

**La preuve du comportement – un examen à la lumière
des enseignements de la Cour canadienne de l’impôt**

**Gilles Renaud
Cour de justice de l’Ontario**

Le 14 février 2022

Propos introductifs

Il s’agit d’une tentative d’analyser les enseignements de la Cour canadienne de l’impôt portant sur la preuve du comportement au moyen d’un examen thématique et en enfilade des arrêts qui jettent un éclairage utile sur cet élément de l’appréciation du témoignage.¹

D’entrée de jeu, citons un jugement du très savant juge en chef Bowman, soit l’arrêt *Faulkner c. Ministre du revenu national*, 2006 CC1 239, au paragr. 13, en raison de la pertinence des commentaires au sujet de l’appréciation du témoignage, en général, et des constats de faits qui découle du comportement du témoin de façon précise :²

[13] Je pense qu’il est important que les juges ne soient pas trop prompts à tirer des conclusions relatives à la crédibilité. J’ai dit ce qui suit dans la décision *1084767 Ontario Inc. (Celluland) c. Canada*, [2002] A.C.I. n° 227 (QL) :

¹ Voir le document de travail beaucoup plus vaste intitulé “Demeanour evidence: Guidance from the Tax Court of Canada for Criminal Defence Counsel - Alan D. Gold Collection of Criminal Law Articles - ADGN/RP-294, le 4 mai 2020, Alan D. Gold’s Collection of Criminal Law Articles, Quicklaw.

² J’invite la lectrice à prendre connaissance de trois documents de travail portant sur la preuve du comportement que j’ai signé, soit « [La preuve du comportement : ce que Balzac enseigne aux plaideurs à la lumière du roman Eugénie Grandet - la question du voile, du visage et de la voix](#) », en date du 24 janvier 2022, « [La preuve du comportement – les enseignements de la Cour d’appel de l’Ontario du 7 janvier 2022 à la lumière du roman de Balzac La maison du chat-qui-pelote – la question du témoin ‘calme’ et du témoin ‘agressif’](#) », du 27 janvier 2022 et « [La preuve du comportement: Les enseignements de l’arrêt Clarke c. Edinburgh and District Tramways Co. à la lumière du roman Le contrat de mariage de Balzac – la question des ‘cillements’ des témoins](#) », en date du 3 février 2022.

8 La preuve de chacun des deux témoins est radicalement opposée à celle de l'autre. J'ai pris le jugement en délibéré puisque je ne crois pas approprié de tirer à la légère des conclusions relatives à la crédibilité ou, de façon générale, de rendre ces conclusions oralement à l'audience. Le pouvoir et l'obligation d'établir des conclusions relatives à la crédibilité est l'une des plus lourdes responsabilités d'un juge de première instance. Le juge doit exercer cette responsabilité avec soin et après mûre réflexion puisqu'une conclusion défavorable de la crédibilité suppose que l'une des parties ment sous la foi du serment. Vouloir mettre un terme rapidement à une affaire ne peut être une excuse justifiant le mauvais usage de ce pouvoir. La responsabilité qui repose sur le juge d'un procès qui doit tirer des conclusions relatives à la crédibilité doit être particulièrement rigoureuse si l'on considère que l'on ne peut pratiquement pas en appeler de telles conclusions.

Le juge en chef Bowman a ajouté des observations fort utiles au paragr. 14 de *Faulkner c. Ministre du revenu national*, 2006 CC1 239, et il sied d'en faire le chapelet afin d'aider la lectrice à en prendre note :

- a) J'estime toujours qu'à titre de juges nous avons envers les personnes qui comparaissent devant nous le devoir de faire preuve de prudence et de prendre le temps nécessaire pour bien réfléchir lorsqu'il s'agit de tirer des conclusions au sujet de la crédibilité.
- b) Selon les études que j'ai consultées, les juges ne réussissent pas mieux que les autres à parvenir à une conclusion exacte sur la crédibilité. Nous n'avons pas le monopole de la perspicacité et de l'acuité et ne sommes pas supérieurs à d'autres personnes, comme les psychologues, les psychiatres ou les profanes, qui ont été testés.
- c) Étant donné que nous devons, dans le cadre de notre travail, arriver à des conclusions au sujet de la crédibilité, nous devons au moins nous acquitter de cette tâche avec une certaine humilité et en étant conscients de notre propre faillibilité.
- d) Je sais que les tribunaux d'appel disent qu'ils doivent faire preuve de retenue à l'égard des conclusions de fait des juges de première instance parce que ces derniers ont eu l'occasion d'observer le comportement des témoins au moment de leur témoignage. Eh bien, j'ai pour ma part vu des menteurs accomplis me regarder droit dans les yeux et me raconter les mensonges les plus flagrants de façon confiante, directe et franche; par contre, il y a des témoins honnêtes qui évitent de regarder le juge dans les yeux, qui bégayent, qui hésitent en parlant, qui se

contredisent et qui finissent par présenter un témoignage qui est un fouillis total.
[Nous avons souligné.]

- e) Certains juges semblent quand même croire qu'ils peuvent instantanément faire la distinction entre ce qui est vrai et ce qui est faux et prononcer sur-le-champ un jugement fondé sur la crédibilité. La réalité est tout simplement que les juges, lorsqu'ils entendent des témoignages contradictoires, n'ont probablement, au mieux, qu'une chance sur deux de tirer la bonne conclusion quant à la crédibilité, et que leurs chances de le faire diminuent probablement s'ils fondent leur conclusion sur une simple réaction viscérale à un témoin.
- f) De plus, si une conclusion défavorable au sujet de la crédibilité est tirée, il faut absolument exposer les motifs à l'appui de la conclusion. [Nous avons souligné.]

Ainsi, le juge en feu Bowman incite les juges à faire preuve d'une grande prudence avant de conclure que tel ou tel témoin a menti et, de façon subsidiaire, encourage la magistrature à ne pas accorder un poids important aux éléments du comportement compte tenu des moult aspects subjectifs et sans rigueur quand il s'agit d'évaluer le langage gestuel d'autrui.³

Le soussigné se penchera de façon toute particulière en rapport au second élément clef des observations du juge en chef Bowman dans le cadre de ce document de travail, afin de baliser le cheminement très perspicace du juge Bowman et, de plus, afin de souligner que la jurisprudence appuie de plus en plus l'exercice très restreint de ce large pouvoir discrétionnaire dans le cadre de l'évaluation du témoignage qui s'appuie sur la communication non verbale.

