

La preuve du comportement

– un examen à la lumière des enseignements de la Cour fédérale –

Gilles Renaud, Cour de justice de l'Ontario

21 février 2022¹

Propos introductifs

Il y a fort à parier que chaque avocate aimerait pouvoir sonder les pensées secrètes de chaque témoin de l'autre partie ou, à tout le moins, de déchiffrer leur langage gestuel. De fait, on disait de l'avare bien connu de la littérature canadienne-française, Séraphin Poudrier, « Qu'il lisait dans les gestes. »²

Étant donné que ce talent nous échappe, ce document de travail a été rédigé afin de pallier cette carence, autant que faire se peut. Mon objectif est donc de fournir une vue d'ensemble des grands thèmes qui se dégagent de la jurisprudence de la Cour fédérale quant à la preuve du comportement.³ L'analyse se fera au moyen d'un

¹ Je relève certaines de mes 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.

² Voir la page 8 du roman Un homme et son péché, Les belles histoires des pays d'en haut, de Claude-Henri Grignon, Québec 10/10, 1977, Montréal. À ce sujet, Corneille a écrit ce qui suit : « Le Comte ... Jeunes, mais qui font lire aisément dans leurs yeux ... » Voir Le Cid, Acte 1, scène i, 13-14.

³ J'invite la lectrice à prendre connaissance des cinq documents de travail portant sur la preuve du comportement que j'ai signés depuis peu et qui sont disponibles en consultant le site Jurisource, soit [« La preuve du comportement : ce](#)

examen en enfilade de ces thèmes, par suite de propos introductifs qui vont cibler les éléments clefs de ce document de travail.

Discussion

La preuve du comportement – propos introductifs

Rozas Del Solar c. Canada c Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [2018] FCJ No 1137, 2018 CF 1145, un jugement du juge Diner, contient des renseignements précieux portant sur la portée de cette preuve, et que nous allons reprendre en enfilade afin de bien orienter les recherches des avocates.

D'entrée de jeu, le para. 97 nous informe des prétentions d'une des parties en rapport à la preuve du comportement : « Quoi qu'il en soit, [des parties ...] prétendent que le comportement ne peut jamais raisonnablement constituer le fondement d'une conclusion concernant la crédibilité [...] »

Plus loin, on lit ce qui suit :

100 Comme l'ACAADR et le CCR, l'AQAADI s'oppose fortement à la pertinence de la preuve du comportement, en renvoyant la Cour à des précédents dans lesquels de sérieuses réserves avaient été exprimées relativement à son utilisation (notamment, les décisions *R c Rhayel*, 2015 ONCA 377, aux paragraphes 85 à 89; *R c L(L)*, 2016 QCCA 1367, aux paragraphes 88 à 90; *R c Pelletier*, 1995 ABCA 128, au paragraphe 18). En fait, l'AQAADI énonce dans sa recherche qu'elle ne pouvait déceler un

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, « 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, *Plaider – un juge se livre : Les enseignements de R.L. Stevenson dans le cadre du roman Le maître de Ballantrae – Jurisource* – le 14 février 2022 et, enfin, *La preuve du comportement – un examen à la lumière des enseignements de la Cour canadienne de l'impôt – Jurisource* - le 14 février 2022.

précédent de la SAR dans lequel le comportement fut un élément déterminant des réserves concernant la crédibilité.

De poursuivre l'hon. juge Diner, au paragr. 102 :

Le ministre réplique en affirmant que, bien que la preuve relative au comportement comporte des faiblesses, son utilisation reste permise en droit au Canada (voir la décision *R c RD*, 2016 ONCA 574, au paragraphe 25). Le ministre prétend, en renvoyant au passage suivant de l'arrêt *R c NS*, que l'établissement des faits n'est pas une science, mais plutôt un processus complexe et ardu dans lequel le comportement est d'une certaine pertinence :

[26] Les changements dans le comportement du témoin peuvent s'avérer fort révélateurs; dans *Police c. Razamjoo*, [2005] D.C.R. 408, un juge de la Nouvelle-Zélande appelé à décider si les témoins pouvaient déposer en portant des burkas a fait remarquer ce qui suit :

[TRADUCTION] . . . il existe des cas [. . .] où le comportement du témoin change radicalement au cours de sa déposition. Le regard qui dit "j'espérais ne pas avoir à répondre à cette question", parfois même un regard de pure haine porté sur l'avocat par un témoin qui a manifestement l'impression d'être pris au piège, peuvent être expressifs. Cela vaut également pour les changements brusques dans l'élocution, l'expression du visage ou le langage corporel. Le témoin qui passe d'une élocution calme au bafouillage nerveux; le témoin qui, au départ, parlait clairement et regardait son interlocuteur droit dans les yeux et qui commence à hésiter et à regarder ses pieds; le témoin qui, à un moment donné, devient nerveux et commence à transpirer, voilà autant d'exemples de situations où, malgré les obstacles culturels et linguistiques, le témoin transmet, du moins en partie par l'expression de son visage, un message concernant sa crédibilité. [par. 78]

[27] Au vu du dossier qui nous est présenté, je conclus qu'il existe un lien étroit entre la possibilité de voir le visage du témoin et la tenue d'un procès équitable. La possibilité de voir le visage du témoin n'est pas le seul — et probablement pas le plus important — facteur à prendre en considération dans le contexte du contre-interrogatoire ou de l'appréciation exacte de la crédibilité. Toutefois, son importance est trop enracinée dans notre

système de justice pénale pour qu'on l'écarte en l'absence d'une preuve convaincante.

Il sied d'intercaler ci-dessous le paragr. 25 de l'arrêt *R c RD*, 2016 ONCA 574 afin de bien orienter l'avocate soucieuse de tirer profit de ce passage :

25 On the first branch, in assessing K.Y.'s evidence and finding it credible, the trial judge did say she "sounded authentic" and she "sounded like she was recalling real events". But these comments were relatively minor points in his credibility analysis. Despite academic and judicial commentary suggesting demeanour evidence is unreliable, under Canadian jurisprudence it remains relevant to the assessment of a witness's credibility: see, for example, *R. v. N.S.*, 2012 SCC 72, [2012] 3 S.C.R. 726; and *O.M.*, at para. 34. As long as a trial judge does not unduly rely on demeanour to make a credibility finding, the trial judge will not fall into error. Here, the trial judge did not unduly rely on K.Y.'s demeanour in finding her evidence credible. [Soulignement ajouté.]

Encore une fois, il sera utile de délaisser notre examen du jugement de l'hon. Diner afin de bien comprendre les renvois à la jurisprudence que l'on retrouve dans l'arrêt *Rozas Del Solar v Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2018] FCJ No 1137, 2018 CF 1145. Ainsi, voici les paragr. 32 à 35 du jugement *R. c. O.M.*, [2014] O.J. No. 3210, 2014 ONCA 503 que l'avocate trouvera utile de noter de façon toute particulière :

b) Demeanour

32 I also do not accept the appellant's argument, advanced primarily in his factum, that the trial judge placed improper or disproportionate reliance on the complainants' demeanour while testifying.

33 The trial judge regarded T.P.'s and A.S.'s tearful demeanour and, in T.P.'s case, her voice tone, at various points during their testimony as relevant to the assessment of their credibility and the reliability of their evidence on the points at issue. Although less particularized in his reasons, I accept that in evaluating her credibility, the trial judge also had regard to L.W.'s demeanour while testifying. [Soulignement ajouté.]

34 It is well-established that testimonial demeanour is a proper consideration in the evaluation of a witness's credibility: see *e.g.*, *R. v. J.J.B.*, 2013 ONCA

268, 305 O.A.C. 201, at para. 112.⁴ In this case, the trial judge provided cogent reasons as to why he viewed the demeanour of each witness, at specific points in their testimony, as significant. Moreover, demeanour was only one of many factors considered by him in his assessment of each complainant's credibility and reliability. (In the case of T.P., it was one of eight specific factors listed by the trial judge; in the case of A.S., it was one of 10 factors with respect to the sexual assault she alleged; and, in L.W.'s, case it was one of 11 factors). [Soulignement ajouté.]

35 In these circumstances, in my opinion, it cannot fairly be said that the trial judge over-emphasized the complainants' demeanour, or treated it as a controlling factor in his assessment of their credibility and reliability.

