

CE QUE DIT ET NE DIT PAS L'ARRÊT JARVIS : PROPOSITION D'UN CADRE D'ANALYSE

Vincent Anglehart¹

Diverses lois octroient aux agents des organismes publics des pouvoirs contraignants qu'ils peuvent exercer à l'encontre des administrés dans le cadre de leurs vérifications administratives ou, parfois, de leurs enquêtes pénales. Bien qu'il fût rendu il y a plus de vingt ans, l'arrêt R c Jarvis, 2002 CSC 73, qui traite des limites imposées par la Charte canadienne des droits et libertés à l'utilisation de ces pouvoirs, est toujours une source de débats. La Cour établit clairement dans Jarvis qu'il importe d'établir une ligne de démarcation, pour l'application de la Charte, entre les fonctions administratives et les fonctions pénales des organismes publics. Or, en raison des signaux contradictoires transmis par la Cour dans cet arrêt, la problématique de l'impact exact du franchissement de cette ligne de démarcation sur les droits constitutionnels de l'administré n'est pas pleinement résolue. Cela entraîne naturellement des difficultés pratiques pour les agents des organismes publics. C'est à cette problématique que s'attaque la présente contribution. Bâtissant sur la jurisprudence postérieure à Jarvis, l'auteur propose dans cet article un cadre d'analyse permettant de juger de la constitutionnalité de l'utilisation, par un organisme public, de pouvoirs contraignants à l'égard d'un administré. Ce cadre d'analyse, en plus de pouvoir être appliqué à des régimes autres que celui dont il est question dans Jarvis (régime fiscal fédéral), permet d'éviter de restreindre les pouvoirs des organismes publics lorsque cela n'est pas justifié par des intérêts contraires plus pressants.

Various laws grant public bodies binding powers that can be used against citizens in administrative audits or, at times, criminal investigations. Although it was handed down more than 20 years ago, R. v. Jarvis, 2002 SCC 73, which addresses the limitations imposed by the Canadian Charter of Rights and Freedoms on the use of these powers, is still a source of debate to this day. In Jarvis, the court clearly establishes that if the Charter is to be enforced, a line must be drawn between the administrative and penal functions of public bodies. However, due to the Court's mixed signals in this decision, the issue of the real impact of crossing the line when it comes to citizens' constitutional rights has not been fully resolved. Naturally, this causes practical difficulties for officers of public bodies. This article is a new contribution to the debate. Building on post Jarvis case law, this article

¹ Avocat et doctorant en droit à l'Université Laval et à l'Université Toulouse 1 Capitole. L'auteur remercie le professeur Alexandre Stylios, ainsi que les deux évaluateurs anonymes, pour leurs précieux commentaires sur les versions antérieures de cet article.

suggests an analytical framework that would make it easier to rule on the constitutionality of a public body's use of binding powers on a citizen. In addition to being applicable to systems other than the one involved in Jarvis (the federal tax system), this analytical framework avoids restricting the powers of public bodies when such a restriction is not justified by more pressing conflicting interests.

Table des matières

Introduction	574
I. Les problématiques soulevées par l'arrêt <i>Jarvis</i>	579
i) L'approche contextuelle dans l'application des droits garantis par la <i>Charte</i>	579
ii) Le franchissement du « Rubicon » comme seul indicateur du respect des garanties constitutionnelles	585
II. La jurisprudence postérieure à l'arrêt <i>Jarvis</i>	590
III. Le cadre d'analyse proposé	600
Conclusion	609

Introduction

Près de vingt ans après sa publication, l'arrêt *Jarvis*² est toujours une source de débats, tant en théorie qu'en pratique³. Considérant l'importance des problématiques y étant abordées, il est peu surprenant que l'arrêt ait retenu (et retienne toujours) l'attention en jurisprudence. Un tel traitement ne lui a toutefois pas été réservé en doctrine, où les études poussées à son sujet sont moins nombreuses que ce qui aurait pu être anticipé⁴ et ont

² *R c Jarvis*, 2002 CSC 73 [*Jarvis*].

³ Nous avons récemment eu l'opportunité d'en faire l'expérience lors de l'événement « Panel de discussion : perspectives et débat sur l'arrêt *Jarvis* », tenu le 6 juin 2023 à l'Université Laval. L'auteur tient à remercier ses co-panélistes, Me Claude Bolduc, Me Jérôme Lorre-Déjoie, Me Olivier Cournoyer Boutin et Me Jean-Nicolas Wilkins, ainsi que Me Nathaly Marcoux qui a animé ce panel, pour les échanges riches intervenus tant lors du panel que dans le cadre de sa préparation. Ces échanges ont sans contredit alimenté et fait évoluer nos réflexions au sujet de l'interprétation et de l'application de l'arrêt *Jarvis*.

⁴ Pour les principales études doctrinales s'intéressant à l'arrêt *Jarvis*, voir Olivier Cournoyer Boutin, Caroline Le Breton-Prévoist, Pascal Lévesque et Lorencita Pinto Borrego, « Les différents types d'enquêtes en matière d'intégrité publique : caractéristiques et distinctions. Vingt ans après l'arrêt *Jarvis*, un pouvoir d'assignation propre à une enquête administrative peut-il finalement être utilisé dans le cadre d'une enquête pénale? » dans Service de la qualité de la profession du Barreau du Québec, *Développements*

généralement porté sur des questions précises. Ce dernier point peut expliquer la persistance de certaines difficultés associées à l'application de cette décision, ces dernières ayant reçu moins d'attention. Le présent article vise à remédier à certains de ces problèmes en proposant un cadre d'analyse permettant de juger de la constitutionnalité de l'utilisation, par un organisme public, de pouvoirs contraignants à l'égard d'un administré.

L'arrêt *Jarvis* soulève la délicate question de l'équilibre à établir entre les pouvoirs de vérification et d'enquête de l'État et les droits individuels des citoyens. Il est largement reconnu que pour remplir les importantes missions de régulation leur étant confiées, les organismes publics doivent disposer de pouvoirs contraignants leur permettant de procéder à des vérifications au sujet des activités des administrés⁵. Ils doivent notamment disposer de la possibilité de contraindre des individus à fournir des informations, que ce soit sous forme de documents ou de témoignages, sans toujours devoir—ou même être en mesure de—demander une autorisation judiciaire préalable. Toutefois, en raison des comportements qu'ils sont susceptibles de découvrir et des dispositions pénales contenues dans les régimes qu'ils administrent, les vérifications de ces organismes peuvent devenir des enquêtes susceptibles de mener à des poursuites criminelles ou pénales. Or, ce contexte pénal a un impact sur le degré de protection offert par la *Charte canadienne des droits et libertés* (ci-après « *Charte* »)⁶. Plus précisément, les rôles joués par le principe interdisant

récents en matière d'intégrité publique (2023), vol 529, Montréal, Yvon Blais, 2023, 61 [Cournoyer Boutin, Le Breton-Prévost, Lévesque et Pinto Borrego]; Steven Penney, « The Reasonableness of Regulatory Searches: Saying Goodbye to the Criminal-Regulatory Binary » (2021) 26 Can Crim L Rev 77 [Penney]; Jean Groleau, Michel Dansereau et Gilles Villeneuve, « Dix ans après l'arrêt *Jarvis* : où en sommes-nous? » (2012) 32:4 R planification fiscale & financière 677; Gilles Villeneuve, « Comprendre l'arrêt *Jarvis* : Le parcours jurisprudentiel d'une décision obscure » (2012) 32:4 R planification fiscale & financière 733 [Villeneuve]; Christopher Sherrin, « Distinguishing Charter Rights in Criminal and Regulatory Investigations: What's the Purpose of Analyzing Purpose? » (2010) 48:1 Alta L Rev 93 [Sherrin]; Jeffrey S Clarke, « R. v. *Jarvis* and Corporations » (2008) 54:2 Crim LQ 167; Lisa M Austin, « Information Sharing and the 'Reasonable' Ambiguities of Section 8 of the Charter » (2007) 57:2 UTLJ 499 [Austin]; Chris Sprysak, « Life after *Jarvis*—Just How Much Help Must You "Voluntarily" Give the Canada Revenue Agency? » (2006) 43:3 Alta L Rev 713 [Sprysak]; Robert Frater, « Should the Left Hand Get What the Right Hand's Got? Government Information Sharing, Criminal Investigation, and Privacy Rights » (2003) 20:1 SCLR (2d) 197; James Sprague, « Good Cop/Bad Cop: Charter Rights Against Self-Incrimination and Unreasonable Search and Seizure in the Context of Investigations in Support of a Regulatory Scheme » (2003) 16 Can J Admin L & Prac 161 [Sprague].

⁵ *Thomson Newspapers Ltd c Canada (Directeur des enquêtes et recherches, commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 RCS 425 aux pp 534–35 [Thomson Newspapers].

⁶ *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R-U), 1982, c 11 [Charte].

l'auto-incrimination, principe de justice fondamentale au sens de l'article 7 de la *Charte*, et par la protection contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives, prévue par l'article 8 de la *Charte*, sont susceptibles d'être plus importants dans un tel contexte. Se posent alors la question de la distinction entre la « vérification administrative » et l'« enquête pénale », et celle des conséquences du passage d'un contexte relevant du droit administratif à un autre relevant du droit pénal, sur les exigences posées par la *Charte* et sur la possibilité d'utiliser les pouvoirs de contrainte octroyés par la loi. C'est à ces questions fondamentales que la Cour suprême s'attaquait dans l'arrêt *Jarvis*, dans le cadre de l'application de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (ci-après « LIR »)⁷.

Rappelons brièvement les faits. M. Jarvis est un agriculteur dont la conjointe, une artiste peintre vivant de son art, décède en 1990. Quelques années plus tard, l'Agence du revenu du Canada (ci-après « ARC ») reçoit une lettre d'un dénonciateur anonyme prétendant que Jarvis aurait omis de déclarer la vente d'œuvres d'art de son épouse aux fins du calcul de l'impôt. L'ARC entreprend donc une vérification fiscale visant Jarvis⁸. La vérificatrice assignée au dossier obtient divers livres et registres de galeries d'art, du comptable de Jarvis et de Jarvis lui-même, en plus d'obtenir des déclarations de ce dernier, le tout pour corroborer les dires du dénonciateur anonyme. À aucun moment Jarvis n'est mis en garde au sujet de ses droits constitutionnels. Une rencontre est finalement organisée entre ce dernier et la vérificatrice pour qu'elle puisse examiner ses registres. Jarvis répond aux questions de la vérificatrice et fournit des renseignements bancaires et autres documents. À la suite de cette rencontre, la vérificatrice conclut qu'il a omis de déclarer des revenus importants⁹. Elle transfère le résultat de sa vérification à la section des enquêtes de l'ARC, afin de déterminer s'il y a lieu d'engager des poursuites pour fraude fiscale¹⁰. Les enquêteurs obtiennent un mandat de perquisition, visant notamment Jarvis et son comptable. Ils se servent également des pouvoirs de contrainte prévus dans la LIR pour obtenir des renseignements additionnels de la part d'institutions financières¹¹. Au bout de cette enquête, Jarvis est accusé de fraude fiscale. En défense, il soulève que l'admission en preuve de déclarations et de documents obtenus par la contrainte porterait atteinte à ses droits protégés par les articles 7 et 8 de la *Charte*¹².

La Cour estime que pour répondre à cet argument, il y a lieu de se poser deux questions. D'abord, il faut déterminer où se situe la ligne

⁷ LRC 1985, c 1 (5^e supp) [LIR].

⁸ *Jarvis*, *supra* note 2 aux para 4–8.

⁹ *Ibid* aux para 8–21.

¹⁰ *Ibid* au para 22.

¹¹ *Ibid* aux para 33–34.

¹² *Ibid* au para 35.

de démarcation entre une vérification administrative et une enquête pénale. À cette question, la Cour répond qu'un examen sera une enquête, plutôt qu'une vérification, lorsqu'il a pour objet prédominant d'établir la responsabilité pénale du contribuable¹³. La Cour établit une liste de sept facteurs permettant de déterminer si l'objet prédominant de l'examen est effectivement d'établir la responsabilité pénale du contribuable¹⁴. Si c'est le cas, l'agent de l'ARC a, selon l'expression de la Cour, « franchi le Rubicon » et il mène dorénavant une enquête pénale¹⁵. Cette formule est utilisée en raison des conséquences juridiques importantes découlant de ce changement de l'objet de l'examen, qui « crée [une] relation contradictoire entre le contribuable et l'État »¹⁶. C'est ce qui nous mène à la seconde question tranchée par la Cour, soit celle de l'impact du franchissement de cette ligne de démarcation entre vérification et enquête sur l'utilisation des pouvoirs de contrainte prévus par la LIR et, plus généralement, sur l'application du principe interdisant l'auto-incrimination et sur la protection contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives. La Cour conclut que l'impact est non négligeable : à partir de ce moment, les fonctionnaires de l'ARC doivent renoncer à l'utilisation des pouvoirs de contrainte prévus par la LIR, sans quoi ils porteront atteinte aux droits constitutionnels du contribuable¹⁷. Ainsi, s'ils désirent pénétrer dans des lieux ou forcer la production de documents ou de témoignages, ils devront préalablement s'adresser au tribunal pour en obtenir l'autorisation.

Dans le dossier de M. Jarvis, la Cour estime que c'est au moment du transfert du dossier à la section des enquêtes que la vérification est devenue une enquête¹⁸. Les conséquences juridiques sont les suivantes : toute la preuve récoltée par la vérificatrice avant ce moment l'a été dans le respect des droits fondamentaux de Jarvis. De ce fait, elle peut être utilisée dans le cadre de la poursuite pour fraude fiscale. Toutefois, selon la Cour, l'utilisation des pouvoirs de contrainte prévus dans la LIR, par les enquêteurs (lors de l'enquête de nature pénale), en vue d'obtenir des renseignements bancaires de la part d'institutions financières a porté atteinte à l'article 7 de la *Charte*, qui protège notamment contre l'auto-incrimination. Cette preuve doit être exclue¹⁹.

Malheureusement, ce n'est pas qu'en raison de l'importance des questions tranchées que l'arrêt *Jarvis* suscite encore des débats vingt et un ans plus tard. La problématique de l'impact précis du franchissement de la

¹³ *Ibid* aux para 2, 84, 88.

¹⁴ *Ibid* au para 94.

¹⁵ *Ibid* au para 88.

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ *Ibid* au para 96.

¹⁸ *Ibid* au para 104.