Un examen thématique de la preuve du comportement à la lumière des jugements de la Cour canadienne de l'impôt

L'humilité est de rigueur en ce qui touche aux jugements de crédibilité et, partant, encore plus d'humilité est en jeu s'agissant de comportement

³ Je relève aussi mes autres publications quant à la preuve du comportement, à savoir : Advocacy : A Lawyer's Playbook, Thomson/Carswell, 2006, Toronto, aux pages 35-66; Demeanour Evidence on Trial : A Legal and Literary Criticism, Sandstone Academic Press, 2008, Melbourne, Australie; L'évaluation du témoignage: un juge se livre, Éditions Yvon Blais, 2008, Cowansville (Qc.) aux pages 99-161; « La plaidoirie et l'examen des grands principes visant l'appréciation du comportement du témoin, Jurisource, le 5 avril 2016 et La plaidoirie: un juge se livre, Éditions Yvon Blais, 2017, Cowansville (Qc.) aux pages 107-121.

Le juge en chef Bowman a reproduit les paragraphes 13 et 14 de son jugement antérieur du nom de *Faulkner c. Ministre du revenu national*, 2006 CCI 239, dans le cadre de son arrêt *Francis c. Ministre du revenu national*, 2007 CCI 323, pour enrichir son vœu de retenu au moyen de la phrase qui suit, qui se trouve au paragr. 16 : « Il incombe au juge de première instance d’aborder les questions de crédibilité avec beaucoup d’humilité, en sachant pleinement que toute conclusion tirée sur ce point risque d’être erronée. » Si les jugements portant sur la crédibilité reposent sur des assises fortes précaires, à plus forte raison lorsqu’il s’agit de conclusions qui reposent sur des éléments de comportement. À l’appui de cette thèse, qu’il me soit permis de citer un jugement qui n’est pas signé par un juge de la Cour canadienne de l’impôt. En effet, le juge Doherty a déclaré dans l’arrêt *R. c. Trotta*, [ou *R. c. T. (M.)*], 2004 CanLII 34722, [2004] O.J. No. 4366, 190 C.C.C. (3d) 199 (C.A.), au paragr. 41 :

41 The circumstances surrounding the proffered evidence must be such as to make that evidence sufficiently unambiguous and demonstrative of a relevant state of mind so as to overcome concerns that a trier of fact may too easily equate what is perceived to be an "unusual" reaction with a guilty mind.

La Cour suprême du Canada a annulé le résultat retenu par la Cour d’appel, mais sans pour autant porter en question les commentaires du juge Doherty dont il est question ci-dessus. Voir [2007] 3 R.C.S. 453.

Il faut éviter de « tirer à la légère des conclusions relatives à la crédibilité »

En raison du fait que l’expression anglaise, « not too quick on the draw » est si percutante, je l’ai choisie pour mettre en relief la version française « je ne crois pas approprié de tirer à la légère des conclusions relatives à la crédibilité ». À ce sujet, je vais mettre l’accent sur le devoir de circonspection qu’identifie le juge en chef Bowman en citant la juge Miller dans l’arrêt *Zepotoczny c. R.*, 2007 CCI 696, au paragr. 6 :

6 Il est évident que les deux formulaires se contredisent. La question qui se pose est alors de savoir si j’accepte le deuxième formulaire comme étant le reflet de la véritable situation. Je tiens compte ici des commentaires formulés par le juge en chef Bowman concernant la crédibilité dans la décision *Faulkner c. M.R.N.*, 2006 CCI 239, et rédigés en ces termes :

[13] Je pense que les juges ne doivent absolument pas tirer à la légère des conclusions relatives à la crédibilité. J’ai dit ce qui suit dans la décision *1084767 Ontario Inc. (Celluland) c. Canada*, [2002] A.C.I. n° 227 (QL) :
[...]

La preuve du comportement peut donner raison à une avocate, qui plaide qu'un témoin a menti, mais cette conclusion exige une preuve très convaincante

Nonobstant toutes les réserves émises, on se doit d'insister sur le fait que dans certains dossiers, la juge d'instance est bien fondée à se diriger que des éléments de cette preuve étaient bel et bien établis par une des parties et que sur l'ensemble, cette preuve a fait pencher le balancier pour donner gain de cause. Citons de nouveau le juge en chef Bowman, cette fois dans le cadre du jugement *Schafer c. Canada*, [1998] ACI no. 459 :

14 Je suis convaincu, selon la prépondérance des probabilités, que Mme Schafer n'a pas reçu l'avis de cotisation numéro 15938 en date du 2 septembre 1993. Je suis conscient de l'existence de certaines inconséquences dans son témoignage. Je n'ignore pas non plus que le juge Mogan a, dans une autre instance, tiré une conclusion défavorable quant à la crédibilité de Mme Schafer. Toutefois, cette conclusion ne peut être introduite dans les conclusions que je tirerai en l'espèce. Des conclusions en matière de crédibilité se fondent sur plusieurs facteurs, dont l'un des plus importants est l'observation, par le juge, de l'attitude du témoin à la barre. D'autres facteurs doivent aussi être pris en considération, par exemple, les circonstances. Lorsqu'une conclusion négative quant à la crédibilité comporte une conclusion que le témoin ment délibérément, il faut une preuve très convaincante. [Soulignement ajouté.]

Ce qui devrait retenir l'intérêt de l'avocate en rapport à l'arrêt *Schafer c. Canada*, [1998] ACI no 459 est que le juge en chef Bowman a avalisé le témoignage d'une personne dont la déposition avait été refusée dans une instance antérieure en soulignant qu'il ne s'agit pas d'une chose jugée et, de plus, il a souligné que « Des conclusions en matière de crédibilité se fondent sur plusieurs facteurs, dont l'un des plus importants est l'observation, par le juge, de l'attitude du témoin à la barre. »

Poursuivant dans ce sillon, le juge Porter a fait une remarque au paragr. 29 de l'arrêt *Zulu Publications Inc. c. Canada*, [2002] ACI no. 212 à l'effet qu'il retenait comme fiable et digne de foi le témoignage des membres du personnel d'une société, plutôt que les dépositions du patronat et personnel cadre, s'il y avait un conflit, notamment en raison de leur comportement.