De plus, la cour saisie du dossier *Rozas Del Solar v Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, précité, a aussi déclaré que :

103 Les intervenants m'ont imploré de m'écarter de ces précédents, en raison du contexte propre aux décisions en matière de droit des réfugiés. Je garde bel et bien à l'esprit les études et la doctrine, notamment les travaux de la professeure Hilary Cameron-Evans dans son ouvrage récemment publié *Refugee Law's Fact-Finding Crisis : Truth, Risk and Wrong Mistake*, (Cambridge (R.-U.) : Cambridge University Press, 2018), qui donnent à réfléchir et amènent à repenser au fondement des conclusions concernant la crédibilité.

104 Cependant, je n'ai pas été convaincu de m'écarter de l'opinion exprimée par les tribunaux supérieurs et dans la jurisprudence bien établie par mes collègues de la Cour fédérale selon laquelle le fait de voir et d'entendre un témoin peut conférer un avantage à la SPR en matière d'établissement des faits (voir, à titre d'exemple, la décision *Paye c Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2017 CF 685, au paragraphe 14, relativement à la SAR, et la décision *Rahal c Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CF 319, aux

⁴ Le paragr. 122 de l'arrêt *R. v. J.J.B.*, 2013 ONCA 268, 305 O.A.C. 201, est reproduit afin d'alléger les recherches des lectrices : « In assessing credibility, the trial judge was entitled to give his impression of the young witnesses. The trial judge found the girls' demeanour to support his finding that they were credible witnesses. Review of the videotapes and the transcripts supports his observation about their demeanour. He had already concluded that the theory of collusion the appellant put forward at trial was 'simply not supported by the evidence' ».

paragrapes 41 à 45). Ce type de réflexion est raisonnable et constitue le fondement de la déférence dont on doit faire preuve relativement aux conclusions de fait dans les autres domaines de droit.⁵

Cela étant, et fort de ces enseignements conseillant la retenue, nous allons entreprendre notre revue des éléments clefs de la soi-disant preuve du comportement.

Comportement, preuve du – attitude, perception d’une – élément peu probant

Le juge Russell a présidé à l’affaire *Irshad c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2013] A.C.F. no 1336, 2013 CF 1205. Son jugement nous offre les commentaires suivants à ce sujet :

40 La grande émotivité manifestée par le demandeur lors de son témoignage au sujet de la mort de son père ne contribue pas à établir sa crédibilité. Au contraire, le ‘comportement’, s’entendant des hésitations ou incertitudes dans les réponses aux questions, peut entrer en ligne de compte et fonder des conclusions défavorables lorsqu’un témoin peine à donner des réponses directes et adéquates, des conclusions exagérément subjectives fondées sur la manière d’être ou sur la perception d’une attitude ‘n’ont pas leur place dans l’évaluation de la crédibilité’ : *Aguilar Zacarias*, 2012 CF 1155, au para 24.

Comportement, preuve du – confusion en raison d’un manque de connaissances

L’arrêt *Bashirov c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2021] A.C.F. no 868, contient ces remarques :

⁵ Il sied, à ce sujet, de citer l’hon Kane au paragr. 32 de ses motifs dans l’arrêt *Koech c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2016] A.C.F. no 784, 2016 CF 752 :

La jurisprudence a établi que les conclusions relatives à la crédibilité des conseils et des tribunaux qui ont entendu le témoignage et observé le comportement d’un demandeur doivent être traitées avec grande déférence (*Aguebor c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1993] A.C.F. no 732, au paragraphe 4 (QL), 160 NR 315 (CAF)); *Lin c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2008 CF 1052, au paragraphe 13, [2008] A.C.F. no 1329 (QL); *Fatih c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CF 857, au paragraphe 65, [2012] A.C.F. no 924 (QL))...

7 La question déterminante pour la SPR était le manque de crédibilité du demandeur. La SPR a fondé sa conclusion défavorable sur les facteurs suivants : *Comportement : La SPR a conclu que le comportement du demandeur a miné sa crédibilité parce qu'il n'a pas répondu aux questions avec franchise. La SPR a conclu que le demandeur semblait dérouté par une série de questions qui n'auraient pas dû poser problème si, comme il le soutenait, il avait parlé de son expérience personnelle. [...]

Ainsi, si le témoin fait preuve de confusion et qu'il semble balbutier, il se peut que son comportement trahisse un manque de connaissances des faits qui sont à la base de la demande, ce qui démontre un manque de franchise en raison de la tentative de fausser la donne en déclamant un scénario fictif, mais qui justifie l'asile. Cela étant, il se peut que le témoin ait balbutié en raison d'une mémoire qui le trahit, des problèmes au niveau de la traduction, un niveau d'anxiété élevé en raison du fait d'être devant un tribunal, et ainsi de suite.

Comportement, preuve du – contradictions et invraisemblances ne font pas partie du témoignage décrit à titre du comportement

L'arrêt *Ahamat c Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2009] ACF no 541, 2009 CF 422, un dossier dont a été saisi le juge suppléant Frenette, contient les observations qui suivent qui nous enseignent que l'examen par le tribunal du comportement du témoin n'engage pas les éléments décrits par les vocables « invraisemblances et contradictions ».

25 La SPR a vu et entendu le demandeur; elle a le droit de considérer son comportement et sa façon de témoigner et les contradictions et les invraisemblances soulevées précédemment (*Aguebor c. M.E.I.* (1993), 160 N.R. 315 (C.A.F.); *Jarada c. ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration*, 2005 CF 409; *Singh c. ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration*, 2007 CF 62). La SPR a aussi le droit d'invoquer le bon sens et la raison pour juger de la crédibilité et de la vraisemblance des propos d'un revendicateur (*Mahamat c. ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration*, 2009 CF 157; *Singh c. ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration*, 2008 CF 408). [Soulignement ajoute.]

Pour nos fins, il s'agit d'une analyse théorique au moyen de laquelle la juge scrute chaque élément du témoignage, et tenant compte du fait que les incohérences et les

invraisemblances sont le résultat de paroles et de documents alors que le comportement implique de la communication non verbale.

Comportement, preuve du – définir – les éléments du témoignage « silencieux » qu’une cour d’appel ne peut saisir, donc corriger, versus des paroles, voire des balbutiements, qui sont en mesure d’être entendus et donc de révision

Un jugement assez récent, *Gebreselasse c Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2021] ACF no 902, 2021 FC 865, nous fait part des enseignements de la juge Gleason, maintenant juge de la Cour d’appel fédérale, en cette matière :

53 Dans la décision *Rahal c Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CF 319 aux paragraphes 41 à 46, la juge Mary Gleason, comme elle l’était à l’époque, a résumé les principes clés concernant l’évaluation de la crédibilité et a donné des exemples de motifs pour justifier des conclusions relatives à la crédibilité. Par exemple, lorsqu’il existe des contradictions dans la preuve, en particulier dans le témoignage du demandeur, et que ces contradictions doivent être réelles et non pas banales ou illusoire. Un autre exemple est le comportement du témoin, y compris ses hésitations, le manque de précision de ses propos et le fait qu’il modifie ou étoffe sa version des faits (avec la mise en garde qu’il est préférable qu’il y ait des faits objectifs additionnels pour justifier les conclusions relatives à la crédibilité basées sur le comportement). La juge Gleason a ajouté que le décideur doit formuler des conclusions claires sur la crédibilité de façon suffisamment détaillée. [Soulignement ajouté.]

Par souci de commodité, j’ai reproduit le passage pertinent de la version anglaise: “53 In *Rahal v Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FC 319 at paras 41-46, Justice Mary Gleason, as she then was, summarized the key principles regarding the assessment of credibility and set out examples of what will justify credibility findings. ... Another example is demeanor, including hesitations, vagueness and changes or elaboration of the story (with the caution that it is preferable if there are also other objective facts to support credibility findings based on demeanor) ...”

Selon le soussigné, la notion du comportement s’entend des éléments de preuve « silencieuses » notamment les hésitations du témoin, même si certaines hésitations sont captées par la sténographe judiciaire, surtout lorsque le témoin balbutie, mais non d’un témoignage vague ou qui est modifié. Dans de tels cas, il s’agit d’une analyse du fond du témoignage, et non de sa présentation. Au demeurant, la cour analyse le tout, évidemment, mais un palier d’appel est bien situé pour revoir les

constats de faits qui se fondent sur des dépositions que la transcription réussit à enregistrer.

