

[EYB2019REP2871](#)

Repères, Décembre, 2019

Pierre TRUDEL\*

Commentaire sur la décision Denis c. Côté – La liberté de presse emporte une présomption de protection des sources journalistiques

**Indexation**

**DROIT CRIMINEL ; TRIBUNAUX**

**TABLE DES MATIÈRES**

[INTRODUCTION](#)

[I– LES FAITS](#)

[A. Les prétentions de la partie qui réclame la divulgation](#)

[B. L'activité journalistique en cause](#)

[II– LA DÉCISION](#)

[A. Le renversement du fardeau de preuve](#)

[B. L'ancien droit](#)

[C. Le nouveau régime institué par l'article 39.1 de la \*Loi sur la preuve au Canada\*](#)

[D. La dissidence](#)

[III– LE COMMENTAIRE DE L'AUTEUR](#)

[CONCLUSION](#)

**Résumé**

*L'auteur commente cette décision dans laquelle la Cour suprême doit se prononcer pour la première fois sur la portée de la Loi sur la protection des sources journalistiques<sup>1</sup>, entrée en vigueur le 18 octobre 2017<sup>2</sup> dans le contexte inusité d'un pourvoi interlocutoire en matière criminelle.*

**INTRODUCTION**

Dans la décision *Denis c. Côté*<sup>3</sup>, la Cour suprême était appelée à décider de la validité d'une assignation à témoigner signifiée à la journaliste Marie-Maude Denis en vue de recueillir des éléments de preuve au soutien d'une requête en arrêt des procédures. Un tel témoignage est susceptible de révéler l'identité de certaines sources journalistiques confidentielles de M<sup>me</sup> Denis.

La Cour interprète donc la *Loi sur la protection des ressources journalistiques*, laquelle modifie la *Loi sur la preuve au Canada*<sup>4</sup>, ainsi que le *Code criminel*<sup>5</sup>, afin de bonifier la protection de la confidentialité des sources journalistiques.

La Cour analyse le nouveau régime légal de protection des sources journalistiques institué par ce qui est désormais l'article 39.1 de la *Loi sur la preuve au Canada*. Ce nouveau régime fédéral se compose à la fois de règles de common law existantes et d'éléments nouveaux. D'entrée de jeu, la Cour situe les dispositions de cette loi adoptée en 2017 dans la droite ligne de la protection de la liberté de presse entendue comme protégeant la capacité des médias d'obtenir des informations d'intérêt public. Elle confirme que l'article 39.1 de la *Loi sur la preuve au Canada* opère un renversement de la démarche afin de déterminer si les conditions sont réunies pour contraindre un journaliste à dévoiler l'identité d'une source d'information.

**I– LES FAITS**

L'affaire concerne le droit d'une journaliste de refuser de révéler l'identité de ses sources confidentielles d'information. Elle origine de reportages télévisés diffusés de 2012 à 2016 et portant sur de possibles actes de corruption dans lesquels aurait pu être impliqué M. Côté, ancien politicien québécois, arrêté en 2016 et accusé de corruption politique pour des faits qui se seraient déroulés entre les années 2000 et 2012. Les reportages contenaient de l'information sensible que M<sup>me</sup> Denis avait obtenue de sources confidentielles. Dans le cadre de requêtes tendant à démontrer qu'il avait été victime d'abus de procédures, Côté a demandé et obtenu du tribunal une ordonnance afin de contraindre la journaliste Denis à révéler l'identité de ses sources.

Dans sa décision, la Cour suprême renvoie au juge du procès de Marc-Yvan Côté la tâche de décider si la journaliste Marie-Maude Denis peut être contrainte de révéler l'identité de ses sources d'information. La Cour a clarifié la nouvelle législation sur la protection des sources journalistiques. Les règles édictées par cette loi fédérale entrée en vigueur en 2017 ont changé les anciennes approches à cet égard. Avec le nouveau régime, justifié par un souci d'assurer l'exercice effectif de la liberté de presse, la protection de la confidentialité des sources journalistiques prévaut sauf s'il y a une preuve très convaincante de la nécessité d'y déroger.