¹⁹ *Ibid* aux para 104–105.

ligne de démarcation entre l'administratif et le pénal sur l'application de la *Charte*, et sur l'utilisation de pouvoirs de contrainte par des organismes publics (autres que l'ARC), n'est pas pleinement résolue. Cela découle à notre avis des signaux contradictoires transmis par la Cour dans cet arrêt. D'un côté, la Cour écarte tout doute quant à la nécessité d'adopter une approche contextuelle dans l'interprétation et l'application de la *Charte*, prenant notamment en considération la nécessité de ne pas paralyser l'État dans ses activités d'enquête. De l'autre côté, elle n'utilise pas une telle approche lorsque vient le temps de trancher le litige opposant M. Jarvis à l'ARC. Elle adopte plutôt une approche stricte, qui risque de nuire indûment à la capacité d'enquête des organismes publics. Ainsi, le résultat obtenu dans l'arrêt *Jarvis*, s'il est interprété trop strictement, va à l'encontre de l'esprit même de cet arrêt.

L'objectif du présent article est d'établir un cadre d'analyse plus complet pouvant être utilisé par les agents des organismes publics lorsqu'il s'agit de déterminer si l'exercice d'un pouvoir de contrainte prévu dans leurs attributions (p. ex. : obtention d'une déclaration par la contrainte, exécution d'une saisie sans mandat, etc.) portera atteinte aux droits conférés par la *Charte* à l'administré visé. Notre réflexion est divisée en trois parties. Dans la première partie, nous revenons sur les problématiques soulevées par l'arrêt *Jarvis*. Cette étape préalable nous permettra de soutenir que cette décision ne doit pas être interprétée comme traçant une ligne stricte, aux fins d'application de la *Charte*, entre les vérifications administratives et les enquêtes pénales, où tout exercice de contrainte lors d'une enquête de nature pénale porterait atteinte aux articles 7 et 8 de la *Charte*. En effet, une telle interprétation est contraire à l'approche contextuelle mise de l'avant dans *Jarvis*. Dans la seconde partie, nous étudions la jurisprudence postérieure à *Jarvis*. Cet examen nous permettra de démontrer comment il est possible de remédier aux problématiques posées par cette décision, en revenant à l'approche contextuelle dans l'interprétation et l'application de la *Charte*. Dans la troisième partie, bâtissant sur cette jurisprudence, nous proposons un cadre d'analyse conforme à l'esprit de *Jarvis*, où la question décisive—la conduite de l'agent de l'organisme public a-t-elle porté atteinte aux droits constitutionnels de l'administré?—n'est jamais perdue de vue. Dans ce cadre d'analyse, nous octroyons un rôle préliminaire, mais non déterminant, à l'identification de l'objet prédominant de l'examen et à l'analyse du régime législatif en place. Cela permettra de s'assurer que l'analyse demeure contextuelle. Le cadre d'analyse proposé, en plus de pouvoir être appliqué à des régimes autres que celui prévu par la LIR, permet d'éviter de restreindre les pouvoirs des organismes publics lorsque cela n'est pas justifié par des intérêts contraires plus pressants.

I. Les problématiques soulevées par l'arrêt *Jarvis*

Comme mentionné précédemment, une partie des difficultés causées par l'arrêt *Jarvis* découle, à notre avis, des signaux contradictoires envoyés par la Cour suprême dans ses motifs. D'une part, s'inscrivant en droite ligne de sa jurisprudence antérieure²⁰, la Cour se prononce en faveur d'une approche contextuelle dans l'application des droits garantis par la *Charte*, prenant notamment en considération la nécessité de ne pas paralyser l'État dans ses activités d'enquête (i). D'autre part, lorsque vient le temps de déterminer l'existence, ou non, d'une atteinte à la *Charte* dans le cas précis de M. Jarvis, la Cour ne se livre pas expressément à l'analyse contextuelle attendue (ii). Elle s'intéresse plutôt à un seul élément du contexte, le caractère administratif ou pénal de l'examen mené, et lui accorde, ce faisant, un rôle décisif. En d'autres termes, il nous semble à première vue que l'esprit de cet arrêt ne concorde pas avec l'analyse qui est menée en bout de piste. C'est ce à quoi nous nous intéressons dans cette première partie.

i) L'approche contextuelle dans l'application des droits garantis par la *Charte*

D'importants passages de l'arrêt *Jarvis* sont consacrés à l'approche devant être adoptée lorsqu'il est question d'interpréter et d'appliquer la *Charte*. Se fondant sur une jurisprudence constante, la Cour souligne qu'il est « solidement établi que la *Charte* doit être interprétée suivant une approche contextuelle »²¹. Cela est vrai tant pour le principe interdisant l'auto-incrimination, protégé par l'article 7, que pour la protection contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives, prévue à l'article 8, les deux protections en jeu dans cet arrêt.

S'agissant du principe interdisant l'auto-incrimination, signifiant qu'« un particulier ne doit pas être obligé par l'État de promouvoir une fin susceptible de causer sa propre défaite »²², la Cour souligne qu'il n'est pas absolu. Référant à ce sujet aux arrêts *Fitzpatrick*²³ et *White*²⁴, elle précise que « [l]e tribunal doit adopter une "approche pragmatique" en

²⁰ *R c White*, [1999] 2 RCS 417 [*White*]; *R c Fitzpatrick*, [1995] 4 RCS 154 [*Fitzpatrick*]; *British Columbia Securities Commission c Branch*, [1995] 2 RCS 3 [*Branch*]; *R c S (RJ)*, [1995] 1 RCS 451 [*S (RJ)*]; *Comité paritaire de l'industrie de la chemise c Potash*; *Comité paritaire de l'industrie de la chemise c Sélection Milton*, [1994] 2 RCS 406; *R c Plant*, [1993] 3 RCS 281 [*Plant*]; *R c McKinlay Transport Ltd*, [1990] 1 RCS 627 [*McKinlay Transport*]; *Thomson Newspapers*, *supra* note 5.

²¹ *Jarvis*, *supra* note 2 au para 63.

²² *Ibid* au para 67. La Cour référant à ce sujet à l'arrêt *S (RJ)*, *supra* note 20.

²³ *Fitzpatrick*, *supra* note 20.

²⁴ *White*, *supra* note 20.

commençant par une analyse concrète et contextuelle de la situation pour déterminer si l'application du principe interdisant l'auto-incrimination est déclenchée »²⁵.

Il importe de se rapporter à l'arrêt *Fitzpatrick*²⁶ afin de circonscrire l'« analyse concrète et contextuelle » à laquelle réfère la Cour. M. Fitzpatrick est le capitaine d'un navire de pêche commerciale, activité réglementée pour l'exercice de laquelle il a dû obtenir un permis. Comme tous les pêcheurs, il est tenu, en vertu de la *Loi sur les pêches*²⁷, de produire quotidiennement des journaux de bord et des rapports radio, indiquant notamment l'ampleur de ses prises et les endroits où elles ont été réalisées. Le non-respect de cette obligation est passible de peines importantes allant de l'amende à l'emprisonnement. Le litige dont est saisie la Cour suprême découle de la volonté du ministère public, dans le cadre d'une poursuite pour surpêche intentée contre M. Fitzpatrick, d'utiliser comme éléments de preuve les journaux de bord et les rapports radio produits par ce dernier. M. Fitzpatrick risquant l'emprisonnement s'il est déclaré coupable, la Cour doit notamment déterminer si une telle utilisation de ces documents porte atteinte au principe interdisant l'auto-incrimination²⁸. Sous la plume du juge La Forest, le plus haut tribunal du pays conclut que ce n'est pas le cas.

Au-delà de la solution, c'est l'approche adoptée qui retiendra notre attention. Le juge La Forest énonce ainsi la marche à suivre pour déterminer si le principe interdisant l'auto-incrimination est mis en jeu dans un cas précis :

Nous devons plutôt adopter une approche pragmatique en quelque sorte, en commençant par une analyse concrète et contextuelle de la situation qui nous est soumise, et des raisons pour lesquelles les craintes d'auto-incrimination peuvent être ou ne pas être légitimes. De cette façon, nous pourrions déterminer si l'application du principe interdisant l'auto-incrimination est effectivement déclenchée en l'espèce.²⁹

Cette approche se matérialise en bout de piste, dans l'arrêt *Fitzpatrick*, par l'examen de quatre facteurs, soit (1) l'existence ou l'absence de contrainte réelle de la part de l'État pour obtenir les déclarations; (2) l'existence ou l'absence de relation de nature contradictoire entre l'accusé et l'État au moment de l'obtention des déclarations; (3) l'existence ou l'absence de risque supplémentaire que la contrainte légale entraîne une diminution

²⁵ *Jarvis*, *supra* note 2 au para 68.

²⁶ *Fitzpatrick*, *supra* note 20.

²⁷ LRC 1985, c F-14 [*Loi sur les pêches*].

²⁸ *Fitzpatrick*, *supra* note 20 au para 1.

²⁹ *Ibid* au para 25.

de la fiabilité des confessions; et (4) l'existence ou l'absence de risque supplémentaire que la contrainte légale entraîne des abus de pouvoirs de l'État³⁰. Les deux derniers facteurs font écho aux « deux objets fondamentaux du principe interdisant l'auto-incrimination : le premier, la protection contre les confessions indignes de foi, et le deuxième, la protection contre les abus de pouvoir de l'État »³¹. La Cour conclut que ces quatre facteurs, dans la situation impliquant M. Fitzpatrick, doivent mener à la conclusion qu'il n'y a pas d'atteinte au principe interdisant l'auto-incrimination³².

Ainsi, il découle de l'arrêt *Fitzpatrick* que l'existence d'une relation de nature contradictoire entre l'accusé et l'État—cristallisée lorsque l'objet prédominant de l'examen est d'établir la responsabilité pénale de l'individu³³—est un élément important, mais insuffisant à lui seul, pour déterminer s'il a été porté atteinte au principe interdisant l'auto-incrimination³⁴. Une attention particulière doit être portée aux raisons d'être de ce principe pour déterminer si, dans une situation précise, il entre en jeu³⁵. Rappelons que l'arrêt *Fitzpatrick* est cité avec approbation par la Cour dans *Jarvis* au soutien de l'adoption d'une approche contextuelle dans l'interprétation du principe interdisant l'auto-incrimination. La même idée ressort d'ailleurs du passage suivant de l'arrêt *White*, également cité avec approbation par la Cour au paragraphe 68 de l'arrêt *Jarvis* : « [...] Dans tous les cas, il faut analyser les faits en profondeur pour déterminer si le principe interdisant l'auto-incrimination est vraiment soulevé par la production ou l'utilisation de la déclaration. »³⁶

Considérant les arrêts auxquels elle réfère et ses propos, force est de constater qu'à ce stade, la Cour adopte effectivement dans *Jarvis* une approche contextuelle au sujet de la protection octroyée par l'article 7 de la *Charte*.

La même conclusion s'impose au sujet de l'article 8 de la *Charte*. Rappelant que cette disposition protège une attente raisonnable en matière de vie privée, la Cour ajoute que c'est le contexte qui déterminera ce qui est raisonnable³⁷. Dans chaque situation, il faut déterminer si le droit à la vie privée de l'individu est supplanté par le droit du gouvernement de

³⁰ Facteurs résumés dans *White*, *supra* note 20 au para 51.

³¹ *Fitzpatrick*, *supra* note 20 au para 43. Voir aussi Sprague, *supra* note 4 à la p 174.

³² *Fitzpatrick*, *supra* note 20 au para 54; *White*, *supra* note 20 au para 51.

³³ *Jarvis*, *supra* note 2 aux para 84, 88.

³⁴ Sherrin, *supra* note 4 au para 19.

³⁵ Sprague, *supra* note 4 aux pp 162–63, 175, 189.

³⁶ *White*, *supra* note 20 au para 48.

³⁷ *Jarvis*, *supra* note 2 aux para 64, 69.

réaliser ses fins, parmi lesquelles se trouve l'application de la loi³⁸. Quant aux facteurs devant être pris en considération pour effectuer cette délicate mise en balance, la Cour réfère avec approbation au passage suivant de l'arrêt *Plant* :

L'examen de facteurs tels la nature des renseignements, celle des relations entre la partie divulguant les renseignements et la partie en réclamant la confidentialité, l'endroit où ils ont été recueillis, les conditions dans lesquelles ils ont été obtenus et la gravité du crime faisant l'objet de l'enquête, permet de pondérer les droits sociétaux à la protection de la dignité, de l'intégrité et de l'autonomie de la personne et l'application efficace de la loi.³⁹

Le contexte déterminera tant le degré d'attente en matière de vie privée pouvant être raisonnablement invoqué par le citoyen que l'importance du droit invoqué par le gouvernement et le caractère raisonnable de l'exercice de ses pouvoirs⁴⁰. Référant à l'arrêt *McKinlay Transport*⁴¹, la Cour souligne que dans le contexte précis du régime fiscal administré par l'ARC⁴², « 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 »⁴³. Pour bien comprendre la portée de ce passage et l'analyse contextuelle qui l'accompagne, il faut se tourner vers l'arrêt *McKinlay Transport*.

Dans cet arrêt, il est question de la conformité de l'ancien paragraphe 231(3) de la LIR à la *Charte* et plus précisément à son article 8. Fait à noter, la disposition législative en question est celle qui a précédé l'article 231.2 de la LIR, disposition au cœur de l'arrêt *Jarvis*⁴⁴. L'ancien paragraphe 231(3) de la LIR permettait notamment au ministre d'« exiger de toute personne [...] la production ou la production sous serment de livres, lettres, comptes, factures, états (financiers ou autres) ou autres documents ». La juge Wilson, pour la majorité, conclut dans un premier temps que cette disposition autorise une « saisie » au sens de l'article 8 de la *Charte*. En effet, puisque la demande de production de documents autorisée par la disposition est susceptible d'entraîner « la production forcée d'un large éventail de documents et non simplement de ceux que le contribuable est tenu, en vertu de la Loi, de tenir et de conserver », et peut viser des

³⁸ *Ibid* au para 69.

³⁹ *Plant*, *supra* note 20 à la p 293.

⁴⁰ *Baron c Canada*, [1993] 1 RCS 416 à la p 436 [*Baron*], cité par la Cour dans *Jarvis* : *supra* note 2 au para 64.

⁴¹ *McKinlay Transport*, *supra* note 20.

⁴² « Agence des douanes et du revenu du Canada » au moment où l'arrêt *Jarvis*, *supra* note 2, est rendu : voir para 1.

⁴³ *Ibid* au para 72.