Comportement du témoin – émotions

Le juge Russell a présidé à l’affaire *Irshad c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2013] A.C.F. no 1336, 2013 CF 1205. Son jugement nous offre les commentaires suivants à ce sujet :

40 La grande émotivité manifestée par le demandeur lors de son témoignage au sujet de la mort de son père ne contribue pas à établir sa crédibilité. Au contraire, le ‘comportement’, s’entendant des hésitations ou incertitudes dans les réponses aux questions, peut entrer en ligne de compte et fonder des conclusions défavorables lorsqu’un témoin peine à donner des réponses directes et adéquates, des conclusions exagérément subjectives fondées sur la manière d’être ou sur la perception d’une attitude ‘n’ont pas leur place dans l’évaluation de la crédibilité’ : *Aguilar Zacarias*, précité, au para 24.

La juge Kane nous enseigne de ce qui suit au paragr. 56 de l’arrêt *Walu c Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2021] ACF. no. 865, 2021 CF 824 : “56 The Officer’s credibility findings are based on these well-established indicia and are set out with particularity. Although the Officer noted Mr. Walu’s demeanor - as showing no emotion when recounting his detention - the Officer’s credibility findings are primarily based on the lack of detail regarding his detention, in contrast to his more detailed written claim.” Donc, le manque d’émotion figure au dossier, mais cet élément revêt que peu d’importance dans la conclusion ultime.

Comportement du témoin – évasif lors du témoignage -

Yousif c Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration), [2013] ACF no 802, 2013 CF 753, le juge Scott étant le président, contient les observations qui suivent :

22 Bien que le demandeur fasse valoir qu’il n’a pas à démontrer que l’interprétation déficiente lui a causé préjudice, il soutient aussi en avoir subi un en l’espèce. Il souligne que la Commission a tiré les conclusions défavorables quant à sa crédibilité parce qu’elle a jugé ses réponses “évasives” et “non pertinentes” et son témoignage “médiocre”, et parce qu’il

a fallu lui poser plusieurs fois la même question avant d'obtenir une réponse.⁶ Or, tous ces problèmes résultent selon lui de la mauvaise qualité de l'interprétation. Le demandeur soutient que la piètre qualité de l'interprétation lui a causé un important préjudice étant donné que la décision de la Commission se fonde uniquement sur la crédibilité.

Durmus c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [2015] A.C.F. no 292, 2015 CF 330, nous fait part de ce qui suit :

86 Je ne crois pas que la Commission ait fait un examen microscopique de la crédibilité du demandeur. La Commission est chargée d'évaluer la crédibilité des demandeurs et de tenir compte de toute une gamme d'indicateurs, entre autres les contradictions relevées entre le FRP du demandeur et son témoignage et dans le témoignage même, les omissions et le comportement du demandeur en général, notamment le fait qu'il s'est montré évasif. La Commission a conclu que le demandeur avait répondu de façon évasive lorsqu'il lui avait été demandé s'il avait présenté un passeport, mais également conclu qu'il avait répondu évasivement à d'autres questions.

Donc, il s'agit d'un exemple parmi tant d'autres d'un juge qui se dirige à l'effet qu'un témoin, surtout dans le cas d'une partie, peut chercher à se donner belle figure lors de sa déposition. Une réserve s'impose, comme de raison, car il ne faut pas pour autant prendre pour acquis, loin de là, que tous les témoins s'évertuent à berner la juge. Dans le domaine des procès criminels, par exemple, une telle croyance aurait pour effet de nier la présomption d'innocence.

Comportement, preuve du – fausser la donne – témoin a titre de comédien

Le juge Little a présidé au dossier *Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile) c Thomas*, [2021] ACF no 440, et a relevé ce qui suit dans le contexte d'une demande, soumise par le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile, afin d'obtenir la suspension de la décision par laquelle un commissaire de la Section de l'immigration avait ordonné que le défendeur, M.

⁶ Il sera opportun de relever la traduction de cette phrase. De fait, la version anglaise suit: "The Applicant points out that the Board's negative credibility findings were based on his 'evasiveness', 'non-responsiveness', 'poor demeanour' and the fact that the Applicant had to be asked the same question several times before he answered..." Donc, "poor demeanour" se rend au moyen de l'expression "témoignage médiocre ».

Thomas, soit libéré d'un centre de détention liée à l'immigration, sous réserve de certaines conditions, requête qui a été avalisée. Voir le paragr. 1.

Pour nos fins, il sera utile de mettre en relief le paragr. 16, lequel cite le juge qui a fait le choix de la peine qu'a subie M. Thomas à la conclusion d'une poursuite criminelle pour des infractions très graves, notamment d'enlèvement avec une arme à feu, de séquestration, de voies de fait, de profération d'une menace de mort, d'extorsion à l'aide d'une arme à feu. Ainsi :

Enfin, je me dois de commenter le comportement qu'ont eu les trois accusés devant moi et devant le jury. Les trois hommes se sont montrés convenables, polis et respectueux devant le tribunal. Si je n'en savais pas davantage, j'aurais pu les prendre pour des étudiants universitaires ou des apprentis ouvriers. Je comprends que même les criminels endurcis connaissent les règles du jeu et qu'ils se tiennent bien devant le juge et le jury. Cela me montre néanmoins que ces jeunes hommes sont à tout le moins capables d'apprendre la leçon essentielle qui est que la manière dont on se conduit en public est importante. J'espère qu'ils prendront cette leçon à cœur. [Soulignement ajoute.]

Comportement, preuve du – fiabilité – un mot portant sur le lien entre ces deux éléments

Amgen Inc. c. Pfizer Canada ULC, [2020] A.C.F. no 496, 2020 CF 522, un arrêt qu'a signé le juge Southcott, nous offre l'exemple suivant d'une grille analytique fort utile :

4.Observations générales concernant la fiabilité

133 M. Speicher est le seul témoin expert en l'espèce qui a également témoigné au sujet de la demande d'Apotex. Pfizer soutient qu'il agit en tant que défenseur d'une cause , ayant changé son témoignage par rapport à l'affaire *Apotex* afin de rendre le processus de séquençage des acides aminés plus difficile en plus d'ajouter de nouveaux renseignements favorables à la cause d'Amgen et de supprimer d'autres renseignements moins favorables.

134 Par exemple, Pfizer fait référence au témoignage de M. Speicher selon lequel la deuxième tentative de séquençage d'acides aminés d'Amgen n'a pas donné plus d'information que la tentative précédente, ce qui contredit

l'opinion contenue dans son affidavit dans l'affaire *Apotex*. De plus, son affidavit actuel décrit la troisième tentative infructueuse d'Amgen comme une tentative très novatrice, car elle reposait sur une méthode de séquençage différente de celle utilisée lors des autres essais, tandis que son affidavit dans l'affaire *Apotex* n'en parle pas. Dans son affidavit dans l'affaire *Apotex*, M. Speicher n'a pas traité de l'utilisation d'un agent réducteur ou d'un problème de chargement des échantillons de protéine dans le séquenceur, mais dans son affidavit actuel, ces questions sont présentées comme étant importantes.

135 Pfizer note également que le M. Speicher a tenté de prendre ses distances par rapport à une déclaration dans un brevet dont il était un coinventeur, selon laquelle puisqu'une protéine particulière avait été purifiée à l'homogénéité, les sondes oligonucléotidiques peuvent identifier le gène pertinent, permettant ainsi la production de la protéine par des techniques connues de l'ADN recombinant.

136 J'estime que les observations de Pfizer sur ces points ne sont pas particulièrement convaincantes. À mon avis, M. Speicher a expliqué de manière adéquate en contre-interrogatoire les différences dans les formulations en ce qui concerne la deuxième tentative. En ce qui a trait à la troisième tentative, j'accepte l'argument d'Amgen selon lequel, dans son rapport actuel, M. Speicher répondait à une opinion de M. Hermodson concernant cette tentative. L'expert d'Apotex n'avait pas fourni une opinion similaire. Je n'estime pas que le fait que M. Speicher ait émis des opinions sur certains points qui ne se posaient pas dans la demande d'Apotex mine sa fiabilité en tant que témoin.