Voici les faits plus en détail. En 2016, l'ex-politicien Marc-Yvan Côté, ancien député et ministre devenu ensuite vice-président d'une firme de génie-conseil est arrêté et est notamment accusé de fraude, d'abus de confiance et de corruption de fonctionnaires, concernant des faits survenus au cours des années 2000 à 2012. On lui reproche d'avoir mis en place, avec ses co-accusés un système de financement politique occulte dans le cadre duquel des cabinets de génie-conseil et des entreprises de construction auraient versé des contributions politiques illicites afin de bénéficier d'avantages indus lors d'appels d'offres publics et de demandes de subventions. Côté demande l'arrêt des procédures au motif qu'elles seraient abusives, il soutient que ces poursuites portent atteinte à l'intégrité du système de justice dans son ensemble. Il concède que la situation ne relève pas tant d'une conduite qui, comme telle, compromet l'équité de son procès. Mais à la lumière de l'arrêt *Babos*<sup>6</sup>, il entend démontrer l'existence d'une conduite étatique « si troublante que la tenue d'un procès — même un procès équitable — donnera l'impression que le système de justice cautionne une conduite heurtant le sens du franc-jeu et de la décence qu'a la société ».

#### **A. Les prétentions de la partie qui réclame la divulgation**

M. Côté soutient que des représentants de haut rang de l'État ont transmis à des journalistes une quantité importante d'informations confidentielles dans le but de lui nuire. Il s'agit d'informations émanant pour la plupart de dossiers d'enquête actifs de l'Unité permanente anticorruption (« UPAC »). Selon Côté, ces fuites visaient des fins stratégiques illicites. Elles viseraient à le priver du droit à un procès juste et équitable devant juge et jury, puisque les jurés potentiels seraient « contaminés » par les nombreuses fuites d'éléments de preuve, ce qui réduirait à néant pour lui la présomption d'innocence. Il soupçonne l'État d'avoir orchestré sa condamnation *de facto* par le truchement des médias. Les prétentions de Côté selon lesquelles les auteurs de ces fuites agissaient au nom de l'État reposent sur des éléments de preuve circonstancielle. Une action concertée émanant de décideurs étatiques de haut niveau expliquerait la coïncidence temporelle entre les fuites et certains événements particuliers. Il invoque aussi la nature hautement sensible des informations révélées de même que l'échec de toutes les enquêtes menées par l'État en vue d'identifier les responsables.

Le Directeur des poursuites criminelles et pénales du Québec concède que les fuites paraissent émaner d'employés de l'État, mais ceux-ci ne seraient pas suffisamment haut placés pour agir au nom de l'État. Le ministère public soutient que la divulgation d'informations aux journalistes émanerait de gens qui poursuivent des fins personnelles incompatibles avec celles de l'État. Leurs actes ne pourraient donc être imputés à l'État.

Pour prouver ses prétentions, M. Côté souhaite ajouter à sa preuve circonstancielle une preuve directe de l'identité des auteurs des fuites. C'est dans ce contexte qu'il assigne les journalistes ayant diffusé des informations provenant des fuites. Il soutient que le dévoilement de leurs sources permettra de découvrir l'identité des responsables des fuites, et ainsi de démontrer le haut degré d'implication de l'État, condition essentielle au succès de sa requête fondée sur l'arrêt *Babos*.

#### **B. L'activité journalistique en cause**

Quatre reportages au sujet d'un possible système de corruption préparés et présentés par la journaliste Marie-Maude Denis au cours de l'émission d'affaires publiques *Enquête* de 2012 à 2016 sont concernés par la requête de Côté. La journaliste Denis a déclaré sous serment ignorer l'identité des sources liées aux reportages diffusés en 2014 et 2016. Par conséquent, seules les sources associées aux reportages diffusés en 2012 et 2015 demeurent visées par les recours examinés par la Cour suprême. Un premier reportage, diffusé en 2012, présente une partie de la preuve recueillie contre huit personnes arrêtées par l'UPAC en février 2011, dont une lettre adressée à M. Côté, ainsi qu'un extrait vidéo de l'interrogatoire de l'une de ses coaccusés. Un second reportage relate le contenu d'échanges de courriels entre les commissaires de la Commission d'enquête sur l'octroi et la gestion des contrats publics dans l'industrie de la construction, ainsi qu'une version préliminaire annotée du rapport d'enquête de la Commission.