⁴⁴ *Ibid* au para 65.

personnes qui ne sont pas la cible d'une enquête ou d'une vérification, « elle peut fort bien s'étendre à des renseignements et à des documents que le contribuable a intérêt à voir protéger conformément à l'art. 8 de la *Charte* »⁴⁵. Il fallait donc déterminer si cette saisie était « abusive » au sens de la disposition constitutionnelle invoquée. Cette question était sérieuse, considérant que le régime de demande péremptoire prévu au paragraphe 231(3) de la LIR ne respectait pas les critères posés par la Cour dans l'arrêt *Hunter*⁴⁶, en l'absence d'une procédure d'autorisation préalable par un décideur neutre et impartial agissant de façon judiciaire⁴⁷. Se fondant sur une approche souple et fondée sur l'objet visé par l'article 8 de la *Charte*, la juge Wilson estime qu'il est justifié « de faire une distinction entre, d'une part, les saisies en matière criminelle ou quasi criminelle auxquelles s'appliquent avec toute leur rigueur les critères énoncés dans l'arrêt *Hunter* et, d'autre part, les saisies en matière administrative et de réglementation, auxquelles peuvent s'appliquer des normes moins strictes selon le texte législatif examiné »⁴⁸.

Cela ne signifie toutefois pas que tout est permis en matière administrative et qu'au contraire, les exigences seront toujours maximales dans le contexte criminel ou quasi criminel⁴⁹. C'est ce que souligne la juge Wilson dans le passage suivant :

Il ne faut pas conclure que toutes les formes de perquisitions et de saisies effectuées sous le régime de la *Loi de l'impôt sur le revenu* sont valides. L'intérêt qu'a l'État à contrôler le respect de la Loi doit être soupesé en fonction du droit des particuliers à la protection de leur vie privée. 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 perquisition et une saisie constitue une immixtion beaucoup plus grande que la simple demande de production de documents. La raison en est que même s'il est possible que le contribuable s'attende peu à ce que son droit à la protection de sa vie privée soit respecté relativement à ses documents commerciaux utiles pour établir son

⁴⁵ *McKinlay Transport*, *supra* note 20 à la p 642.

⁴⁶ *Hunter et autres c Southam Inc*, [1984] 2 RCS 145 [*Hunter*].

⁴⁷ *McKinlay Transport*, *supra* note 20 à la p 642; *Hunter*, *supra* note 46 aux pp 161–62.

⁴⁸ *McKinlay Transport*, *supra* note 20 à la p 647. Voir aussi *Thomson Newspapers*, *supra* note 5 à la p 506.

⁴⁹ Comme l'indique l'auteur Sprague : « Section 8 does not exist solely for criminal matters. Nor is every search that can result in a criminal proceeding, or is carried out for the purposes of a criminal proceeding, necessarily unreasonable if not carried out with the full panoply of protections set out in *Hunter*. The question is always the reasonableness of the search in the context in which it takes place. » (Sprague, *supra* note 4 à la p 184)

assujettissement à l'impôt, il n'en attache pas moins d'importance au respect de l'inviolabilité de son domicile.⁵⁰

À nouveau, comme c'était le cas au sujet du principe interdisant l'auto-incrimination, nous pouvons constater que le fait que l'examen mené soit de nature administrative ou pénale est un élément important, mais non déterminant, lorsque vient le moment d'évaluer la conformité d'une conduite à la lumière de l'article 8 de la *Charte*. Important d'abord, puisque la Cour reconnaît clairement que la nature administrative de l'examen est susceptible d'entraîner l'application de normes moins strictes que celles énoncées dans l'arrêt *Hunter*⁵¹. Non déterminant ensuite, puisque d'autres facteurs doivent également être soupesés, tel qu'il en ressort à la fois de l'extrait de l'arrêt *McKinlay Transport* reproduit ci-dessus et de l'extrait de l'arrêt *Plant*, cité avec approbation par la Cour au paragraphe 70 de l'arrêt *Jarvis*⁵². Parmi ces facteurs, nous retrouvons la nature des renseignements visés ainsi que la façon dont ils ont été recueillis. Bref, l'analyse doit être contextuelle.

À la lecture de ce qui précède, nous pouvons affirmer que les juges Iacobucci et Major, au nom d'une Cour unanime, adoptent dans *Jarvis* une vision des protections octroyées par la *Charte* qui s'inscrit fort bien dans la jurisprudence antérieure de la Cour. Loin de remettre en question les acquis en matière d'interprétation et d'application contextuelle des articles 7 et 8, les juges les réaffirment, référant au passage aux principaux arrêts antérieurs traitant de la question, rendus en matière réglementaire et en matière criminelle.

Une telle approche contextuelle se marie d'ailleurs bien avec ce qui nous semble être une considération centrale de la Cour dans *Jarvis*, soit d'éviter « de neutraliser la capacité de l'État d'enquêter et de recueillir des éléments de preuve de la perpétration [d']infractions »⁵³. L'importance de cet élément aux yeux de la Cour ne saurait être niée, d'importants passages de l'arrêt étant consacrés à la difficulté d'assurer, en matière fiscale, le respect d'un régime fondé sur l'autocotisation et l'autodéclaration, et à l'importance corrélative des pouvoirs de vérification octroyés par la LIR⁵⁴. L'approche contextuelle étant avant tout fondée sur l'atteinte

⁵⁰ *McKinlay Transport*, *supra* note 20 à la p 649. À ce sujet, voir aussi *Baron*, *supra* note 40 aux pp 443–44; *Austin*, *supra* note 4 aux pp 521–22.

⁵¹ *McKinlay Transport*, *supra* note 20 à la p 647.

⁵² Voir aussi *Baron*, *supra* note 40 aux pp 436–37, 442, 444.

⁵³ *Jarvis*, *supra* note 2 au para 90; *R v Tiffin*, 2008 ONCA 306 au para 127, requête en cassation de pourvoi à la CSC accueillie, 32651 (6 octobre 2008).

⁵⁴ *Jarvis*, *supra* note 2 au para 51.

d'un équilibre entre les différents intérêts en jeu⁵⁵, elle devrait permettre, contrairement à une approche stricte ou absolue, d'éviter de nuire à la capacité d'enquête de l'État lorsque cela n'est pas justifié par des intérêts plus pressants en matière de protection des droits et libertés.

Il s'agit là du premier signal transmis par la Cour suprême dans l'arrêt *Jarvis* : il importe d'adopter une approche contextuelle à propos des droits garantis par la *Charte*, tout en s'assurant de ne pas neutraliser la capacité de l'État d'enquêter. Autrement dit, tant que les valeurs protégées par la *Charte* ne sont pas mises en jeu, il ne convient pas d'interférer avec les pouvoirs octroyés aux agents de l'État. Jusque-là, nous l'avons vu, l'approche est conforme à la jurisprudence antérieure, sur laquelle s'appuie d'ailleurs explicitement la Cour. L'enjeu est que lorsque vient le temps de déterminer l'existence, ou non, d'une atteinte à la *Charte* dans le cas précis de M. Jarvis, la Cour ne semble pas respecter une telle approche⁵⁶. Elle s'intéresse plutôt à un seul élément du contexte, le caractère administratif ou pénal de l'examen mené, et lui octroie un rôle décisif. Toute autre considération semble évacuée de l'analyse. C'est ce à quoi nous nous intéressons maintenant.

ii) Le franchissement du « Rubicon » comme seul indicateur du respect des garanties constitutionnelles

Malgré l'approche contextuelle clairement mise de l'avant par la Cour et sa volonté évidente d'éviter de neutraliser la capacité d'enquête de l'État, une lecture stricte de la décision porte à croire que dès que le Rubicon est franchi—c'est-à-dire dès que l'objet prédominant de l'examen est d'établir la responsabilité pénale de l'administré—, tout exercice d'un pouvoir de contrainte est proscrit par la *Charte*, peu importe son impact réel sur les droits constitutionnels de l'administré.

Il importe d'ailleurs de souligner à ce sujet que l'arrêt *Jarvis* est rendu dans le contexte particulier de l'utilisation, par l'ARC, des pouvoirs de contrainte prévus aux paragraphes 231.1(1) et 231.2(1) de la LIR. Ces pouvoirs sont octroyés par le législateur « pour l'application et l'exécution » de la LIR. Selon l'interprétation que fait la Cour suprême de ces dispositions, cela n'inclut pas la poursuite de l'infraction criminelle de fraude fiscale dont était accusé Jarvis⁵⁷. Ainsi, lorsqu'ils n'agissent plus « pour l'application et l'exécution » de la LIR, mais plutôt dans la volonté

⁵⁵ Pour l'équilibre sous l'article 7, voir *ibid* au para 68. Pour l'équilibre sous l'article 8, voir *ibid* au para 69.

⁵⁶ Section de l'arrêt intitulée *Conséquences sur l'application de la Charte*, débutant au paragraphe 95.

⁵⁷ *Ibid.*

d'établir la responsabilité pénale du contribuable, les fonctionnaires de l'ARC ne bénéficient plus des pouvoirs de contrainte prévus par la LIR. Cette conclusion aurait dû suffire à trancher rapidement le débat. En effet, la seule utilisation d'un pouvoir de contrainte dans le cas de M. Jarvis, une fois le Rubicon franchi, réside dans la transmission de demandes péremptoires à diverses institutions financières avec lesquelles faisait affaire M. Jarvis. Dans un tel cas, la protection contre l'auto-incrimination n'est pas mise en jeu puisque ce sont les institutions financières, et non M. Jarvis, qui sont visées par la demande. À ce sujet, soulignons que dans l'arrêt *Branch* (que la Cour ne renverse pas dans *Jarvis*, le citant au demeurant avec approbation à plusieurs reprises⁵⁸), la Cour mentionne que « [c]'est contre l'effet auto-incriminant de la contrainte que la *Charte* protège » [soulignement dans l'original]⁵⁹. La Cour ajoute plus loin que les témoins pourront « bénéficier d'une immunité dans la mesure où ils sont personnellement compromis par leur propre témoignage »⁶⁰. Cette composante d'*auto*-incrimination est absente de la situation qui nous intéresse⁶¹. D'ailleurs, sauf certaines exceptions dont il n'est pas traité dans l'arrêt *Jarvis*⁶², c'est l'article 8, plutôt que l'article 7, qui s'applique à la production de documents qui existaient avant tout exercice de contrainte par l'État⁶³. L'application de l'article 8 est d'ailleurs l'avenue clairement suggérée par l'arrêt *McKinlay Transport*. Mentionnons que dans cet arrêt, la Cour conclut que le pouvoir de transmettre des demandes péremptoires prévu à la LIR autorise une « saisie » au sens de l'article 8 de la *Charte*. Demeure alors, dans le cas de M. Jarvis, à déterminer le caractère raisonnable de cette saisie effectuée par les enquêteurs de l'ARC. Cette analyse était simple, comme le soulignent Me Cournoyer Boutin et ses collaborateurs dans un article rédigé pour les 20 ans de l'arrêt *Jarvis*⁶⁴. La saisie étant sans mandat, elle est présumée abusive⁶⁵. Cette présomption peut être renversée si la poursuite démontre qu'elle remplit les trois conditions posées par l'arrêt *Collins* : « Une fouille ne sera pas abusive si elle est autorisée par la loi, si la loi elle-même n'a rien d'abusif et si la fouille

⁵⁸ Notons que le juge Iacobucci est un juge rédacteur pour la majorité dans *Branch* et que le juge Major fait partie de cette majorité.

⁵⁹ *Branch*, *supra* note 20 au para 39.

⁶⁰ *Ibid* au para 40.

⁶¹ Voir à ce sujet Cournoyer Boutin, Le Breton-Prévost, Lévesque et Pinto Borrego, *supra* note 4 aux pp 99–102. Sur la nécessité d'une *auto*-incrimination, voir Sprague, *supra* note 4 à la p 164.

⁶² Voir à ce sujet Sprague, *supra* note 4 aux pp 164, 187.

⁶³ *Branch*, *supra* note 20 aux para 43–45.

⁶⁴ Cournoyer Boutin, Le Breton-Prévost, Lévesque et Pinto Borrego, *supra* note 4 à la p 125.

⁶⁵ *Hunter*, *supra* note 46 à la p 161.

n'a pas été effectuée d'une manière abusive. »⁶⁶ La poursuite échoue dès la première condition, tel que l'expliquent fort habilement Me Cournoyer Boutin et ses collaborateurs dans l'extrait suivant :

Dans cette perspective, l'interprétation offerte par la Cour dans *Jarvis*, suivant laquelle les pouvoirs énoncés aux articles 231.1 et 231.2 LIR ne peuvent être utilisés qu'en matière de vérification fiscale, entraîne nécessairement comme conséquence que l'usage de ces pouvoirs dans un autre contexte, notamment pour recueillir de la preuve dans le cadre d'une enquête pénale, ne satisfait pas aux exigences de cette disposition habilitante, n'est pas autorisé par la loi et constitue donc une perquisition ou une saisie abusive au sens de l'article 8 de la Charte. Ainsi, cette conclusion découle simplement de l'application en matière de saisie d'un concept élémentaire en droit administratif, soit qu'un pouvoir attribué pour une fin ne doit pas être utilisé pour une autre fin ou une fin détournée.⁶⁷

L'analyse qui précède, procédant d'une interprétation de l'arrêt *Jarvis* qui se veut conforme à la jurisprudence antérieure, démontre l'importance du libellé de la loi en cause dans la solution à retenir et ainsi, du risque qu'il y a d'exporter, sans nuances, le résultat obtenu dans *Jarvis* à d'autres régimes réglementaires. C'est pourquoi, dans le présent article, nous visons à établir un cadre d'analyse plus complet évitant que ce risque ne se matérialise.

Préalablement, expliquons les raisons pour lesquelles, à notre avis, la Cour envoie des signaux contradictoires en adoptant une approche stricte, plutôt que contextuelle, lorsqu'elle applique la *Charte* dans l'arrêt *Jarvis*. Aussi satisfaisante que puisse sembler la démarche proposée ci-dessus, force est de constater que ce n'est pas le chemin qu'a emprunté la Cour suprême. Du moins, ce n'est pas ce que les motifs des juges Iacobucci et Major laissent croire, ayant d'ailleurs tranché la question sur le fondement de l'article 7, et non de l'article 8, de la *Charte*⁶⁸. En effet, leur analyse de l'impact du franchissement du Rubicon sur l'application de cette disposition constitutionnelle, se situant pour l'essentiel au paragraphe 96 de l'arrêt, semble être la suivante : une fois le Rubicon franchi, toute contrainte, peu importe le contexte, portera atteinte aux droits du contribuable garantis par l'article 7 de la *Charte*. Il importe de reproduire ce paragraphe en entier :

⁶⁶ *R c Collins*, [1987] 1 RCS 265 au para 23 [*Collins*]. Voir également : *R c Nolet*, 2010 CSC 24 au para 21 [*Nolet*].

⁶⁷ Cournoyer Boutin, Le Breton-Prévost, Lévesque et Pinto Borrego, *supra* note 4 à la p 125. Voir aussi Sprague, *supra* note 4 aux pp 186-87.