Cela étant, je relève les conclusions pertinentes : « 137 Un tel résultat ne découle pas non plus du témoignage de M. Speicher concernant son brevet. Il a expliqué en contre-interrogatoire que, bien qu'il ait signé la demande de brevet et considéré que ses détails étaient corrects, il n'avait pas rédigé le brevet lui-même et n'était pas d'accord avec la déclaration particulière du brevet qui lui avait été présentée par l'avocat de Pfizer. Ce témoignage et son comportement en général m'ont donné l'impression qu'il était un témoin honnête. » [Soulignement ajouté.]

Comportement du témoin – gestes et réactions – ces éléments doivent-êtré évalué dans l'appréciation du témoignage dans le cadre de l'examen du comportement

Voir « Le comportement du témoin – voix – ton de la - cet élément doit-être évalué dans l’appréciation du témoignage dans le cadre de l’examen du comportement » et les observations du juge Noel au paragr. 18 de l’arrêt *Amiragova c Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2008] ACF no 75, 2008 CF 64.

Comportement – hardie, personne – correspondance entre comportement au procès et image de hardiesse

A ce stade, il sied de signaler les observations du juge Phelan dans l’arrêt *Luna c Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2013] ACF no 831, 2013 CF 758 :

20 La commissaire juge que le demandeur n'est pas crédible parce que son comportement ne correspond pas à l'image qu'elle se fait d'une personne hardie. Le comportement peut certes représenter un facteur important pour l'évaluation de la crédibilité, mais, en l'espèce, il a été utilisé de manière déraisonnable. Les caractéristiques mêmes que recherchait la commissaire figuraient dans le rapport du psychologue. La commissaire n'est pas tenue d'accepter le rapport, mais, en l'espèce, elle devait exposer les fondements de son rejet autrement que par un commentaire voulant que, malgré le rapport, les caractéristiques en question auraient dû ressortir. [Soulignement ajouté.]

Comportement, preuve du – hésitations ou incertitudes, examen des

Le juge Russell a présidé à l’affaire *Irshad c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2013] A.C.F. no 1336, 2013 CF 1205. Son jugement nous offre les commentaires suivants à ce sujet :

40 La grande émotivité manifestée par le demandeur lors de son témoignage au sujet de la mort de son père ne contribue pas à établir sa crédibilité. Au contraire, le ‘comportement’, s'entendant des hésitations ou incertitudes dans les réponses aux questions, peut entrer en ligne de compte et fonder des conclusions défavorables lorsqu'un témoin peine à donner des réponses directes et adéquates, des conclusions exagérément subjectives fondées sur la manière d'être ou sur la perception d'une attitude ‘n'ont pas leur place dans l'évaluation de la crédibilité’ : *Aguilar Zacarias*, 2012 CF 1155, au para 24.

Un jugement assez récent, *Gebreselasse c Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2021] ACF no 902, 2021 FC 865, nous rappelle les enseignements de la juge Gleason, maintenant juge de la Cour d’appel fédérale, en cette matière :

53 Dans la décision *Rahal c Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CF 319 aux paragraphes 41 à 46, la juge Mary Gleason, comme elle l'était à l'époque, a résumé les principes clés concernant l'évaluation de la crédibilité et a donné des exemples de motifs pour justifier des conclusions relatives à la crédibilité. Par exemple, lorsqu'il existe des contradictions dans la preuve, en particulier dans le témoignage du demandeur, et que ces contradictions doivent être réelles et non pas banales ou illusives. Un autre exemple est le comportement du témoin, y compris ses hésitations, le manque de précision de ses propos et le fait qu'il modifie ou étoffe sa version des faits (avec la mise en garde qu'il est préférable qu'il y ait des faits objectifs additionnels pour justifier les conclusions relatives à la crédibilité basées sur le comportement). La juge Gleason a ajouté que le décideur doit formuler des conclusions claires sur la crédibilité de façon suffisamment détaillée. [Soulignement ajouté.]

Par souci de commodité, j'ai reproduit le passage pertinent de la version anglaise: "53 In *Rahal v Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FC 319 at paras 41-46, Justice Mary Gleason, as she then was, summarized the key principles regarding the assessment of credibility and set out examples of what will justify credibility findings. ... Another example is demeanor, including hesitations, vagueness and changes or elaboration of the story (with the caution that it is preferable if there are also other objective facts to support credibility findings based on demeanor) ..."

Selon le soussigné, la notion du comportement s'entend des éléments de preuve « silencieuses » notamment les hésitations du témoin, même si certaines sont captées par la sténographe judiciaire, surtout lorsque le témoin balbutie, mais non d'un témoignage vague ou qui est modifié. Dans de tels cas, il s'agit d'une analyse du fond du témoignage, et non de sa présentation. Au total, la cour analyse le tout, évidemment, mais un palier d'appel est bien situé pour revoir les constats de faits qui se fondent sur des dépositions que la transcription réussit à enregistrer.

Enfin, je crois qu'il sera utile de discuter brièvement de la situation contraire, à savoir d'un témoignage où il est question non pas d'hésitations, mais de spontanéité lors de la déposition. Relevons en ce sens que le juge Little a tranché l'affaire *Amanuel c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2021] A.C.F. no 654, 2021 CF 662, et son jugement nous rappelle ce qui suit :

33 Dans la décision *Soorasingam, [c Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2016 CF 691], le juge Gascon a déclaré que les conclusions relatives à la crédibilité étaient vues comme « l'essentiel » de la

compétence de la Section de la protection des réfugiés (la SPR), puisque la SPR est en mesure de «voir le témoin au cours de l'audience, observer le comportement du témoin et entendre son témoignage» et qu'elle a «la possibilité et la capacité de juger le témoin, sa franchise, la spontanéité avec laquelle il répond et la cohérence et l'uniformité de son témoignage» (au para 16). Cependant, aucun de ces avantages ne se rapporte à la décision contestée en l'espèce puisque l'agent ne s'est pas fondé sur ceux-ci pour tirer ses conclusions à l'égard de la crédibilité du demandeur. [Soulignement ajouté.]

L'avocate doit toujours chercher à faire valoir que sa cliente a peut-être paru hésitante en raison de la nervosité, des difficultés en raison de la traduction, des troubles émotifs légitimes qui ne sont pas liés au fait de chercher à mentir, des questions culturelles, et ainsi de suite. De plus, il faut plaider que des menteurs peuvent aisément se vêtir d'un comportement agréable et témoigner sans hésiter bien que ce qui est dit est truffé de mensonges. À ce sujet, qu'il me soit permis de citer le savant juge-en-chef Bowman, au paragr. 13 de *Faulkner c. Ministre du revenu national*, 2006 CC1 239, au paragr. 13:

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.]

Comportement, preuve du – honnêteté et constat favorable portant sur le comportement du témoin

Amgen Inc. c. Pfizer Canada ULC, [2020] A.C.F. no 496, 2020 CF 522, un arrêt qu'a signé le juge Southcott, nous offre l'exemple suivant d'un constat favorable quant à l'honnêteté du témoin qui mène tout naturellement à l'acceptation de l'élément comportement du témoignage. Ainsi: « 137 Un tel résultat ne découle pas non plus du témoignage de M. Speicher concernant son brevet. Il a expliqué en

contre-interrogatoire que, bien qu'il ait signé la demande de brevet et considéré que ses détails étaient corrects, il n'avait pas rédigé le brevet lui-même et n'était pas d'accord avec la déclaration particulière du brevet qui lui avait été présentée par l'avocat de Pfizer. Ce témoignage et son comportement en général m'ont donné l'impression qu'il était un témoin honnête. » [Soulignement ajouté.]

Comportement, preuve de – impression piètre de fiabilité en général, sans compter une mémoire piètre

Se référer à l'intitulé « Comportement, preuve de – mémoire piètre et mauvaise impression de fiabilité » ou il est question du jugement de l'hon. Annis dans l'affaire *Capa c Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2014] ACF no 676, 2014 CF 648.

Comportement, preuve du – incertitudes ou les hésitations, examen des

Le juge Russell a présidé à l'affaire *Irshad c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2013] A.C.F. no 1336, 2013 CF 1205. Son jugement nous offre les commentaires suivants à ce sujet :

40 La grande émotivité manifestée par le demandeur lors de son témoignage au sujet de la mort de son père ne contribue pas à établir sa crédibilité. Au contraire, le 'comportement', s'entendant des hésitations ou incertitudes dans les réponses aux questions, peut entrer en ligne de compte et fonder des conclusions défavorables lorsqu'un témoin peine à donner des réponses directes et adéquates, des conclusions exagérément subjectives fondées sur la manière d'être ou sur la perception d'une attitude 'n'ont pas leur place dans l'évaluation de la crédibilité' : *Aguilar Zacarias*, 2012 CF 1155, au para 24.