En première instance, le juge de la Cour du Québec a conclu que la journaliste Denis n'avait pas à révéler ses sources, car elle ne savait pas qui elles étaient. En appel, la Cour supérieure a jugé que le juge de la Cour du Québec avait fait une erreur, parce

que M<sup>me</sup> Denis connaissait *en fait* les sources pour deux des quatre reportages. Selon elle, M<sup>me</sup> Denis était tenue de fournir cette information.

Lorsque M<sup>me</sup> Denis a interjeté appel, la Cour d'appel a dit ne pas avoir le pouvoir de trancher la question, parce que la loi prévoyait que seule la première décision (de la Cour du Québec) pouvait être portée en appel, ce qui avait déjà eu lieu à la Cour supérieure. En revanche, la Cour d'appel a affirmé que M<sup>me</sup> Denis pouvait demander la permission d'interjeter appel à la Cour suprême.

La Cour suprême devait considérer deux appels de M<sup>me</sup> Denis. Le premier visait à déterminer si la Cour d'appel avait eu raison de décider qu'elle n'avait pas le pouvoir de considérer son appel. Le second visait l'obtention d'une décision sur l'issue de l'appel. L'audience à la Cour suprême a été remise une première fois parce que la Couronne (la poursuite) avait de nouveaux éléments de preuve et voulait modifier son argumentation. La Cour a refusé une seconde remise de l'audience lorsque la Couronne l'a demandée.

## II– LA DÉCISION

La Cour suprême répond aux questions posées en clarifiant les tenants et aboutissants de la nouvelle législation sur la protection des sources journalistiques. Le juge en chef explique d'entrée de jeu que les règles édictées par cette loi fédérale entrée en vigueur en 2017 ont changé les anciennes approches à cet égard. En effet, La *Loi sur la protection des sources journalistiques*, entrée en vigueur le 18 octobre 2017<sup>7</sup>, modifie la *Loi sur la preuve au Canada* ainsi que le *Code criminel*<sup>8</sup> afin de bonifier la protection de la confidentialité des sources journalistiques.

L'essentiel de l'analyse de la majorité de la Cour porte sur l'article 39.1 de la *Loi sur la preuve au Canada*. Elle relève que le législateur a modifié la structure de l'analyse et la prépondérance des critères identifiés. Certains critères qui n'étaient que de simples considérations sont désormais des conditions essentielles, alors que d'autres critères ont vu leur importance diminuer. De ce réajustement résulte un régime de droit nouveau reflétant une intention claire d'accorder une protection accrue à la confidentialité des sources journalistiques dans le cadre des rapports qu'entretiennent les journalistes avec ces sources.

### A. Le renversement du fardeau de preuve

Le renversement du fardeau de la preuve prévu au paragraphe 39.1 (9) de la *Loi sur la preuve au Canada* est l'un de changements les plus importants introduits par la loi entrée en vigueur en 2017. Avant l'adoption de la Loi, c'était le régime découlant des arrêts *R. c. National Post*<sup>9</sup>, et *Globe and Mail c. Canada (Procureur général)*<sup>10</sup>, qui était applicable. Ce régime faisait reposer le fardeau de la preuve sur les épaules du journaliste qui s'opposait à la divulgation de renseignements pouvant identifier une source. Il incombait alors au journaliste d'établir que les quatre volets du test de *Wigmore* étaient respectés.

### B. L'ancien droit

L'arrêt *National Post* énonçait les quatre volets du test de *Wigmore* qui se déclinaient comme suit :

Premièrement, les communications doivent avoir été transmises confidentiellement avec l'assurance que l'identité de l'informateur ne serait pas divulguée.

Deuxièmement, le caractère confidentiel doit être essentiel aux rapports dans le cadre desquels la communication est transmise.

Troisièmement, les rapports doivent être des rapports qui, dans l'intérêt public, devraient être « entretenus assidûment », adjectif qui évoque l'application constante et la persévérance [...]

Enfin, si toutes ces exigences sont remplies, le tribunal doit déterminer si, dans l'affaire qui lui est soumise, l'intérêt public que l'on sert en soustrayant l'identité à la divulgation l'emporte sur l'intérêt public à la découverte de la vérité. [Au par. 53]

Les trois premiers volets jouaient le rôle de conditions préalables essentielles. Si le journaliste n'était pas en mesure de démontrer l'existence des chacune de ces trois conditions, son refus de divulguer l'identité des sources était voué à l'échec. C'était uniquement lorsque les trois premiers volets étaient réunis que le tribunal pouvait procéder à la mise en balance requise par le quatrième.