De plus, *MacDonald c. Canada*, 2019 CCI 169, un jugement du juge Russell, consigne des observations au paragr. 67 qui illustrent bien l'importance de la preuve du comportement afin de pallier à des lacunes au niveau de la documentation:

[67] J'ai en tête une phrase du contrat d'emploi du 31 juillet 2012 qui dit que l'appelant sera [TRADUCTION] « indemnisé pour [ses] déplacements vers [...] quelques réunions préalablement approuvées avec des clients en dehors de nos nouveaux locaux de Regina ». La preuve est totalement inadéquate quant aux déplacements vers Saskatoon pour lesquels l'appelant a été [TRADUCTION] « indemnisé » par l'employeur, à savoir s'il a reçu une indemnité pour chacun, pour quelques-uns ou pour aucun de ses déplacements. Plutôt que de refuser la totalité de la déduction (notant que dans ce cas, les sommes pertinentes sont précisées, non seulement estimées), je tiendrai compte de tous les éléments de preuve et du comportement de l'appelant, je donnerai à ce dernier le bénéfice du doute et j'accorderai la moitié de tous les frais engagés... [Soulignement ajouté.]

La preuve du comportement et le constat des faits – le devoir de bonne foi

Bien qu'il soit impossible de résumer le jugement dans l'affaire *Lewis c Canada (ministre du Revenu national - MRN)*, [2000] ACI no 439, qui compte 2,730 paragraphes, qu'il me soit permis de noter que les fonctionnaires semblent avoir établi des constats de faits négatifs à l'endroit des contribuables en se fiant à des études qui semblent établir que chacun aurait dû mieux réussir dans leur travail et donc gagner plus d'argent que ce que chaque individu déclarait avoir obtenu. À ce sujet, le juge suppléant Cuddihy a déclaré :

1097 Il semblerait que les agents des appels se soient fondés sur le tableau de fiabilité (pièce R-64, onglet 6) lié aux cahiers brouillons relatifs au PGQ sans poser de question, même si, lorsqu'ils ont témoigné, leurs réponses et leur attitude ont démontré qu'ils n'étaient pas très heureux des problèmes auxquels ils faisaient face lorsque les dossiers des pêcheurs se retrouvaient sur leur bureau. [Nous avons souligné.]

1098 Une agente a même décrit sa situation en disant qu'elle avait les mains liées. Il était évident qu'ils n'ont accordé aucune rémunération même s'ils étaient convaincus que la personne était franche, honnête et qu'elle avait en sa possession les bordereaux du MPO relatifs à la pêche.

Au total, les personnes qui jugent d'autrui dans le cadre de leurs charges, et non seulement les membres de la magistrature, doivent agir en fonction des faits et ils ne peuvent faire fi du comportement favorable d'un témoin sans explication valable, comme a insisté le juge en chef Bowman. Les commentaires que je viens de couler ci-dessus font office de conclusion pour l'examen de cette question, à savoir la faculté de l'avocate de réduire à néant un témoignage apparemment satisfaisant quant au contenu, du moins au regard de la transcription, lorsqu'on analyse le volet du comportement défavorable de la personne qui a déposé.

La preuve, au sens du contenu d'un témoignage, versus le comportement qui fait état de la présentation de cette preuve

Les motifs du juge Bell dans l'arrêt *Sara Consulting & Promotions Inc. c. Canada*, [2001] A.C.I. no. 773, 2001 CanLII 658, relèvent ce qui suit au paragr. 82 : « Mme Strachan et Mme Morrison ont toutes les deux témoigné qu'elles n'avaient pas lu le manuel de politiques et procédures parce qu'elles savaient ce qu'elles faisaient. Il ressort clairement de leur témoignage et de leur comportement qu'elles étaient fières de leur travail et qu'elles l'aimaient. Il est également évident que ces politiques et procédures n'étaient pas des ordres. » Exprimé autrement, la correspondance entre le contenu d'un témoignage et la façon dont ce contenu a été communiqué est d'une grande importance et la juge peut se fier au deux afin de faire un constat favorable, mais le contenu peut « miner » le comportement, s'il y a lieu.

Aussi pertinent a notre étude est l'affaire *Bourgeois c. Canada.*, [1993] A.C.I. no. 911. Le juge Margeson a constaté que:

7 I am not impressed by her evidence, the nature of her evidence and her demeanour on the stand. When there is a question for me as to accept her evidence or not, or to draw a conclusion favourable to her or unfavourable to her, I am more inclined to accept the evidence which would be contrary to hers and I am more inclined to draw a conclusion which would be more unfavourable to her. She said she cannot remember if the Appellant worked five weeks or not. She said he was paid by cheque. I concluded from what she said that she did not know when he worked and how he was paid, although she did say that he got paid by cheque and he was paid \$10.00 an hour.

Le juge Margeson a aussi écrit ce qui suit, au paragr. 36 de l'affaire *Thompson c. Canada*, [1993] A.C.I. no. 909:

36 He was contacted by the agent from Revenue Canada and he was questioned about the circumstances surrounding his employment. There are many reasons why a person says something at one time contrary to what he said before. It could be nervousness, it could be the fact that he forgot. It could be because he did not want to tell this witness that he was out of town because he must have felt that it was going to have some effect on his employment. This particular bit of evidence gives me some concern. If I did not believe him on the stand here today as to what he said and if I had any more doubts about any other evidence than that, I would not believe a word he said. But when I scrutinize that evidence, in light of all the other evidence that has been given, I note his demeanour on the stand. I note his answers given to some of the other questions that were put to him, I find although he has not explained that answer that he gave except that he must have given it to mislead the investigator, I am not going to discredit all his testimony based upon that or any other discrepancy. I place a great deal of weight on his credibility on the basis of the way he testified here. When I consider all the discrepancies to which I have referred in the evidence and what he said to other people, I still am satisfied that he was basically an honest witness and I believe what he said here today. [Nous avons souligné.]

Au demeurant, ce volet de notre examen laisse voir que l'appréciation du témoignage puisse faire place à un constat favorable nonobstant des éléments concrets de preuve « négatifs » compte tenu du comportement, sans oublier les autres éléments au soutien de la déposition.

