

L'énigmatique affaire *Jarvis*: la nouvelle «approche contextuelle» en matière réglementaire

Bernard Mandeville¹

1) Introduction

En 1978, quelques années avant l'adoption de la *Charte*, la Cour suprême du Canada confirmait l'existence de deux catégories d'infractions en droit pénal canadien: les infractions réglementaires et les infractions criminelles. Qualifiant alors les infractions de la première catégorie de «réglementaires», «statutaires» ou «contre le bien-être public», le juge Dickson concluait au nom de la Cour dans *R. c. Sault Ste-Marie*, [1978] 2 R.C.S. 1299 (p. 1303) que celles-ci «sont essentiellement de nature civile et pourraient fort bien être considérées comme une branche du droit administratif à laquelle les principes traditionnels du droit criminel ne s'appliquent que de façon limitée».

Quelques années plus tard, dans une autre affaire que l'on peut aussi considérer comme un grand classique en matière de droit pénal réglementaire, le juge Cory affirmait au sujet des catégories d'infractions en droit canadien (*R. c. Wholesale Travel Group inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154, 216):

[...] aujourd'hui, les actes prohibés sont généralement classés en deux catégories, les crimes et les infractions réglementaires.

1. Avocat général au Service fédéral des poursuites, Justice Canada. Les opinions exprimées dans ce texte sont celles de l'auteur et n'engagent pas le ministère de la Justice (Canada).

C'est en raison de l'objectif général des lois de nature réglementaire, fondamentalement différent de l'objectif poursuivi en droit criminel, que les infractions réglementaires sont depuis longtemps considérées comme une catégorie distincte des crimes proprement dits. Le juge Cory explique en ces termes le fondement de la distinction dans *Wholesale Travel Group* (précité, p. 218-219):

On estime depuis toujours qu'il existe une raison logique de faire une distinction entre les crimes et les infractions réglementaires. Des actes ou des actions sont criminels lorsqu'ils constituent une conduite qui, en soi, est si odieuse par rapport aux valeurs fondamentales de la société qu'elle devrait être complètement interdite. Le meurtre, l'agression sexuelle, la fraude, le vol qualifié et le vol sont si répugnants pour la société que l'on reconnaît universellement qu'il s'agit de crimes. Par ailleurs, une certaine conduite est interdite, non pas parce qu'elle est en soi répréhensible mais parce que l'absence de réglementation créerait des conditions dangereuses pour les membres de la société, surtout pour ceux qui sont particulièrement vulnérables.

Les lois de nature réglementaire ont pour objectif de protéger le public ou divers groupes importants le composant (les employés, les consommateurs et les automobilistes pour n'en nommer que quelques-uns) contre les effets potentiellement préjudiciables d'activités par ailleurs légales. La législation réglementaire implique que la protection des intérêts publics et sociaux passe avant celle des intérêts individuels et avant la dissuasion et la sanction d'actes comportant une faute morale. Alors que les infractions criminelles sont habituellement conçues afin de condamner et de punir une conduite antérieure répréhensible en soi, les mesures réglementaires visent généralement à prévenir un préjudice futur par l'application de normes minimales de conduite et de prudence.

L'intérêt de cette distinction n'est pas purement philosophique. En effet, il est maintenant fermement établi que la *Charte* doit être interprétée suivant une «approche contextuelle». En d'autres termes, l'étendue d'un droit garanti par la *Charte* peut varier en fonction du contexte dans lequel la revendication prend naissance. Dans *Wholesale Travel Group* par exemple, la Cour suprême a utilisé l'approche contextuelle pour interpréter la portée d'un droit garanti par la *Charte*, afin de tenir compte précisément de «la nature réglementaire de l'infraction et de sa présence au sein d'un régime plus global de dispositions visant à assurer le bien-être public» (*Wholesale Travel Group*, précité, juge Cory, p. 226). Il s'agissait en l'occurrence d'une infraction de publicité fausse ou trompeuse prévue dans la *Loi sur la concurrence*.

On peut ainsi dégager d'une longue série de décisions de la Cour suprême une règle d'interprétation claire et constante: les droits et libertés garanties par la *Charte* n'ont pas, dans un cadre réglementaire, nécessairement la même portée qu'en matière criminelle (soulignons notamment *Wholesale Travel Group*, précité; *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425; *R. c. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 627; *Comité paritaire c. Potash*, [1994] 2 R.C.S. 406; *R. c. Fitzpatrick*, [1995] 4 R.C.S. 154; *143471 Can. Inc. c. Québec (P.G.)*, [1994] 2 R.C.S. 339; *British Columbia Securities Commission c. Branch*, [1995] 2 R.C.S. 3; *R. c. Del Zotto*, [1999] 1 R.C.S. 3, la Cour adoptant à l'unanimité l'opinion dissidente du juge Strayer de la Cour d'appel fédérale, [1997] 3 C.F. 40).