⁶⁸ *Jarvis*, *supra* note 2 au para 105.

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. 231.1(1)d) 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 LIR ou 487 du *Code criminel*, et ni le contribuable, ni les tiers ne peuvent être contraints à produire des documents pour les besoins 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).⁶⁹

La lecture de ce paragraphe est sans équivoque. Le fait que l'article 7 de la *Charte* entre en jeu a notamment la conséquence suivante : « ni le contribuable, ni les tiers ne peuvent être contraints à produire des documents pour les besoins de l'enquête criminelle. »⁷⁰ La Cour va d'ailleurs au bout de cette conclusion en soulignant que l'obtention de renseignements bancaires auprès d'institutions financières à la suite d'une demande péremptoire, alors que l'enquête pénale était en cours, « a porté atteinte aux droits garantis à l'appelant par l'art. 7 »⁷¹. Une telle approche n'est pas contextuelle, puisqu'elle n'accorde aucune importance à la question de savoir si les intérêts protégés par la *Charte* sont réellement mis en jeu dans une situation donnée. Pourtant, nous l'avons vu, la Cour reprend avec approbation, plus tôt dans l'arrêt, le passage suivant de l'arrêt *White*⁷² : « [...] Dans tous les cas, il faut analyser les faits en profondeur pour déterminer si le principe interdisant l'auto-incrimination est vraiment soulevé par la production ou l'utilisation de la déclaration. »⁷³ Ce n'est visiblement pas ce qui est fait ici. L'analyse des faits aurait dû permettre de constater que le principe interdisant l'auto-incrimination n'est pas soulevé par l'utilisation des documents bancaires, puisqu'ils ne résultent pas, comme nous l'avons souligné plus tôt, d'une contrainte de M. Jarvis lui-même.

En fait, la Cour semble passer à une approche stricte où l'objet prédominant de l'examen, plutôt que l'existence ou non d'une atteinte aux intérêts protégés par la *Charte*, devient l'indicateur du respect des

⁶⁹ *Ibid* au para 96.

⁷⁰ *Ibid*.

⁷¹ *Ibid* au para 105.

⁷² *White*, *supra* note 20 au para 48.

⁷³ *Jarvis*, *supra* note 2 au para 68.

garanties constitutionnelles⁷⁴. Un auteur a d'ailleurs écrit à ce sujet que « it is clear that the predominant purpose test (and its associated factors) is now the standard by which legitimate State intrusion into Canadians' right to financial privacy is measured and balanced »⁷⁵.

Il s'agit là du second signal, contraire au premier, transmis par la Cour suprême dans l'arrêt *Jarvis* : tout exercice d'un pouvoir de contrainte ayant pour objet prédominant d'établir la responsabilité pénale du contribuable risque d'être déclaré contraire à l'article 7 de la *Charte*, et ce, même si les valeurs protégées par cette disposition ne sont pas en jeu. Comme le soulignent Me Cournoyer Boutin et ses collaborateurs dans leur article, au moins une décision de la Cour du Québec et certains auteurs ont adopté une telle interprétation de l'arrêt *Jarvis*⁷⁶.

L'existence de ces signaux contradictoires constitue une problématique qui n'est pas seulement théorique. Elle soulève des enjeux au plan de la gestion des risques des organismes publics menant des vérifications et des enquêtes et, en bout de piste, peut nuire à leur efficacité. En effet, s'ils veulent minimiser les risques d'exclusion de la preuve dans le cadre d'une potentielle poursuite pénale, les organismes doivent renoncer à l'exercice de tout pouvoir de contrainte, *peu importe le contexte*, lorsqu'il est possible qu'un tribunal conclue que l'objet prédominant de leur examen est d'établir la responsabilité pénale de l'administré. Or, une telle attitude est bien entendu contraire à l'esprit même de l'arrêt *Jarvis*, en ce qu'elle nuit à la capacité d'enquête de l'État en empêchant l'exercice de précieux pouvoirs, sans qu'il en résulte nécessairement un gain sur le plan de la protection des droits et libertés⁷⁷. L'approche contextuelle vise notamment à éviter un tel résultat.

À notre avis, la solution est l'élaboration d'un cadre d'analyse plus fidèle à l'esprit de l'arrêt *Jarvis*, dans lequel la question de l'objet prédominant de l'examen est importante, mais n'est qu'une question préliminaire ne devant pas faire perdre de vue la réelle question, qui est celle de savoir si la conduite de l'agent de l'État a porté atteinte, ou non,

⁷⁴ La conclusion antérieure de la Cour, voulant que les articles 231.1 et 231.2 de la LIR ne puissent pas être utilisés pour procéder à une enquête pénale puisqu'ils sont octroyés par le législateur « pour l'application et l'exécution de la LIR », ne suffit pas à justifier cette approche. En effet, il y a une distinction entre la conclusion que la demande péremptoire visant les institutions financières ne constituait pas un exercice légal des pouvoirs prévus par la LIR et la conclusion que cette demande portait atteinte à la protection contre l'auto-incrimination que confère l'article 7 de la *Charte* à M. Jarvis.

⁷⁵ Sprysak, *supra* note 4 à la p 740.

⁷⁶ Cournoyer Boutin, Le Breton-Prévost, Lévesque et Pinto Borrego, *supra* note 4 aux pp 71–72.

⁷⁷ Penney, *supra* note 4 à la p 78.

aux intérêts protégés par la *Charte*. Une telle approche vise à permettre l'utilisation des pouvoirs octroyés par la loi à leur plein potentiel lorsque la *Charte* ne s'y oppose pas. En plus de respecter les enseignements de la Cour en matière d'application contextuelle de la *Charte*, ce cadre d'analyse permettra de les exporter plus facilement à l'extérieur du contexte précis où a été rendu l'arrêt *Jarvis*, soit l'application de la LIR⁷⁸.

Avant de présenter ce cadre d'analyse, il importe d'en examiner la source, soit la jurisprudence postérieure à *Jarvis*. C'est à cet examen de la jurisprudence qu'est consacrée la prochaine partie.

II. La jurisprudence postérieure à l'arrêt *Jarvis*

Nous avons vu dans la partie précédente que dans *Jarvis*, la Cour met de l'avant l'approche contextuelle en matière d'interprétation et d'application de la *Charte*. Cependant, la Cour semble adopter en bout de piste une approche stricte, l'examen de l'objet prédominant éclipsant celui relatif à la *Charte*. La Cour établit que l'objet prédominant de l'examen était d'établir la responsabilité pénale de M. Jarvis et conclut, sans réelle analyse supplémentaire, que l'utilisation d'un pouvoir de contrainte a ainsi porté atteinte au droit de ce dernier d'être protégé contre l'auto-incrimination. La ligne de démarcation semble vue comme étant stricte, toute contrainte après son franchissement entraînant nécessairement une atteinte à l'article 7 de la *Charte*. Or, comme l'indique la Cour elle-même, « l'approche contextuelle à l'égard de l'application de la *Charte* ne se résume pas à un simple exercice de taxinomie »⁷⁹. Reprenant les propos du juge La Forest dans l'arrêt *Wholesale Travel*⁸⁰, la Cour ajoute que « ce qui importe en fin de compte, ce ne sont pas les étiquettes (bien qu'elles soient sans doute utiles), mais les valeurs en jeu dans le contexte particulier »⁸¹. Appelés à appliquer l'arrêt *Jarvis*, de nombreux décideurs ont retenu une interprétation de cette décision conforme à une approche contextuelle.

En effet, plusieurs décisions rendues postérieurement à *Jarvis* ont déterminé que cet arrêt ne devait pas être interprété comme traçant une ligne stricte, aux fins d'application de la *Charte*, entre les vérifications administratives et les enquêtes de nature pénale, où tout exercice de contrainte en matière pénale serait contraire aux articles 7 et 8 de la *Charte*. Des auteurs se sont également prononcés en ce sens. Dans un article publié peu de temps après l'arrêt *Jarvis*, Me James Sprague soulignait

⁷⁸ Pour une mise en garde au sujet de l'application des motifs de la Cour à un régime législatif différent, voir Cournoyer Boutin, Le Breton-Prévost, Lévesque et Pinto Borrego, *supra* note 4 à la p 77.

⁷⁹ *Jarvis*, *supra* note 2 au para 60.

⁸⁰ *R c Wholesale Travel Group Inc*, [1991] 3 RCS 154 [*Wholesale Travel*].

⁸¹ *Jarvis*, *supra* note 2 au para 61. Propos tirés d'*ibid* à la p 209.

déjà le risque posé par la rédaction peu heureuse de cet arrêt et militait en faveur du maintien d'une approche contextuelle en la matière⁸². Plus récemment, Me Cournoyer Boutin et ses collaborateurs, à la suite d'une analyse poussée, adoptent une position similaire en soulignant qu'il importe de ne pas « interpréter largement les motifs de la Cour comme signifiant que la Charte interdit toute utilisation de pouvoir de contrainte en matière pénale »⁸³.

Comme l'indique avec justesse le juge Boucher dans l'affaire *Constructions LJP inc*, « affirmer que la *Charte* s'applique n'équivaut pas à affirmer que la *Charte* a été violée »⁸⁴. Le fait que l'objet prédominant de l'examen soit d'établir la responsabilité pénale de l'administré, et que les protections offertes par les articles 7 et 8 de la *Charte* doivent ainsi recevoir leur « pleine application », ne clôt pas le débat. Il faut encore déterminer si, dans les faits, une atteinte a été portée à ces dispositions. Autrement dit, il importe dans tous les cas de revenir à la base, en se demandant si les valeurs protégées par la *Charte* sont mises en jeu par l'exercice, dans un cas particulier, des pouvoirs de contrainte⁸⁵. C'est pourquoi, aussi importante soit-elle, la question de l'objet prédominant n'est qu'une question préliminaire. C'est d'ailleurs ce que retient le juge Boucher : « LJP avait donc raison de plaider qu'elle a fait l'objet d'une enquête pénale lors de l'intervention de la CNESST et que la *Charte* s'appliquait au sens de l'arrêt *Jarvis*. *Cependant, il ne s'agissait là que d'une question préliminaire. LJP devait encore démontrer une violation de ses droits et la justesse des réparations qu'elle demandait, ce qu'elle n'a pas fait.* » [nos italiques]⁸⁶

C'est d'abord l'arrêt *Nolet*⁸⁷, rendu par la Cour suprême en 2010, qui a permis de remettre au centre de l'analyse la question de la conformité à la *Charte* de la conduite de l'agent de l'État, redonnant à la détermination de l'objet prédominant un rôle plus accessoire. Dans cette affaire, il est question de la conformité à l'article 8 de la *Charte* de la fouille sans mandat d'un sac retrouvé dans la couchette d'un camion semi-remorque

⁸² Sprague, *supra* note 4 aux pp 189–90.

⁸³ Cournoyer Boutin, Le Breton-Prévost, Lévesque et Pinto Borrego, *supra* note 4 aux pp 77, 126.

⁸⁴ *Constructions LJP inc c Commission des normes, de l'équité, de la santé et de la sécurité du travail*, 2021 QCCS 384 au para 94 [*Constructions LJP inc*].

⁸⁵ Comme l'indique l'auteur Sherrin, traitant du principe interdisant l'auto-incrimination, « [t]he only legitimate basis for adjudging state action in light of the principle against self-incrimination is to consider its effect. Does the state action have the effect of forcing someone to contribute to her own prosecution? If so, the principle is violated. The individual is "conscripted by his opponent to defeat himself." » (Sherrin, *supra* note 4 aux pp 115–16). Voir aussi Sprague, *supra* note 4 à la p 189.

⁸⁶ *Constructions LJP inc*, *supra* note 84 au para 93.

⁸⁷ *Nolet*, *supra* note 66.

commercial⁸⁸. Les accusés circulaient à bord de ce camion lorsqu'ils ont été l'objet d'un contrôle routier aléatoire de la part d'un agent de la Gendarmerie royale du Canada, en vertu d'une loi provinciale relative au transport⁸⁹. Rapidement, le policier a constaté plusieurs infractions à cette loi. Par exemple, la vignette relative à la taxe sur les carburants était expirée et le véhicule n'était pas visé par une immatriculation conforme à la loi⁹⁰. Au surplus, les inscriptions contenues au journal de bord ne concordaient pas avec les déclarations des accusés et avec d'autres pièces justificatives fournies⁹¹. L'agent décide alors d'entreprendre une fouille, sans mandat, du véhicule. Dans la couchette se situant derrière le siège du conducteur, il trouve un sac de toile. En manipulant ce sac fermé, l'agent conclut qu'il contient du papier et l'ouvre. Le sac contient 115 000 dollars, emballés comme sont habituellement emballées les sommes d'argent associées au trafic de stupéfiants. Les individus sont mis en état d'arrestation pour possession de produits de la criminalité⁹². Une fouille subséquente de la remorque permettra de découvrir un compartiment caché contenant 392 livres de marijuana⁹³. Dans le cadre de leur procès pour trafic de stupéfiants et possession de produits de la criminalité, les accusés prétendent que le policier a abusé des pouvoirs d'inspection et de fouille prévus à la loi provinciale, de telle sorte que les éléments de preuve récoltés l'ont été en contravention des articles 8 et 9 de la *Charte*⁹⁴.

Le paragraphe 63(5) de la loi provinciale en question, soit le *Highways and Transportation Act* (ci-après « HTA »), prévoit que « [l']agent de la paix [...] qui a des motifs raisonnables de croire qu'un véhicule est utilisé en contravention [...] d'un règlement d'application [...], peut : [...] b) fouiller le véhicule afin de chercher des éléments de preuve relatifs à une infraction ». C'est sur la conformité de la fouille du sac de toile retrouvé dans la couchette au paragraphe 63(5) de la HTA qu'a porté la majorité du débat entre les parties⁹⁵. Les accusés, appelants devant la Cour suprême, soutenaient que l'interception de leur véhicule était légale, mais que l'intervention du policier en vertu de la HTA est devenue illégale lorsqu'il a développé des soupçons au sujet d'une activité criminelle. Selon eux, « la fouille du sac de toile effectuée par le policier doit être attribuée d'une façon prédominante à son intérêt relatif à une activité criminelle

⁸⁸ *Ibid* au para 24.

⁸⁹ *Ibid* au para 5.

⁹⁰ *Ibid* aux para 5–6.

⁹¹ *Ibid* au para 5.

⁹² *Ibid* au para 9.

⁹³ *Ibid* au para 11.

⁹⁴ *Ibid* au para 1.

⁹⁵ *Ibid* au para 24.

illégal, et débordait ainsi le cadre de tout objectif valide relevant de la réglementation »⁹⁶. Il en découlerait une atteinte à l'article 8 de la *Charte*.