Le rejet d'un témoignage non contredit au moyen d'une conclusion défavorable quant au comportement

L'avocate qui n'a pas réussi à percer le bouclier des témoins adverses au moyen du contre-interrogatoire (avec ou sans documents à l'appui) est toujours en mesure d'abattre la carte du comportement lors des observations à la fin du procès. En guide d'exemple, citons *Younés c. Canada*, [2001] A.C.I. no. 727, un jugement de l'hon. Archambault T.C.J. :

18 Lors de sa plaidoirie, maître Lessard, procureure de l'intimée, a exposé correctement les principes de droit relatifs à la charge de la preuve et les règles concernant l'appréciation de la preuve circonstancielle. Dans son recueil de jurisprudence, on retrouve la décision de la Cour suprême du Canada dans *Hickman Motors Ltd. c. Canada*, [1997] 2 R.C.S. 336, où, à la page 378, madame la juge L'Heureux-Dubé affirme : "Il est bien établi en droit que, dans le domaine de la fiscalité, la norme de preuve est la prépondérance des probabilités". En ce qui concerne le fardeau de la preuve dans les affaires où il est question de l'application d'une pénalité civile, il y a le passage suivant tiré de l'arrêt *Continental Insurance Co. c. Dalton Cartage Co.*, [1982] 1 R.C.S. 164, à la page 169, arrêt auquel s'est référée madame la juge L'Heureux-Dubé dans *Hickman Motors* :

Chaque fois qu'il y a une allégation de conduite moralement blâmable ou qui peut revêtir un aspect criminel ou pénal et que l'allégation se présente dans le cadre d'un litige civil, le fardeau de la preuve qui s'applique est toujours celui de la preuve suivant la prépondérance des probabilités.

19 Quant à l'appréciation de la preuve, la procureure a cité notamment à cet égard l'auteur Jean-Claude Royer, La preuve civile, 2e édition, Les Éditions Yvon Blais, en particulier le paragraphe 175, à la page 100 :

La preuve directe est préférée à la preuve indirecte - La preuve directe est celle qui porte immédiatement sur le fait litigieux. La preuve indirecte, indiciaire ou par présomption a pour objet des faits pertinents qui permettent d'inférer l'existence du fait litigieux.

[...]

La preuve testimoniale directe est supérieure à la preuve par présomption. Cette règle n'est toutefois pas absolue. Dans certaines circonstances, le tribunal peut préférer une preuve indiciaire à une preuve directe.

Elle a aussi cité une décision de la Cour d'appel du Québec, *Légaré v. The Shawinigan Water and Power Co. Ltd.*, [1972] C.A. 372, dans laquelle le juge en chef Tremblay s'est exprimé comme suit :

Légaré adresse au premier juge deux reproches principaux.

Il lui fait grief d'avoir mis de côté son témoignage et celui de Bureau, alors qu'ils n'étaient pas contredits. Mais, les tribunaux ne sont pas tenus de croire les témoins, même s'ils ne sont pas contredits par d'autres témoins. Leur version peut être invraisemblable par suite de circonstances révélées par la preuve ou par suite des règles du simple bon sens. Le maintien et l'attitude du témoin sont aussi des facteurs importants. [Soulignement ajouté.]

21 Chaque appel doit être décidé en fonction de la preuve faite devant le tribunal. Par exemple, dans l'affaire *Ghadban c. La Reine* (1999-4736(IT)I, décision rendue oralement et non publiée), le contribuable prétendait aussi avoir fait des dons à l'Ordre. Après avoir entendu son témoignage, j'en suis venu à la conclusion qu'il avait effectivement fait les dons. Ce n'est pas parce que l'Ordre "vendait" des faux reçus qu'il faut nécessairement conclure que tous les donateurs de l'Ordre ont utilisé de faux reçus...

L'examen d'un jugement afin de souligner le poids que la juge pourrait accorder à une preuve de comportement – le raisonnement subsidiaire

Voyons à cet effet ce que le juge en chef Rossiter a couché sur papier dans l'affaire *Black c. Canada*, 2007 CCI 676, aux paragr. 32, 33 et 34 quant à la façon de juger qui voit la cour faire un examen en enfilade :

[32] Dans les affaires comme celles-ci, la crédibilité est toujours en cause. Dans son récent arrêt *Berube v. Her Majesty the Queen*, [2006] DTC 6354, rendu en 2006, la Cour d'appel fédérale a confirmé que le juge de la Cour canadienne de l'impôt est justifié d'apprécier la crédibilité du contribuable lorsque ce dernier invoque lui-même de nouveaux faits pour tenter de prouver que la cotisation établie par le ministre est inexacte.

[33] Dans l'appréciation de la crédibilité de l'appelant, j'examinerai divers facteurs.

Premièrement, son comportement et la façon de se présenter à la barre des témoins.

Deuxièmement, l'assurance dont il fait preuve au moment de rendre témoignage.

Troisièmement, sa façon d'organiser et de préparer son dossier et sa preuve, compte tenu du fait qu'il ne bénéficiait pas des services d'un conseiller juridique.

Quatrièmement, l'existence ou non d'un élément de corroboration, que ce soit sous forme d'un témoignage de vive voix ou d'une preuve documentaire, permettant d'établir le bien-fondé de ses allégations et de sa thèse.

Cinquièmement, l'existence ou non d'une contradiction entre ces éléments de preuve, que ce soit son propre témoignage ou d'autres renseignements dont la Cour est saisie.

Sixièmement, la façon dont il a résisté et répondu au contre-interrogatoire.

Septièmement, la question de savoir si son récit a ou non un accent de vérité ou s'il s'agit seulement d'une manifestation de son imagination.

Huitièmement, la question de savoir si la meilleure preuve disponible a été produite.

Neuvièmement, le caractère raisonnable et réaliste de l'explication fournie quant à la conduite adoptée et, enfin, la façon dont les faits importants sont mis en lumière, que ce soit du propre chef de l'appelant ou par suite du contre-interrogatoire. [Soulignement ajouté.]

[34] Les éléments susmentionnés ne sont que quelques-uns des facteurs dont je peux tenir compte pour apprécier la crédibilité d'un témoin donné. Il ne s'agit pas d'une liste exhaustive, et ceux que j'ai pu omettre pourraient fort bien avoir une incidence en l'espèce.