Un ensemble non exhaustif de facteurs pouvait être considéré pour effectuer cet exercice de mise en équilibre. Il pouvait être tenu compte de la nature et la gravité de l'infraction faisant l'objet de l'enquête, de l'importance de la question pour l'instance, de la qualité du journaliste dans le cadre de l'instance (est-il un tiers ou une partie directement impliquée), la valeur probante de l'élément de preuve recherché, l'importance de la nouvelle pour le public et la liberté de la presse.

En somme, dans l'ancien régime de common law, le privilège de non-divulgation avait un caractère exceptionnel. Son applicabilité devait être démontrée au cas par cas par le journaliste qui voulait l'invoquer. Il existait une présomption en faveur de la divulgation de l'identité d'une source. Cette présomption n'était écartée que si le journaliste parvenait à satisfaire aux quatre volets du test de *Wigmore*.

### **C. Le nouveau régime institué par l'article 39.1 de la *Loi sur la preuve au Canada***

Le nouveau régime légal qui figure à l'article 39.1 de la *Loi sur la preuve au Canada* présente des différences notables avec l'ancien régime fondé sur la common law. La Cour relève que le plus grand changement apporté par la loi de 2017 est le renversement du fardeau de la preuve.

L'analyse prescrite par l'article 39.1 impose au journaliste le seul fardeau d'établir qu'il est un « journaliste » et sa source confidentielle, une « source journalistique », au sens du paragraphe 39.1(1). Dès lors que cela est démontré, il incombe alors à la partie qui souhaite la divulgation du renseignement ou du document qui identifie ou est susceptible d'identifier une source journalistique de faire la preuve des conditions requises pour que le tribunal autorise la divulgation.

Alors que sous l'ancien régime, l'applicabilité du privilège journalistique constituait l'exception, elle est maintenant devenue la règle. Le juge en chef relève qu'une telle répartition du fardeau de la preuve avait déjà été envisagée relativement au quatrième volet du test de *Wigmore*, mais avait ultimement été rejetée par la Cour.

Le juge en chef Wagner relève également que le tribunal peut, comme prévu à l'alinéa 39.1(4) soulever d'office la question de la communication, ou de la non-divulgation, d'informations susceptibles d'identifier une source. Il s'agit de deux différences appréciables qui illustrent le changement de paradigme qu'a entraîné l'édiction de l'article 39.1.

Avec le nouveau régime, il incombe à la partie qui demande la divulgation qui identifie ou est susceptible d'identifier une source journalistique de démontrer un état de nécessité raisonnable. Cela impose d'établir que le renseignement recherché ne peut être mis en preuve par un autre moyen raisonnable. Si la démonstration échoue, la demande de divulgation doit être écartée.

### **D. La dissidence**

Dans son opinion dissidente, la juge Abella va plus loin. Elle expose qu'un examen même superficiel de la nouvelle loi confirme que son objet prépondérant était d'accroître la protection accordée aux sources journalistiques. Selon elle, la loi qui notamment modifié la *Loi sur la preuve au Canada* par l'adjonction de l'article 39.1 et plus spécifiquement, le paragraphe 39.1(9) précise qu'une autorisation peut être accordée *uniquement* si la partie qui demande la divulgation a démontré que les conditions énoncées aux al. 39.1(7) a) et b) sont remplies. Ces conditions sont les suivantes :

- il n'y a aucun autre moyen raisonnable d'obtenir les renseignements ;
- et
- l'intérêt public à préserver la confidentialité des sources journalistiques est surpassé par l'intérêt public dans l'administration de la justice.

C'est à la partie sollicitant la divulgation qu'incombe le fardeau de démontrer qu'il a été satisfait aux *deux* volets de cette analyse pour que la divulgation puisse être autorisée.

La juge Abella fait remarquer que ce double fardeau qui incombe, aux termes du paragraphe 39.1(7), à la partie sollicitant la divulgation comporte un écart marqué par rapport à l'ancien régime de common law, lequel imposait aux journalistes le fardeau de convaincre le tribunal que l'identité de la source ne devrait pas être révélée. Un tel fardeau créait un obstacle important pour les journalistes. La loi est venue éliminer ce fardeau et limiter la divulgation des sources confidentielles aux *situations exceptionnelles, graves et sérieuses* où l'intérêt public dictera qu'il faut lever la protection et divulguer l'identité de la source. Dans d'autres cas, l'intérêt public dictera qu'il faut maintenir l'anonymat.