Comportement, preuve du – incohérences et comportement – deux éléments de l'appréciation du témoignage

Haer c Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [2020] ACF no 514 traite de la question du comportement ainsi : « 18 ... [en] ce qui concerne la crédibilité de M. Haer [...] la SAI a fondé ses conclusions sur les trois motifs en question, plutôt que d'évaluer leur comportement, de relever des incohérences dans leur preuve ou d'autres indices d'absence de crédibilité... » [Soulignement ajouté.]

Comportement, preuve du – invraisemblances et contradictions ne font pas partie du témoignage décrit à titre du comportement

L'arrêt *Ahamat c Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2009] ACF no 541, 2009 CF 422, un dossier dont a été saisi le juge suppléant Frenette, contient les observations qui suivent qui nous enseignent que l'examen par le tribunal du comportement du témoin n'engage pas les éléments décrits par les vocables « invraisemblances et contradictions ».

25 La SPR a vu et entendu le demandeur; elle a le droit de considérer son comportement et sa façon de témoigner et les contradictions et les invraisemblances soulevées précédemment (*Aguebor c. M.E.I.* (1993), 160 N.R. 315 (C.A.F.); *Jarada c. ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration*, 2005 CF 409; *Singh c. ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration*, 2007 CF 62). La SPR a aussi le droit d'invoquer le bon sens et la raison pour juger de la crédibilité et de la vraisemblance des propos d'un revendicateur (*Mahamat c. ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration*, 2009 CF 157; *Singh c. ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration*, 2008 CF 408). [Soulignement ajoute.]

Pour nos fins, il s'agit d'une analyse théorique au moyen de laquelle la juge scrute chaque élément du témoignage, et tenant compte du fait que les incohérences et les invraisemblances sont le résultat de paroles et de documents alors que le comportement implique de la communication non verbale.

Comportement, preuve du – langage corporel versus comportement général

Le paragr. 61 de l'arrêt *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c Kljajic*, [2020] ACF no 555, 2020 CF 570, nous informe de ce qui suit : « En outre, à l'opposé de la situation qui régnait il y a quelques années encore, notre Cour dispose désormais d'un matériel de vidéoconférence d'excellente qualité qui lui permet d'évaluer comme il se doit les témoignages, y compris en ayant une bonne idée du langage corporel et du comportement général du témoin... » De plus, le paragr. 62 contient cette phrase : « L'excellente qualité du lien de la vidéoconférence m'a permis d'évaluer adéquatement la crédibilité de chaque témoignage. »

Comportement, preuve du – l'avantage de voir et d'entendre les témoins à l'avenir : si le procès entier est capté sur bande magnétique ou autrement, doit-on faire preuve de retenue au niveau de l'intervention?

Le juge McHaffie a déclaré ce qui suit dans le cadre de l'arrêt *Mohamed c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2020] A.C.F. no 1226, 2020 CF 1145 : « 44 ... La SAR a également noté à juste titre que, dans l'appréciation de la crédibilité du témoignage de vive voix, 'la SPR *peut* avoir un avantage certain' [italique ajouté par la SAR], une déclaration compatible avec l'arrêt *Huruglica*, aux para 70-74. »

D'ajouter le savant juge :

45 Cependant, la SAR a ensuite adopté des déclarations de la Cour concernant le rôle de celle-ci dans l'examen des conclusions de fait de la SPR: *Rahal c Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CF 319 aux para 22, 42; *Hadi c Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2018 CF 590 au para 12. La SAR a cité en particulier la déclaration fréquemment évoquée de la juge Gleason, alors juge à la Cour, selon laquelle "le rôle de la Cour est très limité, étant donné que le tribunal a eu l'occasion d'entendre les témoins, d'observer leur comportement et de relever toutes les nuances et contradictions factuelles contenues dans la preuve" : *Rahal*, au para 42.

46 Ces références sont déplacées, car le rôle de la SAR dans l'examen des conclusions de la SPR, y compris en ce qui concerne la crédibilité, se distingue de celui de la Cour dans le contexte du contrôle judiciaire: *Huruglica*, aux para 47, 70-74; *Rozas del Solar c Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2018 CF 1145 aux para 128-130. En particulier, le rôle de la SAR consiste à examiner la question de savoir si la SPR "a joui d'un véritable avantage" ou s'il s'agit d'une situation où "la SPR n'[a] pas de véritable avantage sur la SAR" : *Huruglica*, aux para 70, 72; *Rozas del Solar*, aux para 86-91. Il suppose également une approche différente, concernant la déférence, de celle appliquée dans le cadre d'un contrôle judiciaire : *Rozas del Solar*, aux para 131-133.

Quant à moi, je suis convaincu que la norme de contrôle va être modifiée sensiblement lorsque le procès-verbal contiendra un enregistrement des traits des témoins lors de leur déposition.

Comportement, preuve du – manière d'être, élément peu probant

Le juge Russell a présidé à l'affaire *Irshad c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2013] A.C.F. no 1336, 2013 CF 1205. Son jugement nous offre les commentaires suivants à ce sujet :

40 La grande émotivité manifestée par le demandeur lors de son témoignage au sujet de la mort de son père ne contribue pas à établir sa crédibilité. Au contraire, le 'comportement', s'entendant des hésitations ou incertitudes dans les réponses aux questions, peut entrer en ligne de compte et fonder des conclusions défavorables lorsqu'un témoin peine à donner des réponses directes et adéquates, des conclusions exagérément subjectives fondées sur la manière d'être ou sur la perception d'une attitude 'n'ont pas leur place dans l'évaluation de la crédibilité' : *Aguilar Zacarias*, 2012 CF 1155, au para 24.

Comportement, preuve de – mémoire piètre et mauvaise impression de fiabilité

L'hon. juge Annis, qui a présidé à titre de juge de la Cour supérieure de l'Ontario avant d'œuvrer au sein de la Cour fédérale, a rendu le jugement dans l'arrêt *Capa c Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2014] ACF no 676, 2014 CF 648. Il a donc fourni des observations très utiles liant la notion du comportement avec celle de la mémoire du témoin. Ainsi :

28 Le défendeur soutient que les conclusions quant à la crédibilité reposaient en partie sur certains aspects liés au comportement des demandeurs au cours de leur témoignage. Des extraits ont été présentés à la Cour dans lesquels des questions relativement simples ont été posées au demandeur principal par rapport auxquelles ce dernier semblait non seulement avoir des problèmes de mémoire, mais également avoir une attitude défensive quant aux réponses apportées. Le commissaire mérite de faire l'objet d'un degré élevé de retenue de la part de la Cour pour ce qui est de ses conclusions en matière de crédibilité; de plus, lorsque le comportement constitue un facteur, et que la transcription démontre une réticence à répondre aux questions, même comme fournir diverses dates lorsqu'on pose des questions sur le moment où s'est produit un évènement important, l'intervention de la Cour n'est pas justifiée. [Soulignement ajout.]

L'arrêt *Bashirov c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2021] A.C.F. no 868, contient ces remarques :

7 La question déterminante pour la SPR était le manque de crédibilité du demandeur. La SPR a fondé sa conclusion défavorable sur les facteurs

suivants : *Comportement : La SPR a conclu que le comportement du demandeur a miné sa crédibilité parce qu'il n'a pas répondu aux questions avec franchise. La SPR a conclu que le demandeur semblait dérouté par une série de questions qui n'auraient pas dû poser problème si, comme il le soutenait, il avait parlé de son expérience personnelle. [...]

Ainsi, si le témoin fait preuve de confusion et qu'il semble balbutier, il se peut que son comportement trahisse un manque de connaissances des faits qui sont à la base de la demande, ce qui démontre un manque de franchise en raison de la tentative de fausser la donne en déclamant un scénario fictif, mais qui justifie l'asile. Cela étant, il se peut que le témoin ait balbutié en raison d'une mémoire qui le trahit, des problèmes au niveau de la traduction, un niveau d'anxiété élevé en raison du fait d'être devant un tribunal, et ainsi de suite. Au demeurant, c'est un peu l'expression du poulet ou de l'œuf à savoir que si le témoin ne possédait pas de souvenirs adéquats, il n'a pas impressionné le tribunal et s'il faisait piètre figure en général, ses trous de mémoire, pour ainsi dire, n'allaient que dans le sens contraire de ce que ses avocates recherchaient à titre de constat de fait.