Selon la Cour suprême, cette analyse n'est pas complète. Ni la possibilité de fonder valablement la conduite policière sur le paragraphe 63(5) de la HTA ni la détermination de l'objet prédominant de l'examen du policier ne suffisent à trancher le litige dont est saisie la Cour. La question centrale est de savoir si l'exercice du pouvoir prévu par le paragraphe 63(5) de la HTA était conforme à la *Charte*⁹⁷. Intéressons-nous successivement à ces deux points.

D'une part, la conformité de la fouille au paragraphe 63(5) de la HTA ne règle pas le débat puisque, comme le souligne explicitement la Cour à plusieurs reprises dans l'arrêt, la conformité à la loi et la conformité à la *Charte* sont deux questions distinctes :

[24] Le débat sur le pourvoi a porté dans une large mesure sur la question de savoir si le sac de toile était ou non visé par le par. 63(5) de la *H&TA*. Cette question, certes importante, ne permet cependant pas à elle seule de trancher le débat. *Il faut faire une distinction entre l'existence d'un pouvoir de la police et la question de savoir si ce pouvoir, légal par ailleurs, est exercé en violation de l'art. 8 de la Charte compte tenu de l'attente raisonnable en matière de vie privée que peut avoir un camionneur dans la couchette de la cabine d'un semi-remorque. En s'intéressant exclusivement aux pouvoirs conférés à la police par la H&TA, on risque de ne pas accorder aux objectifs de la Charte l'importance qui leur est due.* De même, si la Cour tient uniquement compte des dispositions de la *Charte*, elle risque de ne pas prêter une attention suffisante à l'importante question préliminaire consistant à savoir si la police avait au départ le pouvoir d'effectuer une fouille.

[...]

[34] Il faut se demander, premièrement, si l'agent de police, en poursuivant la fouille, a outrepassé le pouvoir que lui conférait le par. 63(5) lorsqu'il a commencé à avoir des soupçons. La deuxième question à trancher est celle de savoir si ce que l'agent a fait était abusif étant donné les droits relatifs à la vie privée garantis par la *Charte* aux accusés dans la zone couchette de la cabine, même si le par. 63(5) lui donnait le pouvoir de vérifier le respect de la *réglementation*. *Le fondement légal de la fouille et le caractère raisonnable de celle-ci constituent deux questions distinctes.*⁹⁸ [Nos italiques]

⁹⁶ *Ibid* au para 32.

⁹⁷ Avant *Nolet*, des cours d'appel canadiennes avaient insisté sur la nécessité de centrer l'analyse sur la question de l'existence, ou non, d'une atteinte à la *Charte* : *R v Leslie Cameron King*, 2009 PECA 9 aux para 30–31 [King]; *R v Wilcox*, 2001 NSCA 45 au para 106 [Wilcox].

⁹⁸ *Nolet*, *supra* note 66 aux para 24, 34.

Dans le cadre d'un débat en vertu de l'article 8 de la *Charte*, le fondement légal de la conduite de l'agent de l'État est certes une question importante. En effet, en l'absence d'un tel fondement, l'État ne peut pas renverser la présomption voulant que la fouille sans mandat soit abusive au sens de cette disposition constitutionnelle⁹⁹. Cependant, la question du fondement légal n'éclipse pas celle du respect de la *Charte*. Elle ne sera problématique que s'il a été porté atteinte à une expectative raisonnable de vie privée, sans quoi la conduite étatique échappera à l'application de l'article 8 de la *Charte*¹⁰⁰. De plus, l'existence d'un fondement légal n'est que la première des trois conditions cumulatives énoncées dans l'arrêt *Collins* pour renverser la présomption du caractère abusif d'une fouille sans mandat : « Une fouille ne sera pas abusive si elle est autorisée par la loi, si la loi elle-même n'a rien d'abusif et si la fouille n'a pas été effectuée d'une manière abusive. » [nos italiques]¹⁰¹ Cela ressort clairement du paragraphe 24 de l'arrêt *Nolet*, reproduit ci-dessus. C'est pourquoi la Cour souligne que « [l]e fondement légal de la fouille et le caractère raisonnable de celle-ci constituent deux questions distinctes »¹⁰².

D'autre part, la détermination de l'objet prédominant animant la conduite du policier lorsqu'il a fouillé le sac de toile ne règle pas non plus le débat. À ce sujet, la Cour distingue la situation dont elle est saisie de celle dont il était question dans l'arrêt *Jarvis*. La pertinence de l'objet prédominant, dans *Jarvis*, est le basculement du domaine civil ou administratif vers le domaine pénal et la conclusion corrélatrice que « le contribuable a droit à la protection de la *Charte* appropriée au contexte pénal »¹⁰³. Dans *Nolet*, une telle analyse est superflue, puisque le contexte est pénal depuis le départ. La Cour s'exprime dans les termes suivants sur la question :

Autrement dit, « lorsque l'examen crée la relation contradictoire entre le contribuable et l'État » (par. 88), le contribuable a droit à la protection de la *Charte* appropriée au contexte pénal. La présente affaire est tout à fait différente. Nous ne « franchissons pas le Rubicon » séparant un litige civil et des recours de nature pénale. En l'espèce, le contexte a toujours été pénal. La *Charte* s'applique aux infractions provinciales comme aux infractions criminelles. Si l'argument du changement de perspective était pertinent dans *Jarvis*, il ne me semble pas utile dans le cadre du présent pourvoi. La question à trancher en l'espèce est celle de savoir si la fouille du sac de toile par la police a, « au regard de la totalité des

⁹⁹ *Collins*, supra note 66 au para 23; *Nolet*, supra note 66 au para 21.

¹⁰⁰ *R c Mills*, 2019 CSC 22 au para 12 [*Mills*].

¹⁰¹ *Collins*, supra note 66 au para 23.

¹⁰² *Nolet*, supra note 66 au para 34.

¹⁰³ *Ibid* au para 45.

circonstances », porté atteinte aux intérêts raisonnables des appelants en matière de vie privée. J'estime que ce n'est pas le cas.¹⁰⁴

Ainsi, l'analyse du franchissement du Rubicon est pertinente lorsqu'elle permet de déterminer si la nature de l'examen mené par l'agent est civile ou pénale. Toutefois, à la lecture du passage reproduit ci-dessus, le résultat de cette analyse n'est pas déterminant quant à la question du respect, ou non, de la *Charte*. En effet, il ressort clairement de ce passage que même dans un contexte pénal, la question demeure de déterminer si la conduite contraignante de l'agent, « au regard de la totalité des circonstances », a porté atteinte aux intérêts protégés par la *Charte*¹⁰⁵. Une telle analyse est d'ailleurs conforme à l'esprit de l'arrêt *Jarvis* selon lequel, comme nous l'avons souligné dans la première partie, il importe d'adopter une approche contextuelle à propos des droits garantis par la *Charte*, tout en s'assurant de ne pas neutraliser la capacité de l'État d'enquêter. Cela justifie de remettre au centre de l'analyse la question du respect, ou non, des intérêts protégés par la *Charte*, ce que fait explicitement la Cour dans *Nolet* :

La police abuse de ses pouvoirs, qu'ils soient conférés par un texte législatif ou par la common law, lorsque la manière dont elle les exerce porte atteinte aux droits garantis par la *Charte* à un accusé. Il s'agit là d'un meilleur cadre d'analyse, à mon avis, que le critère de [TRADUCTION] « l'objectif prédominant » appliqué en l'espèce par la juge de première instance. Si la *Charte* a été violée, il importe peu, je pense, que la police ait eu plusieurs objectifs à l'esprit. Un objectif légitime relevant de l'application de la réglementation, qu'il ait été prédominant ou non, ne saurait racheter ou légitimer une violation de la *Charte*.¹⁰⁶

La Cour conclut que la fouille du sac de toile était conforme à l'article 8 de la *Charte*, notamment « étant donné le droit très limité des appelants en matière de respect de la vie privée »¹⁰⁷. Cette faible expectative de vie privée découlait entre autres du fait qu'en tant que participants à une industrie très réglementée, « [l]es camionneurs savent très bien que les policiers peuvent intercepter les véhicules au hasard et les fouiller à la recherche d'éléments de preuve d'infractions »¹⁰⁸. La fouille, limitée à un sac qui semblait contenir du papier susceptible de révéler des informations au sujet du respect de la HTA, était raisonnable dans les circonstances¹⁰⁹.

¹⁰⁴ *Ibid.*

¹⁰⁵ *Ibid.*

¹⁰⁶ *Ibid* au para 39.

¹⁰⁷ *Ibid* au para 44.

¹⁰⁸ *Ibid* au para 43.

¹⁰⁹ *Ibid* au para 44.

À la suite de l'arrêt *Nolet*, plusieurs questions se sont posées au sujet de la pérennité de l'arrêt *Jarvis*¹¹⁰. Le juge Binnie prenant bien soin, dans l'arrêt *Nolet*, de distinguer l'arrêt *Jarvis*¹¹¹, des débats se sont également soulevés au sujet de l'arrêt applicable dans divers cas particuliers. À notre avis, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, dans l'arrêt *Mossman*, tranche la question de façon appropriée en soulignant que les arrêts *Jarvis* et *Nolet* ne doivent pas être interprétés comme établissant des cadres d'analyse différents pour juger de la conformité d'une conduite à la *Charte*¹¹². L'arrêt *Mossman* rejette la demande pour permission d'appeler des requérants visant la décision du juge d'appel en matière sommaire ayant notamment annulé leurs acquittements sur certaines accusations, portées en vertu de la *Loi sur les pêches*, de l'*Environmental Management Act*¹¹³ et du *Water Act*¹¹⁴, en lien avec des déversements survenus à la mine où ils travaillaient comme directeurs. Au soutien de leur demande pour permission d'appeler, les requérants avancent que le juge d'appel a erré en droit en utilisant le cadre d'analyse de *Nolet*, plutôt que l'analyse du *point in time*¹¹⁵ de *Jarvis*, pour juger de la conformité à la *Charte* de la conduite des agents du ministère de l'Environnement, du ministère de l'Énergie et des Mines, et d'Environnement Canada¹¹⁶. De façon plus générale, les requérants soutiennent qu'il existe de la confusion au sein des tribunaux de première instance quant au test à appliquer entre le *point in time analysis* de *Jarvis* et le *contextual analysis* de *Nolet*. Ainsi, poursuivent les requérants, la Cour devrait intervenir dans cette affaire pour préciser que lorsque la protection contre l'auto-incrimination est invoquée en lien avec de l'information obtenue par la contrainte dans le cadre d'un régime réglementaire, c'est l'approche du *point in time* dont il est question dans *Jarvis* qui doit être appliquée¹¹⁷. Le *point in time* en question est bien entendu le moment où le Rubicon est franchi, qui serait la question décisive. Étant d'avis qu'une telle confusion n'existe pas au

¹¹⁰ Voir notamment Penney, *supra* note 4 à la p 108, appelant au renversement du *predominant purpose test* de l'arrêt *Jarvis* au profit de la *dual purpose doctrine* de l'arrêt *Nolet*.

¹¹¹ *Nolet*, *supra* note 66 aux para 45–46. Pour une critique de la distinction opérée par le juge Binnie, voir Penney, *supra* note 4 aux pp 99–102.

¹¹² *R v Mossman*, 2020 BCCA 299 au para 12, autorisation de pourvoi à la CSC refusée, 39500 (6 mai 2021) [*Mossman*].

¹¹³ SBC 2003, c 53.

¹¹⁴ RSBC 1996, c 483.

¹¹⁵ L'analyse du *point in time* se concentre sur l'identification du moment où l'agent de l'organisme public « franchit le Rubicon » et en fait la question décisive. Tout exercice d'un pouvoir de contrainte après ce *point in time*, *i.e.* le moment où l'objet prédominant de l'examen devient d'établir la responsabilité pénale de l'administré, devrait alors être considéré contraire à la *Charte*.

¹¹⁶ *Mossman*, *supra* note 112 au para 9.

¹¹⁷ *Ibid* au para 11.

sein des tribunaux de première instance, la Cour d'appel considère que ce moyen d'appel n'a pas suffisamment de mérite pour que la permission d'appeler soit accordée¹¹⁸.

Pour la Cour, le problème de cet argument est qu'il s'appuie sur la prémisse inexacte voulant que les arrêts *Jarvis* et *Nolet* établissent des cadres d'analyse différents pour juger de la conformité d'une conduite à la *Charte*¹¹⁹. Tous les arrêts pertinents¹²⁰ militent en faveur d'une approche contextuelle, où le droit de ne pas s'auto-incriminer doit être mis en balance avec l'intérêt qu'a le public dans le contrôle adéquat des activités réglementées¹²¹. La Cour remarque que l'arrêt *Jarvis* lui-même approuve une telle approche¹²². Comme l'a souligné la Cour suprême dans *Nolet*, la pertinence du *point in time*—c'est-à-dire de déterminer le moment où le Rubicon est franchi—dans l'arrêt *Jarvis* découle de l'important changement de circonstances que constitue le passage du domaine civil ou administratif au domaine pénal¹²³. Une telle détermination est inutile lorsque l'examen est de nature pénale dès le départ¹²⁴. Cela ne rend toutefois pas les arrêts *Jarvis* et *Nolet* incompatibles, la Cour d'appel résumant leur interaction ainsi :

In summary, I see no inconsistency in the approach adopted in *Jarvis* and *Nolet*. Both cases recognize the importance of context in assessing *Charter* compliance. *The point at which an inspection becomes an investigation is but one of many contextual factors that must be considered in determining whether an officer exercised their regulatory inspection powers reasonably.* Although the contextual approach to assessing whether a *Charter* breach has occurred in a regulatory context is admittedly a *difficult* standard to apply, this should not be confused with *uncertainty* in the law. In short, the applicable framework is well-settled and was correctly identified by both the trial and appeal judges. Accordingly, this first ground of appeal does not require further consideration by this Court and does not have sufficient merit to warrant the granting of leave.¹²⁵ [Nos italiques]

La Cour adopte ainsi le raisonnement qui semblait se dégager de l'arrêt *Nolet*, voulant que la question de l'objet prédominant de l'examen soit un élément de contexte, parmi d'autres, permettant de répondre à la réelle

¹¹⁸ *Ibid* aux para 12, 22.

¹¹⁹ *Ibid* au para 12.

¹²⁰ La Cour réfère à *Jarvis*, *supra* note 2; *Nolet*, *supra* note 66; *White*, *supra* note 20; *Fitzpatrick*, *supra* note 20.

¹²¹ *Mossman*, *supra* note 112 au para 13.

¹²² *Ibid* au para 16.

