échec au crime au motif que cette dénonciation a été faite avec l’intention de faciliter une activité criminelle ou d’entraver l’administration de la justice. Dans la présente affaire, le ministère public a soutenu qu’il n’existait aucun privilège parce que c’est X.Y. qui a fait l’appel à l’organisation Échec au crime, et ce, avec l’intention de détourner l’enquête de la police de sa personne. Dans d’autres cas, il se peut que ce soit la défense qui cherche à contester la revendication de privilège faite par le ministère public à l’égard d’une dénonciation anonyme[[2]](#footnote-2). Pour les besoins du présent pourvoi, j’ai l’intention de limiter mes commentaires à la procédure à suivre lorsque c’est le ministère public qui conteste le privilège.
    * 1. Instance à huis clos et *ex parte*
18. Lorsque le juge détermine si le privilège relatif aux indicateurs s’applique à une dénonciation anonyme faite auprès d’Échec au crime, il doit présumer que le privilège existe : *Basi*, par. 44; *Personne désignée*, par. 47. Ainsi que la Cour l’a expliqué dans l’arrêt *Basi*, « [n]ul en dehors du cercle du privilège [la police, le ministère public et la cour] ne peut accéder aux renseignements à l’égard desquels le privilège est revendiqué tant qu’un juge n’a pas déterminé que le privilège n’existe pas ou qu’une exception s’applique » : par. 44. En conséquence, lorsque le ministère public conteste la validité d’une revendication de privilège portant sur une dénonciation anonyme faite auprès d’Échec au crime, il incombe au tribunal de déterminer, dans le cadre d’une audience à huis clos, si le privilège existe effectivement : *Basi*, par. 38.
19. La présomption de l’existence d’un privilège signifie également que cette audience à huis clos pourrait probablement devoir se dérouler *ex parte* — c.‑à‑d. en l’absence de l’accusé et de son avocat — en vue de déterminer si le privilège relatif aux indicateurs s’applique à la dénonciation. Cependant, la Cour a bien signalé que les audiences *ex parte* soulèvent de sérieuses préoccupations sur le plan de l’équité procédurale, particulièrement dans le contexte de poursuites pénales : *Basi*, par. 52. Afin de protéger les intérêts de l’accusé, le juge devrait adopter

toutes les mesures raisonnables pour permettre aux avocats de la défense de présenter des observations utiles en ce qui concerne ce qui se passe en leur absence. Les juges de première instance jouissent d’un large pouvoir discrétionnaire pour concevoir la procédure appropriée à cet égard.

(*ibid.*, par. 55)