Toutefois, même si cette règle d'interprétation constitutionnelle semble bien enracinée dans notre culture juridique, force est de constater qu'elle a donné lieu au cours des dernières années à un lourd contentieux en matière de droits et libertés, particulièrement en ce qui a trait à la portée des protections offertes par les articles 7 et 8 de la *Charte* face aux différents pouvoirs d'enquête prévus dans les nombreuses lois de nature réglementaire. De plus, compte tenu de la récente décision de la Cour suprême du Canada dans *R. c. Jarvis*, [2002] 3 R.C.S. 757, on peut se demander si la distinction que l'on a pu faire entre les deux catégories d'infractions (réglementaires ou criminelles) est encore d'une quelconque utilité quand il s'agit de déterminer la marge de manœuvre de l'État dans la détection de l'infraction réglementaire.

2) La problématique de l'affaire *Jarvis*

Cette décision de la Cour suprême est relative à une poursuite pour évasion fiscale en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu* du Canada (ci-après «la L.I.R.»). Une loi, faut-il le préciser, essentiellement réglementaire, qui prévoit à l'article 239 plusieurs infractions:

239. (1) Toute personne qui, selon le cas:

a) a fait des déclarations fausses ou trompeuses, ou a participé, consenti ou acquiescé à leur énonciation dans une déclaration, un certificat, un état ou une réponse produits, présentés ou faits en vertu de la présente loi ou de son règlement;

b) a, pour éluder le paiement d'un impôt établi par la présente loi, détruit, altéré, mutilé, caché les registres ou livres de comptes d'un contribuable ou en a disposé autrement;

c) a fait des inscriptions fausses ou trompeuses, ou a consenti ou acquiescé à leur accomplissement, ou a omis, ou a consenti ou acquiescé à l'omission d'inscrire un détail important dans les registres ou livres de comptes d'un contribuable;

d) a, volontairement, de quelque manière, éludé ou tenté d'éluder l'observation de la présente loi ou le paiement d'un impôt établi en vertu de cette loi;

e) a conspiré avec une personne pour commettre une infraction visée aux alinéas a) à d), commet une infraction et, en plus de toute autre pénalité prévue par ailleurs, encourt, sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire:

f) soit une amende de 50 % à 200 % de l'impôt que cette personne a tenté d'éluder;

g) soit à la fois l'amende prévue à l'alinéa f) et un emprisonnement d'au plus 2 ans.

Notons que toute personne accusée en vertu de l'article 239 peut, au choix du procureur général du Canada, être poursuivie par voie de mise en accusation conformément au paragraphe 239(2). Les peines prévues sont alors beaucoup plus sévères (100 % à 200 % de l'impôt éludé et un maximum de 5 ans de prison).

Les questions en litige ont été formulées comme suit par la Cour (*Jarvis*, par. 45):

[45] L'issue du présent pourvoi dépend de la réponse aux questions primordiales formulées au premier paragraphe des présents motifs. Existe-t-il une distinction entre une vérification et une enquête sous le régime de la L.I.R.? Où se situe la ligne de démarcation entre ces deux fonctions? Dans quelle mesure les contribuables visés par une enquête relative à des infractions à la L.I.R. sont-ils protégés par le principe interdisant l'auto-incrimination par application de l'art. 7 de la *Charte*? Y a-t-il violation de l'art. 8 lorsque des documents sont obtenus sous le couvert des «pouvoirs de vérification» conférés par la L.I.R. après le début d'une enquête criminelle?

Les pouvoirs qui étaient au cœur du litige dans cette affaire sont ceux prévus aux paragraphes 231.1(1) (inspection des livres et regis-

tres) et 231.2(1) (demande péremptoire de produire des renseignements et des documents) de la L.I.R. Soulignons que ces pouvoirs ne sont pas exclusifs à la L.I.R. En fait, la plupart des lois de type réglementaire contiennent des dispositions similaires, accordant aux fonctionnaires chargés de l'application et de l'exécution de la loi de vastes pouvoirs de vérification, d'inspection et de demande de production de documents. Tout comme la L.I.R., toutes ces lois, qui touchent des domaines aussi variés que la santé, l'environnement, le transport, l'immobilier, l'alimentation, la sécurité au travail et d'autres aspects de la vie moderne, contiennent aussi des dispositions à caractère pénal (infractions et sanctions), adoptées dans le but d'inciter le respect des obligations imposées par la loi et de préserver l'intégrité de l'ensemble du régime législatif.

Dans un jugement unanime, la Cour a clairement décidé qu'il doit exister une séparation entre les fonctions de vérification et d'enquête au sein de l'ADRC. Cette conclusion découle du constat, fait par la Cour, que bien qu'un contribuable et l'ADRC puissent avoir des intérêts opposés à l'étape de la vérification, ceux-ci se trouvent dans une «relation de nature contradictoire» fondamentalement différente lorsque l'ADRC exerce sa fonction d'enquête (par. 84):

[84] Le contribuable et l'ADRC ont des intérêts opposés à l'étape de la vérification, mais lorsque l'ADRC exerce sa fonction d'enquête, ils se trouvent dans une relation de nature contradictoire plus traditionnelle en raison du droit à la liberté qui est alors en jeu. Dans les présents motifs, c'est ce dernier type de relation que nous appelons la relation de nature contradictoire. Il s'ensuit qu'il doit exister une certaine séparation entre les fonctions de vérification et d'enquête au sein de l'ADRC.