¹²³ *Ibid* au para 15.

¹²⁴ *Ibid* au para 20.

¹²⁵ *Ibid* au para 22.

question, soit celle de la conformité de la conduite à la *Charte*¹²⁶. L'intérêt de l'arrêt *Mossman* est de formuler explicitement cette conclusion et de démontrer qu'elle s'applique également à l'analyse de la protection contre l'auto-incrimination, qui était le droit invoqué par les requérants¹²⁷. La Cour fait primer l'esprit de l'arrêt *Jarvis* et adopte une interprétation qui permet de lire les arrêts *Jarvis* et *Nolet* de manière cohérente.

Notons que dans l'arrêt *Seattle Environmental Consulting*¹²⁸, rendu quelques mois après *Mossman*, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique rappelle que le Rubicon dont il est question dans l'arrêt *Jarvis* ne doit pas être interprété comme étant une ligne stricte s'opposant à toute analyse contextuelle. Au contraire, le franchissement de ce Rubicon est un des éléments devant être pris en considération dans le cadre d'une telle analyse :

[31] Although the Court in *Jarvis* identified the point in time at which the relationship became adversarial and *Charter* rights were engaged, *Jarvis* does not stand for the drawing of a hard-line “point in time” analysis in all cases. That approach was helpful in the context of a taxpayer subject to a civil audit and potential reassessment. If the CRA reaches a point in an audit where it believes tax evasion has occurred, the relationship between the government and the taxpayer shifts dramatically, with the taxpayer facing potential criminal sanctions. In contrast, regulatory inspections always take place, broadly speaking, in a “penal” or “adversarial” context because the powers of entrance and inspection to ensure compliance with an *Act* or regulations always raise the spectre of charges under the *Act*: *R. v. Mission Western Developments Ltd.*, 2012 BCCA 167 at para. 40 (Bennett J.A. in Chambers).

[...]

[33] The Court in *Nolet* expressly stated it was not overturning *Jarvis* and that the contexts of the two cases were distinguishable: *Nolet* at para. 45. In other words, determining whether evidence gathered using regulatory powers should be excluded from use in a criminal or quasi-criminal proceeding on the basis that it breached the subject's *Charter* rights requires contextual analysis: *Jarvis* at para. 68; *Nolet* at para. 41. That contextual analysis must include both the individual's interest in not being compelled to self-incriminate and the public's interest in the proper regulation and control of a licensed activity that has the potential to cause serious harm to people and the environment.

¹²⁶ Voir aussi à ce sujet *R v Mission Western Developments Ltd.*, 2012 BCCA 167 aux para 39–40.

¹²⁷ *Mossman*, *supra* note 112 au para 11.

¹²⁸ *Workers' Compensation Board of British Columbia v Seattle Environmental Consulting Ltd.*, 2020 BCCA 365, autorisation de pourvoi à la CSC refusée, 39580 (7 juin 2021) [*Seattle Environmental Consulting*].

[...]

[40] In my view, the law is clear that in a regulatory setting, *Charter* compliance must be assessed contextually. The point at which an inspection becomes an investigation will be but one of a number of contextual factors that must be considered in determining whether an officer's regulatory inspection powers were exercised reasonably or whether the subject's *Charter* rights have been infringed.¹²⁹

Tant dans *Mossman* que dans *Seattle Environmental Consulting*, la Cour suprême a rejeté la requête pour autorisation d'appeler.

Une telle vision de l'arrêt *Jarvis* n'est pas propre à la Colombie-Britannique. L'approche adoptée par le juge Boucher dans l'affaire *Constructions LJP inc*¹³⁰, discutée plus haut, est conforme à cette façon d'interpréter les arrêts *Jarvis* et *Nolet*. Rappelons que le juge Boucher résume son analyse ainsi : « LJP avait donc raison de plaider qu'elle a fait l'objet d'une enquête pénale lors de l'intervention de la CNESST et que la *Charte* s'appliquait au sens de l'arrêt *Jarvis*. Cependant, il ne s'agissait là que d'une question préliminaire. LJP devait encore démontrer une violation de ses droits et la justesse des réparations qu'elle demandait, ce qu'elle n'a pas fait. »¹³¹, après quoi il ajoute qu'« affirmer que la *Charte* s'applique n'équivaut pas à affirmer que la *Charte* a été violée »¹³². Comme le fait la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, le juge de la Cour supérieure accorde de l'importance à l'objet prédominant de l'examen, sans toutefois en faire la question déterminante de son analyse¹³³. À notre avis, une telle approche doit être retenue.

La position contraire, voulant que l'arrêt *Jarvis* doive être interprété comme signifiant que tout exercice d'un pouvoir de contrainte, ayant pour objet prédominant d'établir la responsabilité pénale d'un administré, portera atteinte à la *Charte*, ne saurait prévaloir, et ce, pour trois motifs principaux. D'abord, une telle position fait fi de la jurisprudence rendue par la Cour suprême du Canada en matière d'application contextuelle de la *Charte*, dont l'arrêt *Jarvis* fait lui-même partie. En effet, une interprétation stricte de *Jarvis* n'accorde aucun poids, dans l'analyse fondée sur la *Charte*, à l'existence ou non, dans le cas à l'étude, d'une atteinte aux

¹²⁹ *Ibid* aux para 31, 33, 40.

¹³⁰ *Constructions LJP inc*, *supra* note 84.

¹³¹ *Ibid* au para 93.

¹³² *Ibid* au para 94.

¹³³ Un raisonnement similaire a été retenu par d'autres décideurs dans différentes provinces canadiennes. Voir par exemple *R v Gorman*, 2022 NLSC 3 aux para 27–39; *R v Skye View Farms Ltd et al*, 2022 PECA 1 aux para 107–12; *Wilcox*, *supra* note 97 aux para 106–10.

intérêts protégés par ce document constitutionnel. Une telle façon de faire défie la logique de l'approche contextuelle. Ensuite, cette interprétation de l'arrêt *Jarvis* est contraire à l'idée voulant qu'il faille se « garder de neutraliser la capacité de l'État d'enquêter et de recueillir des éléments de preuve de la perpétration [d']infractions »¹³⁴. Si la capacité de l'État d'enquêter est une considération importante, il est difficile de comprendre pourquoi ce dernier devrait renoncer à l'utilisation d'importants pouvoirs lorsqu'il n'en résulte aucun gain au niveau de la protection des droits et libertés constitutionnels. Finalement, il importe d'accorder une certaine importance aux dispositions législatives applicables dans une affaire donnée¹³⁵. Il ressort clairement des arrêts *Nolet*¹³⁶ et *Mossman*¹³⁷ que le législateur peut octroyer des pouvoirs contraignants destinés à être exercés dans un contexte pénal. Or, une interprétation stricte de l'arrêt *Jarvis* exclut cette composante.

Pour ces motifs, le cadre d'analyse que nous proposons dans la prochaine partie permet d'orienter le projecteur sur une question centrale : la conduite de l'agent de l'organisme public a-t-elle porté atteinte aux droits constitutionnels de l'administré? Conformément à l'arrêt *Mossman*, la question de l'objet prédominant sera un élément de contexte, non déterminant, nous guidant dans l'analyse contextuelle de l'application de la *Charte*; conformément à l'arrêt *Nolet*, la question du fondement légal du pouvoir exercé sera également un élément important, mais non déterminant, de l'analyse.

III. Le cadre d'analyse proposé

Dans le cadre d'analyse que nous proposons, la question centrale à laquelle le tribunal doit répondre est la suivante : la conduite de l'agent de l'organisme public a-t-elle porté atteinte aux droits constitutionnels de l'administré?

Nous avons souligné plus tôt que malgré tout, la détermination de l'objet prédominant de l'examen demeure à notre avis une question importante. En ce sens, notre position se distingue de celle adoptée par certains auteurs, comme les professeurs Steven Penney et Christopher Sherrin, qui remettent sérieusement en question la pertinence de cette détermination. Dans un article publié récemment, le professeur Penney s'en prend à l'application différenciée de la *Charte* selon que l'individu

¹³⁴ *Jarvis*, *supra* note 2 au para 90.

¹³⁵ *Goodwin c Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles)*, 2015 CSC 46 au para 53 [*Goodwin*]; Cournoyer Boutin, Le Breton-Prévost, Lévesque et Pinto Borrego, *supra* note 4 à la p 71.

¹³⁶ *Nolet*, *supra* note 66.

¹³⁷ *Mossman*, *supra* note 112.

soit la cible d'une vérification de conformité ou d'une enquête criminelle, en appelant au renversement du test élaboré dans *Jarvis*, fondé sur l'objet prédominant¹³⁸. Selon Penney, « searches conducted for criminal investigative purposes are not intrinsically more intrusive or less socially important than those conducted for regulatory compliance purposes (and vice versa) »¹³⁹. De ce fait, il faudrait exclure l'idée voulant que l'objectif poursuivi par l'agent ait un impact sur le caractère raisonnable de ses actions¹⁴⁰. Le professeur Sherrin adopte une position similaire, en rejetant l'idée voulant que l'objectif différent qui animerait les vérifications de conformité et les enquêtes pénales justifie une approche différenciée dans l'application de la *Charte*¹⁴¹.

Malgré cela, deux raisons nous poussent à conclure à l'importance de la détermination de l'objet prédominant de l'examen dans le contexte de l'élaboration de notre cadre d'analyse.

D'abord, cette détermination permettra parfois de juger de la légalité—au sens de conformité à la loi—de la conduite de l'agent. Il ressort indéniablement de l'arrêt *Jarvis* que certains pouvoirs de contrainte octroyés par le législateur ne peuvent pas être valablement exercés dans le but d'établir la responsabilité pénale du contribuable. C'était le cas de ceux prévus aux articles 231.1 et 231.2 de la LIR, analysés dans cet arrêt. Rappelons que ces pouvoirs étant prévus « pour l'application et l'exécution » de la LIR, la Cour a jugé que leur utilisation pour mener une enquête criminelle pour fraude fiscale n'était pas conforme à la loi¹⁴². Nous ne remettons pas en question cette conclusion de l'arrêt *Jarvis*. Comme l'ont souligné des auteurs, « cette conclusion découle simplement de l'application [...] d'un concept élémentaire en droit administratif, soit qu'un pouvoir attribué pour une fin ne doit pas être utilisé pour une autre fin ou une fin détournée »¹⁴³.

Ainsi, la détermination de l'objet prédominant de l'examen est une question préliminaire pertinente, puisqu'elle peut permettre de déterminer si l'exercice d'un pouvoir est conforme à la loi le prévoyant. Si l'exercice du pouvoir est effectivement légal, il faut ensuite passer à la question centrale de l'analyse, soit de déterminer si cet exercice, dans la situation sous étude, était conforme à la *Charte*¹⁴⁴. Si l'exercice du pouvoir n'est pas

¹³⁸ Penney, *supra* note 4 à la p 108.

¹³⁹ *Ibid* à la p 93.

¹⁴⁰ *Ibid* à la p 108.

¹⁴¹ Sherrin, *supra* note 4 aux para 60, 81–82.

¹⁴² *Jarvis*, *supra* note 2 aux para 77–84.

¹⁴³ Cournoyer Boutin, Le Breton-Prévost, Lévesque et Pinto Borrego, *supra* note 4 à la p 125.

¹⁴⁴ Nolet, *supra* note 66 aux para 24, 34.

légal, l'analyse est facilitée, mais le tribunal ne peut pas automatiquement conclure qu'il en découle une atteinte à la *Charte*. Pour en arriver à une telle conclusion, il faut déterminer s'il a été porté atteinte aux droits octroyés par la *Charte* à l'administré visé par l'enquête. Ce ne sera pas le cas, par exemple, si ce dernier ne peut pas faire valoir une attente raisonnable en matière de vie privée au sujet des documents obtenus ou s'il n'a pas été contraint à s'auto-incriminer. Certes, l'exercice du pouvoir ne sera pas légal—au sens de conformité à la loi—mais il ne sera pas contraire à la *Charte* (du moins en ce qui a trait à l'administré ciblé par l'enquête), ce qui est une question distincte¹⁴⁵.

Ensuite, c'est également en raison de son impact indéniable sur l'application de la *Charte*, selon la jurisprudence applicable, que la détermination de l'objet prédominant de l'examen est une question préliminaire importante. Comme le souligne la Cour dans *Jarvis*, « une relation de nature contradictoire se cristallise entre le contribuable et les agents du fisc dès qu'un examen effectué par l'un de ces agents a pour objet prédominant d'établir la responsabilité pénale du contribuable »¹⁴⁶. Une telle relation contradictoire, dans un contexte où le droit à la liberté du contribuable est mis en jeu, entraîne l'application de l'article 7 de la *Charte*¹⁴⁷. Il va ainsi de soi que l'évaluation de l'objet prédominant de l'examen est fondamentale dans une analyse fondée sur la *Charte*, puisqu'elle permet de déterminer si l'article 7 peut être engagé¹⁴⁸. Nous l'avons d'ailleurs vu lors de notre étude de l'arrêt *Fitzpatrick*, l'existence ou l'absence de relation de nature contradictoire entre l'accusé et l'État au moment de l'obtention des déclarations est un élément à prendre en considération relativement au respect du principe interdisant l'auto-incrimination¹⁴⁹. L'objet prédominant de l'examen est également un élément de contexte important dans l'analyse fondée sur l'article 8 de la *Charte*¹⁵⁰. C'est ce qui ressort clairement de l'arrêt *McKinlay Transport*, où la juge Wilson reconnaît que la nature administrative de l'examen est susceptible d'entraîner l'application de normes moins strictes que celles énoncées dans l'arrêt *Hunter*¹⁵¹. En effet, en matière administrative, les intérêts de l'État peuvent être pressants, notamment en raison de la

¹⁴⁵ *Ibid.*

¹⁴⁶ *Jarvis*, *supra* note 2 au para 2.

¹⁴⁷ *Ibid* aux para 84, 96.

¹⁴⁸ Sprague, *supra* note 4 à la p 189.

¹⁴⁹ Voir à ce sujet *White*, *supra* note 20 au para 51.

¹⁵⁰ *Goodwin*, *supra* note 135 au para 60 : « La Cour a reconnu dans ses premiers arrêts sur l'art. 8 que le caractère criminel ou réglementaire attribué à une fouille, à une perquisition ou à une saisie est pertinent lorsqu'il s'agit d'en apprécier le caractère raisonnable. »

¹⁵¹ *McKinlay Transport*, *supra* note 20 à la p 647. Voir aussi *Thomson Newspapers*, *supra* note 5 à la p 506.

difficulté d'assurer le respect de la réglementation, et l'attente raisonnable en matière de vie privée des administrés peut être plus faible, ces derniers étant conscients qu'ils devront fournir certaines informations pour démontrer qu'ils respectent la réglementation¹⁵². Cela est d'ailleurs conforme à la jurisprudence récente de la Cour suprême, ayant « reconnu que l'attente raisonnable que peut avoir une personne à la protection de sa vie privée pour ce qui est des renseignements la concernant varie selon l'objectif dans lequel ils ont été recueillis »¹⁵³.