C'est ce qui fonde l'analyse de la juge Abella qui estime que loin d'exiger une mise en balance équilibrée des intérêts en jeu, le nouveau régime prévoit qu'en l'absence de circonstances exceptionnelles, la présomption de protection des sources journalistiques aura préséance. La juge Abella retient en quelque sorte une interprétation qui fait du régime de protection des sources une présomption très forte qui ne peut être renversée qu'en présence de conditions réellement exceptionnelles.

### **III– LE COMMENTAIRE DE L'AUTEUR**

La décision envoie un signal fort à l'ensemble des instances judiciaires. La Cour suprême fonde son raisonnement sur une claire reconnaissance que la capacité des médias de recueillir des informations et d'en communiquer la teneur au public est une dimension essentielle des processus démocratiques.

Avec un tel prononcé, il devient possible de postuler que la liberté de presse protège contre les règles et pratiques qui inhibent la capacité des médias à faire leur travail. Cette liberté n'est pas qu'un principe abstrait qui peut être mis de côté aussitôt que cela dérange. C'est clairement à ceux qui veulent limiter la liberté de presse qu'il incombe de démontrer sérieusement la validité de leurs prétentions. Le message de la Cour est nécessaire, car nous vivons dans une société où la protection des libertés expressives est loin d'être une priorité pour tous.

Ce n'est qu'en présence d'une démonstration claire de circonstances exceptionnelles qu'un tribunal peut contraindre un journaliste à transgresser ses engagements de protéger l'anonymat de ses sources. La protection des sources confidentielles d'information des journalistes est désormais la règle.

La Cour retient une interprétation de la loi allant dans le sens d'un élargissement et d'une consolidation de la protection de la confidentialité des sources journalistiques. Le fardeau à rencontrer pour obtenir une ordonnance forçant la divulgation est clairement très lourd. Elle reconnaît qu'une protection inadéquate des sources pourrait contribuer à leur tarissement. La protection de leur confidentialité constitue un aspect nécessaire pour susciter leur contribution et ainsi favoriser l'existence d'un journalisme d'enquête fort et efficace.

## CONCLUSION

L'arrêt commenté confirme clairement que le nouvel article 39 de la *Loi sur la preuve au Canada* va beaucoup plus loin qu'une simple codification des principes jurisprudentiels. Désormais, dès lors qu'un journaliste s'oppose à la divulgation d'une information au motif qu'elle est susceptible d'identifier une source confidentielle, la non-divulgation devrait marquer le point de départ de l'analyse. Le fardeau de renverser cette présomption revient à la partie cherchant à obtenir l'information.

---

\* M<sup>e</sup> Pierre Trudel est professeur au Centre de recherche en droit public de l'Université de Montréal. [www.pierretrudel.net](http://www.pierretrudel.net).

[1.](#) L.C. 2017, ch. 22.

[2.](#) La loi est entrée en vigueur à la date de la sanction en vertu de l'article 6 (2) de la *Loi d'interprétation*, L.R.C. 1985, ch. I-21.

[3.](#) *Denis c. Côté*, 2019 CSC 44, [EYB 2019-317233](#).

[4.](#) L.R.C. 1985, ch. C-5.

[5.](#) L.R.C. 1985, ch. C-46.

[6.](#) *R. c. Babos*, [2014] 1 R.C.S. 309, 2014 CSC 16, [EYB 2014-233436](#), par. 35.

[7.](#) La loi étant silencieuse à ce sujet, celle-ci entre en vigueur à zéro heure de la date de la sanction en vertu de l'article 6 (2) de la *Loi d'interprétation*, L.R.C. 1985, ch. I-21.

[8.](#) L.R.C. 1985, ch. C-46.

[9.](#) 2010 CSC 16, [2010] 1 R.C.S. 477, [EYB 2010-173421](#).

[10.](#) 2010 CSC 41, [2010] 2 R.C.S. 592, [EYB 2010-180851](#).

Date de dépôt : 3 décembre 2019

Éditions Yvon Blais, une société Thomson Reuters.

©Thomson Reuters Canada Limitée. Tous droits réservés.