Une vérification cesse d'être une vérification, selon la décision, lorsque l'ADRC s'engage dans un examen dont **l'objet prédominant** est d'établir la responsabilité pénale du contribuable. Dès lors, précise la Cour (par. 88), «les fonctionnaires de l'ADRC doivent renoncer à leur faculté d'utiliser les pouvoirs d'inspection et de demande péremptoire que leur confèrent les par. 231.1(1) et 231.2(1)». Cette conclusion s'applique non seulement à l'égard du contribuable sous enquête, mais aussi à l'égard des tiers (par. 96). Par voie de conséquence, les fonctionnaires ne peuvent plus inspecter ou examiner des documents, ni contraindre une personne à les produire, sauf sur obtention d'un mandat de perquisition autorisé par un juge. La Cour ajoute qu'il est toutefois possible de transférer aux enquêteurs les renseignements validement obtenus dans le cadre de l'exercice régulier d'une vérification en apportant une réserve importante: puisque

rien n'empêche l'ADRC de mener parallèlement et simultanément une vérification administrative et une enquête criminelle, les enquêteurs ne peuvent pas utiliser les documents obtenus conformément aux pouvoirs de vérification après le début de l'enquête.

Le raisonnement qui sous-tend ces conclusions repose en grande partie sur une analyse contextuelle des articles 7 et 8 de la *Charte* (par. 63 à 72). L'équilibrage des intérêts divergents du contribuable et de l'État, ainsi que l'analyse des valeurs en jeu ont mené la Cour à l'adoption d'un test à facteurs multiples afin de déterminer si, à la lumière de l'ensemble des circonstances, on peut conclure que l'ADRC et le contribuable se trouvent engagés dans une relation de nature contradictoire. En réalité, il s'agit essentiellement d'une grille d'analyse conçue pour permettre au tribunaux de déterminer si un examen a pour **objet prédominant** d'établir la responsabilité pénale du contribuable. Les facteurs d'analyse sont énoncés comme suit (par. 94):

[94] À cet égard, le juge de première instance examinera tous les facteurs, y compris les suivants:

- a) Les autorités avaient-elles des motifs raisonnables de porter des accusations? Semble-t-il, au vu du dossier, que l'on aurait pu prendre la décision de procéder à une enquête criminelle?
- b) L'ensemble de la conduite des autorités donnait-elle à croire que celles-ci procédaient à une enquête criminelle?
- c) Le vérificateur avait-il transféré son dossier et ses documents aux enquêteurs?
- d) La conduite du vérificateur donnait-elle à croire qu'il agissait en fait comme un mandataire des enquêteurs?
- e) Semble-t-il que les enquêteurs aient eu l'intention d'utiliser le vérificateur comme leur mandataire pour recueillir des éléments de preuve?
- f) La preuve recherchée est-elle pertinente quant à la responsabilité générale du contribuable ou, au contraire, uniquement quant à sa responsabilité pénale, comme dans le cas de la preuve de la *mens rea*?
- g) Existe-t-il d'autres circonstances ou facteurs susceptibles d'amener le juge de première instance à conclure que la vérification de la conformité à la loi était en réalité devenue une enquête criminelle?

La Cour a pris soin de préciser (par. 93) qu'à «l'exception de la décision claire de procéder à une enquête criminelle, aucun facteur n'est nécessairement déterminant en soi». Par ailleurs, consciente du fait que cette décision affectera inévitablement les enquêtes que l'État peut mener dans le cadre de l'application de l'ensemble des lois de nature réglementaire, la Cour ajoute (par. 94 *in fine*):

Il faut aussi souligner que le présent pourvoi concerne l'ADRC. Il se pourrait toutefois que d'autres ministères ou organismes gouvernementaux fédéraux ou provinciaux aient des structures organisationnelles différentes. Il pourrait alors être nécessaire, pour cette raison, d'appliquer certains facteurs, dont les facteurs qui précèdent, en tenant compte de leur contexte particulier.

On voit donc que cette décision aura un impact majeur dans toute la sphère du droit réglementaire, tant fédéral que provincial. C'est la capacité même de l'État de faire des enquêtes en cette matière qui doit être redéfinie en fonction de ces nouveaux paramètres.