Au demeurant, le juge Rossiter a dit : « [35] Au chapitre de la crédibilité de l'appelant, je peux affirmer avec franchise qu'il ne m'a pas paru être un témoin particulièrement digne de foi. [36] Son comportement et la façon dont il a présenté sa preuve n'étaient pas à la hauteur. Je l'ai trouvé plutôt évasif dans certains cas et incertain dans d'autres. La façon dont il a présenté sa preuve et dont il a organisé et préparé son dossier était absolument exécrable. » Ces derniers commentaires portant sur son comportement, notamment l'aspect évasif, sont à souligner.⁴

⁴ De plus, j'invite la lectrice à songer à l'invraisemblance du témoignage dont il est question au paragr. 63 : « Il est difficile de croire qu'une femme de 67 ans, qui a été femme au foyer toute sa vie, aurait acheté une voiture sport Z-28 peu après le décès de son mari, alors qu'elle était déjà propriétaire d'un autre véhicule immatriculé à son nom. »

La preuve du comportement et le danger qu'un « témoin-comédien » puisse fausser la donne

L'examen du comportement d'un témoin est avant tout, un examen des qualités « d'acteur » que cette personne possède et cherche à exploiter à son avantage. À ce sujet, il est fort utile de reprendre les enseignements que nous livre la juge D'Auray dans le cadre de l'arrêt *Dryden c. Canada*, 2014 CCI 241 :

Les questions de la crédibilité et du fardeau de la preuve

[37] Avant d'analyser les faits en l'espèce, il est important de souligner que, dans la plupart des affaires dans lesquelles il est question de cotisations fondées sur l'avoir net, les éléments déterminants sont habituellement la crédibilité et les explications de l'appelant et des témoins relativement aux raisons pour lesquelles la cotisation fondée sur l'avoir net que le ministre a établie est dénuée de fondements.

[38] Pour apprécier la crédibilité des témoins, je m'appuie sur deux jurisprudences. La première est *Faryna v Chorny*, [1952] 2 D.L.R. 354, 1951 CanLII 252, un arrêt rendu par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique. S'exprimant au nom de la majorité de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, le juge O'Halloran a défini les éléments que la Cour d'appel devait prendre en considération pour apprécier la crédibilité des témoins; aux paragraphes 10 et 11, il a tiré les conclusions suivantes :

[TRADUCTION]

[10] On ne peut évaluer la crédibilité d'un témoin intéressé, en particulier dans les cas de témoignages contradictoires, en fonction du seul critère consistant à rechercher si le comportement du témoin permet de penser qu'il dit la vérité. Il faut soumettre la version des faits qu'il propose à un examen raisonnable de sa compatibilité avec les probabilités se rapportant aux conditions existantes. Bref, le véritable critère applicable à la véracité du témoignage d'une personne dans un tel cas doit être sa conformité à la prépondérance des probabilités qu'une personne pratique et bien informée estimerait d'emblée raisonnable dans le lieu et la situation en question. Ce n'est qu'ainsi que le juge peut apprécier de manière satisfaisante les déclarations de témoins à l'esprit alerte, sûrs d'eux-mêmes et expérimentés, ainsi que de ces personnes astucieuses qui s'y entendent en matière de demi-mensonge et s'appuient sur une longue et fructueuse expérience dans l'art de mettre en œuvre l'exagération habile et l'occultation partielle de la vérité. En outre, il peut arriver qu'un témoin dise ce qu'il croit sincèrement être la vérité, mais se trompe en toute honnêteté. Le juge du fond qui dirait : « Je le crois parce que je suis convaincu de sa véracité » tirerait une conclusion fondée sur l'examen de la moitié

seulement du problème. En vérité, il pourrait bien s'agir là d'une autodirective dangereuse. [Nous avons souligné]

[11] Le juge du fond doit aller plus loin et rechercher si les dires du témoin qu'il croit sont compatibles avec la prépondérance des probabilités en l'espèce et, pour que son avis puisse imposer le respect, le juge doit également motiver sa conclusion. La loi n'attribue pas au juge du fond la capacité de sonder comme par magie le cœur et l'esprit des témoins. De plus, la cour d'appel doit conclure que les conclusions que le juge de première instance a tirées au sujet de la crédibilité ne reposent pas sur un seul élément à l'exclusion de tout autre, mais qu'elles sont fondées sur tous les éléments qui permettent de vérifier la crédibilité dans un cas donné.

[39] À l'occasion de l'affaire *Nichols c La Reine*, 2009 CCI 334, la juge V. Miller a donné une vue d'ensemble utile des éléments dont le juge doit tenir compte pour apprécier la crédibilité des témoins. Dans l'affaire *Nichols*, la question à trancher était également de savoir si la cotisation fondée sur l'avoir net que le ministre avait établie était dénuée de fondement. Au paragraphe 23 de ses motifs, la juge V. Miller s'est ainsi exprimée :

En matière de crédibilité, je peux tenir compte des incohérences ou des faiblesses que comporte le témoignage des témoins, y compris les incohérences internes (si le témoignage change pendant que le témoin est à la barre ou s'il diverge du témoignage rendu à l'interrogatoire préalable), les déclarations antérieures contradictoires et les incohérences externes (soit lorsque le témoignage est incompatible avec des éléments de preuve indépendants que j'ai acceptés). Il m'est ensuite loisible d'apprécier l'attitude et le comportement du témoin. Troisièmement, je peux rechercher si le témoin a des raisons de rendre un faux témoignage ou d'induire la Cour en erreur. Enfin, je peux prendre en compte la teneur générale de la preuve. C'est-à-dire que j'ai toute latitude pour rechercher si l'examen du témoignage à la lumière du sens commun donne à penser que les faits exposés sont impossibles ou hautement improbables. [Soulignement ajouté.]⁵

Au demeurant, tout ce que nous avons revu sous ce thème avait pour but de privilégier les craintes légitimes que le tribunal puisse entretenir à l'endroit du « témoin-comédien », c'est-à-dire de l'acteur qui s'évertue à bernier la juge. Sous cette optique, il sied de relever de qu'elle façon un auteur de la trempe de Robert Louis Stevenson a traité de la question du personnage qui cherche à

⁵ Cette jurisprudence a été entérinée dans le cadre de plusieurs jugements, notamment *Dao c. Canada*, 2010 CCI 84, au paragr. 9, *Robin c. Canada*, 2019 CCI 172, au paragr. 41, *Cameco (Société) c. Canada*, 2018 CCI 195, au paragr. 10, *9081-2769 Inc. C. Canada*, 2019 CCI 14, au paragr. 28, au paragr. 25 de l'arrêt *Gosselin c. Canada*, 2016 CCI 158 et plus récemment au paragr. 43 de l'arrêt *Wood c. Canada*, 2020 CCI 87 et au paragr. 59 de *Auto Maculate Inc. c. Canada*, [2020] A.C.I. no 83, 2020 CCI 105.

fausser la donne. Tous les exemples que l'on retrouve ci-dessous sont tirés du roman Le maître de Ballantrae.