1. Dans l’arrêt *Basi*, par. 56-58, le juge Fish a énoncé les différentes mesures, résumées ci-après, que le juge de première instance souhaitera peut-être prendre au cours d’une audience *ex parte* qui se déroule à huis clos :
2. permettre à l’avocat de la défense de présenter des observations au sujet de la portée du privilège relatif aux indicateurs de police, par exemple sur la question de savoir qui peut être un indicateur confidentiel ayant droit au privilège;
3. inviter l’avocat de la défense à proposer au juge de première instance des questions à poser à tout témoin assigné à l’instance *ex parte*;
4. fournir à la défense une version expurgée ou résumée de certains éléments de preuve présentés *ex parte* — expurgée pour éliminer toute possibilité de révéler l’identité de l’indicateur;
5. dans les cas particulièrement difficiles, désigner un *amicus curiae* qui sera présent lors de l’audience *ex parte* en vue d’aider le tribunal à se prononcer sur la revendication de privilège.
   * 1. Le juge de première instance peut prendre connaissance du dossier relatif à une dénonciation anonyme reçue par Échec au crime
6. Lorsque le ministère public conteste une revendication de privilège à l’égard d’une dénonciation anonyme et que le juge de première instance décide de tenir une audience à huis clos pour juger de l’existence ou non du privilège relatif aux indicateurs, il faut savoir si le juge de première instance peut examiner ou non le dossier de la dénonciation anonyme. Échec au crime et X.Y. soutiennent que le juge de première instance ne peut examiner ce dossier que lorsque la preuve soulève une question liée à la démonstration de l’innocence de l’accusé. Selon eux, si le tribunal peut examiner le dossier de la dénonciation avant qu’il soit établi que l’innocence de l’accusé est en jeu, les citoyens seront dissuadés de fournir des informations à Échec au crime.
7. Je ne retiens pas cet argument. Le bon sens commande que le juge doive consulter le dossier de la dénonciation pour déterminer si le privilège existe. Cela va de soi, car la détermination de l’existence du privilège dépend, dans bien des cas, des propos que la personne a tenus lors de son appel téléphonique à Échec au crime et de la mesure dans laquelle ces propos indiquaient une intention de faciliter une activité criminelle ou d’entraver l’administration de la justice. Qui plus est, à titre de protecteur du privilège, le tribunal a l’obligation de préserver la confidentialité de l’indicateur. Je souligne que les juges examinent couramment la teneur des dénonciations faites par les indicateurs dans le contexte des autorisations visant des demandes de mandat de perquisition et d’écoute électronique, ainsi que des demandes de type *Garofoli*. En conséquence, à mon avis, l’examen du dossier de la dénonciation par le juge ne soulève aucune préoccupation liée au risque que cet examen compromette le privilège relatif aux indicateurs.
   * 1. Le juge de première instance peut demander une démonstration préliminaire avant de se prononcer sur l’existence du privilège relatif aux indicateurs de police
8. La présentation d’une requête par le ministère public en vue d’être autorisé à présenter des éléments de preuve relativement à une dénonciation anonyme faisant l’objet d’une revendication de privilège est susceptible de comporter des désavantages importants pour l’instruction du procès. Une demande de cette nature peut entraîner plusieurs types différents de préjudices. Peu importe le scénario envisagé, le temps et l’énergie que le tribunal consacre à déterminer si le privilège s’applique ou non à la dénonciation retarde et complique inévitablement le déroulement de l’instance. Il se peut également que l’identité de l’indicateur anonyme soit révélée malgré l’obligation du tribunal de protéger le privilège. À cet égard, il peut être difficile (et parfois impossible) de savoir quels détails parmi les renseignements fournis par l’indicateur anonyme sont susceptibles de révéler son identité (voir *The Law of Evidence*, p. 303; *Leipert*, par. 28) et jusqu’à quel point les garanties procédurales — semblables à celles qui ont été proposées dans l’arrêt *Basi* (voir par. 37 des présents motifs) — sont suffisantes pour tenir compte du risque. Ce risque est encore plus élevé lorsqu’on considère que la décision relative à l’existence du privilège relatif aux indicateurs est prise non pas en fonction de la norme applicable en matière criminelle, mais bien selon la norme moins rigoureuse de la prépondérance des probabilités.
9. Qui plus est, des préjudices moral et par raisonnement sérieux peuvent être causés si le ministère public soutient que l’accusé a fait la dénonciation avec l’intention d’entraver l’enquête policière. Ces préoccupations sont particulièrement sérieuses dans le cas d’un procès devant jury. S’il conclut que l’accusé a fait la dénonciation auprès d’Échec au crime pour détourner l’attention de lui-même, le jury peut avoir une opinion défavorable au sujet de la personnalité de l’accusé et se livrer à un raisonnement fondé sur la propension, ce qui est interdit : voir *R. c. Handy*, 2002 CSC 56, [2002] 2 R.C.S. 908, par. 31. De plus, la présentation en preuve de la dénonciation peut donner lieu à un préjudice par raisonnement. Une allégation selon laquelle l’accusé est l’auteur de l’appel téléphonique allonge inévitablement le procès et peut détourner l’attention du jury de l’infraction pour laquelle il est jugé : *ibid*.