Rappelons toutefois qu'aussi importante qu'elle puisse être lorsqu'il est question de déterminer le franchissement de la ligne entre le civil et le pénal, la détermination de l'objet prédominant de l'examen se révélera parfois inutile. En effet, certains examens sont purement de nature pénale, ce qui rend superflue l'étape consistant à déterminer à quel moment la relation entre l'État et le contribuable est devenue une relation contradictoire déclenchant l'application d'un degré plus important de protection constitutionnelle¹⁵⁴.

Considérant ce qui précède, il est indéniable que l'objet prédominant est un élément important d'une analyse fondée sur la *Charte* dans le domaine réglementaire. Après tout, la Cour souligne dans l'arrêt *Jarvis* que « 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 »¹⁵⁵. Toutefois, rappelons que comme l'indique avec justesse le juge Boucher dans l'affaire *Constructions LJP inc.*, « affirmer que la *Charte* s'applique n'équivaut pas à affirmer que la *Charte* a été violée »¹⁵⁶. Le fait que l'objet prédominant de l'examen soit d'établir la responsabilité pénale de l'administré, et que les protections offertes par les articles 7 et 8 de la *Charte* doivent ainsi recevoir leur « pleine application », ne clôt pas le débat. Il faut encore déterminer si, dans les faits, une atteinte a été portée à ces dispositions. C'est pourquoi, aussi importante soit-elle, la question de l'objet prédominant n'est qu'une question préliminaire.

Ces commentaires étant faits, nous pouvons voir le cadre d'analyse se dessiner.

¹⁵² *Thomson Newspapers*, *supra* note 5 aux pp 506, 507, 517–18, 535.

¹⁵³ *R c Jarvis*, 2019 CSC 10 au para 31. Voir aussi *Goodwin*, *supra* note 135 au para 53.

¹⁵⁴ *Nolet*, *supra* note 66 au para 45; *Seattle Environmental Consulting*, *supra* note 128 au para 31; *Mossmann*, *supra* note 112 au para 15.

¹⁵⁵ *Jarvis*, *supra* note 2 au para 96.

¹⁵⁶ *Constructions LJP inc.*, *supra* note 84 au para 94.

Un tribunal saisi d'une contestation, fondée sur la *Charte*, de l'utilisation à des fins pénales d'éléments de preuve recueillis par l'exercice d'un pouvoir de contrainte doit tout d'abord déterminer quel était l'objet prédominant de l'examen au moment où le pouvoir a été exercé. C'est la **première étape** de l'analyse. Si l'objet prédominant était de nature administrative, l'article 7 de la *Charte* n'est pas mis en jeu¹⁵⁷. L'existence d'une atteinte à l'article 8, bien qu'elle soit moins probable, demeure possible¹⁵⁸, ce qui justifie de passer à la prochaine étape de l'analyse. Si l'objet prédominant était de nature pénale, il faut également passer à la prochaine étape de l'analyse, les articles 7 et 8 de la *Charte* s'appliquant.

Une fois cette détermination faite, le tribunal doit passer à la **seconde étape**, soit celle du fondement légal de l'exercice du pouvoir de contrainte. La disposition législative invoquée autorisait-elle l'usage du pouvoir contraignant aux fins pour lesquelles il a été utilisé? Dans l'affirmative, cette étape n'a pas d'impact particulier sur l'analyse, qui doit être poursuivie avec la troisième étape¹⁵⁹. Dans la négative, la conduite contestée n'a pas, à première vue¹⁶⁰, de fondement légal. Pour conclure qu'en plus d'être *illégal*, la conduite porte atteinte à la *Charte*, il faut poursuivre l'analyse à la troisième étape.

Les deux premières étapes, si importantes soient-elles, ne répondent pas à la question qui est au cœur de l'analyse : l'utilisation du pouvoir de contrainte, dans les circonstances de l'affaire dont le tribunal est saisi, a-t-elle porté atteinte aux droits constitutionnels de l'administré? C'est la **troisième et dernière étape**. À cette étape, il importe de distinguer les articles 7 et 8 de la *Charte*, leur application respective répondant à des critères différents. Notons immédiatement que l'examen qui suit ne se veut pas une étude détaillée de l'application des articles 7 et 8 de la *Charte*. L'approche pour laquelle nous militons étant contextuelle, chaque affaire doit être tranchée en fonction des faits qui lui sont propres, en respectant les principes dégagés par la jurisprudence au sujet de l'application de ces

¹⁵⁷ Me Cournoyer Boutin et ses collaborateurs adoptent une position plus nuancée sur cette question, offrant une interprétation de l'arrêt *Jarvis* permettant de maintenir les immunités dont il est question notamment dans l'arrêt *Branch*. Ainsi, si les pouvoirs de contrainte utilisés sont « de véritables pouvoirs judiciaires ou quasi judiciaires d'assignation à comparaître avec une possible sanction d'outrage au tribunal », l'individu contraint, « même dans le cadre d'une enquête administrative », pourrait bénéficier d'« une immunité contre l'utilisation de cette preuve » en matière pénale. Voir Cournoyer Boutin, Le Breton-Prévost, Lévesque et Pinto Borrego, *supra* note 4 aux pp 89-92.

¹⁵⁸ *McKinlay Transport*, *supra* note 20 à la p 649. Cela ressort clairement de *Goodwin*, *supra* note 135 au para 63.

¹⁵⁹ *Nolet*, *supra* note 66 aux para 24, 34.

¹⁶⁰ Rappelons qu'un fondement légal pourrait se trouver ailleurs, dans une autre loi ou dans la common law.

deux dispositions constitutionnelles. Malgré tout, il est possible de faire certains commentaires généraux à leur sujet.

Concernant l'article 8 de la *Charte*, la réponse obtenue à la seconde étape est importante. Si le tribunal a conclu que la disposition législative invoquée ne permettait pas l'exercice du pouvoir de contrainte pour les fins auxquelles il a été utilisé, la conduite de l'agent n'avait pas, à première vue, de fondement légal. Deux questions supplémentaires se posent néanmoins avant de conclure à une atteinte à l'article 8 de la *Charte*. L'administré pouvait-il faire valoir une expectative raisonnable de vie privée à l'égard de ce qui a été obtenu par l'agent de l'État? Dans la négative, la conduite échappe à l'application de l'article 8 de la *Charte*¹⁶¹. Dans l'affirmative, il faut se demander si la fouille, perquisition ou saisie sans mandat peut trouver un fondement légal ailleurs, dans la loi ou la common law. Rappelons que même en matière criminelle, il existe des situations où les policiers peuvent obtenir des documents ou biens sans autorisation judiciaire préalable¹⁶². Si un tel fondement n'existe pas, il y aura atteinte à l'article 8 de la *Charte*¹⁶³.

Si, au contraire, le tribunal a conclu à la deuxième étape que la disposition législative autorisait la conduite de l'agent, cela ne signifie pas que l'article 8 de la *Charte* sera nécessairement respecté. Comme l'indique le juge Binnie dans l'arrêt *Nolet*, « [l]e fondement légal de la fouille et le caractère raisonnable de celle-ci constituent deux questions distinctes »¹⁶⁴. Ainsi, si l'administré pouvait faire valoir une expectative raisonnable de vie privée, il faut poursuivre l'analyse avec les deux derniers critères de l'arrêt *Collins* : « Une fouille ne sera pas abusive si elle est autorisée par la loi, si la loi elle-même n'a rien d'abusif et si la fouille n'a pas été effectuée d'une manière abusive. » [nos italiques]¹⁶⁵ Aux fins de cette analyse, qui vise essentiellement à établir un « juste équilibre entre la nécessité d'appliquer efficacement la loi et les droits du suspect au respect de sa vie privée »¹⁶⁶, l'évaluation du degré d'expectative de vie privée auquel le citoyen peut raisonnablement prétendre, et de l'importance de l'intérêt de l'État au respect de la loi, joue un rôle clé¹⁶⁷. L'exécution matérielle de la fouille par l'agent est également une considération importante¹⁶⁸.

¹⁶¹ *Mills*, *supra* note 100 au para 12; *King*, *supra* note 97 aux para 32, 34.

¹⁶² *Sprague*, *supra* note 4 aux pp 183–84.

¹⁶³ *Collins*, *supra* note 66 au para 23; *Nolet*, *supra* note 66 au para 21.

¹⁶⁴ *Nolet*, *supra* note 66 au para 34. À ce sujet, voir aussi *Austin*, *supra* note 4 aux pp 519–20.

¹⁶⁵ *Collins*, *supra* note 66 au para 23.

¹⁶⁶ *R c Fearon*, 2014 CSC 77 au para 26. Voir aussi *Jarvis*, *supra* note 2 au para 69.

¹⁶⁷ *Austin*, *supra* note 4 à la p 520; *Sprague*, *supra* note 4 à la p 190; *Penney*, *supra* note 4 à la p 101.

¹⁶⁸ *Collins*, *supra* note 66 au para 23.

Nous avons vu plus haut que la détermination de l'objet prédominant de l'examen sera alors un facteur à prendre en considération, sans toutefois être déterminant dans l'analyse. En bout de piste, ce n'est que si l'ensemble des critères énoncés dans l'arrêt *Collins* sont respectés que la fouille sans mandat sera considérée comme conforme à l'article 8 de la *Charte*¹⁶⁹.

S'agissant de l'article 7 de la *Charte* et plus précisément du principe interdisant l'auto-incrimination, il nous semble nécessaire de distinguer deux situations, soit celle où c'est l'administré ciblé par l'enquête qui est visé par l'utilisation du pouvoir de contrainte et celle où c'est plutôt un tiers qui est visé.

Lorsque l'administré ciblé par l'enquête pénale est contraint de fournir des informations, le principe interdisant l'auto-incrimination est susceptible d'entrer en jeu. Si le tribunal a conclu à la seconde étape de l'analyse que le pouvoir invoqué par l'agent ne lui permettait pas de contraindre l'administré à fournir de l'information à ces fins, il sera à notre avis difficile d'échapper à la conclusion de l'arrêt *Jarvis* voulant qu'il y ait atteinte au principe interdisant l'auto-incrimination. En effet, une relation de nature contradictoire existe entre les parties, le principe interdisant l'auto-incrimination est directement soulevé—l'administré est « obligé par l'État de promouvoir une fin susceptible de causer sa propre défaite »¹⁷⁰—et, tout comme dans l'arrêt *Jarvis*, la conduite n'a pas de fondement légal. Ce dernier point est important, puisqu'il signifie que le législateur n'a pas jugé qu'il était justifié, dans le cadre de l'application des dispositions pénales du régime réglementaire, d'octroyer aux agents de l'organisme de tels pouvoirs contraignants.

La situation est différente si la conduite a un fondement légal. En effet, il ressort de l'arrêt *Mossman* que l'analyse ne saurait alors prendre fin. Il importe de reproduire les passages suivants de cet arrêt :

[13] The cases relied on by the applicants to support a point in time analysis (*Jarvis*, *Nolet*, *White*, and *R. v. Fitzpatrick*, 1995 CanLII 44 (SCC), [1995] 4 S.C.R. 154) all emphasize a contextual approach which “requires that regulatory and criminal offences be treated differently for the purposes of *Charter* review”: *R. v. Wholesale*, 1991 CanLII 39 (SCC), [1991] 3 S.C.R. 154 at 227. *The cases establish that, when considering the admissibility of compelled statements in regulatory prosecutions, the accused's interest in being free from self-incrimination has to be balanced against the public's interest in the proper regulation and control of a licensed activity that has the potential to cause harm to people and the environment. In many regulatory settings, such as mining, the individual freely chooses to participate in*

¹⁶⁹ Sprague, *supra* note 4 à la p 185.

¹⁷⁰ *Jarvis*, *supra* note 2 au para 67.

the industry. Requiring reports and permitting inspections are conditions of that participation. The state's information gathering concerning regulatory offences is, therefore, subject to a lower standard of *Charter* scrutiny because it engages different interests and a different level of compulsion: *Ontario v. Canadian Pacific Ltd.*, 1995 CanLII 112 (SCC), [1995] 2 S.C.R. 1031 at para. 57.

[...]

[16] It is worth emphasizing again that, consistent with their later reasoning in *Nolet*, the Court in *Jarvis* endorsed a contextual approach to balancing an individual's interest in limiting self-incrimination and the public interest in compliance with the regulatory scheme: at para. 68.¹⁷¹ [Nos italiques]

Il ressort de ces passages qu'à nouveau, il faut adopter une approche contextuelle, dénuée d'automatisme, où la protection contre l'auto-incrimination doit être mise en balance avec l'intérêt public à assurer le respect de la réglementation¹⁷². La solution dépendra ainsi des circonstances de l'affaire et du régime réglementaire en jeu¹⁷³. Comme l'indique la Cour dans *Jarvis*, reprenant des propos tirés de l'arrêt *White*, « [d]ans tous les cas, il faut analyser les faits en profondeur pour déterminer si le principe interdisant l'auto-incrimination est vraiment soulevé par la production ou l'utilisation de la déclaration »¹⁷⁴. Cela dit, l'obtention de déclarations de l'administré par la contrainte, dans l'objectif précis d'établir sa responsabilité pénale, contreviendra généralement au principe interdisant l'auto-incrimination¹⁷⁵. En effet, les intérêts protégés par ce principe entrent alors directement en jeu. À ce sujet, il nous semble que les arrêts *Branch*¹⁷⁶, *Fitzpatrick*¹⁷⁷ et *White*¹⁷⁸ constituent de meilleurs guides que l'arrêt *Jarvis* lui-même.

Lorsque c'est un tiers, et non l'administré visé par l'enquête, qui est contraint de fournir des informations, l'analyse est à notre avis fort simple. En fait, dans un tel cas, l'administré visé par l'enquête ne saurait selon nous invoquer avec succès que la protection contre l'auto-incrimination que lui octroie l'article 7 de la *Charte* a été violée. Comme le soulignent Me Cournoyer Boutin et ses collaborateurs dans leur article, la Cour suprême

¹⁷¹ *Mossman*, *supra* note 112 aux para 13, 16.

¹⁷² Voir notamment Sprague, *supra* note 4 aux pp 174–75.

¹⁷³ Comparer *Fitzpatrick*, *supra* note 20, et *White*, *supra* note 20.