3) Une nouvelle approche contextuelle

Le premier élément susceptible d'étonner le lecteur concerne l'interprétation des dispositions législatives en litige. Rappelons qu'aux articles 231.1 et 231.2 de la L.I.R., le Parlement a pris soin de préciser que les pouvoirs de vérification et de demande péremptoire peuvent être exercés par le ministre «pour l'application et l'exécution» ou, en anglais, «for any purpose related to the administration or enforcement» de la L.I.R. Hormis ces paramètres, il n'y a aucune autre restriction législative quant à la finalité des pouvoirs prévus à ces articles. Rien, à première vue, ne permettait donc de conclure que le législateur entendait exclure du champ d'application de ces dispositions les enquêtes que les fonctionnaires de l'ADRC peuvent mener relativement aux infractions prévues à l'article 239 de la L.I.R. Toutefois, la Cour a conclu autrement (par. 78):

[78] Comme ils le prévoient expressément, les par. 231.1(1) et 231.2(1) sont destinés à être utilisés «pour l'application et l'exécution» ou, en anglais, «for any purpose related to the administration or enforcement» de la L.I.R. Bien que ces expressions soient à première vue extrêmement générales, nous concluons en dernière analyse que, compte tenu de l'ensemble du contexte, elles n'incluent pas la poursuite des infractions prévues à l'art. 239.

Cette interprétation du texte de loi nous semble, à première vue, difficile à réconcilier avec les jugements antérieurs de la Cour qui

mettent en évidence la nécessité de prévoir des dispositions pénales au sein d'un régime réglementaire.

Il est incontestable qu'un régime réglementaire sans interdictions et sans pénalités serait totalement dénué de sens. Mais le fait que la loi prévoit des infractions et des peines n'en fait pas pour autant une loi à caractère criminel. Les infractions, de même que les peines prévues dans ce type de législation sont «intimement et rationnellement liées à la nature réglementaire de la Loi» (juge La Forest dans *Thomson Newspapers Ltd.*, précité, p. 515, à propos des peines d'emprisonnement prévues dans la loi sous étude). Comme le disait fort justement le juge en chef Lamer dans *R. c. Hydro-Québec*, [1997] 3 R.C.S. 213, 249 (au nom des juges Sopinka, Iacobucci et Major, dissidents quant à la question de savoir si la loi fédérale en litige relevait de la compétence législative du Parlement fédéral en matière de droit criminel):

La loi qui impose une interdiction et une peine n'est pas nécessairement de nature criminelle. En fait, il arrive souvent que les lois de nature réglementaire interdisent la violation de leurs dispositions ou de leurs règlements d'application et imposent des peines applicables en cas de violation. Une loi de nature réglementaire qui n'imposerait pas de telles interdictions et peines serait dénuée de sens. Cependant, comme le juge La Forest l'a lui-même reconnu dans l'arrêt *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425, aux pp. 508 à 517, et dans l'arrêt *R. c. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 627, à la p. 650, les peines prescrites dans un contexte de réglementation l'ont été pour des raisons «pragmatiques» ou «pratiques» et n'ont pas pour effet de transformer la loi en loi criminelle.

Plus encore, dans un jugement unanime fort important datant de 1999 (*Del Zotto*, précité, auquel la Cour réfère spécifiquement au par. 57 de l'arrêt *Jarvis*), la Cour suprême acceptait sans réserve l'opinion dissidente du juge Strayer, de la Cour d'appel fédérale, qui disait à propos des infractions et des peines prévues à l'article 239 de la L.I.R. (précité, p. 59):

Il ne s'agit pas d'une règle de droit criminel ordinaire, mais d'une règle de droit conçue pour garantir le respect des exigences d'auto-déclaration de la Loi de l'impôt sur le revenu, que le juge La Forest a qualifiée d'élément de ce qui est, en réalité, un régime de réglementation dans le passage de l'arrêt *Thomson* précité. Comme celui-ci l'a dit en parlant de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, pareille conduite «est rendue criminelle pour des raisons strictement pratiques». [nous soulignons]

Comment une disposition qualifiée dans un premier temps de «règle de droit conçue pour garantir le respect des exigences d'auto-déclaration de la *Loi de l'impôt sur le revenu*» peut-elle être exclue, dans un deuxième temps, du champ d'application d'un pouvoir d'enquête prévu spécifiquement «pour l'application et l'exécution» de cette même loi? La Cour ne répond pas directement à la question. C'est plutôt par une analyse comparative des dispositions en litige avec un autre article de la L.I.R. que la Cour en arrive à cette conclusion.

La Cour juge en effet très révélateur le fait que la L.I.R. prévoit spécifiquement, à l'article 231.3(1), un processus de requête *ex parte* en vue d'obtenir un mandat de perquisition permettant de chercher et saisir des choses qui peuvent constituer des éléments de preuve de la perpétration d'une infraction à cette loi. C'est essentiellement l'existence de cette disposition qui permet à la Cour d'interpréter les articles 231.1 et 231.2 de la L.I.R. de manière fort restrictive (par. 81):

Il est aussi utile et, selon nous, encore plus révélateur, de comparer le libellé des par. 231.1(1) et 231.2(1) à celui du par. 231.3(1), qui prévoit un processus de requête *ex parte* en vue d'obtenir un mandat de perquisition permettant de chercher «des documents ou choses qui peuvent constituer des éléments de preuve de la perpétration d'une infraction à la présente loi» (je souligne). L'existence d'une procédure d'autorisation préalable lorsque l'on soupçonne qu'une infraction a été commise crée une forte inférence selon laquelle il n'est pas possible d'exercer les pouvoirs distincts d'inspection et de demande péremptoire pour mener une enquête criminelle.