Le chapitre I compte les phrases :

... dans la salle où la famille était en train de dîner, en s'écriant que 'Tam Macmorland venait d'arriver et – hélas ! hélas ! – il ne restait plus personne pour venir après lui'. Ils accueillirent ces paroles [annonçant le décès du fils aîné] avec un silence de condamnés. Seulement, Mr. Henry se mit la main devant le visage, et Miss Alison cacha entièrement sa tête entre ses bras étendus sur la table. Quant à Mylord, il était couleur de cendre...

L'avocate doit être aux aguets car s'il est difficile pour un témoin de simuler de la pâleur au visage, il est très facile, selon nous, de cacher le visage ou la tête afin de donner l'illusion d'une grande émotion ou, dans le même ordre d'idées, de cacher le manque d'émotion face à une nouvelle qui devrait susciter de la peine.

Dans le même sens, relevons ce qui suit, tiré du second chapitre : « Et il revint à sa manière habituelle de sacrer et maudire, répétant à tout coup... » L'avocate doit s'évertuer à jeter un éclairage utile quant aux fautes de ce genre dont sont coupables les témoins des parties adverses. Plus loin, dans ce même second chapitre, Stevenson a écrit qu'une femme disait du défunt :

– il est couché mort dans les montagnes du Highland, – le bon petit gars ! le bon petit gars ! Elle avait une telle façon inspirée de larmoyer sur le bon petit gars, mains jointes et yeux au ciel, qu'elle devait, je pense, l'avoir apprise des comédiens ambulants. Je crus voir que son chagrin était pure affectation ...

Poursuivons. « Puis, ayant repris haleine, et un peu plus présentables, nous descendîmes enfin, affectant un air très détaché, vers la compagnie assise auprès du feu... » Cette capacité que possède les témoins d'affecter un air doit être toujours à l'esprit des avocates. L'exemple est tiré du troisième chapitre du roman de Stevenson intitulé Le maître de Ballantrae.

Et de plus, relevons cet exemple au chapitre III: « ... Puis, montrant le poing aux montagnes : – Quand je songe, s'écria-t-il, que je vais laisser mes os dans ce misérable désert ! Plût à Dieu que je sois mort sur l'échafaud en bon gentilhomme ! Il déclama cette phrase comme un acteur, et puis il s'assit, mordant ses poings, les yeux fixés sur le sol, l'air aussi peu chrétien que possible... »

Le quatrième chapitre du roman s'intitule « Persécutions que subit Mr. Henry ». Il contient cette phrase : « ... qui depuis un moment paraissait plongé en de sombres réflexions, se leva de son siège et (s'excusant auprès du colonel sur ce que des affaires le réclamaient) m'ordonna de le suivre au bureau. Une fois-là, il ne chercha plus à dissimuler son souci, et se mit à marcher de long en large avec un visage bouleversé, et se passant la main sur le front à diverses reprises. » Le

soulignement est de moi, afin de rappeler à l'attention de l'avocate que d'aucuns possèdent le don de fausser la donne en rapport à leur apparence.

Il faut aussi revoir l'importance des deux phrases suivantes, que l'on retrouve au chapitre IV. La première est : « Vous pouvez causer sans détours avec moi... » Cette observation laisse entendre pour les plaideurs que certaines fois, des interlocuteurs vont s'exprimer au moyen de « détours » et vont cacher le fond de leurs pensées. Pour ce qui est de la seconde, elle suit : « Il mit son chapeau de côté en me regardant, comme s'il me rendait responsable de cette injustice ; puis il revint à son habituel excès de politesse, me serra la main, et descendit vers le canot, son argent sous le bras ... »

L'objectif: réussir à définir ce que l'on entend par le comportement du témoin

D'ores et déjà, il est évident que les exemples de la preuve du comportement que ce document de travail a répertorié laissent voir que plusieurs juges envisagent cette question d'une façon quelque peu dissimilaire. Ainsi, nous profiterons d'une tentative de circonscrire ce que l'on entend par « preuve de comportement ».

a) Le comportement “énoncé” sans paroles les pensées du témoin

Il faut se rappeler que l'enregistrement du procès est incapable de capter les éléments du comportement du témoin hormis les hésitations de la personne qui dépose et seulement si l'avocate obtient une copie qu'un palier d'appel pourrait écouter; la transcription écrite est incapable de reproduire les pauses, les balbutiements, ainsi de suite, du témoin. Pour les sons de la voix du témoin, notamment le sarcasme ou le fait de crier, il est nécessaire de porter à l'attention d'une cour d'appel une copie de l'enregistrement sonore. Pour le reste, soit la rougeur, le fait de déglutir, les mouvements de la tête, des mains, et tout le reste au niveau du langage gestuel, l'avocate est incapable de démontrer en appel que le premier juge s'est trompé, soit en se fiant ou en rejetant le comportement du témoin, sauf si le témoignage est capté sur bande audiovisuelle telle que lors d'une déposition en vertu de l'article 715.1 du *Code criminel*.

Le jugement du juge suppléant Porter dans l'affaire *O'Connor c. M.R.N.*, 2006 CCI 633, nous est utile en rapport aux observations que l'on trouve au paragr. 25 :

Je ne sais pas exactement pourquoi M. Whitney pensait qu'il pouvait modifier unilatéralement le contrat conclu avec l'appelant, faisant passer la commission de 12 % à 6 % lorsque M. Brooker a été licencié. Tout ce que M. Whitney pouvait faire, c'est congédier M. Brooker, ce qui ne veut pas dire qu'il pouvait unilatéralement modifier le contrat conclu avec l'appelant. D'autres ont été ou seront sans doute appelés à trancher cette question. Ce geste a cependant mis fin à la relation en cause. C'est regrettable puisque ces hommes étaient de bons amis, et, maintenant, à en juger par leur comportement, je vois qu'il n'y a guère de sympathie entre eux. [Soulignement ajouté.]