¹⁷⁴ *Jarvis*, *supra* note 2 au para 68. Passage tiré de *White*, *supra* note 20 au para 48.

¹⁷⁵ Voir l'étude de Me Cournoyer Boutin et de ses collaborateurs sur la question : Cournoyer Boutin, Le Breton-Prévost, Lévesque et Pinto Borrego, *supra* note 4 aux pp 87–88.

¹⁷⁶ *Branch*, *supra* note 20.

¹⁷⁷ *Fitzpatrick*, *supra* note 20.

¹⁷⁸ *White*, *supra* note 20.

a reconnu, dans un arrêt postérieur à *Jarvis*, qu'il est possible d'obtenir des témoignages sous contrainte, dans un cadre criminel, « dans la mesure où cette preuve n'était pas utilisée ou destinée à être utilisée contre la personne ainsi contrainte »¹⁷⁹. Si les mots ont un sens, ce résultat va de soi¹⁸⁰. En effet, le principe en question protège les citoyens canadiens contre l'auto-incrimination. Reprenant les enseignements de l'arrêt *S (RJ)*¹⁸¹, la Cour souligne dans *Jarvis* que ce principe signifie qu'« un particulier ne doit pas être obligé par l'État de promouvoir une fin susceptible de causer sa propre défaite »¹⁸². Dans *Branch* (que la Cour ne renverse pas dans *Jarvis*, le citant plutôt avec approbation), la Cour mentionne que « [c]'est contre l'effet auto-incriminant de la contrainte que la *Charte* protège » [soulignement dans l'original]¹⁸³. La Cour ajoute d'ailleurs que les témoins pourront « bénéficier d'une immunité dans la mesure où ils sont personnellement compromis par leur propre témoignage »¹⁸⁴. Cette composante d'auto-incrimination est absente lorsque c'est un tiers, et non l'administré ciblé par l'enquête, qui est visé par la contrainte. De ce fait, il serait erroné d'affirmer que « le principe interdisant l'auto-incrimination est vraiment soulevé »¹⁸⁵ dans un tel cas. D'ailleurs, il est intéressant de s'interroger sur les conséquences nécessaires de l'argument voulant que toute contrainte visant à établir la responsabilité pénale ou criminelle de la cible d'une enquête, sans égard à l'identité de la personne ainsi contrainte, porte atteinte aux droits de la cible à la protection contre l'auto-incrimination. Si tel est le cas, cela signifie par exemple que le fait de contraindre un témoin à déposer dans le cadre d'un procès criminel constitue une atteinte au droit de l'accusé d'être protégé contre l'auto-incrimination. Il va de soi qu'une telle conclusion n'est pas appropriée. Ainsi, lorsque c'est un tiers, et non l'administré visé par l'enquête, qui est contraint de fournir des informations, le principe interdisant l'auto-incrimination ne saurait entrer en jeu pour protéger l'administré visé par l'enquête.

Dans la présente partie, bâtissant sur la jurisprudence rendue après l'arrêt *Jarvis*, nous avons proposé un cadre d'analyse se voulant plus conforme à l'esprit de cet arrêt, selon lequel il importe d'adopter une approche contextuelle à propos des droits garantis par la *Charte*, tout en

¹⁷⁹ Cournoyer Boutin, Le Breton-Prévost, Lévesque et Pinto Borrego, *supra* note 4 à la p 102, référant à l'arrêt *Demande fondée sur l'art 83.28 du Code criminel (Re)*, 2004 CSC 42 [*Demande fondée sur l'art. 83.28 Ccr*].

¹⁸⁰ Provenant du grec *autos*, le préfixe auto- signifie « soi-même », « lui-même » : Larousse, *sub verbo* « auto- », en ligne : <www.larousse.fr/dictionnaires/francais/auto-/6568>.

¹⁸¹ *S (RJ)*, *supra* note 20.

¹⁸² *Jarvis*, *supra* note 2 au para 67.

¹⁸³ *Branch*, *supra* note 20 au para 39.

¹⁸⁴ *Ibid* au para 40.

¹⁸⁵ *Jarvis*, *supra* note 2 au para 68. Passage tiré de *White*, *supra* note 20 au para 48.

s'assurant de ne pas neutraliser la capacité de l'État d'enquêter. Ce cadre d'analyse est composé de trois étapes, toutes dirigées vers un but précis : déterminer, sans raccourci, si la conduite contestée a porté atteinte aux droits constitutionnels de l'administré. À la **première étape**, le tribunal doit déterminer quel était l'objet prédominant de l'examen de l'agent lorsqu'il a posé l'acte litigieux. Cette détermination sera parfois fort simple. En effet, dans le cadre de certains régimes réglementaires, tous les examens sont de nature pénale. Dans d'autres cas, comme dans *Jarvis*, la question sera plus complexe. Il importera alors d'appliquer le test de l'objet prédominant développé dans cet arrêt¹⁸⁶. À la **seconde étape**, le tribunal doit déterminer si la disposition législative invoquée par l'agent autorisait l'usage du pouvoir contraignant aux fins pour lesquelles il a été utilisé. À ce sujet, il importe de garder à l'esprit que le fondement légal d'une conduite et la conformité de cette conduite à la *Charte* sont deux questions distinctes¹⁸⁷.

Les réponses fournies aux deux premières étapes de l'analyse sont importantes pour l'analyse prévue à la **troisième étape**, sans toutefois être déterminantes. À cette dernière étape, il s'agit de répondre à la question centrale de l'analyse : l'utilisation du pouvoir de contrainte, dans les circonstances de l'affaire dont le tribunal est saisi, a-t-elle porté atteinte aux droits constitutionnels de l'administré? Le tribunal doit alors se livrer à une analyse, sous les articles 7 et 8 de la *Charte*, dont le résultat n'est pas prédéterminé par l'analyse menée aux deux premières étapes. Ces étapes ne sont que des étapes préliminaires, visant à fournir de précieux éléments de contexte pour répondre à la question distincte qu'est celle de la conformité de la conduite de l'agent à la *Charte*.

En adoptant un tel cadre d'analyse, le tribunal s'assurera de mener une réelle analyse contextuelle et il pourra de ce fait établir un meilleur équilibre entre les intérêts en présence. Loin de tourner le dos à l'arrêt *Jarvis*, il en respectera l'esprit, en plus de se conformer à une jurisprudence postérieure dont le raisonnement est convaincant.

Conclusion

Diverses lois octroient aux agents des organismes publics des pouvoirs contraignants qu'ils peuvent exercer à l'encontre des administrés. Se fondant sur l'arrêt *Jarvis*, de nombreux défendeurs poursuivis en matière pénale ou criminelle invoquent la violation de leurs droits constitutionnels lorsque le poursuivant tente d'utiliser des éléments de preuve obtenus

¹⁸⁶ *Jarvis*, *supra* note 2 au para 94.

¹⁸⁷ *Nolet*, *supra* note 66 aux para 24, 34.

par le biais de ces pouvoirs. Tel que mentionné en introduction, le but de cet article était de proposer des outils permettant de trancher de telles contestations en adoptant une approche contextuelle. Plus précisément, nous avons voulu proposer un cadre d'analyse permettant d'éliminer la confusion découlant des signaux contradictoires transmis par la Cour dans *Jarvis*, en privilégiant l'esprit de cet arrêt sur sa lettre.

Conformément à l'esprit de l'arrêt *Jarvis*, le cadre d'analyse proposé mise sur une approche contextuelle, en mettant l'accent sur la question de l'existence d'une atteinte aux intérêts protégés par la *Charte*. Ce n'est pas l'intention de l'agent ou la nature du régime qui sont déterminantes, mais plutôt la mise en balance des intérêts en cause—ceux de l'administré et ceux de l'État—dont le poids respectif est déterminé en fonction du contexte. Cette mise en balance des intérêts, permettant de déterminer en bout de piste si la conduite étatique a porté atteinte à la *Charte*, nous assure que la capacité d'enquête de l'État ne sera pas entravée si des intérêts individuels plus pressants ne le justifient pas. Cela est nécessaire, puisque comme l'indique la Cour dans *Jarvis*, « nous devons nous garder de neutraliser la capacité de l'État d'enquêter et de recueillir des éléments de preuve de la perpétration [d']infractions »¹⁸⁸.

Contrairement à la lettre de cet arrêt, la question déterminante de l'analyse n'est donc pas celle de l'identification de l'objet prédominant de l'examen mené par l'agent. Autrement dit, nous avons rejeté la position voulant que l'arrêt *Jarvis* doive être interprété comme signifiant que tout exercice d'un pouvoir de contrainte, ayant pour objet prédominant d'établir la responsabilité pénale d'un administré, portera atteinte à la *Charte*. Dans le cadre d'une contestation fondée sur la *Charte*, le tribunal est chargé de déterminer si la conduite litigieuse a porté atteinte à la *Charte*. Le fait de déterminer qu'au moment de poser l'acte litigieux, l'agent menait un examen dont l'objet prédominant était d'établir la responsabilité pénale, civile ou administrative de l'administré, n'équivaut pas à déterminer si la conduite en question a porté atteinte à la *Charte*.

Le meilleur exemple de ce fait ressort de l'arrêt *Jarvis* lui-même. Rappelons que dans cet arrêt, les juges concluent que l'obtention de renseignements bancaires auprès d'institutions financières à la suite d'une demande péremptoire, alors que l'enquête pénale était en cours, « a porté atteinte aux droits garantis à l'appelant par l'art. 7 »¹⁸⁹. Or, nous avons vu qu'une telle conclusion est contraire à la jurisprudence antérieure¹⁹⁰

¹⁸⁸ *Jarvis*, *supra* note 2 au para 90.

¹⁸⁹ *Ibid* au para 105.

¹⁹⁰ *Branch*, *supra* note 20.

et postérieure¹⁹¹ à *Jarvis*, voulant que le principe interdisant l'auto-incrimination ne soit engagé que lorsque c'est la personne contrainte elle-même qui s'incrimine. Ce n'était pas le cas ici puisque la contrainte visait la banque, et non M. Jarvis. Un auteur a d'ailleurs qualifié cette conclusion de « grand mystère de l'arrêt *Jarvis* »¹⁹². À notre avis, la Cour donne la *mauvaise réponse* puisqu'elle répond à la *mauvaise question*. En effet, dans le cadre d'une contestation fondée sur la *Charte*, la *bonne question* est la suivante : la conduite de l'agent a-t-elle porté atteinte aux droits constitutionnels de l'administré? La Cour ne se rend pas à cette étape de l'analyse, se limitant à se demander quel était l'objet prédominant de l'examen, pour en tirer automatiquement la conclusion qu'il y a eu atteinte à la *Charte*. Malheureusement, nous l'avons vu, cette conclusion automatique est en fait contraire à celle retenue dans la jurisprudence de la Cour. Cela confirme à notre avis l'importance de privilégier l'esprit de l'arrêt *Jarvis* sur sa lettre, ce qui permet de mieux l'inscrire dans la jurisprudence de la Cour.

À l'ère des nouvelles technologies, l'adoption d'un cadre d'analyse robuste, fondé sur une approche contextuelle permettant d'établir un équilibre adéquat entre les intérêts de l'État et les intérêts individuels des administrés, est plus importante que jamais. En effet, les nouvelles technologies fournissent (et fourniront) aux agents chargés de l'application de la loi des outils de plus en plus performants pour mener leurs vérifications et leurs enquêtes. L'impact de ces nouveaux outils sur les droits et libertés individuels dépendra nécessairement de leur nature et de leur utilisation. Dans certains cas, ils pourront rendre possibles des vérifications et enquêtes qui portent peu ou pas atteinte aux intérêts protégés par la *Charte*. Dans d'autres cas, ils se révéleront fortement intrusifs. De ce fait, une approche stricte n'est pas appropriée. Permettre l'utilisation de ces outils, sans limite, lorsque l'objet prédominant de l'examen est administratif ou civil, et en défendre l'utilisation à des fins pénales, reviendrait dans certains cas à sous-protéger les droits et libertés individuels alors que dans d'autres cas, ces derniers seraient surprotégés, privant sans raison valable l'État de précieux outils.

Un regard vers l'actualité française nous prouve d'ailleurs que le domaine fiscal, domaine central d'application de l'arrêt *Jarvis*, n'échappera pas à ces questionnements. Le 9 juin 2023, la Direction générale des

¹⁹¹ *Demande fondée sur l'art. 83.28 Ccr, supra* note 179.

¹⁹² « Cela étant dit, malgré une jurisprudence abondante, aucun tribunal n'a malheureusement percé le grand mystère de l'arrêt *Jarvis* : en quoi la protection contre l'auto-incrimination de l'accusé est-elle engagée lorsque la demande péremptoire demande à une tierce personne de produire des documents créés avant l'émission de la demande? » : Villeneuve, *supra* note 4 à la p 734.

Finances publiques, chargée notamment du contrôle fiscal en France, a annoncé avoir trouvé 120 000 piscines non déclarées aux autorités¹⁹³. Pour ce faire, la Direction a eu recours à l'intelligence artificielle. En effet, elle a utilisé un logiciel mobilisant cette technologie pour repérer les masses d'eau¹⁹⁴. Les citoyens visés devront régulariser la situation, sans quoi « ils s'exposent à un redressement fiscal et à une amende »¹⁹⁵. Notons que la Direction a également souligné qu'elle compte « déployer l'outil pour repérer d'autres constructions, comme les extensions et les vérandas »¹⁹⁶. L'utilisation d'un tel outil au Canada soulèvera tôt ou tard des questionnements constitutionnels. D'un côté, les risques pour la vie privée sont importants, et ce, même si l'outil n'est utilisé qu'à des fins dites administratives. De l'autre côté, cet outil est un allié de taille dont l'État pourra vouloir se servir aux fins d'application de la loi, même pénale. Ainsi, un simple regard vers l'objet prédominant de l'examen aux fins duquel l'outil est utilisé ne permettra pas de rendre adéquatement compte des intérêts mis en jeu par cette utilisation. À notre avis, le cadre d'analyse proposé dans le présent article sera plus approprié pour le faire.

¹⁹³ FS, « [Fraude aux impôts : plus de 120.000 piscines non déclarées débusquées grâce à l'IA](http://www.tfi.info.fr/societe/fraude-impots-le-fisc-a-debusque-plus-de-120-000-piscines-non-declarees-par-intelligence-artificielle-2259856.html) », *TFI Info* (9 juin 2023), en ligne : <www.tfi.info.fr/societe/fraude-impots-le-fisc-a-debusque-plus-de-120-000-piscines-non-declarees-par-intelligence-artificielle-2259856.html>.

¹⁹⁴ *Ibid.*

¹⁹⁵ *Ibid.*

¹⁹⁶ *Ibid.*