En toute déférence, on pourrait être porté à penser que l'existence d'un pouvoir de perquisition ne permettait pas de conclure que l'article 239 devait forcément être écarté du champ d'application des pouvoirs prévus aux paragraphes 231.1 et 231.2 de la L.I.R. En adoptant l'article 231.3, le Parlement ne voulait-il pas simplement permettre l'utilisation d'une technique d'enquête très intrusive, conforme aux exigences constitutionnelles de l'article 8 de la *Charte* et aux critères de l'arrêt *Hunter*? Si l'on retient cette hypothèse, il n'est pas étonnant que l'article 231.3 de la L.I.R. exige que l'exécution d'une perquisition soit préalablement autorisée par un juge et qu'elle repose sur l'existence, établie sous serment, de motifs raisonnables de croire à la perpétration d'une infraction, puisque des exigences moins rigoureuses auraient été contraires à la *Charte*! Cela étant, la question demeure entière: l'ADRC peut-elle aussi utiliser, en cours d'enquête, une autre forme de saisie moins intrusive qui serait conforme aux valeurs protégées par l'article 8 de la *Charte*? Force est

de constater que la Cour a répondu par la négative, en adoptant une approche différente de celle qui est traditionnellement utilisée en cette matière.

Rappelons que la Cour suprême a toujours interprété l'article 8 de la *Charte* en fonction de deux éléments fondamentaux: premièrement, ce sont les attentes raisonnables en matière de respect de la vie privée qui sont protégées par cette garantie constitutionnelle. Deuxièmement, la nature du mécanisme d'enquête utilisé et, surtout, son degré d'empiètement dans la vie privée du citoyen ont toujours été des éléments déterminants pour définir la portée de la protection de l'article 8 de la *Charte*.

En ce qui concerne ce deuxième critère, il importe de souligner que la Cour a mentionné à plusieurs occasions que certains pouvoirs portent plus atteinte à la vie privée du citoyen que d'autres. Par exemple, dans l'arrêt *Baron c. Canada*, [1993] 1 R.C.S. 416, portant sur la légalité de l'article 231.3 (dans sa forme antérieure) de la L.I.R., la Cour mentionne spécifiquement que (p. 445) «le pouvoir d'effectuer une perquisition dans un endroit porte plus atteinte à la vie privée d'un particulier que le simple pouvoir d'ordonner la production de documents». C'est la raison pour laquelle une loi octroyant le pouvoir d'exécuter une véritable perquisition doit respecter rigoureusement les exigences de l'arrêt *Hunter*, même dans le cadre d'un régime réglementaire (voir *Baron*, précité). Cela illustre parfaitement le principe énoncé par la Cour dans plusieurs décisions: plus le mécanisme utilisé par l'État sera intrusif, plus il est probable que les exigences de l'arrêt *Hunter* seront nécessaires (*143471 Canada inc.*, précité, p. 380):

De toute évidence, les perquisitions dans des propriétés privées sont beaucoup plus envahissantes qu'une demande de production de documents. Plus l'intrusion des auteurs de perquisitions dans les locaux d'une entreprise et des résidences privées est grande, plus on devrait accorder de l'importance aux dispositions de l'art. 8 de la *Charte*.

Dans l'arrêt *McKinlay* (précité), madame la juge Wilson avait déjà énoncé ce principe et souligné le caractère peu intrusif d'une demande de production de documents, dans le contexte de la L.I.R., par opposition à d'autres mécanismes d'enquête (p. 649):

Plus grande est l'atteinte aux droits à la vie privée des particuliers, plus il est probable que des garanties semblables à celles que l'on trouve dans l'arrêt *Hunter* seront nécessaires. Ainsi, le fait pour des agents du fisc de pénétrer dans la propriété d'un particulier pour y faire une per-

quisition et une saisie constitue une immixtion beaucoup plus grande que la simple demande de production de documents.

Plus loin, elle ajoute (pages 649-650):

À mon sens, le par. 231(3) [maintenant 231.2] prescrit la méthode la moins envahissante pour contrôler efficacement le respect de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Elle n'entraîne pas la visite du domicile ni des locaux commerciaux du contribuable, elle exige simplement la production de documents qui peuvent être utiles au dépôt des déclarations d'impôt sur le revenu.

Si la Cour avait choisi d'accorder plus d'importance à ce facteur, conjugué au fait que «dans le contexte particulier du régime fiscal d'autocotisation et d'autodéclaration, le droit d'un contribuable à la protection de sa vie privée à l'égard des registres qui peuvent être utiles au dépôt de sa déclaration de revenu est relativement faible» (*Jarvis*, par. 72), il est raisonnable de penser que la décision aurait pu être différente.