Comportement, preuve du – nervosité, de façon générale

L'arrêt *Bashirov c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2021] A.C.F. no 868, contient ces remarques :

7 La question déterminante pour la SPR était le manque de crédibilité du demandeur. La SPR a fondé sa conclusion défavorable sur les facteurs suivants : *Comportement : La SPR a conclu que le comportement du demandeur a miné sa crédibilité parce qu'il n'a pas répondu aux questions avec franchise. La SPR a conclu que le demandeur semblait dérouté par une série de questions qui n'auraient pas dû poser problème si, comme il le soutenait, il avait parlé de son expérience personnelle. [...]

Ainsi, si le témoin fait preuve de confusion et qu'il semble balbutier, il se peut que son comportement trahisse un manque de connaissances des faits qui sont à la base de la demande, ce qui démontre un manque de franchise en raison de la tentative de fausser la donne en déclamant un scénario fictif, mais qui justifie l'asile. Cela étant, il se peut que le témoin ait balbutié en raison d'une mémoire qui le trahit, des problèmes au niveau de la traduction, un niveau d'anxiété élevé en raison du fait d'être devant un tribunal, et ainsi de suite.

Comportement, preuve du – normes de contrôle

D'entrée de jeu, il sied de citer un dossier de 2013, pour ensuite faire un saut à l'an 2020. En un premier temps, on lit que le juge Russell a présidé à l'affaire *Irshad c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2013] A.C.F. no 1336, 2013 CF 1205. Son jugement nous offre les commentaires suivants au sujet de la philosophie de la Cour fédérale, du moins en 2013, en rapport à la question du bien-fondé d'intervenir afin de corriger des constats au niveau de la crédibilité d'un témoin. Ainsi :

39 Le défendeur souligne que les décisions en matière de crédibilité relèvent de l'expertise de la SPR, laquelle a eu la possibilité d'observer directement le demandeur et se trouvait donc la mieux placée pour évaluer sa crédibilité ou la plausibilité de ses déclarations. La Cour ne doit pas substituer son opinion à celle de la SPR, relativement à la crédibilité, même s'il est possible de tirer une conclusion différente : *Aguebor c Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1993), 160 N.R. 315 (CAF), au para 4 [Aguebor]. La SPR peut tirer des conclusions raisonnables en se fondant sur les invraisemblances, le bon sens et la raison (*Araya c Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2003 CFPI 626, au para 6), et la présomption qu'un témoignage sous serment est véridique peut être repoussée s'il y a des motifs de douter de sa véracité : *Adu c Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1995] A.C.F. no 114; *Maldonado c Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1980] 2 CF 302; *Hilo*, précité.

En outre, la cour a cité le défendeur au paragr. 39 à cet effet : « ... la possibilité d'interpréter autrement la preuve n'indique pas en soi qu'une erreur susceptible de contrôle a été commise : *Sinan c Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CF 87, au para 11; *Liu c Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2011 CF 262, au para 7; *Ma c Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2011 CF 417, au para 28 [Ma]. »

Elamin c Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [2020] ACF no 908, 2020 CF 847, un jugement du juge Grammond est fort utile en décrivant l'évolution de la norme de contrôle. Le savant juge a écrit à ce sujet :

9 La demande de contrôle judiciaire de M. Elamin porte sur des questions de crédibilité. Il a été dit à maintes reprises que les conclusions de fait, en particulier les conclusions relatives à la crédibilité, sont du ressort du

décideur initial. Alors que cela était auparavant justifié par le fait que le décideur pouvait observer le comportement des témoins à la barre, on invoque maintenant des motifs institutionnels afin d'éviter que l'appel et le contrôle judiciaire ne deviennent une répétition de l'audience initiale: *Housen c Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, aux paragraphes 15 à 18. En ce qui concerne le contrôle judiciaire, la Cour suprême du Canada a récemment fait observer dans l'arrêt *Canada (Citoyenneté et Immigration) c Vavilov*, 2019 CSC 65, au paragraphe 125 [Vavilov], que 'le décideur administratif peut apprécier et évaluer la preuve qui lui est soumise et qu'à moins de circonstances exceptionnelles, les cours de révision ne modifient pas ses conclusions de fait'. Les Cours fédérales ont appliqué ces principes dans un grand nombre d'affaires, dont *Aguebor c Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1993), 160 NR 315, *Rahal c Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CF 319, et *Lawani c Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2018 CF 924 [Lawani]. [J'ai souligné.]

D'ajouter l'hon. Juge Grammond :

10 Néanmoins, les conclusions relatives à la crédibilité ne sont pas à l'abri de tout contrôle. Dans l'arrêt *Vavilov*, au paragraphe 126, la Cour suprême affirme que "[l]e caractère raisonnable d'une décision peut être compromis si le décideur s'est fondamentalement mépris sur la preuve qui lui a été soumise ou n'en a pas tenu compte". En outre, le décideur doit expliquer ses conclusions en matière de crédibilité en des "termes clairs et explicites": *Hilo c Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1991] A.C.F. no 228 au paragraphe 6. Il est bien possible que des motifs inadéquats "ne font pas état d'une analyse rationnelle ou montrent que la décision est fondée sur une analyse irrationnelle [sic]", ce qui rend la décision déraisonnable: *Vavilov* au paragraphe 103.

Comportement, preuve du – parti pris, établir que la personne qui juge fait preuve d'un

Kaur c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [2022] A.C.F. no 2, 2022 CF 30, nous fait part de ce qui suit :

13 As Justice Gascon stated in *Sharma*, the threshold for finding a reasonable apprehension of bias is high as it calls into question the personal integrity of the decision-maker and the integrity of the entire administration of justice

(*Sharma* at para 30). Here, all I have in order to assess the allegation against the visa officer are the Global Case Management System [GCMS] notes and Ms. Kaur's perception as set out in her affidavit, in particular that the visa officer seemed annoyed at the fact that she was back on redetermination. I agree with Ms. Kaur, in reading the visa officer's notes, that he seems to have displayed a tone that could easily be described as being curt; in fact, the visa officer seems to have ended the interview by saying that he could not give Ms. Kaur another chance as he had 40 more candidates to attend to. The visa officer's social skills may need some work, but I cannot say that I see anything in the GCMS notes, or the notes taken by Ms. Kaur following the interview, to suggest that the visa officer's demeanour rose to the level of a reasonable apprehension of bias on his part. The visa officer clearly had a full day with other visa applicants and he possibly could have given Ms. Kaur more time to answer more questions, but he did not and under the circumstances, I cannot say that he crossed the line and signalled any signs of a reasonable apprehension of bias. [Soulignement ajouté.]

Plus loin, on lit au paragr. 16: "... probing questions, an unfriendly demeanour and not providing more time for an interview at the request of an applicant, without anything else, are not signs of a reasonable apprehension of bias."

Comportement, preuve du – preuve doit être convaincante

RNC Média Inc. c. Côté, [2015] A.C.F. no 467, 2015 CF 439, un jugement de l'hon. Juge Gagné, telle étant sa charge à l'époque, contient ce passage très pertinent :

17 Avec respect, je suis d'avis qu'il faille distinguer entre le fait de poser des questions suggestives au témoin et le fait de le reprocher ou de mener un contre-interrogatoire en règle. Je vois difficilement comment l'interrogatoire du plaignant par le procureur de l'employeur peut être efficace et favoriser la découverte des faits pertinents à la plainte si ce procureur n'a pas une certaine latitude et qu'il ne peut poser de questions d'une manière qui suggère la réponse désirée. Bien que l'arbitrage d'une plainte de congédiement injuste s'apparente davantage à une enquête qu'à un procès civil, il n'en demeure pas moins que le plaignant a des intérêts opposés à ceux de l'employeur. La demanderesse plaide qu'elle avait le droit de contre-interroger le demandeur dans le cadre de sa preuve alors que le défendeur plaide qu'elle n'avait même pas le droit de poser de questions suggestives. Je suis d'avis, à l'instar de l'arbitre Weatherill dans *Re Royal Canadian Mint and Public Service Alliance of Canada*, [1978] OLAA No 100, 20 LAC (2d) 127 (cité avec

approbation par l'arbitre Bastien dans *National Bank of Canada v Paitich*, 2011 CanLII 89184 (CA LA) au para 57), que l'équilibre se trouve entre ces deux positions :

There is no doubt, and the board has already ruled, that the employer is entitled to call the grievor as its witness. In doing so, the employer puts that person forward as a credible witness, and while he is obviously adverse in interest to the employer, he is not necessarily a hostile witness. Unless it is established, either by the witness's behaviour and demeanour (and we would add that it would take an extreme case to lead us to the conclusion required), or by proof of his having made a prior inconsistent statement which he has denied, that he is a hostile witness, then he is not subject, on examination by the party calling him, to the sort of rigorous cross-examination to which one might subject a witness called by the other side. [...] [Soulignement ajouté.]