10. Il se peut aussi que la valeur probante d’un tel élément de preuve soit faible. Dans certains cas, la preuve n’est pas vraiment pertinente au regard des principaux points en litige. À titre d’exemple, en l’espèce, X.Y. a admis qu’il avait été le seul responsable de la mort par balle. Il n’est donc pas nécessaire de présenter la preuve en cause pour établir l’identité du tireur qui ne sera pas en litige. De plus, cet élément de preuve pourrait ne pas être particulièrement utile pour démontrer qu’il était conscient du fait qu’il avait commis un acte coupable. X.Y. avait peut-être d’autres raisons de lancer les policiers sur une fausse piste dans leur enquête. En effet, lorsqu’une personne en a tué une autre en état de légitime défense, elle peut tenter de tromper la vigilance de la police par crainte d’être accusée de meurtre : voir *R. c. White*, [1998] 2 R.C.S. 72, par. 36; D. M. Paciocco, « Simply Complex : Applying the Law of “Post‑Offence Conduct” Evidence » (2016), 63 *Crim. L.Q.* 275. Un autre facteur pertinent est celui de savoir si le ministère public peut prouver ce qu’il avance à l’aide d’autres éléments de preuve moins préjudiciables : *Handy*, par. 83. Par exemple, dans la présente affaire, le ministère public peut présenter des éléments de preuve moins préjudiciables pour établir que X.Y. avait l’intention de détourner l’attention de l’enquête policière de lui-même, en produisant en preuve les déclarations que X.Y. avait faites à la police et dont il avait subséquemment admis qu’elles étaient fausses.
11. Bref, les requêtes de cette nature peuvent comporter des désavantages importants pour l’instruction du procès et la valeur probante des éléments de preuve en cause peut s’avérer négligeable. Compte tenu de ces réserves, avant qu’il ne se prononce sur l’existence du privilège relatif aux indicateurs, le juge de première instance peut logiquement exiger du ministère public qu’il présente, au cours d’une audience à huis clos, des observations et des éléments de preuve préliminaires au sujet de l’admissibilité de la preuve : *R. c. Cody*, 2017 CSC 31, [2017] 1 R.C.S. 659, par. 38; *R. c. Kutynec* (1991), 7 O.R. (3d) 277 (C.A.), p. 288-289; *R. c. Vukelich* (1996), 108 C.C.C. (3d) 193 (C.A. C.-B.). Le juge peut ainsi demander au ministère public de donner un aperçu de ses observations quant à l’inapplicabilité du privilège, de démontrer l’existence d’une possibilité réaliste que la valeur probante des éléments de preuve l’emporte sur leur effet préjudiciable, ou de faire les deux.
12. Dans le premier cas, le ministère public aurait à donner un aperçu des motifs pour lesquels il affirme que le privilège relatif aux indicateurs ne s’applique pas en présentant, par exemple, des observations au sujet des éléments de preuve qu’il compte soumettre pour établir l’identité de l’indicateur et l’intention de ce dernier de faciliter une activité criminelle ou d’entraver l’administration de la justice. Le juge peut décider qu’une audience n’est pas justifiée s’il conclut que la contestation repose sur des éléments de preuve faibles ou conjecturaux.
13. S’agissant du deuxième cas, le ministère public aurait à démontrer l’existence d’une possibilité réaliste que la valeur probante des éléments de preuve l’emporte sur leur effet préjudiciable[[3]](#footnote-3). Si le juge est convaincu qu’il n’y a aucune possibilité réaliste que la valeur probante des éléments de preuve proposés l’emporte sur leur effet préjudiciable — ce qui comprend le préjudice découlant de la prolongation du procès, ainsi que tout préjudice moral ou préjudice par raisonnement —, il doit exercer son pouvoir discrétionnaire en rejetant la contestation de la revendication de privilège.
14. Tant l’exposé sur l’inapplicabilité du privilège que la démonstration relative à l’existence d’une possibilité réaliste dont il a été question précédemment doivent vraisemblablement avoir lieu dans le cadre d’une audience *ex parte* et le juge peut envisager la possibilité de fournir à la défense une version expurgée ou résumée des observations ou de désigner un *amicus curiae*, ainsi que la Cour l’a suggéré dans l’arrêt *Basi*.
15. Par souci de clarté, je précise que je ne voudrais pas laisser entendre que, dans les situations semblables à celle de la présente affaire, il faille toujours, dans le cadre d’une audience à huis clos, entendre l’exposé d’un aperçu des observations quant à l’inapplicabilité du privilège ou la démonstration de l’existence d’une possibilité réaliste que la valeur probante des éléments de preuve l’emporte sur leur effet préjudiciable. Le juge de première instance conserve un large pouvoir discrétionnaire en ce qui concerne le déroulement de l’instance et l’on doit faire preuve d’une grande retenue à l’égard de toute décision raisonnable qu’il rend à ce sujet.
    * 1. Application à la présente affaire
16. Avant de me pencher sur la procédure qu’a suivie le juge de première instance en l’espèce, je tiens à formuler une observation au sujet de la conduite qu’a eue le ministère public en l’espèce. Avant que le juge de première instance ne prenne quelque décision que ce soit, le ministère public a communiqué à la défense la fiche de la dénonciation faite auprès d’Échec au crime et tous les renseignements pertinents qui se trouvaient en sa possession à ce sujet. À mon avis, il n’aurait pas dû le faire. Comme je l’ai déjà souligné, l’application du privilège relatif aux indicateurs ne relève pas du pouvoir discrétionnaire de la police, du ministère public ou encore des tribunaux. Les uns comme les autres sont liés par la règle applicable et doivent présumer que le privilège existe jusqu’à ce qu’un tribunal en décide autrement.
17. En ce qui concerne la procédure suivie en l’espèce, j’estime que le juge de première instance a examiné attentivement l’obligation du tribunal de protéger le privilège relatif aux indicateurs de police et qu’il a suivi une procédure raisonnable. Il a tenu une audience à huis clos pour déterminer si le privilège relatif aux indicateurs s’appliquait à la dénonciation faite auprès d’Échec au crime. Aucune audience *ex parte* n’étaitnécessaire en l’espèce, parce que le ministère public avait déjà communiqué la fiche de dénonciation à la défense, bien qu’à tort. Le juge de première instance a raisonnablement conclu qu’il pouvait examiner la teneur de la fiche pour juger de l’existence du privilège relatif aux indicateurs. Après avoir décidé que le privilège ne s’appliquait pas à la dénonciation faite auprès d’Échec au crime, il a repris l’audience devant toutes les parties et leurs avocats pour évaluer la valeur probante des éléments de preuve en regard de leur effet préjudiciable. Sa conclusion selon laquelle la valeur probante des éléments de preuve l’emportait sur leur effet préjudiciable n’est pas en litige dans le présent pourvoi.