Exprimé autrement, le juge Porter a conclu que ces deux individus ne s'aiment guerre sans citer un seul mot à l'appui de ce constat et une juge qui siège en appel ne saurait infirmer ce constat à moins de pouvoir retourner dans le temps si le film du procès n'existe pas.

b) Le comportement mis en relief avec le témoignage

Tel qu'exprimé ci-dessus, une juge peut conclure que deux personnes sont en brouille sans citer de leurs paroles, et il s'agit donc d'un constat qui est fondé uniquement sur des éléments de comportement non susceptibles d'être reproduits sur les pages d'une transcription. Citons l'arrêt *Baxter c. M.R.N.*, 2006 CCI 230, portant la signature du juge Bell, afin d'illustrer notre propos.

[97] L'analyse des rapports d'experts est fort difficile, en particulier lorsqu'il est question de l'évaluation d'un élément aussi complexe qu'un logiciel. Il est loisible à la Cour d'accepter le rapport d'un expert au complet. Il est également loisible à la Cour, dans une affaire d'évaluation, de fixer un montant se situant entre ceux que les experts adverses ont fixés. La justification d'une telle conclusion est une tâche gigantesque, sinon impossible. En somme, l'expert connaît mieux la question que le juge. En l'espèce, le comportement, la substance, la présentation et la certitude modeste de M. Cole me convainquent. J'accepte donc sa détermination de la valeur de la licence de l'appelant, à savoir qu'elle correspond au prix d'achat de 50 000 \$. [Soulignement ajouté.]

Ainsi, le juge a mis en relief la substance du témoignage, un élément objectif que la bande audio du procès soit en mesure d'enregistrer, et des éléments subjectifs de la nature du comportement et de la certitude modeste du témoin, que seule la juge a pu percevoir tout comme les parties et leurs représentantes. S'il s'agissait du même témoin expert qui dépose dans le cadre d'une audience d'un comité du Sénat, qui est télévisée, et qui rend le même témoignage, mot pour mot, d'aucuns seraient en mesure d'évaluer le bien-fondé tant des éléments objectifs que de ceux qui sont subjectifs.

À ce sujet, relevons le choix de mots au paragr. 6 de l'arrêt *Habash c. M.R.N.*, [1997] A.C.I. no. 482: "I have carefully considered the Appellant's demeanour during her testimony and the substance of the answers that she gave. I accept the totality of her evidence. [...]" Donc, le regretté juge Garon a fondé sa conclusion sur des assises qui étaient constitués autant d'éléments objectifs que subjectifs : « demeanour ... and the substance... »

De plus, le juge Bowman, plus tard juge en chef, a dit ce qui suit dans l'arrêt *Persaud c. M.R.N.*, [1998] A.C.I. no. 11 (CanLII) :

28 Je ne crois pas avoir instruit auparavant d'affaire d'assurance-chômage où les hypothèses importantes avaient été si totalement réfutées. J'estime que les témoins étaient

crédibles. Ils m'ont paru être des personnes honnêtes qui travaillent fort et je ne vois aucune raison de rejeter leur témoignage ou de ne pas les croire, compte tenu de la preuve qui m'a été présentée et suivant mon examen de leur comportement à la barre des témoins. Dans le cas de Sheila Persaud, l'hypothèse énoncée à l'alinéa d) est inexacte. Elle a été engagée à titre de gérante et, dans les faits, elle a agi à ce titre. Elle n'a pas été engagée comme cuisinière et serveuse. Les hypothèses énoncées aux alinéas i), j) et k) sont erronées. Sheila Persaud a témoigné qu'elle avait été payée, et je la crois. L'hypothèse énoncée à l'alinéa k) laisse supposer l'existence d'une fraude, et il n'y a rien qui justifie une telle suggestion. Les hypothèses énoncées aux alinéas l), m) et n) ont été niées avec véhémence par Mme Persaud, et je la crois. Son témoignage n'a pas été contredit ni contesté en contre-interrogatoire. [Soulignement ajouté.]

c) Le comportement se distingue non seulement du fond du témoignage, mais aussi du caractère de la personne lors de sa déposition

Le seul passage à l'appui de cet énoncé se trouve au paragr. 12 de *McKinnon c. M.R.N.*, 2003 CCI 884 « [12] Chacune de ces affaires dépend des faits qui lui sont propres et s'appuie dans une certaine mesure sur l'appréciation du juge de première instance quant à la crédibilité, au caractère et au comportement général de l'administrateur à la barre des témoins... » Ces observations sont du juge en chef Bowman, alors juge en chef associé.

d) En tentant de définir la portée du comportement, il faut retenir que ces éléments sont en jeu uniquement durant la phase du témoignage

L'hon. Beaubier s'est exprimé ainsi dans le cadre du jugement de *Bush Apes Inc. c. M.R.N.*, 2001 CanLII 727, 2000-4461-GST-1 :

[4] M. Merkley a témoigné qu'il enregistrait les achats et les ventes. La preuve contraire de l'intimée tenait uniquement à des oui-dire. Le témoignage de M. Merkley est donc accepté comme étant véridique. Il convient d'ajouter que, tout au long du procès, M. Merkley a eu un comportement digne de foi et que la preuve qu'il a présentée est entièrement acceptée. M. Merkley paraît être un homme modeste ayant des moyens très modestes. Aucun élément de preuve n'indique qu'il avait de l'expérience en affaires avant de commencer à prendre part à ces opérations. Il est clair qu'il est peu versé en matière de société ou d'entreprise. Vu son instruction limitée, même les registres financiers de la société peuvent contenir certaines

Relevons de plus *Canada (Ministre du Revenu national - MRN) c McMahan*, [2020] ACI no 82, 2020 CCI 104, au paragr. 63 :

En accordant des dépens à M. Sherman, la Cour d'appel fédérale semble avoir été considérablement influencée par la valeur de sa contribution au processus. La Cour a fait référence au fait que M. Sherman était «un fiscaliste renommé», soulevant «de nouvelles questions d'intérêt public», qu'il avait eu «un comportement tout à fait approprié pendant tout le déroulement du litige», que son travail étant de «bonne qualité» et qu'il avait formulé des observations «bien documentées et [qui] lui ont été utiles » [Soulignement ajouté.]

e) Certains éléments du comportement peuvent être inscrits au procès-verbal

L'arrêt *West Direct Express Ltd. C. M.R.N.*, [2003] A.C.I. no. 73, un jugement de l'hon. Porter, nous livre les observations qui suivent:

20 I gleaned from the evidence of Farion that he has a number of issues with West Direct over the nature of his work situation. He was in litigation with West Direct over an unknown matter and his demeanour clearly revealed that he was angry as he felt he and other couriers were treated unfairly by West Direct. I certainly have no reason to reject his evidence. On the whole, it was uncontradicted. However, I am cautious to follow the interpretation he puts upon certain events and situations that took place. [Nus avons souligné].