Mais cette analyse contextuelle de l'article 8 de la *Charte* n'a pas été suivie intégralement dans l'arrêt *Jarvis*. La Cour a plutôt utilisé une autre approche, pour incorporer à sa démarche analytique des concepts issus de l'article 7 de la *Charte* en matière d'auto-incrimination: l'existence d'une «relation contradictoire» (*R. c. Fitzpatrick*, précité) et la recherche d'un «objet prédominant» (*British Columbia Securities Commission c. Branch*, précité). L'analyse des valeurs en jeu pour les fins de l'article 8 a donc été incorporée à une démarche qui repose sur des concepts traditionnellement utilisés pour déterminer si, dans un contexte donné, la protection relative à l'auto-incrimination est effectivement déclenchée.

Traitant plus spécifiquement de l'article 7, la Cour mentionne (*Jarvis*, par. 96):

[96] Par contre, en ce qui concerne l'application de l'art. 7 de la *Charte*, lorsqu'un examen ou une question a pour objet prédominant d'établir la responsabilité pénale du contribuable, «toute la panoplie» des droits garantis par la *Charte* entrent en jeu pour le protéger. Il en résulte certaines conséquences. Premièrement, le contribuable ne peut être contraint de faire aucune nouvelle déclaration sous le régime de l'al. 231.1d) pour faire progresser l'enquête criminelle. De même, aucun document écrit ne peut être inspecté ni examiné, sauf sur obtention d'un mandat judiciaire sous le régime des art. 231.3 de la L.I.R. ou 487 du *Code criminel*, et ni le contribuable, ni les tiers ne peuvent être con-

traints à produire des documents aux fins de l'enquête criminelle. Les fonctionnaires de l'ADRC qui procèdent à un examen ayant pour objet prédominant d'établir la responsabilité pénale du contribuable ne peuvent exercer les pouvoirs de contrainte conférés par les par. 231.1(1) et 231.2(1).

Cette conclusion soulève plusieurs questions, si l'on considère que la Cour elle-même précise dans ses remarques préliminaires relatives à l'article 7 de la *Charte* que «[l]e principe de justice fondamentale applicable en l'espèce est celui interdisant l'auto-incrimination» (*Jarvis*, par. 67).

Rappelons que la Cour suprême a déjà décidé qu'en cette matière, il importe d'adopter une «approche pragmatique», en commençant par une «analyse concrète et contextuelle» de la situation afin de déterminer si l'application du principe interdisant l'auto-incrimination est «effectivement déclenchée» par les faits de l'espèce (*Fitzpatrick*, précité, p. 169). La Cour a aussi décidé que l'article 7 n'interdit pas en tout temps l'utilisation des renseignements que la loi oblige à donner et le droit qu'il protège n'est pas systématiquement violé à chaque fois que l'État cherche à se fonder sur des renseignements obtenus par des moyens coercitifs (voir *R. c. White*, [1999] 2 R.C.S. 417 et *Fitzpatrick*, précité). En définitive, «[l]a *Charte* n'a pas été conçue pour lier les mains de l'État réglementant» (*Fitzpatrick*, précité, p. 171).

Selon les décisions antérieures de la Cour suprême (*Fitzpatrick* et *White*, précités), les facteurs dont il faut tenir compte pour déterminer si la protection relative à l'auto-incrimination s'applique sont les suivants: 1) y a-t-il eu une **contrainte réelle** de la part de l'État dans l'obtention des documents? 2) y avait-il une **relation contradictoire** entre la personne et l'État au moment où les documents ont été créés?

Si la Cour avait choisi d'adopter cette approche pragmatique, il est raisonnable de penser qu'elle aurait pu faire la distinction entre d'une part, les communications faites à la suite d'une contrainte de l'État et, d'autre part, les documents qui renferment des communications faites avant cette contrainte et indépendamment de celle-ci, alors qu'il n'y avait aucune relation contradictoire entre le contribuable et l'État.

Rappelons que dans *Branch*, précité, la Cour avait dit à propos du droit au silence (p. 32):

Cependant, ce droit se rattache aux communications faites par suite de la contrainte exercée par l'État, mais non aux documents qui renferment des communications faites avant cette contrainte et de façon indépendante de celle-ci.

Puis, plus loin (p. 32-33):

Dans l'arrêt *Thomson Newspapers*, précité, le juge Sopinka illustre, en fonction du droit applicable à l'exécution de mandats de perquisition, cette distinction entre les communications faites par suite de contrainte exercée par l'État et les documents qui renferment des communications faites avant cette contrainte et de façon indépendante de celle-ci. Le juge Sopinka affirme, à la p. 608:

Il s'agit d'une distinction qui est faite presque quotidiennement à l'égard d'enquêtes policières. Bien que les suspects aient le droit de garder le silence, leurs documents peuvent être saisis au moyen d'un mandat de perquisition décerné en vertu du *Code criminel*. Ni le droit de garder le silence ni le privilège de ne pas s'incriminer ne sert à protéger contre la saisie de documents. Les exemples de la pratique courante qui consiste à admettre des éléments de preuve documentaire obtenus par voie de saisie abondent: voir, par exemple, *Morris c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 190, *R. v. Gaich* (1956), 24 C.R. 196 (C.A. Ont.), et *R. v. Hannam*, [1964] 2 C.C.C. 340 (C.A.N.-É.).