Comportement, preuve du – réserve, le témoin démontre une certaine

La question d'identifier les tenants et aboutissants du mot « comportement » est très controversée. Un exemple se trouve au paragr. 32 de l'arrêt *Parmar c Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2021] ACF no 509. On lit dans la version française que : « 32 ... M. Parmar soutient que cela était déraisonnable ou erroné, compte tenu des autres faits qu'il mentionne et de l'attitude de son épouse à l'audience (qui était réservée, et non vague) ... » Le pendant anglais suit : « ... Mr. Parmar submits that this was unreasonable or incorrect, given the other facts he mentions and his wife's demeanour at the hearing (which was reserved, not vague) ... »

Pour ma part, avec égards, je conçois difficilement que l'on puisse qualifier le comportement d'un témoin comme étant « vague » bien qu'il soit aisé de décrire cet élément de la preuve comme étant « réservé » au sens que la personne appelée à déposer faisait preuve d'une gêne évidente.

Comportement, preuve du – sourire

Abeer c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [2011] A.C.F. no 1760, 2011 CF 1424, un jugement de l'hon. Juge Rennie, membre de la Cour d'appel fédérale depuis cette date, nous offre un exemple frappant des problèmes quant à l'appréciation du témoignage en rapport à la preuve du comportement lorsqu'il est

question du sourire d'une des parties. Bien que les extraits qui suivent soient fort étendus, il vaille de les reproduire :

18 Les failles de l'instruction ont aussi eu une incidence directe et considérable sur la question centrale de la crédibilité. Avant de formuler ses conclusions sur la crédibilité, la Commission a fait observer ce qui suit :

[...] certaines réserves à émettre quant au comportement du demandeur d'asile. À l'audience, il lui est fréquemment arrivé d'afficher un grand sourire et de rire au moment de répondre aux questions. Bien que le tribunal ait trouvé qu'il était un jeune homme agréable et aimable, il n'en demeure pas moins que ce comportement traduisait un manque de sérieux chez lui, comme s'il prenait ces démarches à la légère. Compte tenu du fait que le demandeur d'asile affirme craindre pour sa vie en Afghanistan, le tribunal se serait attendu à ce que son attitude soit plus posée.

19 Sur cette base, le commissaire a tiré une conclusion défavorable à l'égard de la crédibilité du demandeur.

20 Le dossier indique que le comportement du demandeur concordait avec son véritable caractère et qu'il a peut-être réagi à la situation stressante en riant. Ce type de comportement s'est produit lorsqu'il a témoigné sur son arrestation et sa détention à la frontière canadienne :

[...] Je suis parti à rire, à rire. Et l'agent m'a demandé pourquoi je riais et j'ai répondu parce que les gens vont et viennent sans menottes et vous m'avez passé les menottes; c'est parce que je ris, c'est pourquoi je dois être dans cette situation.

23 Deux observations découlent de ces échanges. Premièrement, des problèmes graves et évidents se sont posés quant à la capacité de l'avocate du demandeur à conduire l'instance en anglais. Deuxièmement, le demandeur a donné à la Commission une explication plausible de son comportement. Loin de laisser entendre un manque de crédibilité, son explication témoignait de son angoisse, de sa manière de réagir face au stress et de l'importance qu'il accordait au fait de dissimuler ses inquiétudes ou ses faiblesses. Par conséquent, des motifs crédibles expliquaient son comportement et concordaient avec des événements passés.

24 Les nuances de la preuve et du témoignage se sont perdues dans la façon mal avisée de procéder, et aucune conclusion sur la crédibilité ne pouvait être tirée sans risque d'erreur. Le commissaire n'était pas en mesure de se servir du témoignage pour tirer une conclusion négative exagérée relativement à la crédibilité du demandeur.

Comportement, preuve du – subjectivité exagérée au niveau de la crédibilité

Le juge Russell a présidé à l'affaire *Irshad c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2013] A.C.F. no 1336, 2013 CF 1205. Son jugement nous offre les commentaires suivants à ce sujet :

40 La grande émotivité manifestée par le demandeur lors de son témoignage au sujet de la mort de son père ne contribue pas à établir sa crédibilité. Au contraire, le 'comportement', s'entendant des hésitations ou incertitudes dans les réponses aux questions, peut entrer en ligne de compte et fonder des conclusions défavorables lorsqu'un témoin peine à donner des réponses directes et adéquates, des conclusions exagérément subjectives fondées sur la manière d'être ou sur la perception d'une attitude 'n'ont pas leur place dans l'évaluation de la crédibilité' : *Aguilar Zacarias*, 2012 CF 1155, au para 24.

Comportement – tristesse du témoin – l'absence de cette émotion

Wazeen c Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [2010] ACF no 17, 2010 CF 15, une décision signée par le juge Pinard contient les observations qui suivent, aux paragr. 25 et 26 :

25 Le demandeur soutient en premier lieu que la Commission a tiré des conclusions erronées quant à sa crédibilité en procédant à une analyse imparfaite et par ailleurs faussée de son comportement. Le demandeur affirme qu'on ne lui a pas demandé de révéler ses sentiments au sujet de la perte de son frère et de Yasamin et que, pourtant, la Commission a tiré une conclusion défavorable quant à sa crédibilité du fait qu'il ne semblait pas triste. La Commission peut faire ce genre d'observation.

26 D'une manière générale, le demandeur allègue que la Commission a tiré des conclusions arbitraires relativement à son comportement parce que ses émotions ne correspondaient pas au comportement stéréotypé que la Commission s'attend d'observer chez un réfugié. Le défendeur souligne avec raison qu'il n'y a aucune allégation de crainte de partialité de la part de la

Commission. Le comportement est manifestement un facteur que la Commission peut prendre en considération dans son appréciation de la crédibilité du témoignage d'un demandeur dans son ensemble (*Zheng c. Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration*, 2007 CF 673, au paragraphe 17). Certes, la Commission est la mieux placée pour apprécier la qualité du témoignage de vive voix présenté à l'audience (*Takhar c. Canada*, [1999] A.C.F. no 240 (QL) (C.F. 1re inst.)). [Soulignement ajouté.]

Donc, la lectrice doit retenir de ces extraits qu'à l'époque, le premier juge s'est fié à la jurisprudence qui était constante à l'effet qu'il est fort difficile, voire impossible, pour un tribunal d'appel de remettre en question l'appréciation du comportement en raison du fait que le palier d'appel n'a ni vu, ni entendu les témoins. Toutefois, on doit aussi relever que bien que le juge Pinard ait jugé qu'on ne pouvait conclure de façon défavorable dans le cas où un témoin ne semblait pas triste lorsque la tristesse était indiquée, semble-t-il, il n'a pas cru sage de commenter l'objection de la partie qu'on ait fait preuve d'un manque de rigueur en omettant de poser des questions portant sur l'absence de tristesse. Cette partie n'a pas invoqué *Browne c. Dunn*, 6 The Reports 67, 1893 CanLII 65 (FOREP).

Le juge O'Keefe a présidé au dossier du nom de *Rajaratnam c Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2014] ACF no 1125, 2014 CF 1071, et a cité au paragr. 16 le grief qui suit:

16 Deuxièmement, le demandeur affirme que la Commission a commis une erreur en tirant une conclusion défavorable quant à la crédibilité reposant uniquement sur son comportement (citant *Lekaj c Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 909, aux paragraphes 16 et 17, [2006] A.C.F. no 1151 [*Lekaj*]). Le demandeur est demeuré constant chaque fois qu'il a livré son récit et celui-ci aurait dû être présumé vrai. Il avance que cette erreur nécessite la tenue d'une nouvelle audience, car il est impossible de savoir quelle aurait été la décision si l'erreur n'avait pas été commise.