V. Conclusion

1. Pour les motifs qui ont été exposés, je suis d’avis de rejeter le pourvoi.

*Pourvoi rejeté.*

Procureurs de l’appelante Durham Regional Crime Stoppers Inc. : Clay & Company, Victoria; Michelle E. Booth, Barrister and Solicitor, Toronto.

Procureurs de l’appelant X.Y. : Derstine Penman, Toronto.

Procureur de l’intimée : Procureur général de l’Ontario, Toronto.

Procureur de l’intervenant : Service des poursuites pénales du Canada, Toronto.

1. Nous ne sommes pas saisis de la question relative à un indicateur qui s’adonne à une activité criminelle pour contribuer à une enquête ou à une opération policière légitime : voir *R. c. Hiscock*, [1992] R.J.Q. 895 (C.A. Qc), p. 911-912. [↑](#footnote-ref-1)
2. Il pourrait en être ainsi lorsque la défense croit que le privilège ne s’applique pas à une dénonciation, parce que celle-ci a été faite par un témoin ou par un agent de police qui avait l’intention d’ainsi faciliter une activité criminelle ou d’entraver l’administration de la justice. [↑](#footnote-ref-2)
3. Cette évaluation est faite lorsque la preuve ne concerne pas directement l’infraction reprochée à l’accusé. Lorsque la preuve concerne directement les éléments constitutifs de l’infraction — par exemple, l’accusation d’entrave à la justice visée à l’art. 139 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C‑46—,il est indéniable qu’elle satisfera à ce critère, de sorte qu’une démonstration préliminaire de la valeur probante ne sera vraisemblablement pas nécessaire. [↑](#footnote-ref-3)