Nous ne connaissons aucun cas où on a laissé entendre que le droit de garder silence, reconnu en common law, qui protégeait les communications d'un suspect à la police, visait aussi les documents d'un suspect.

La Cour s'est toutefois abstenue de faire cette distinction en l'espèce. Par voie de conséquence, la protection relative à l'auto-incrimination s'étendrait donc, dorénavant, non seulement aux communications faites en raison d'une contrainte, mais aussi aux documents créés dans le cours ordinaire des affaires, en l'absence de toute forme de contrainte étatique, à un moment où il n'existait aucune forme de relation contradictoire entre le contribuable et l'État. En d'autres termes, la protection serait déclenchée par la simple existence d'une relation contradictoire au moment où l'État exerce ses pouvoirs coercitifs afin d'obliger la production d'un document créé avant cette contrainte, ou simplement pour y avoir accès. Fait inusité, la protection s'étendrait même aux documents en la possession d'un tiers (voir les par. 96 et 105), y compris ceux, par hypothèse, pour lesquels le contribuable sous enquête n'aurait d'aucune façon participé à leur création. À notre humble avis, dans la mesure évidemment

où notre lecture du jugement est juste, voilà un aspect de la décision qui mériterait d'être «revisité» et clarifié.

S'il est vrai que le droit au silence ne protège pas les documents d'un suspect (alors qu'ils peuvent avoir une portée testimoniale évidente), comment expliquer qu'un contribuable puisse bénéficier, dans le cadre d'une enquête tenue en vertu de la L.I.R., de la protection interdisant l'auto-incrimination en ce qui a trait à des chèques, aux livres et registres et aux autres documents créés avant toute forme de contrainte de l'État, y compris ceux en la possession des tiers? S'il est vrai que la protection relative à l'auto-incrimination n'offre aucune protection contre la saisie de documents, alors pourquoi référer spécifiquement à l'article 7 de la *Charte* pour conclure que les pouvoirs prévus aux articles 231.1 et 231.2 ne peuvent plus être utilisés pour inspecter et examiner des documents, ou encore en forcer la production? Et en quoi le fait d'obtenir un mandat de perquisition en vertu de l'article 487 du *Code criminel* (ou 231.3 de la L.I.R.) peut-il bonifier la démarche entreprise par l'État à l'égard du contribuable si, effectivement, c'est la protection relative à l'auto-incrimination qui est en jeu?

La référence explicite à l'article 7 de la *Charte* dans ce passage de la décision est plutôt énigmatique. Il nous semble que c'est uniquement si l'on tient pour acquis que les documents préexistants d'un contribuable ne sont pas protégés par le principe relatif à l'auto-incrimination que l'on peut accepter, au plan de la logique juridique, que l'État puisse saisir ces documents par voie de mandat de perquisition. Il en découle, dans ce contexte, que c'est essentiellement en fonction de l'article 8 que la légalité de l'intrusion de l'État dans la vie privée du contribuable doit être analysée, c'est-à-dire en analysant le caractère raisonnable de la «saisie» conformément aux valeurs en jeu pertinentes. Et si cette prémisse est exacte, il aurait donc été intéressant que la Cour pose explicitement la question de savoir s'il était raisonnable, au regard de l'article 8 de la *Charte*, de permettre à l'État de porter atteinte à la vie privée d'un contribuable (ou d'un tiers) en vertu des pouvoirs prévus aux articles 231.1 et 231.2 de la L.I.R. à des fins d'enquête pénale. À moins bien sûr de considérer que c'est exactement ce que la Cour a fait, implicitement, auquel cas il est évident que l'approche adoptée par celle-ci est d'un tout nouveau genre.

En conclusion, on peut affirmer que la composante objective de la protection de l'article 8 de la *Charte*, telle que définie dans l'arrêt *Hunter* et d'autres décisions de la Cour suprême au cours des dernières années, n'est plus le critère déterminant de l'approche contex-

tuelle. Dans la détermination de la portée du droit garanti à l'article 8, l'expectative raisonnable de vie privée est maintenant conjuguée à *l'objectif poursuivi par l'État* dans l'exercice de ses pouvoirs de vérification, d'inspection et d'enquête.

4) Comment l'État peut-il se conformer à l'arrêt *Jarvis*?

Le jour même où la décision fut rendue, il était clair que les fonctionnaires de l'ADRC ne pouvaient plus avoir recours aux pouvoirs prévus aux articles 231.1 et 231.2 de la L.I.R. pour établir la responsabilité pénale d'un contribuable sous enquête. Toutefois, si les effets immédiats ont été relativement faciles à identifier, les conséquences de cette décision sont nombreuses et nécessiteront une réorganisation des opérations difficile à mesurer et à mettre en place rapidement.

Le principal défi qui se pose à l'administration gouvernementale consiste à organiser le travail de vérificateurs et de ses inspecteurs – chargés de l'exécution civile ou administrative de la loi réglementaire – de manière à respecter la norme imposée par la Cour dans *Jarvis*. En d'autres termes, il faut structurer et organiser l'intervention de l'État pour lui permettre d'assurer l'intégrité du régime réglementaire mis en place, tout en évitant les dérapages qui feraient basculer l'inspection ou la vérification dans la sphère de l'enquête pénale.