Plus loin, nous lisons ce qui suit : « 45 Cependant, les conclusions quant à la crédibilité ne sont pas à l'abri d'un examen. En l'espèce, la Commission a rejeté le témoignage du demandeur pour un seul motif : '[s]on comportement à l'audience était tel que le tribunal n'a remarqué aucune détresse apparente attribuable à la façon dont il a été traité lorsqu'il a été détenu par les autorités sri-lankaises'. » Exprimé autrement, pour suivre la phrase de Hamlet, "le témoin ne proteste pas trop » et on a retenu contre lui ce manque d'émotion.

Voici les conclusions de la cour, à ce sujet :

46 Bien que j'admette que la Commission a le droit de tenir compte du comportement d'un demandeur et que de telles conclusions puissent souvent être difficiles à expliquer, elles ne devraient généralement pas constituer le seul motif de rejet d'une demande d'une personne (voir *Rahal*, au paragraphe 45). De nombreuses raisons pourraient expliquer qu'un demandeur ne soit pas aussi émotif que ce à quoi la Commission pourrait s'attendre, dont les différences culturelles, les difficultés de traduction ou un caractère stoïque. Ce motif de rejet du témoignage du demandeur était très subjectif (voir *Zacarias c Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2012 CF 1155, au paragraphe 24, 419 FTR 135; *Lekaj*, au paragraphe 17).

47 En outre, la Commission n'a donné aucune raison objective de mettre en doute la version des faits du demandeur. Les déclarations du demandeur ont toujours été cohérentes et la Commission n'a relevé aucune invraisemblance dans son récit. Le demandeur a même montré ses cicatrices au commissaire ...

Comportement, preuve du – vidéoconférences, matériel permettant des – langage corporel

Le paragr. 61 de l'arrêt *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c Kljajic*, [2020] ACF no 555 nous informe de ce qui suit : « En outre, à l'opposé de la situation qui régnait il y a quelques années encore, notre Cour dispose désormais d'un matériel de vidéoconférence d'excellente qualité qui lui permet d'évaluer comme il se doit les témoignages, y compris en ayant une bonne idée du langage corporel et du comportement général du témoin... »

Comportement du témoin – voix – ton de la - cet élément doit-être évalué dans l'appréciation du témoignage dans le cadre de l'examen du comportement

Le juge Noel a reproduit au paragr. 18 de l'arrêt *Amiragova c Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2008] ACF no 75, 2008 CF 64, des observations importantes portant sur l'appréciation de la crédibilité et notamment la question du comportement des témoins. Ainsi :

18 Les principes de base nécessaires à la détermination de la crédibilité, comme nous rappelle le juriste Lorne Waldman, *Immigration Law and*

Practice, Looseleaf, 2nd ed. vol. 1 (Toronto : Butterworths, 2007) à 8-58 ont été énoncés dans l'arrêt *Rosta v. Thiel*, [1986] N.S.J. No. 555 aux paragraphes 18, 19 et 20 :

18 In considering the evidence presented along with the documentation, the matter of credibility comes to the forefront. Credibility in matters such as this usually concerns the assessment or weighing of the evidence of witnesses. The issue of credibility is one of fact. It cannot in reality be determined by following a set of rules that it is suggested, have the force of law. In fact, a person or witness could be one of good credit or character but nonetheless be mistaken. Their memory could be faulty. I have assessed the credibility in the light of observing the witnesses, the manner in which they answered the questions put to them, both by their own counsel and counsel on cross-examination. I have watched their demeanour on the witness stand. I have taken into consideration the tones of their voice and the method in which they answered questions. I have also considered their actions and reactions on the stand while being questioned. I have also taken into consideration their ability to recall the evidence. [Soulignement ajouté.]

19 The matter of credibility and a method I accept as practical is set forth by Mr. Justice O'Halloran in a decision of the British Columbia Court of Appeal in the case of *Faryna v. Chorney*, [1952] 2 D.L.R. 354, where he says at page 357:

"The credibility of interested witnesses, particularly in the cases of conflict of evidence, cannot be gauged solely by the test of whether the personal demeanor of the particular witness carried conviction of the truth. The test must reasonably subject his story to an examination of its consistency with the probabilities that surround the currently existing conditions. In short, the real test of the truth of the story of a witness in such a case must be its harmony with the preponderance of the probabilities which a practical and informed person would readily recognize as reasonable in that place and in those conditions. Only thus can a court satisfactorily appraise the testimony of quick minded, experienced and confident witnesses, and of those shrewd persons adept in the half-lie and of long and successful experience in combining skillful exaggeration with partial suppression of the truth."

20 I also agree with the views put forth by Justice Haynes in *R. v. Hawke* (1975), 3 O.R. (2d) 210, particularly at page 224 where he said as follows:

"The most satisfactory judicial test of truth lies in it's harmony or it's lack of harmony with the preponderance of probabilities disclosed by the facts and circumstances in the conditions of the particular case ..."

Constats de faits – présomption qu'un témoin a dit la vérité sous serment

Le juge Russell a présidé à l'affaire *Irshad c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2013] A.C.F. no 1336, 2013 CF 1205. Son jugement contient ces commentaires : « 39 ... la présomption qu'un témoignage sous serment est véridique peut être repoussée s'il y a des motifs de douter de sa véracité : *Adu c Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1995] A.C.F. no 114; *Maldonado c Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1980] 2 CF 302; *Hilo*, précité. »

Équité du procès – *Browne v. Dunn* – non-respect de la soi-disant règle

Voir les commentaires à l'intitulé « Le comportement – tristesse du témoin – l'absence de cette émotion » en rapport à l'arrêt *Wazeen c Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2010] ACF no 17, 2010 CF 15, une décision signée par le juge Pinard, aux paragr. 25 et 26.

Équité du procès – constats de faits, importance de bien étoffer les

La juge Kane nous enseigne de ce qui suit au paragr. 56 de l'arrêt *Walu c Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2021] ACF. no. 865, 2021 CF 824 : "56 The Officer's credibility findings are based on these well-established indicia and are set out with particularity. Although the Officer noted Mr. Walu's demeanor - as showing no emotion when recounting his detention - the Officer's credibility findings are primarily based on the lack of detail regarding his detention, in contrast to his more detailed written claim."

Le juge Walker abonde dans le même sens au paragr. 12 de l'arrêt *Obalade c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2021] ACF. no. 1641, 2021 CF 1030 :

12 On the issue of whether the RAD erred in finding that Mr. Obalade's oral testimony was evasive, I find that the RAD was mindful of the difficulties in relying on a refugee claimant's demeanour at the hearing and of the guidance provided in *Rahal v Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FC 319. The RAD noted and agreed with the RPD's acknowledgement that demeanour is not determinative. The RAD also reviewed and confirmed the RPD's assessment of Mr. Obalade's 2018 treatment plan from a registered psychotherapist and the fact that it contained no indication of how Mr. Obalade's stress and social anxiety affected his testimony. The RAD found no indication in the audio recording of the hearing that his condition impeded his testimony. In this application, Mr. Obalade provides possible explanations for his hesitancy in answering the RPD's questions but those explanations were not before the RAD and, in my opinion, do not suggest a reviewable error in the RAD's analysis. The RAD's Decision was not based only on demeanour. Its adverse credibility findings were detailed and factual in nature. [Soulignement ajouté.]⁷

L'affaire *Chaudhry c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2021] ACF. no. 1688, 2021 CF 799 est aussi utile. Ainsi, « 32 In *Rahal v Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FC 319 at paragraph 45, the Federal Court found that the RPD may legitimately have regard to witness demeanour, but it is preferable in such cases that there are additional objective facts to underpin a credibility finding. The Panel in this case relied on inconsistencies and omissions in the Applicants' evidence, not on witness demeanour. »

Conclusion

Au début, j'ai cité un roman et une pièce de théâtre écrits dans la langue de Molière afin d'illustrer mes propos. Au demeurant, je cite la pièce Macbeth de Shakespeare: « Il n'y a pas d'art — pour découvrir sur le visage les dispositions de l'âme » [Acte 1, sc. IV] Je suis d'avis que les jugements de la Cour fédérale en rapport au comportement démontrent une retenue assez prononcée qui pourrait se fonder sur les paroles du roi Duncan.

⁷ Veuillez noter que la version française de ces trois jugements n'est toujours pas disponible.