Cet exemple illustre un constat de fait qui explique de qu'elle façon la cour ait passé du stade de l'écoute de la preuve à celui de l'examen du comportement de ceux qui donnait le témoignage et, de plus, qui laisse voir qu'un élément du comportement, à savoir le manque de contrôle de soi, puisse avoir influé sur la décision ultime. Dans ce sens, modifions quelque peu les faits et ajoutons que le témoin ait martelé le pupitre de la boîte des témoins tout en disant qu'il déteste son ancien patron. Dans un tel cas, la juge aurait la faculté d'inclure ces deux éléments négatifs et l'avocate qui se réjouit d'une telle inconduite se doit de faire en sorte que ces agissements soient décrits au procès-verbal.

e) La notion du comportement dans la vie quotidienne

La question du sens à attribuer au mot « comportement » dans la question à savoir s'il y a lieu de conclure à une faute lourde dépasse le cadre de ce document de travail. Les lectrices pourront consulter la jurisprudence qui est citée dans l'arrêt *Hilderman c La Reine Gregory Hilderman, appelant c Sa Majesté la Reine, intimée Jonathan Financial Inc, appelante c Sa Majesté la Reine, intimée*, 2021 DTC 2001, 2020 CCI 58. Pour nos fins qu'il suffise de reprendre le paragr. 40 :

Même si le ministre parvient à passer outre l'année de prescription, deux éléments supplémentaires doivent être établis pour que les appelants soient passibles de pénalités pour faute lourde : i) un faux énoncé dans une déclaration, et ii) le fait d'avoir, sciemment

ou dans des circonstances équivalant à faute lourde, fait ce faux énoncé ou d'y avoir participé, consenti ou acquiescé. En revanche, la faute lourde implique une faute plus lourde qu'un simple défaut de diligence raisonnable. La faute lourde implique un degré important de négligence qui correspond à une action délibérée ou une indifférence au respect de la loi. Dans la décision *Can-Am Realty Ltd. c. Canada*, 94 DTC 6293, la Cour canadienne de l'impôt a défini le comportement qui serait nécessaire pour appuyer une décision de faute lourde comme un comportement 'exceptionnel' et 'manifeste' ...

Au demeurant, il sied de rappeler que toute tentative de définir le mot « comportement » doit inclure la notion de la façon dont un individu agit dans sa vie de tous les jours, et dans le cadre de son activité à titre de personne cherchant à gagner de l'argent. À ce titre, voir *Larkin c. Canada*, [2020] A.C.I. no 76, 2020 CCI 98, au paragr. 32 : « Pour répondre à la question 'Le contribuable a-t-il l'intention d'exercer une activité en vue de réaliser un profit et existe-t-il des éléments de preuve étayant cette intention?', le contribuable doit établir que son intention prédominante était de tirer profit de l'activité et que cette activité a été exercée conformément à un comportement d'homme d'affaires sérieux. » Cette phrase, toujours exprimée au masculin, soit dit en passant, est reprise dans plusieurs jugements. En outre, il sied de relever cette phrase :

50 Pour soutenir l'absence de négligence de la part des dirigeants, l'appelante fait également valoir que même si messieurs Cholette et Tremblay avaient vérifié ligne par ligne la déclaration de revenus, ils n'auraient pas été en mesure de détecter l'erreur puisqu'à ce moment, ni l'un ni l'autre ne savait où exactement les dividendes devaient être déclarés. C'est d'ailleurs en raison de leur manque de connaissances à cet effet qu'ils ont fait appel à l'expertise de monsieur Forest. L'appelante est donc d'avis que son comportement était, dans les circonstances, équivalent à celui d'un contribuable raisonnablement prudent et diligent. [Soulignement ajouté].

Voir aussi 7547978 *Canada Inc c Canada (Ministre du Revenu national - MRN)*, [2021] ACI no 11, 2021 CCI 7, au paragr. 56 et *Sookochoff c. Canada*, [2020] ACI no 107, 2020 CCI 131, au paragr. 21 et *Saunders c Canada*, [2020] ACI no 91, 2020 CCI 114, au paragr. 6, pour des exemples de comportement au sens du quotidien.

Conclusion

Les jugements de la Cour canadienne de l'impôt sont fort utiles pour les membres du Barreau qui plaident des questions de fait dans le cadre de litiges de tout genre lorsqu'il s'agit de la preuve du comportement. Pour ma part, j'ai une copie du paragr. 14 de l'arrêt *Faulkner c. Ministre du revenu national*, 2006 CC1 239, dans le cartable que je traîne avec moi à la salle d'audience et je revois souvent ce qui suit en me fiant aux enseignements savants du juge en chef Bowman:

- a) ... à titre de juges j'ai le devoir de faire preuve de prudence lorsqu'il s'agit de tirer des conclusions au sujet de la crédibilité.
- b) les juges n'ont pas le monopole de la perspicacité et de l'acuité
- c) nous devons faire preuve d'une certaine humilité en étant conscients de notre propre faillibilité.
- d) le juge en chef Bowman a vu des menteurs accomplis le regarder droit dans les yeux et lui raconter les mensonges les plus flagrants de façon confiante, directe et franche; par contre, il y a des témoins honnêtes qui évitent de regarder le juge dans les yeux, qui bégayent, qui hésitent en parlant, qui se contredisent et qui finissent par présenter un témoignage qui est un fouillis total.
- e) les juges, lorsqu'ils entendent des témoignages contradictoires, n'ont probablement, au mieux, qu'une chance sur deux de tirer la bonne conclusion quant à la crédibilité
- f) une conclusion défavorable au sujet de la crédibilité exige des motifs

Cela étant, nul doute qu'à l'instar des personnages de Robert Louis Stevenson, il y a des témoins qui cherchent à fausser la donne au moyen de leur comportement et qu'il faille évaluer le comportement. Au demeurant, la prudence est de mise.