Si la norme de l'«objet prédominant» est facile à conceptualiser, elle est toutefois plus difficile à identifier et à reconnaître dans les faits. N'oublions pas que les fonctionnaires agissent très souvent dans le feu de l'action sans généralement avoir une expertise juridique pointue.

Les facteurs énoncés par la Cour ne sont ni exhaustifs, ni déterminants. Cette souplesse peut être vue comme un avantage, mais cela comporte un inconvénient majeur pour toute organisation gouvernementale chargée de l'application et de l'exécution d'une loi de nature réglementaire qui prévoit des infractions et des peines. L'analyse *a posteriori* est généralement plus facile à effectuer qu'au moment où les événements litigieux surviennent.

Comment un vérificateur doit-il se comporter lorsque dans le cadre normal de son travail, il relève peu à peu des irrégularités qui pourront éventuellement faire naître des soupçons et même, le cas échéant, constituer des motifs raisonnables de croire qu'une infrac-

tion a été commise? Cette zone de risque, inhérente à ce processus évolutif, ne sera pas facile à gérer afin d'éviter qu'on en vienne à considérer que la vérification était une enquête *de facto*.

Ce problème n'est évidemment pas limité à la *Loi de l'impôt*. Et bien qu'il soit difficile de donner tous les cas de figure qui relèvent de cette problématique, il est clair que tous les régimes réglementaires sont susceptibles d'être touchés. Imaginons qu'une inspection est amorcée de manière routinière dans le cadre de l'application d'une loi réglementaire qui prévoit notamment des peines importantes en cas d'infraction. Parfois, cette inspection peut être motivée par la réception d'une plainte ou d'une information, anonyme ou pas, faisant état d'un manquement aux exigences de la loi. Elle peut aussi survenir à l'occasion d'un événement particulier, comme le décès d'un ouvrier sur les lieux de son travail ou lors d'un déversement de produits toxiques dans l'environnement. Cette inspection suppose généralement la visite des lieux et, selon les circonstances, l'examen du bâtiment, de la machinerie, des livres et registres, de même que la prise de copies ou encore le prélèvement d'échantillons. Parfois, une demande de production de documents peut être formulée conformément à la loi. À l'instar de la vérification fiscale, l'exercice de ces pouvoirs peut permettre au fonctionnaire chargé de l'application de la loi de découvrir des irrégularités qui constituent des indices qu'une infraction a été commise. Jusqu'où cet inspecteur peut-il aller? Où doit-il s'arrêter?

Cela est d'autant plus difficile que les constatations factuelles qui relèvent de la vérification ou de l'inspection ne se trouvent pour ainsi dire jamais dans un registre distinct de l'enquête pénale. En fait, l'*actus reus* de l'infraction constitue généralement aussi la matière pertinente à l'inspection. En d'autres termes, les faits matériels sont généralement communs à l'inspection administrative et à l'enquête portant sur la responsabilité pénale. Il est d'ailleurs révélateur que la Cour ait retenu comme facteur significatif, afin d'établir si l'objet prédominant consiste à mener une enquête à l'égard du contribuable, le fait que la preuve recherchée ait trait «uniquement à sa responsabilité pénale, comme dans le cas de la preuve de la *mens rea*» (par. 94).

Le problème n'est toutefois pas aussi facile à régler: la *mens rea* découle ou s'infère souvent des faits matériels. De plus, la plupart des infractions réglementaires sont de responsabilité stricte, où la *mens rea* n'est pas un enjeu; il sera donc difficile, voire impossible, de tracer la frontière en vertu de ce facteur quant à cette catégorie d'infractions.

Il appert des quelques jugements rendus après la décision de la Cour suprême dans *Jarvis* que le facteur le plus significatif est l'existence de motifs raisonnables (voir notamment *R. c. Bjellebo*, [2003] O.J. No. 3946 (Ont. C.A.); *R. c. Wilder*, 2003 BCSC 859 (Addendum to Ruling No. 3); *R. c. Dial Drug Stores*, [2003] O.J. No. 754 (Ont. Sup. Ct. Jus.)). La difficulté que pose cette norme – définie aussi comme la «probabilité fondée sur la crédibilité» – est qu'elle a toujours été utilisée comme une exigence préalable, généralement soumise à l'appréciation judiciaire, pour faire quelque chose, c'est-à-dire pour justifier le recours à une technique d'enquête qui porte atteinte à la vie privée. Or ici, l'existence de motifs raisonnables devient pour les fonctionnaires de l'État une limite à ne pas franchir, un obstacle à l'utilisation de certains pouvoirs.

Le meilleur conseil que l'on puisse donner à un inspecteur à ce moment-ci est probablement le suivant: faites votre travail avec honnêteté, conformément aux objectifs réglementaires, afin de veiller au respect des exigences de la loi.

